

Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina

Estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público

Maximiliano Marzetti

**PROPUESTAS PARA AMPLIAR
EL ACCESO A LOS BIENES PÚBLICOS
EN ARGENTINA**

La Colección Becas de Investigación es el resultado de una iniciativa dirigida a la difusión de los trabajos que los investigadores de América Latina y el Caribe realizan con el apoyo del Programa de Becas de CLACSO.

Este libro presenta la investigación que el autor realizó en el marco del concurso de proyectos para investigadores de consolidación académica sobre *Bienes comunes: espacio, conocimiento y propiedad intelectual* organizado por el Programa de Becas de CLACSO con el apoyo de la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional, Asdi.

Los contenidos de este libro han sido evaluados por un especialista externo a la institución en un proceso de revisión por pares.

Marzetti, Maximiliano

Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina. -
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2013.

E-Book. - (Becas de investigación)

ISBN 978-987-1891-81-8

1. Derechos de Autor. I. Título

CDD 346.048 2

Otros descriptores asignados por la Biblioteca Virtual de CLACSO:

Propiedad intelectual / Derechos de autor / Derechos conexos / Excepciones y limitaciones al derecho de autor / Usos permitidos de obras protegidas / Obras huérfanas / Dominio público / Dominio público pagante / Análisis económico del derecho / Derecho y economía

Colección Becas de Investigación

**PROPUESTAS PARA AMPLIAR
EL ACCESO A LOS BIENES PÚBLICOS
EN ARGENTINA
ESTABLECIENDO EL NECESARIO
BALANCE ENTRE DERECHOS
DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y
DOMINIO PÚBLICO**

Maximiliano Marzetti



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales



Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Secretario Ejecutivo de CLACSO Pablo Gentili

Directora Académica Fernanda Saforcada

Colección Becas de Investigación

Coordinadora del Programa de Becas Natalia Gianatelli

Asistente Magdalena Rauch

Área de Producción Editorial y Contenidos Web de CLACSO

Coordinador Editorial Lucas Sablich

Coordinador de Arte Marcelo Giardino

Arte de tapa Marcelo Giardino

Primera edición

Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina.

(Buenos Aires: CLACSO, noviembre de 2013)

ISBN 978-987-1891-81-8

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>

Patrocinado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Este libro está disponible en texto completo en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO <www.biblioteca.clacso.edu.ar>

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

ÍNDICE

La excesiva protección de los derechos de autor va en detrimento de la sociedad		11
Análisis económico de los derechos de propiedad intelectual		16
El delicado balance entre incentivos y acceso		23
Aportes desde la teoría de la selección pública y de los grupos de interés		27
Los <i>Lobbies</i> de las “industrias culturales” están detrás del reciente reforzamiento del derecho de autor		29
La duración óptima del derecho de autor		33
Propuestas para mejorar el sistema argentino de propiedad intelectual		36
La importancia del dominio público		37
PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA I</i>:		
Ampliación de las “excepciones y limitaciones” al derecho de autor		41
Evolución histórica de las instituciones de la propiedad intelectual		45
Compatibilidad de la propuesta de marras con los tratados internacionales suscriptos por Argentina		46

Análisis económico del “fair use” anglosajón		49
Los “usos permitidos de obras protegidas por derecho de autor” en la legislación argentina		52
Elenco de nuevas “excepciones y limitaciones” que se sugiere incorporar a la ley argentina de propiedad intelectual		55
PROPUESTA DE LEGE FERENDA II:		
Un marco jurídico para las “obras huérfanas”		63
La regulación de las “obras huérfanas” en el derecho comparado		65
Cómo regular el uso de las “obras huérfanas” en Argentina		67
PROPUESTA DE LEGE FERENDA III:		
Abrogación del régimen de “dominio público pagante”		69
El “dominio público pagante” en el derecho extranjero		73
Consideraciones Finales		75
ADDENDUM NORMATIVO I		
LEY 11.723 REGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL		77
ADDENDUM NORMATIVO II		
RESOLUCIÓN N° 15850/77: Cuerpo Legal sobre Derechos de Dominio Público Pagante (T.O. 1978)		79
ADDENDUM NORMATIVO III		
<i>17 UNITED STATES CODE, Section 107: Limitations on exclusive rights - Fair use</i>		81
ADDENDUM NORMATIVO IV:		
TÍTULO III LEY 20435(Chile): Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos		83
BIBLIOGRAFÍA		89

The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings, for the Supreme Court has held that such rights as he has are purely statutory rights, but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings. The Constitution does not establish copyrights, but provides that Congress shall have the power to grant such rights if it thinks best. Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given. Not that any particular class of citizens, however worthy, may benefit, but because the policy is believed to be for the benefit of the great body of people, in that it will stimulate writing and invention, to give some bonus to authors and inventors.

In enacting a copyright law Congress must consider, as has been already stated, two questions: First, how much will the legislation stimulate the producer and so benefit the public; and, second, how much will the monopoly granted be detrimental to the public. The granting of such exclusive rights, under the proper terms and conditions, confers a benefit upon the public that outweighs the evils of the temporary monopoly.

(US, The House Report 1 on the Copyright Act of 1909, p.5)

LA EXCESIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR VA EN DETRIMENTO DE LA SOCIEDAD

Maximiliano Marzetti*

Los norteamericanos lo han entendido claramente. El derecho de autor es instrumental, su fin último es el beneficio de la sociedad. Hay que abandonar concepciones jusnaturalistas dentro del ámbito de la propiedad intelectual, no hay derechos de autor ni de patentes en la naturaleza. Sí existen en el marco de un Estado de Derecho es con una finalidad utilitaria.

Desde sus inicios, el Estatuto de la Reina Ana de 1710, el derecho de autor fue pensado para beneficiar a la sociedad. Sólo por esa razón se la concede un derecho de exclusiva a su titular. El Reporte que acompañó el anteproyecto de reforma del *Copyright Act* estadounidense de 1909 decía en un párrafo: “[t]he Constitution does not establish copyrights, but provides that Congress shall have the power to grant such rights if it thinks best. Not primarily for the benefit of the author, but primarily for the benefit of the public, such rights are given” (The House Report on the Copyright Act of 1909).

El legislador otorgó monopolios legales (derechos de autor y patentes) para que haya más obras e indirectamente más conocimiento en

* Argentino, Abogado (Universidad Católica Argentina). Agente de la Propiedad Industrial (INPI), Master of Laws in Intellectual Property (Turín/OMPI), European Master in Law & Economics (Bolonía/Hamburgo) y candidato al European Doctorate in Law & Economics (Bolonía/Róterdam). Actualmente se desempeña como consultor independiente en temas de propiedad intelectual y como profesor de Análisis Económico del Derecho de la Propiedad Intelectual en la maestría de FLACSO Argentina. Ha sido investigador de nivel intermedio de CLACSO e investigador invitado en el Instituto Max Planck de la Propiedad Intelectual de Múnich. Asimismo fue profesor visitante y capacitador en la New York University de Tirana, La Università Guido Carli de Roma, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual y el Ministerio de Industria, Minería y Energía de Uruguay. Contacto: [maxmarzetti@gmail.com].

la sociedad. Así entendido, el derecho de autor es un medio, el fin último es la diseminación de conocimiento, tecnología y cultura en la sociedad, lo que a su vez impulsará el progreso económico y moral de la misma.

Se impone, por la tanto, un cierto equilibrio entre derechos del titular del derecho de autor o patentes y los derechos del resto de la ciudadanía. Es decir, una relación equilibrada entre medios y fines. En la Argentina hodierna, con su desfasada legislación de propiedad intelectual y el permanente *lobby* unilateral de las llamadas “industrias culturales” dicho equilibrio se ha perdido.

La necesidad de encontrar un equilibrio entre derechos y obligaciones y entre productores y usuarios ha sido reconocido entre los objetivos del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Artículo 7 (Objetivos) La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, *en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones* (énfasis propio).

Aún después del ADPIC los países signatarios conservan un margen de maniobra para fijar sus políticas domésticas de propiedad intelectual y limitar el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual.

Artículo 8 (Principios) 1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, *podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico*, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. *Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas*, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, *para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología* (énfasis propio).

En particular referencia al equilibrio de intereses entre productores y consumidores de obras culturales cabe mencionar el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Gi-

nebra el 20 de diciembre de 1996 y ratificado por Argentina el 19 de noviembre de 1999. Preámbulo [Omissis] Reconociendo la *necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información,* como se refleja en el Convenio de Berna.

A pesar de ello, en Argentina los derechos de autor y los derechos conexos vienen siendo extendidos más allá de lo económicamente óptimo a través de sucesivas e innecesarias reformas legislativas. El derecho de autor ya dura demasiado, desde la creación de la obra y hasta la muerte del autor más 70 años *post mortem* para beneficiar, quien sabe por qué razón, a dos generaciones posteriores que nada hicieron por el nacimiento de la obra.

La consecuencia de tales extensiones son socialmente negativas; no sólo no incrementan los incentivos para los autores sino que aumentan los costos de acceso al conocimiento para toda la sociedad. Son reformas que imponen costos sin beneficios.

Éstos son sólo algunos de los problemas derivados de la sobreprotección de los derechos de autor:

EXTENSIÓN DEL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO DE AUTORY DE LOS DERECHOS CONEXOS

Como consecuencia de la extensión temporal del monopolio legal se extiende también paralelamente la pérdida neta de bienestar o *deadweight loss* (que se traduce en mayor precio y menor cantidad producida que en situación de libre competencia). Ello supone limitar el acceso a las obras, ergo menos conocimiento y menos cultura.

El derecho de autor y los derechos conexos ya duran demasiado. Idealmente, sería deseable acortarlos. Los economistas que se ocuparon del tema estiman que 15 o 20 años son suficientes para crear incentivos a los autores. Sin embargo, debido a tratados internacionales ratificados por Argentina sería bastante improbable que se puede reducir la duración temporal del derecho de autor y de las patentes. Asimismo, la oposición de quienes ya se benefician del status quo vigente sería feroz y jurídicamente habría que tener en cuenta la teoría de los derechos adquiridos y otras posibles defensas.

Por lo tanto a través de esta trabajo propongo reformas factibles, compatibles con el marco jurídico nacional e internacional, las que deberán ser debatidas públicamente y de modo inclusivo por todos los stakeholders y no impuestas unilateralmente.

- ACHICAMIENTO DEL DOMINIO PÚBLICO

Las recientes reformas al derecho de autor y derechos conexos han servido para reducir efectivamente el dominio público. El problema es

aún más grave en Argentina que en otros países de la región ya que además se mantiene vigente la retrógrada institución del *Dominio Público Pagante*. No hay justificación económica para tener que pagar por una obra intelectual que gozó de la protección del derecho de autor hasta el fin de su plazo. El derecho de autor compensa el esfuerzo económico del autor. El Estado no debería cobrar regalías luego de agotado el derecho de autor a través de un régimen oneroso que perpetúa el pago de regalías sin clara justificación.

- USO DE TECNOLOGÍAS QUE RESTRINGEN LA DIFUSIÓN DE LAS OBRAS

Las llamadas *Technological Protection Measures* (en adelante, TPM) permiten que no se puedan copiar, transmitir ni cambiar el formato de muchas obras. Las TPM pueden usarse para reforzar el derecho de autor pero también pueden, y son, usadas para prohibir usos legítimos. El autor norteamericano J. Mazzone llama éstos usos abusivos *copyfrauds* (Mazzone, 2011)

Por ejemplo, quien adquiere una copia papel de un libro puede prestarla o revenderla, no así quien compra un *ebook*. Dicha imposibilidad se debe exclusivamente a barreras tecnológicas. Asimismo, muchas leyes han criminalizado acciones tendientes a suprimir dichas barreras tecnológicas (por ejemplo la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998).

- DESAPROVECHAMIENTO DE OBRAS HUÉRFANAS

Existen infinidad de obras cuyo autor se desconoce o si se lo conoce no se lo puede ubicar. Sin embargo ante la falta de una regulación adecuada hace que nadie puede legalmente reeditarlas y publicarlas. El problema se exagera con cada extensión de los plazos de duración del derecho de autor y de los derechos conexos. Muchas son obras valiosas que han dejado de imprimirse y nadie aprovecha, ni su autor ni la comunidad. Un verdadero sinsentido particularmente hoy que las modernas tecnologías de digitalización permitirían su conservación y difusión universal a costos bajísimos. Una política pública de gobernanza del conocimiento debería proveer mecanismos para el aprovechamiento legítimo de éstas obras. Preservar el acervo cultural y acercarlo a la sociedad es rol primordial de bibliotecas y archivos, sin embargo dado el restrictivo régimen de propiedad intelectual imperante estas instituciones no pueden hacerlo. El derecho de autor vigente no permite ni siquiera la digitalización de obras de las que sólo existe un ejemplar, para su preservación.

- FRENO A LA CREACIÓN DE OBRAS DERIVADAS

La extensión desmedida del derecho de autor no sólo perjudica al consumidor sino también a otros creadores. En el Antiguo Testamento ya

se sabía que “no hay nada nuevo bajo el sol”. El modelo artístico de Occidente se fundamenta en la *imitatio* de Dionisio de Halicarnaso. Sólo Dios, para los creyentes, crea *ex nihilo*. El resto de los mortales se apoya en lo que hicieron otros, ya sea copiando a otro autor directamente o aprovechando indirectamente el conocimiento general de la sociedad. Las constantes extensiones del plazo de duración del derecho de autor limitan la posibilidad de crear obras derivadas, como por ejemplo las videoparodias, el *mashup* y el *remix*.

- LOS COSTOS DEL LOBBY.

Como se argumentará más adelante la razón de ser del reforzamiento del derecho de autor se debe primordialmente al accionar de grupos de interés (lobbies) de las industrias culturales y de las sociedades de gestión colectiva. El autor es ajeno a este proceso. Los lobbies de los intermediarios han logrado *capturar al regulador* mediante el suministro de información y estadísticas sesgadas y otras tácticas (legales y no tanto). Como consecuencia de la “captura” sólo se sancionan leyes que benefician al sector que hace lobby y no a la sociedad toda. Esta conducta, llamada en jerga económica “búsqueda de renta”, representa un desperdicio de recursos que podrían destinarse a otras actividades más productivas.

- LA CRIMINALIZACIÓN DEL USUARIO

La unilateralidad en el proceso de creación del derecho de autor lleva a que los productores tengan cada vez más derechos y los usuarios menos. Así lo demuestra el proceso contra el profesor de filosofía argentino Horacio Potel, quien fuera querrellado penalmente por la Cámara Argentina del Libro por haber colgado de Internet sin permiso obras de Heidegger y Derrida que no se encontraban traducidas al castellano, sin fines de lucro.¹ Finalmente la justicia penal argentina sobreesayó a Horacio Potel. El derecho penal ofrece más garantías para el usuario que el de propiedad intelectual. En cualquier caso fue un dispendio innecesario de recursos en costas judiciales amén de una pésima campaña de relaciones públicas por parte de la Cámara Argentina del Libro. Éste y otros casos similares, como las demandas civiles y penales iniciadas contra usuarios de redes P2P (*peer to peer*), ponen en evidencia los riesgos del desequilibrio entre los titulares de derecho de autor y los usuarios de las obras.

Es hora de repensar el sistema argentino de derecho de autor para que sea más efectivo, eficiente y justo atendiendo a los fines que

¹ Causa nro. 57627/08 “Potel Horacio Rubén s/infracción ley 11.723”. Resolución de sobreseimiento dictada el 13 de noviembre de 2009 por el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 37, Secretaría nro. 129, Capital Federal, Argentina.

persigue. La ley vigente data de 1933. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) ponen en crisis el viejo paradigma analógico.

Aplicamos un sistema de propiedad intelectual nacido en los albores de la revolución industrial a una sociedad del conocimiento global. Un régimen de escasez artificial choca contra la abundancia digital. Es hora de reequilibrar el balance perdido entre medios y fines, a la altura de los tiempos digitales que corren. Ojalá este humilde aporte sirva para inspirar mejores políticas públicas

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Para los economistas los *derechos de propiedad intelectual* (DPI) son monopolios legales y como tales se los considera una anomalía en cualquier sistema de libre mercado. Desde los albores de la ciencia económica nos llega la condena que hiciera Adam Smith en la *Riqueza de las Naciones*: “La gente de un mismo oficio rara vez se reúne, aún para la alegría y la diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público o en alguna estratagema para subir los precios”.²

El principio rector de toda sana economía de mercado es la libre competencia, que para ser tal debe estar exenta de monopolios, oligopolios, monopsonios y toda otra distorsión. Claro que hay excepciones. No todos los monopolios son iguales. Algunos son tolerados (una empresa exitosa que no tiene competidores) y otros fomentados por las leyes porque se los considera un mal menor.

El derecho a veces crea monopolios naturales cuando una única empresa produce un determinado bien a un costo menor que el mercado; en general porque se requieren economías de escala o existencia de un recurso natural único (tal es el caso de muchos servicios públicos). Otras veces el legislador recurre a los monopolios para corregir una falla de mercado. Éste último es el caso de los DPI.

El interés protegido por la legislación de propiedad intelectual, reducido a su mínima expresión, es información. Patentes, marcas y derechos de autor tienen como objeto excluir o limitar el uso de información valiosa y reusable. La fórmula de un nuevo fármaco, una novela histórica o un programa de computación, reducidos a su mínima esencia, no son otra cosa que un conjunto de información. El objetivo de los derechos de propiedad intelectual es hacer exclusiva y excluyente cierto tipo de información. No cualquier información se halla protegida por derechos de propiedad intelectual, sólo aquella que no se produciría

² Vid. “Una investigación sobre la naturaleza y causas de la Riqueza de las Naciones”, su primera edición se publicó en 1776. Existen muchas buenas traducciones al castellano.

en cantidades suficientes en condiciones de mercado y cuyos beneficios sociales exceden su costo privado de producción.³

Para la economía, la información es un bien público; categoría que nada tiene que ver con la de *bienes públicos* del Derecho Civil, es decir aquellos cuyo titular sea el Estado nacional, provincial o municipal. Un bien público, en sentido económico, se distingue de otros tipos de bienes (por oposición, bienes privados) por poseer dos notas características: no rivalidad y no excluibilidad.

Bienes Públicos

a) *No Rivales*: Más de una persona puede consumir el mismo bien contemporáneamente sin agotarlo; y

b) *No Excluibles*: No es posible o es muy oneroso excluir a un tercero del consumo de dicho bien.

Los bienes públicos son problemáticos para la economía ya que debido a su naturaleza generan a una falla de mercado; es decir una situación en la cual el mercado *per se* no puede proveer la cantidad óptima de bienes.

En ausencia de algún tipo de barrera de acceso (tecnológica o jurídica) una vez creada la información cualquier tercero podrá apropiarse de la misma sin pagar por ella. El creador de la información no podrá recuperar sus costos hundidos, es decir aquellos que son irre recuperables una vez incurridos (e.g. tiempo, dinero, esfuerzo y costo de oportunidad). En literatura económica esto se conoce como “problema del polizón” (en inglés, *free rider*) por analogía a quien viaja sin pagar el boleto.

La conducta del polizón o *free-rider*, quien aprovecha del esfuerzo ajeno para luego apropiarse de sus frutos sin pagar por ello, es racional pero opera como un desincentivo de la labor creativa. Nadie, o quizás pocos individuos, querrán crear, innovar o invertir en investigación y desarrollo (I+D) sabiendo que su esfuerzo aprovechará gratuitamente a terceros. He aquí la mentada falla de mercado; sabiendo de antemano que no hay forma de detener la posterior conducta del *free-rider* (que es racional y ergo previsible) el autor dedicará su tiempo y recursos a otras actividades más lucrativas y seguras aunque exista demanda potencial en el mercado para sus obras y los beneficios sociales sean muy superiores al costo privado.

Ante una falla de mercado, la economía ofrece varias soluciones. Una de ellas, pero no la única, es la regulación. Ante el quiebre del mercado de los bienes públicos (información) el Estado interviene

³ Para profundizar el estudio económico de la información vid. Shapiro y Varian (1999).

otorgando monopolios legales temporales; patentes y derechos de autor. El contenido negativo de los derechos de propiedad intelectual, el llamado “*ius excludendi omnes alios*”, permite excluir legalmente aquello que naturalmente no lo es. Es decir, la escasez es artificial porque es creada por la ley.

Al prohibir el uso no autorizado de información protegida por derechos de propiedad intelectual por un determinado período de tiempo la ley encarece la conducta del *free rider*. El derecho de autor le asegura a su autor un monopolio legal de explotación limitado en el tiempo. De esta manera los derechos de propiedad intelectual se convierten en incentivos *ex ante* para potenciar actividades creativas e innovadoras.

Vale aclarar que si bien el problema de los bienes informacionales existió desde siempre no podemos decir lo mismo de su solución a través de derechos de propiedad intelectual. A lo largo de la historia se usaron distintas herramientas institucionales para incentivar a artistas, literatos e inventores. Los mecanismos institucionales para incentivar la creación de información alternativos a la propiedad intelectual más conocidos son los subsidios estatales (ciencia básica), los premios (editoriales), el secreto (industrial o comercial) y la *lead-time advantage* en mercados de ciclos cortos.⁴

La ventaja de premios o subsidios (económicamente tienen el mismo efecto) radica en que una vez cubierto el costo hundido de la inversión (I+D) la información pasa al dominio público. Es decir, producida la información cualquiera podrá usarla y aplicarla en procesos productivos en condiciones de mercado (pagando sólo su costo de reproducción pero no de I+D). Sin embargo, los premios y subsidios tampoco están exentos de problemas.

Por un lado, es muy difícil determinar la cuantía exacta del premio o subsidio *ex ante* y aún *ex post*. Sin un mecanismo que ponga precio a las preferencias personales, como el mercado, es difícil para una burocracia centralizada fijar los valores correctos, como explicara oportunamente Friedrich Hayek (1945). Si el monto del subsidio o premio se fija por encima o por debajo del óptimo no servirá de nada. En el primer caso se dilapidarán recursos (subsidio > costo I+D) y en el segundo no tendrá efecto alguno sobre los incentivos (subsidio < costo I+D).

Cuando los premios o subsidios son públicos los pagan tanto los usuarios de la información como los que no. Y como generalmente se financian a través de impuestos hay que tener en cuenta el efecto distorsivo de éstos sobre las decisiones de compra de la gente. Tampoco son menores los costos administrativos del sistema; infraestructura,

⁴ Para una elucidación económica de ventajas y desventajas entre propiedad intelectual y otros mecanismos vid. Gallini, Nancy y Scotchmer (2001).

personal, equipamiento, etc. La centralización favorece la corrupción, ya que habrá que tratar sólo con una entidad. Para muchas empresas podría ser más rentable (racional) “capturar al regulador” que competir en precio o calidad.

Sin embargo, premios y subsidios funcionan bastante bien para producir cierto tipo de información que el mercado no provee ni aún con DPI; la ciencia básica; teorías, métodos y fórmulas sin aplicación práctica. En consecuencia, el Art. 6 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481 en su inciso a) dispone que no serán consideradas invenciones, *ergo* no serían patentables “Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos”.

Ahora bien... ¿por qué el legislador concede derecho a la patente sobre ciertas aplicaciones pero no permite la apropiación privada de ideas abstractas? De modo similar el derecho de autor no ampara a las ideas sino sólo su expresión (Art. 1 Ley N° 11.723).

Implícito se encuentra el razonamiento que los costos de monopolizar ideas de las que dependan desarrollos posteriores exceden los beneficios esperados. Intuitivamente el legislador entiende que recurrir sólo al mercado para la provisión de nueva información científica podría seriamente afectar la competencia, la innovación y el progreso.

Una alternativa empresarial ante los DPI es mantener información valiosa en secreto. Los llamados secretos industriales o comerciales (información no divulgada). El derecho argentino ampara la información confidencial contra su divulgación indebida mediante la Ley N° 24.766. Para el titular se trata de un método legítimo de salvaguardar información valiosa.

Sin embargo, desde una perspectiva social el secreto es disvalioso. A falta de un arreglo institucional mejor el titular de un secreto se esforzará por mantener en secreto información que podría ser socialmente útil y reutilizada. Un ejemplo paradigmático de secreto comercial que se mantiene como tal desde hace más de un siglo es la proverbial fórmula de la Coca-Cola. Bajo secreto nadie podrá estudiar, mejorar o complementar dicha información. Los costos de mantener secretos los secretos son altos y constantes. Siempre está latente el riesgo de espionaje industrial. Asimismo, el secreto impide la división del trabajo y la eficiencia distributiva. El intercambio de información por capital (contrato de licencia) se vuelve imposible cuando el valor está dado por su no divulgación (*dilema de la doble confianza*).⁵

Los DPI tienen algunas ventajas relativas sobre subsidios, premios, y secretos. Fundamentalmente permiten que el mercado determine el precio de la información, que pague por ella quien toma el riesgo y

5 Vid. Robert D. Cooter y Hans-Berndt Schafer (2011).

obliga a su divulgación. Este autor no considera que la abrogación de los DPI sea una mejor solución (falacia de Nirvana). Este autor considera que dentro de ciertos límites, en competencia y complementariedad con otros métodos alternativos para incentivar la creación de nueva información valiosa los DPI son socialmente útiles.

Para que el sistema de propiedad intelectual funcione correctamente es fundamental que la duración de las patentes y los derechos de autor se ajuste a lo socialmente óptimo. Si los DPI durasen eternamente los costos sociales de los mismos cancelarían cualquier beneficio.

Ahora bien, los derechos de propiedad intelectual no están exentos de costos. Todo monopolio, sea *de facto* o *de iure*, produce una *pérdida neta de bienestar* llamada en inglés *deadweight loss*. Es decir, en toda situación de monopolio la cantidad demandada de un bien será menor y su precio será mayor que en una situación de competencia. Esto es así porque el monopolista maximiza su rentabilidad vendiendo menos cantidad a mayor precio. En términos económicos, el monopolista fija el precio teniendo en cuenta el *ingreso marginal*. En cambio, en situación de competencia, el precio tiende a acercarse al *costo marginal*, que es menor al ingreso marginal y ergo la cantidad producida aumenta.

Además hay que tomar en cuenta el efecto adverso que los derechos de propiedad intelectual pueden tener sobre la competencia, la creación de obras derivadas y la innovación cumulativa. Cada día es más evidente cómo la información patentada se convierte en insumo en el proceso de creación de nueva información. Para minimizar éstos costos sociales los derechos de propiedad intelectual deben concederse por tiempo limitado, idealmente no mayor a lo necesario para recuperar los costos hundidos. Caso contrario, de mantenerse *in aeternum*, la pérdida neta de bienestar social sería perpetua.

Reitero aquí que la doctrina jurídica, no económica, suele olvidar que los derechos de propiedad intelectual son instrumentales, es decir sólo se conceden para incentivar al autor o inventor y evitar una falla de mercado. Desde este marco conceptual, la duración de los derechos de propiedad intelectual es crucial para la validación del sistema, los que no debería extenderse más allá de lo necesario para recuperar la inversión o el esfuerzo. Ni más, ni menos.

La propiedad intelectual se justifica desde una perspectiva utilitaria. Si bien el monopolio (legal) causa una pérdida neta de bienestar, los beneficios esperados del sistema (creación de nueva información útil y su divulgación) superarían sus costos. De esta manera el régimen de propiedad intelectual, teóricamente considerado, pasaría el tradicional cartabón de validación económica, o análisis costo-beneficio. En suma, cuando hablamos de propiedad intelectual hablamos de una solución imperfecta, también llamada *second best*. No hay solución perfecta al

dilema de la generación de información. Todo sistema para incentivar ya sea su creación o su divulgación tiene costo. La economía nos ayuda a elegir la institución socialmente menos costosa, o mal menor.

Pero ello es así, si y sólo si, la propiedad intelectual mantiene un delicado equilibrio entre costos y beneficios sociales. Encontrar ese equilibrio no es fácil, y como veremos más adelante, es susceptible de ser manipulado. Más propiedad intelectual de la necesaria aumentaría la pérdida neta de bienestar más allá de los beneficios esperados. Menos propiedad intelectual de la necesaria no serviría como incentivo.

Además de la limitación temporal (generalmente 20 años para patentes y el estándar de vida más 70 años *post mortem* para derechos de autor) los derechos de propiedad intelectual sufren otras limitaciones legales. Por ejemplo, el legislador decide qué es material patentable y qué no, establece licencias obligatorias para ciertas situaciones, tasas de renovación crecientes, la doctrina del *fair use* opera como límite al *copyright* anglosajón, etc. Éstas, y otras, instituciones que tienden a limitar los efectos de la propiedad intelectual tienen como finalidad minimizar los costos sociales del monopolio.

Es importante poner de resalto que si bien la mayoría de los economistas del llamado *mainstream* consideran que los derechos de propiedad intelectual son un mal necesario, hay otros más radicales que opinan que se trata de un mal innecesario. Boldrin y Levine opinan que los costos del sistema de propiedad intelectual exceden sus beneficios. En consecuencia su propuesta es abolir la propiedad intelectual.⁶

Parafraseando la famosa cita de Lord Acton, éstos dos autores sostienen que “*el monopolio corrompe y el monopolio absoluto corrompe absolutamente*”. El talón de Aquiles del argumento abolicionista de Boldrin y Levine es la falta de evidencia empírica.

Quizás el argumento más fuerte en contra del abolicionismo sea más de tipo pragmático que teórico. Hay que partir de la base que la propiedad intelectual existe desde hace siglos, cuenta con instituciones consolidadas y existe un mercado globalizado para éstos derechos. A priori, pareciera que los costos de destruir el sistema serían demasiado altos. A falta de evidencia empírica irrefutable que demuestre que la abolición es una mejor solución es racional ser prudente y mantener el statu quo (“*más vale malo conocido que bueno por conocer*”).

Un concepto importante para entender el párrafo anterior es la *dependencia del camino elegido* (*path dependency*). Es decir, que después de cierto trecho desandar camino y volver al punto de partida para elegir una ruta alternativa, aun habiendo equivocado la ruta inicial,

⁶ Vid. Michele Boldrin y David K. Levine (2008). También autores de la llamada *Escuela Austríaca de Economía* sostienen ideas similares, vid. Stephan Kinsella (2008).

puede ser más perjudicial que beneficioso. Permítaseme una explicación numérica.

Supongamos que dos caminos nos permiten llegar al mismo destino, pero uno tiene una distancia de 10 km y el otro de 5km. Si elegí el camino más largo y ya recorrí 6 km del trayecto volver hacia atrás para tomar el camino más corto no tendría sentido, ya que la distancia total sería de 11 km. Moraleja; aun habiendo equivocado el camino después de recorrer cierta distancia conviene seguir hacia adelante. No por tozudez, sino por pragmatismo y análisis costo-beneficio.

La misma idea se subyace en el razonamiento de Fritz Machlup. En los albores de la Guerra Fría el Congreso de los EE.UU. le encargó al eminente economista austríaco la evaluación del sistema de patentes norteamericano. Luego de un análisis exhaustivo, Machlup concluyó lo siguiente:

Si no tuviéramos un sistema de patentes sería irresponsable, sobre la base del conocimiento económico existente a la fecha, aconsejar instaurar uno. Pero como tenemos un sistema de patentes que ha estado vigente por largo tiempo, sería irresponsable, sobre la base del conocimiento económico existente a la fecha, recomendar su abolición (Machlup, 1958).

El derecho de autor contemporáneo tiene muchas falencias, es hora de ajustarlo para que cumpla con sus fines sociales. Abolirlo de plano no parece ser la mejor alternativa.

El exceso regulatorio en favor del sector productor de contenidos ha llevado a los derechos de autor a una duración innecesaria. El *leitmotiv* de éste trabajo es pensar políticas públicas que permitan recomponer el equilibrio perdido entre incentivos y acceso.

A fin de legislar eficazmente, dentro de los límites permitidos por los compromisos internacionales asumidos, es conveniente tomar en cuenta las particularidades de cada país. No comparto la visión de un único modelo de propiedad intelectual, aplicable tanto a países desarrollados como a países en desarrollo. Simplemente porque las necesidades de desarrollo de unos y otros no son las mismas, por lo tanto las herramientas deben ser distintas.

Hace falta matizar la propiedad intelectual para que tenga en cuenta los distintos grados de desarrollo socioeconómico endógenos a cada nación. Para ello es imperioso, particularmente para los países en desarrollo, sacar el máximo provecho a las flexibilidades que permiten los instrumentos internacionales de propiedad intelectual. Es incorrecto asumir que ADPIC-TRIPS y otros tratados no dejan margen de maniobra al regulador local. Ello no es así. Muchas veces lo que sucede es

que faltan recursos humanos para saber aprovechar las oportunidades.

El legislador deberá poner en la balanza dos órdenes de políticas públicas antagónicas pero complementarias al fin, por un lado incentivos para la generación de nueva información, por el otro facilitar el acceso a dicha información a la mayor cantidad de gente posible. Hay que encontrar un balance entre ambas políticas para un desarrollo social y económico sustentable. La decisión entre dos cursos de acción aparentemente antagónicos se conoce en economía como *trade off* y es una constante en la vida de las personas y en las políticas de los estados. Son decisiones complejas, sea cual fuere el arreglo institucional al que se llegue, lo que importa es ganar más de lo que se pierde.

Las políticas de incentivo y acceso difícilmente puedan instrumentarse contemporáneamente, es menester un arreglo intertemporal. La legislación de propiedad intelectual inclina la balanza en favor del titular del DPI durante el período de exclusividad, privilegiando la eficiencia dinámica (es decir, los incentivos). Cuando la información pasa al dominio público el sistema favorece más a los usuarios, privilegiando la eficiencia estática (el acceso y la difusión). Este sistema si bien imperfecto es el que mejor, o menos mal, equilibra los diversos intereses en juego. La lógica de la propiedad intelectual se fundamenta en un complejo *trade-off* institucional.

Dejando de lado la teoría, en la práctica se percibe una preocupante tendencia a favorecer exclusivamente la eficiencia dinámica a través del reforzamiento de la propiedad intelectual. La razón de ser de semejante desfasaje tiene como causa el accionar de grupos de interés (*lobbies*) que influyen sobre el legislador para obtener beneficios sectoriales. El *lobby* de las llamadas “industrias culturales” busca rentas económicas y beneficia a un sector de la sociedad a costa de otro.

EL DELICADO BALANCE ENTRE INCENTIVOS Y ACCESO

El derecho de autor, o *copyright* en su variante anglosajona, nace como consecuencia de un hecho histórico. La tecnología disruptiva de Gutenberg alteró el modo de acceder copias, alterando el status quo que había imperado durante siglos. Para los que hacemos análisis económico los derechos no son innatos ni preexistentes, sino instrumentales y consecuencia de arreglos institucionales históricos. Por lo tanto no entraré a analizar el derecho de autor desde perspectivas de derecho natural, como suele ser el punto de partido de la tradición civilista.

Nuevos derechos e instituciones jurídicas nacen a partir de un hecho, voluntario o azaroso, natural o humano, cultural o tecnológico, altera el esquema previo de costos y beneficios. Por ejemplo, en ciertas comunidades primitivas con vastos territorios de caza y relativamen-

te pocos miembros los derechos de propiedad no eran necesarios. La razón de ser de la ciencia económica es la escasez.⁷ La razón de ser de muchas instituciones jurídicas también.

En términos abstractos un sistema de derechos de propiedad es más costoso que uno de bienes comunes ya que requiere de registros públicos, litigios, contratos, jueces y abogados. En un determinado momento histórico, por factores exógenos, el esquema de costos y beneficios institucionales se altera. Así, ciertas instituciones que eran eficientes dejan de serlo y son reemplazadas por otras. El estudio de la historia y la evolución de las instituciones pueden enseñarle mucho a abogados y economistas.⁸

Tal es la interpretación de la llamada Escuela Económica Neoinstitutionalista (*New Institutional Economics, NIE*). Harold Demsetz en un famoso ensayo, que podríamos tildar de *antropología económica*, analizó la evolución de los derechos de propiedad para la caza de castores entre una tribu de indios del Canadá, los *Montañas* (Demsetz, 1969).

Hasta la llegada del hombre blanco no existieron derechos de propiedad entre los *Montañas*. Simplemente no hacían falta, no había escasez de castores. Los *Montañas* eran cazadores y los castores su medio de subsistencia. La llegada del europeo alteró totalmente el esquema de incentivos preexistente. Los hombres blancos ofrecieron pagar a los *Montañas* por cada piel de castor que entregasen. De repente el castor comenzó a ser cazado a gran escala, por encima de las necesidades de supervivencia de la tribu y se hizo imperioso diseñar un sistema para evitar disputas entre miembros de la tribu y la sobreexplotación (extinción) de los castores.

De esta manera, explica Demsetz, el nacimiento de los derechos de propiedad. En términos económicos, para internalizar externalidades ante un cambio exógeno del esquema de costos y beneficios institucionales. La génesis del derecho de autor es para la NIE instrumental y dista mucho de las concepciones jusnaturalistas o marxistas. La propiedad aparece cuando los beneficios de internalizar externalidades exceden sus costos.

Demsetz también analizó, en el mismo trabajo, el comportamiento de otras tribus en la región Sudoeste de Canadá. Éstas tribus cazaban animales de escaso valor comercial para el hombre blanco o recurrían al pastoreo en grandes territorios. Entre estos indios no sur-

7 Según la conocida definición de Lionel Robbins: “La economía es la ciencia que analiza el comportamiento humano como la relación entre unos fines dados y medios escasos que tienen usos alternativos.”

8 La importancia de la historia para estudios de Derecho y Economía fue defendida por Ron Harris (2003) en *The Uses of History in Law and Economics*.

gieron derechos de propiedad. Simplemente no había externalidades que internalizar.

En materia de derechos de autor, *mutatis mutandis*, sucedió algo similar. El hito histórico lo constituye la invención de la imprenta de tipos móviles atribuida a Johannes Gutenberg, aproximadamente alrededor del año 1450. Anteriormente, la copia de un libro era una empresa tan costosa que no hacían falta leyes que prohibieran la copia.

El alto costo de reproducción operó durante siglos como una barrera tecnológica contra la copia. Hasta la invención de la imprenta la única manera de copiar un libro era a mano. La profesión del copista o amanuense floreció en la Europa medieval. Sólo los nobles o el clero podían costearse un libro. Todo cambió con la invención disruptiva de Gutenberg. Iluminadores y amanuenses fueron víctimas de la destrucción creativa preconizada por Alois Schumpeter. La nueva tecnología hizo obsoleta la profesión del copista, como más tarde el procesador de textos y la impresora relegarían las máquinas de escribir mecánicas a los museos.

Los monarcas medievales tenían la costumbre de emitir privilegios sobre distintas cuestiones; una determinada mercancía, una ruta comercial o el ejercicio profesión, a cambio de una contraprestación en metálico. El otorgamiento de privilegios era discrecional y *ad hoc*. Se solía conceder mediante *lettere patenti*, cartas abiertas que todo el mundo pudiera leer y obedecer. La patente de invención toma su nombre de la dicha práctica.

Cuando las imprentas se popularizaron y extendieron por Europa los monarcas otorgaron privilegios económicos para su uso, imprimir sin permiso real estaba prohibido y podía costar la cabeza. Así nacieron las *patentes de impresión*. El vínculo entre patentes de impresión y censura fue muy estrecho desde sus inicios, ejercido tanto en beneficio del poder temporal como religioso.

Los primeros *privilegi* para la impresión de textos y diseños se concedieron en la República de Venecia en el siglo XV. Más tarde también los otorgó el Papa, quien por aquel entonces tenía poder temporal sobre los Estados Pontificios. En ambos casos, la impresión de obras estuvo sujeta a la censura real y/o eclesiástica.⁹

En Inglaterra, la única institución autorizada por la Corona para imprimir libros era la *Stationers' Company*, especie de gremio que aglutinaba a impresores, encuadernadores y vendedores de libros, que había recibido un privilegio exclusivo mediante *Royal Charter* en 1557. La *Stationers' Company* también ejerció funciones de censura delega-

⁹ Las fuentes consultadas para el estudio histórico del derecho de autor fueron Patterson (1968) y Witcombe (2004).

das por el monarca mediante la *Licensing Order* de 1643 y confirmada posteriormente por la *Licensing Act* de 1663.

Nótese que originariamente no era el autor quien tenía el control sobre la copia sino el editor. Durante los primeros siglos de la imprenta el autor fue el gran ausente. La concepción del autor como profesional que vive de regalías provenientes de sus obras es una idea moderna, que nace y se consolida en los siglos XVIII y XIX. Durante la edad media se consideraba que el autor (mediato) de la obra era Dios, el artista humano era sólo un instrumento al servicio de la divinidad. Durante siglos los artistas que lograron vivir de sus creaciones intelectuales requirieron de un Mecenaz (subsidios de terceros ricos y poderosos).

El status del autor se altera como consecuencia de grandes cambios sociales. Dos hechos históricos prepararon el camino para el cambio de paradigma; la *Revolución Gloriosa* de 1688 y el *Bill of Rights* de 1689. Sendos eventos limitaron el hasta entonces omnímodo poder del rey, quien por primera vez quedó sujeto al Parlamento.

En 1710 se sancionó el *Estatuto de la Reina Ana*, primera ley moderna de derecho de autor de la historia. El Estatuto lleva el nombre de la reina de turno, Ana Estuardo, si bien fue hijo del Parlamento británico. El *Estatuto* le quitó el monopolio de impresión a la *Stationers' Company* y, en un giro copernicano, lo puso por primera vez en cabeza del autor.

Además el Estatuto reconoció expresamente la instrumentalidad del derecho de autor. Dice el subtítulo; “una ley para el fomento del aprendizaje, al otorgar los derechos de copia de libros impresos en los autores o compradores de tales copias, durante los tiempos allí mencionados”. El fin buscado por la norma era el fomento del aprendizaje.

El Estatuto fijó un límite temporal objetivo y uniforme para todos los derechos de autor; 21 años para obras creadas con anterioridad a la entrada en vigencia del mismo y 14 años para aquellas que se crearan después. Sólo éstas últimas podían renovarse y por única vez por otros 14 años, si y sólo si el autor aún estaba vivo. Muerto el autor se extinguía el derecho y la obra pasaba al dominio público. La extensión del plazo para beneficiar a las generaciones venideras (plazo *post mortem*) fue hecha posteriormente, a instancias del lobby de las editoriales.

La primera ley federal de derecho de autor estadounidense de 1790 se inspiró en el Estatuto. Por tal razón también fijó en 14 años la duración del *copyright*, permitiendo sólo una renovación por igual período. Mucha agua corrió debajo del puente desde 1710 hasta la fecha. En Inglaterra, EE.UU. y el resto del mundo hubo sucesivas reformas al régimen de derecho de autor. Hoy el *copyright* tiene una duración, casi universal, equivalente a lo que le queda de vida al autor más 70 años *post mortem*. Es decir, en pocos siglos pasamos de 28 años a una media

de 100, tomando una *vida* de 30. ¿Qué hecho objetivo ha justificado semejante extensión? ¿Existen razones de eficiencia para extender la duración del *copyright*? ¿O la explicación pasa por otro lado?

En la próxima sección analizaré el rol de los grupos de interés en las recientes reformas a la legislación del derecho de autor a través del prisma de la llamada Escuela de la Selección Pública. Las causas de la inflación legislativa en materia de *copyright* hay que buscarlas en la búsqueda de rentas de los *lobbies* de las industrias culturales y del entretenimiento.

APORTES DESDE LA TEORÍA DE LA SELECCIÓN PÚBLICA Y DE LOS GRUPOS DE INTERÉS

La Teoría de la Selección Pública (*Public Choice Theory, PCT*) nace con la obra seminal de Buchanan y Tullock, *El Cálculo del Consenso* (1962). Se trata de un nuevo modo de analizar la política y sus actores mediante la aplicación del método económico. La PCT se halla desprovista del romanticismo que la filosofía y la ciencia política le atribuyen al manejo de la *cosa pública*. Para un autor enrolado en la PCT es difícil pensar que una persona que busca su propio interés en su vida privada deje de hacerlo al convertirse en funcionario público. La PCT aporta realismo al estudio de la política. Una autora mexicana la llamó una “*teoría del desencanto*” (Zarembeg, 2008).

Una de las áreas que más desarrollo ha tenido es la de *Teoría de Grupos de Interés* (*Interest Group Theory, IGT*). Ésta rama estudia el accionar de los *lobbies*, o grupos de interés, particularmente cómo afectan el proceso legislativo. Una de las obras más famosas al respecto es *La Lógica de la Acción Colectiva* de Mancur Olson (1965).

Para la IGT las leyes son bienes públicos, porque son información. En el mercado de leyes los legisladores son proveedores (la oferta) y los grupos de interés y los ciudadanos consumidores (la demanda). Para la IGT la voluntad de la mayoría, expresada a través del sufragio, no influencia la actividad legislativa. La *volonté générale* Rousseauiana es una ilusión. Es el activismo de grupos de interés cohesionados y discretos el impulsor de las reformas legislativas.

En el mercado de leyes los *lobbies* compiten entre sí para influir en el legislador y obtener normas jurídicas que favorezcan intereses sectoriales. La mayoría de los ciudadanos, individualmente considerados, se hallan ajenos a esta dinámica. Contrariamente a la creencia popular, en las democracias modernas no existe el riesgo de la tiranía de la mayoría sobre la minoría, sino de una minoría, organizada en grupos de interés, sobre la mayoría.

De acuerdo al constructo de Olson las personas se unen a un grupo de interés para buscar intereses privados, no grupales. Esta es otra

conclusión anti intuitiva, se cree que la gente se une para buscar fines comunes. Olson no dice que necesariamente siempre sea así, puede haber gente que se sume a grupos para alcanzar fines colectivos pero son la excepción no la regla.

Los *lobbies* más eficientes son los más pequeños, aquellos conformados por un pequeño grupo de individuos. Así se facilita el monitoreo y la eventual sanción de los miembros que no cumplan sus obligaciones. En un grupo grande es difícil controlar la conducta de sus miembros, por el problema del *free rider*. Si bien los distintos miembros persiguen intereses individuales éstos se hallan alineados. Zorros y gallinas no formarían parte de un mismo grupo de interés. Los zorros formarían un grupo para comer gallinas y las gallinas otro para protegerse de los zorros. Dentro de cada grupo cada miembro buscará su propio interés, cada zorro querrá comer más gallinas, cada gallina querrá salvar su pescuezo.

Los grupos de interés a través del cabildeo buscan obtener renta económica. Se llama búsqueda de renta (*rent seeking*) a la conducta de invertir recursos en influenciar al legislador para que éste lo favorezca, en vez de invertir para mejorar la productividad. La conducta del *rent seeker* es racional, ya se espera un mayor retorno por cada \$1 invertido en *lobbying* que por cada \$1 invertido en mejorar la productividad, la innovación o la calidad de productos o servicios. Que sea racional no significa que sea buena para la economía de un país, ya que si todos los actores actuaran de la misma manera el mercado se desvirtuaría. Además, desde una perspectiva de bienestar (*welfare economics*) el dinero gastado en influenciar a legisladores y jueces es un desperdicio de recursos. La sociedad estaría mejor si ese dinero se destinase a actividades productivas o I+D. La búsqueda de rentas implica la transferencia de dinero de un sector, generalmente los consumidores, en favor de otro, generalmente los productores, sin que se genere mayor riqueza. Se trata de una redistribución injustificada.

Los grupos de interés tienen un esquema de costos y beneficios diametralmente opuesto al del ciudadano. Para el ciudadano individual los costos del activismo político (tiempo, dinero, oportunidad) son altos y exceden sus beneficios esperados. Supongamos que un ciudadano quiera hacer activismo para modificar una ley. Si lo logra sus efectos serán generales, beneficiando también a los ciudadanos que no participaron de la campaña. Asimismo, el ciudadano activista debe sufragar privadamente sus gastos mientras que los beneficios de una campaña exitosa beneficiarán a sus conciudadanos. Se vuelve a repetir el problema del *free rider*. Olson no dice que existan héroes o mártires, pero estos son escasos.

Para los grupos de interés la historia es otra. Primero, porque los costos directos de una campaña para influenciar al poder legisla-

tivo, e.g. honorarios de lobistas profesionales, cenas, donaciones para la campaña, sobornos, se costean entre todos los miembros del grupo. Segundo, porque los costos sociales de la reforma legislativa los paga la comunidad. El costo de extender un monopolio, tarifa, u otra medida proteccionista en favor de algún sector de la economía las paga el grueso de la sociedad, e.g. mayores precios, menor calidad, limitación de la oferta de productos o servicios, etc.

Un ciudadano que quiera influenciar al legislador tiene que aceptar costos privatizados y beneficios socializado. En un grupo de interés sucede lo opuesto, los beneficios son privatizados y los costos socializados. Los grupos de interés han sabido sacar el máximo provecho del diseño institucional y de la apatía racional del ciudadano individual

Habida cuenta de las ganancias potenciales la casi totalidad de los grupos de interés representa a algún sector la oferta. Los consumidores no suelen unirse para hacer *lobby*. Puede que la tecnología cambie la tendencia en el futuro. TICs y *social media* bajan los costos de coordinación del activismo de los ciudadanos. ¿Existirá algún día una *Greenpeace* del dominio público?

LOS LOBBIES DE LAS “INDUSTRIAS CULTURALES” ESTÁN DETRÁS DEL RECIENTE REFORZAMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR

Retomemos la pregunta de párrafos anteriores. ¿Por qué se extiende cada vez más la duración del derecho de autor? Hemos pasado de un máximo de 24 años en 1710 a un promedio de 100 años en 2012; tomando 30 años de vida del autor más 70 años *post mortem*.

Es decir, el plazo de duración del derecho de autor actual es tres veces y media superior al originario. ¿Será porque se extendió la expectativa de vida? Aun aceptando éste argumento y suponiendo que la vida promedio del autor se duplicó, supongamos de 40 a 80 años, el derecho de autor dura demasiado

Teniendo en cuenta que los cambios legislativos nunca son gratuitos y siempre crean ganadores y perdedores, un análisis del tipo “*cui bono?*” señala a las industrias culturales y del entretenimiento como beneficiarios de los recientes cambios legislativos. La IGP sugiere que son los grupos de interés quienes determinan la agenda legislativa del regulador en materia de derecho de autor. Veamos algunos casos que prueban dicha hipótesis.

El caso *Eldred vs. Ascroft*, que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de EE.UU.¹⁰ Se trataba de determinar la constitucionalidad de la extensión del derecho de autor llevada a cabo por la *Copyright Term Extension Act* (CTEA) que lo llevó de 50 a 70 años *post mortem auctoris*.

¹⁰ Caso 537 U.S. 186, 2003.

Los detractores de la norma impulsada por el senador republicano Salvatore Philip (*Sonny*) Bono la llamaron *Mickey Mouse Protection Act* pues era vox populi que un personaje de Walt Disney Corporation, *Steamboat Willie* de 1928, se encontraba cercano a pasar al dominio público.

El señor Eric Eldred era un ciudadano común que entendió que la CTEA afectó su interés legítimo. Eldred mantenía un sitio web donde publicaba contenidos que habían pasado al dominio público. La extensión del *copyright* y la aplicación retroactiva de la CTEA le causó un perjuicio, ya que tendrá que esperar veinte años más para subir obras nuevas y además deberá bajar muchas obras que ya había “colgado” de su web. Como consecuencia de la CTEA muchas obras que habían pasado al dominio público volvieron a ingresar al patrimonio del titular del *copyright*.

Eldred se presentó ante los tribunales de EE.UU. solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la CTEA porque según su interpretación ésta violaba la llamada “cláusula progreso” contenida en el artículo I, sección 8, cláusula 8 de la Constitución de los EE.UU. que faculta al Congreso “[p]ara promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por un tiempo limitado a los autores y inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.

El *thema decidendum* se centró en desentrañar la extensión del *copyright* por 20 años más violaba la razonabilidad de dicha cláusula. Eldred argumentó que las continuas extensiones del derecho de autor violaban la letra y el espíritu de la cláusula, particularmente respecto al “*tiempo limitado*”.

El caso atrajo gran interés público. De un lado estaba el señor Eldred y otros pequeños editores que aprovechaban el dominio público, inicialmente representados por el profesor Lawrence Lessig. Del otro las grandes corporaciones de las industrias culturales y del entretenimiento. Públicamente se percibía como una confrontación entre David y Goliat. Los fallos de primera y segunda instancia convalidaron la constitucionalidad de la CTEA. En 2002 la Suprema Corte de EE.UU. concedió *writ de certiorari* y se avocó al estudio del caso.

Eldred recibió refuerzos inesperados. Uno de los documentos más interesantes favorable a su posición es el *brief* que en calidad de *amici curiae* presentaron diecisiete prestigiosos economistas entre los que se encontraban cinco ganadores del premio Nobel: George A. Akerlof, Kenneth J. Arrow, Timothy F. Bresnahan, James M. Buchanan, Ronald H. Coase, Linda R. Cohen, Milton Friedman, Jerry R. Green, Robert W. Hahn, Thomas W. Hazlett, C. Scott Hemphill, Robert E. Litan, Roger G. Noll, Richard Schmalensee, Steven Shavell, Hal R. Varian y Richard J. Zeckhauser (Akerlof, 2002).

Los mencionados economistas decidieron presentar sus argumentos ante la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. “preocupados por el rol del gobierno en la promoción del progreso económico”. La conclusión de éste grupo de profesionales de la ciencia económica, que raramente se ponen de acuerdo sobre un tema en particular, fue unánime en que la extensión del plazo de duración del derecho de autor propuesto por la CTEA es ineficiente y perjudicial para el bienestar social, por las siguientes razones:

Argumento I: Es improbable que los beneficios de la extensión del plazo excedan sus costos sociales.

Sub argumento I-A: Extender por otros 20 años el plazo de duración del *copyright* no conlleva un aumento equivalente de los incentivos.

Si tomamos en cuenta la tasa de descuento y el valor presente del dinero (e.g. valor actual de las regalías futuras) matemáticamente podemos probar que la extensión de la duración del derecho de autor más allá de un cierto plazo acarrea nimios efectos sobre los incentivos.

Como regla general podemos decir que cuanto más diferidos en el tiempo estén los beneficios esperados, menor será su efecto como incentivo a la conducta actual.

El siguiente cálculo fue tomado del documento que presentaron los economistas en calidad de *amicus curiae*. Tomando como duración promedio del derecho de autor 80 años (30 de *vida* más 50 *post mortem*, según decía la ley estadounidense antes de la CTEA), supongamos que por cada año el autor cobra un \$ 1 en concepto de regalías y la tasa de interés es del 7% anual. Si descontamos al primer día el flujo de fondos de los 80 años los \$80 se convierten en \$14.22 hoy (efecto descuento). Si agregamos veinte años más a la base del cálculo, y *ergo* \$20 adicionales de regalías, el valor actual neto de las regalías correspondientes a los años 81-100 equivalen a \$ 0,047 hoy.

Como se ve claramente con el ejemplo matemático, extender cada vez más la duración del derecho de autor no genera un aumento proporcional de los incentivos. Y ya sabemos, además, que hubo obras, autores y artistas aún antes de la sanción del Estatuto de 1771.

Para colmo, la CTEA se aplica retroactivamente. Es decir, hace que obras que estaban en el dominio público regresen al dominio privado. Es verdad de Perogrullo que no puede incentivarse la creación de algo ya creado. La reprivatización del dominio público que manda la CTEA es un claro caso de redistribución de recursos, de los consumidores hacia los productores, sin justificación económica alguna.

Sub argumento I-B: La extensión del derecho de autor por otros 20 años conlleva la extensión de la pérdida neta de bienestar por el mismo plazo.

Ya vimos como los monopolios legales sobre bienes intelectuales son una solución imperfecta. Todo monopolio implica una pérdida neta de bienestar (*deadweight loss*) pues aumenta artificialmente los precios y disminuye la cantidad producida. Extender el plazo más allá de lo necesario para generar incentivos representa puro costo social, sin beneficios.

Argumento II: La extensión del plazo del derecho de autor aumenta los costos para la creación de obras nuevas o derivadas.

Muchas obras en el dominio público se convierten en insumos para la creación de nuevas obras u obras derivadas. Andy Warhol y Roy Lichtenstein, precursores del arte pop, usaban para sus creaciones materiales de terceros. Hoy las creaciones de Warhol y Lichtenstein serían criminalizadas. La extensión del plazo de duración del derecho de autor dificulta usos recreativos como el remixado o *mashup* de música y videoclips.

Por los argumentos vertidos supra los economistas concluyen lo siguiente:

[d]e la comparación de los beneficios y costos económicos de la CTE es difícil entender cómo la ampliación del plazo para las obras nuevas y existentes sería una medida que mejora la eficiencia. La extensión de la duración del *copyright* para las obras existentes no proporciona ningún incentivo adicional e impone varios costes adicionales. La extensión de la duración del *copyright* para obras nuevas también impone mayores costos y sus beneficios son muy pequeños en términos de valor presente como para tener algún efecto sobre los incentivos. Como política para promover el bienestar de los consumidores, la CTEA es aún peor, dado que implica una transferencia de recursos desde los consumidores hacia los titulares de derechos de autor.

A pesar de los argumentos económicos la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. declaró que la CTEA era constitucional y congruente con la *Cláusula del Progreso*.

Los críticos de la reforma afirman que la decisión sienta un precedente peligroso, bastaría que futuras extensiones del plazo del derecho de autor digan que el plazo se extiende “por la eternidad menos un día” para cumplir literalmente con el mandato constitucional. No hay

ninguna garantía de que cuando los personajes que estaban a punto de pasar al dominio público en 2002 se encuentren en la misma situación en 2022, o antes, no se vuelva a pedir otra extensión del plazo del derecho de autor. El sistema, que debe basarse en una correcta ponderación de incentivos y accesos, ha quedado totalmente desfasado. Pareciera que sólo cuentan los incentivos y éstos ni siquiera son aprovechados por los autores sino más bien por los intermediarios (editores, productores, sociedades de gestión colectiva).

Los poderosos *lobbies* de las industrias culturales no sólo se encuentran activos en países desarrollados. Su accionar también es evidente en países en desarrollo, como atestiguan distintos intentos de reforma legislativa en la Argentina.

En Argentina el derecho de autor tiene una duración equivalente a la vida más 70 años *post mortem*. Sin embargo, en años recientes se presentó un anteproyecto de ley para llevarlo hasta 80 años. Los argumentos de tal extensión eran increíblemente lábiles y teóricamente desactualizados. Por fortuna dicha extensión no prosperó.¹¹

Los lobistas de las industrias culturales criollas no se cruzaron de brazos. Pocos años más tarde presentaron otro anteproyecto legislativo que finalmente se convirtió en norma. La Ley N° 26.570¹² introdujo el Art. 5 bis al Régimen de la Propiedad Intelectual (Ley N° 11.723).

Dicho artículo lleva el plazo de vigencia del derecho de propiedad intelectual sobre interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas correspondientes a artistas-intérpretes a setenta años (en su redacción anterior la ley establecía un plazo de cincuenta años). También el derecho de propiedad intelectual sobre los fonogramas que corresponden a los productores de fonogramas o sus derechohabientes se lleva a setenta años (en su redacción anterior la ley establecía un plazo de cincuenta años).

Es decir, los grupos de interés que no lograron extender el derecho de autor en argentina lograron extender los derechos conexos o vecinos años más tarde.

El artículo 5 bis de la Ley N° 11.723 incrementó la pérdida neta de bienestar producto del monopolio legal sobre los derechos conexos sin ninguna justificación valedera. La reforma beneficia directamente a los artistas-intérpretes, productores de fonogramas y sus derechohabientes, e indirectamente a las sociedades de gestión colectiva que los cobran. Los productores incrementaron su ganancia en desmedro de los consumidores de obras culturales que tendrán que pagar por ellas

¹¹ Anteproyecto 1640-D de 2006, presentado por los diputados Nemirovski, Fernández y Monayar. Para ver una crítica razonada de los argumentos de la reforma propuesta *vid.* Marzetti (2006).

¹² Sancionada el 25 de noviembre de 2009 y promulgada el 11 de diciembre de 2009.

precios monopólicos por veinte años más.

Los mismos argumentos de la CTEA, *mutatis mutandis*, son aplicables al caso argentino. Se trata de una transferencia de renta económicamente injustificada desde los consumidores hacia los productores. Es injustificada porque los derechos de propiedad intelectual, repito, sólo debieran otorgarse para superar la falla que afecta el mercado de los bienes informacionales. La reforma no sirve para generar mayores incentivos ni para producir más obras culturales locales. No debe sorprender que también se aplica retroactivamente, lo que sólo conlleva costos sin beneficios sociales.¹³

LA DURACIÓN ÓPTIMA DEL DERECHO DE AUTOR

Los efectos negativos de la extensión del derecho de autor más allá de un cierto plazo se conocen desde hace siglos. No hacen falta argumentos muy sofisticados para darse cuenta que un monopolio no debe mantenerse eternamente, o casi. En un discurso pronunciado en 1841 Thomas Babington Macaulay, miembro del Parlamento británico, se opuso vehementemente a una de las primeras propuestas para extender el plazo del derecho de autor establecido en el Estatuto de 1709, propuesta por su colega Thomas N. Talfourd, en los siguientes términos: “Por el bien debemos someternos al mal, pero el mal no debería durar un día más de lo necesario a los fines de asegurar el bien.”

El mal al que se refería Macaulay era el monopolio (legal), que si bien se concede en aras de un bien mayor, es decir para servir de incentivo a la creación de obras nuevas, no debe exceder cierto plazo razonable. De lo contrario, si se me permite la analogía, el remedio será peor que la enfermedad. Recuérdese que los derechos de propiedad intelectual se justifican si y sólo si se mantiene un preciso balance entre costos y beneficios sociales.

La propiedad intelectual sirve para otorgar incentivos y así superar la falla que afecta al mercado de la información. Dicha solución impone un costo social llamado pérdida neta de bienestar (*deadweight loss*). Por tal razón las patentes y los derechos de autor se deben conceder por tiempo limitado.¹⁴ Para que la regulación sea socialmente eficiente no se debe alterar el delicado balance (*trade-off*) entre incentivos y acceso a los bienes públicos.

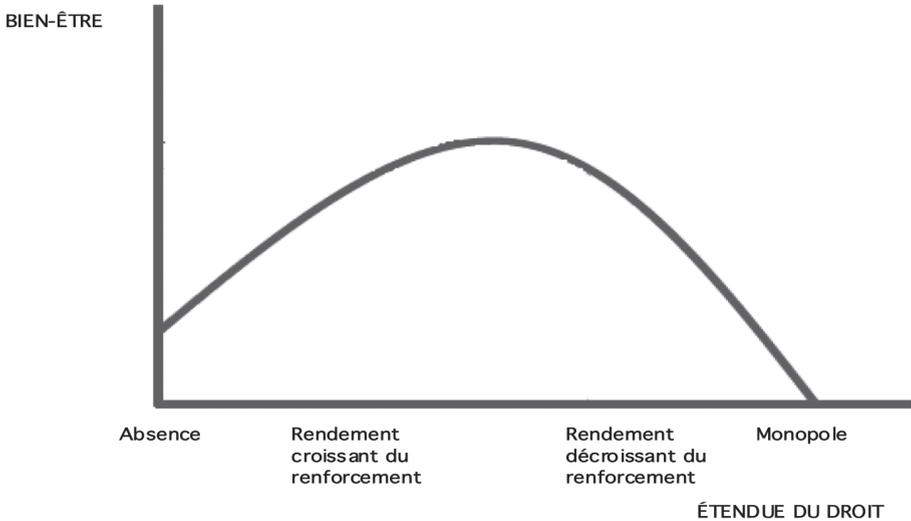
En el gráfico infra, extraído de la obra de Mackaay y Rousseau (2006), reproducido con el permiso de los autores, se puede observar

¹³ Para una crítica detallada de la mentada reforma *vid.* Maximiliano Marzetti, *Costos sin beneficios. Artículo 5 bis de la ley 11.723, LA LEY, Argentina* (2011).

¹⁴ Dejando de lado a las marcas, que se fundamenta en una lógica económica diferente y por ello pueden renovarse, en principio, indefinidamente.

claramente la relación entre fortaleza del derecho de propiedad intelectual (*étendu du droit*, en el original francés) y su efecto sobre el bienestar general (*bien-être*).

El eje vertical mide el bienestar social y el horizontal la fortaleza del derecho de exclusiva. En el extremo izquierdo del gráfico representa una situación de ausencia total de monopolio, mientras que el extremo derecho una monopolio ilimitado.



La curva es del tipo campana, lo que indica que sólo habrá un punto óptimo (el más alto). Como se puede observar, ambos extremos son ineficientes, el izquierdo por defecto y el derecho por exceso de protección. La curva sube, marcando un rendimiento creciente del fortalecimiento del derecho de exclusiva pero sólo hasta cierto punto luego del cual comienza a bajar, iniciando un rendimiento decreciente de la protección.

Nótese que el extremo izquierdo de la curva se parte por encima del eje vertical, lo que sugiere que aún en ausencia de derechos de propiedad intelectual habrá nuevas creaciones, si bien por debajo del punto óptimo (menos de lo que demandará el mercado). Ello es congruente con el sentido común y la evidencia histórica que señalan que aun antes de las leyes de propiedad intelectual había autores y obras.

El punto más alto de la curva o cénit es el óptimo. Hasta allí debería llegar, ni un punto más ni un punto menos, la duración y alcance del derecho de autor para maximizar el *trade-off* entre incentivos y acceso. Señala Mackaay, en referencia al derecho de autor, que hoy día nos

encontramos muy a la derecha del punto óptimo como consecuencia de las reiteradas extensiones del plazo del derecho de autor. Mackaay también atribuye la extensión del plazo a la labor de los *lobbies* de las industrias del *copyright* (Mackaay, 2012).

Ahora bien, ¿cómo se puede fijar de manera objetiva y, de ser posible, siguiendo algún método científico el plazo de duración óptima del derecho de autor? Para ello el método tradicional del derecho, la dogmática jurídica, sirve de poco. Son los economistas quienes más han estudiado el tema. El plazo óptimo de la duración de los derechos de propiedad intelectual es una especie de *Santo Grial* académico.

Si bien no hay respuestas contundentes la mayoría de los economistas y *juseconomistas* coinciden en que el plazo actual del derecho de autor es excesivo y, ergo, ineficiente. Rufus Pollock estimó mediante un modelo formal, con un intervalo de confianza del 99 % que la duración del derecho de autor no debiera exceder de 15 años (Pollock, 2009). Al igual cifra llegaron, pero a través de otra vía, Landes y Posner (1989, 2002). Estos dos autores proponen una solución original y controversial a la vez para limitar la permanente extensión del derecho de autor: hacerlo renovable infinitamente, pero sujeto a tasas de renovación crecientes. Así, entienden Landes y Posner, más obras entrarían al dominio público y sólo las verdaderamente valiosas conservarían su *copyright* por encima de los 15 años. La crítica a esta propuesta pasa porque algunas obras, probablemente las más valiosas, podrían estar eternamente bajo *copyright*.

En cualquier caso, renovable o no, una duración promedio del derecho de autor es muy superior a los 15 años sugeridos por afamados economistas. ¿Tendríamos que reducir los plazos del derecho de autor? Si bien que esto suceda sería, desde el punto de vista de la eficiencia deseable, entiendo que sería poco probable en los hechos. Por varias razones, derechos adquiridos, inercia institucional y finalmente la fuerte oposición de las industrias del *copyright*. Por lo tanto mi sugerencia para ampliar el dominio público y hacer más eficiente el sistema argentino pasará por otro lado, por explotar debidamente las llamadas excepciones y limitaciones al derecho de autor.

PROPUESTAS PARA MEJORAR EL SISTEMA ARGENTINO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Hemos visto que el sistema de propiedad intelectual es y será imperfecto (*second best solution*). Sin embargo, al menos hasta que haya más evidencia en su contra, es menos malo tener un sistema de propiedad intelectual (eficiente) que no tenerlo. El abolicionismo tiene también facetas negativas, previsibles e imprevisibles.

También sabemos que debido al sistema institucional vigente los grupos de interés se terminan adueñando de la agenda legislativa y por lo tanto están en mejor situación que los ciudadanos para imponer leyes y reformas legislativas. Prestigiosos economistas coinciden en que la actual duración del derecho de autor es excesiva, sugiriendo una duración total de 15 años con diversos matices.

Bajo una mirada pragmática parece difícil acortar los plazos de los derechos de propiedad intelectual. Particularmente desde que ADPIC fijó límites mínimos para la protección del derecho de autor (si bien es cierto que al plazo de duración mínimo fijado por ADPIC, vida más 50 años, suele ser menor que el de muchas legislaciones nacionales). En consecuencia, la humilde propuesta que emerge de este trabajo es la de extender las excepciones y limitaciones del derecho de autor a modo de rebalanceo o reequilibrio de los intereses en juego. Además, se propone hacerlo sin disminuir los incentivos para la creadores.

Es decir, se trata de un rarísimo caso de mejora *Pareto Superior*, ya que nadie estará peor y al menos alguien – los consumidores – estarán mejor luego de la introducción de flexibilidades. Asimismo, para completar un paquete completo de medidas en pro del dominio público y el acceso a los bienes públicos se sugiere incorporar la regulación de la obras huérfanas y la supresión del dominio público pagante.

LA IMPORTANCIA DEL DOMINIO PÚBLICO

El dominio público puede definirse de varias maneras, una de ellas es por exclusión. Es decir, el dominio público lo integran todas las obras que no estén protegidas derecho de autor, derechos conexos u otro derecho de exclusiva. No existe una definición universalmente aceptada del dominio público ni está regulado específicamente en tratados multilaterales. Asimismo, el contenido del dominio público varía de país en país.

En la doctrina latinoamericana suele hacerse una distinción entre *dominio público originario*, contenidos y obras que nunca fueron objeto de protección mediante derecho de exclusiva (e.g. descubrimientos, fórmulas matemáticas, doctrina de las *scènes à faire*, etc.) y *dominio público consecuente*, integrado por obras que estuvieron protegidas por derechos de exclusiva pero que pasaron al dominio público luego del vencimiento del plazo de aquel.

Al respecto del dominio público originario, es decir contenidos que no son susceptibles de protegerse bajo el derecho de autor cabe contrastar la legislación brasileña y argentina, siendo la primera más amplia y detallada que la segunda. Clara demostración del valor que se le otorga al dominio público en uno y otro país.

El Art. 8 de la Ley N° 9610 de 1998 dispone que:

não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

En cambio el Art. 1 in fine de Ley 11.723 sólo provee que: “La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

COMMUNIA¹⁵ es una red de académicos europeos que promueven la defensa del *procomún*, o dominio público, a través de una definición positiva del mismo y cuenta con el apoyo financiero de la Comisión Europea. COMMUNIA proponen una definición amplia del dominio público.

Al dominio público originario y consecuente COMMUNIA los engloba bajo la denominación *dominio público estructural*. Y agrega una segunda categoría, el *dominio público funcional* integrado a su vez por otras dos subcategorías: obras creadas para ser compartidas voluntariamente, por ejemplo a través de licencias del tipo *Creative Commons*¹⁶ o *software* de código abierto (licencias GNU-Linux) y todas las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

La importancia del dominio público es inmensa. Por un lado, facilita la educación a bajo costo, ya que al no haber ningún monopolio legal vigente sobre las obras en el dominio público sólo deberá pagarse el costo de reproducción de la misma y no los costos hundidos (debidamente compensados durante la vigencia del *copyright*, según el caso). Las TIC potencian la reproducción y diseminación de obras, particularmente en formato digital, cuyo costo marginal es igual a cero. De esta manera, más obras, más conocimiento y más cultura tienen un efecto derrame (*spillover effect*). El dominio público crea externalidades

¹⁵ Vid.: [<http://www.communia-project.eu/>].

¹⁶ Vid.: [<http://creativecommons.org/>].

positivas que permiten, indirectamente, mayor innovación. Para poder crear primero hay que estar instruido. El dominio público es una gran fuente de conocimientos y aprendizaje.

Asimismo, el dominio público es también un insumo para futuros creadores. Salvo Dios, para los creyentes nadie, crea *ex nihilo*. Las obras en el dominio público se convierten en insumos en el proceso creativo de nuevas futuras. Se atribuye a Isaac Newton la famosa frase: “[s]i he logrado ver más lejos, ha sido porque me he subido a hombros de gigantes”. Clara alusión al proceso de construcción colectiva de conocimientos, que se cimenta en una larga cadena de conocimientos previos.¹⁷

Finalmente, el dominio público permite generar nuevos modelos de negocios competitivos. Quizás sea ésta la faceta menos conocida del dominio público. Sobre este punto volveré más adelante.

En Argentina, lamentablemente, no hay conciencia de la importancia social, cultural y económica del dominio público. Recientes cambios en materia de legislación de Propiedad Intelectual, como la mencionada Ley N° 26.570, han extendido injustificadamente el monopolio y reducido, a su vez, el ámbito del dominio público.

Creemos que es posible ganar en eficiencia sobre el *status quo* vigente con pequeñas pero inteligentes reformas legislativas cimentadas en la teoría económica para optimizar el régimen argentino de la propiedad intelectual y ampliar el dominio público.

En particular, hemos identificado tres áreas que necesitan urgentes acciones legislativas para ganar en eficiencia, sin que ello acarree perjuicios para los titulares de derechos de exclusiva. En otras palabras, reformas eficientes del tipo *Pareto Superior*.

¹⁷ Aparentemente Newton citó o parafraseó la frase de Bernardo de Chartres, a quien se atribuye el origen de la frase.

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA I*: AMPLIACIÓN DE LAS “EXCEPCIONES Y LIMITACIONES” AL DERECHO DE AUTOR

En Argentina no existe una noción equivalente de aquello que en EE.UU. y Reino Unido se conoce como *fair use* o *fair dealing*, respectivamente. Con dichas expresiones se hace referencia a defensas contra infracciones a los derechos de autor. Éstas doctrinas y otras similares permiten limitar el derecho de autor. Vale aclarar que la relación entre excepciones y limitaciones al derecho de autor y *fair use* es del tipo genero a especie. El *fair use* es una manera de limitar el alcance del derecho de autor, hay otras formas, como podrían ser, eventualmente, las licencias obligatorias.

Una licencia obligatoria sobre una obra protegida por el derecho de autor es posible conforme el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Artículos 11Bis(2) y 13(1). La posibilidad de conceder licencias obligatorias debe establecerse por ley y eventualmente la decisión la toma algún órgano del Estado. Requiere compensación a su titular y en ningún caso puede afectar el derecho moral de autor.

En la presente propuesta descarto las licencias obligatorias. Por varias razones, al intervenir el Estado las licencias obligatorias facilitan el oportunismo político. Asimismo, requieren un proceso de compensación que implica costos administrativos y también puede ser abusado.

En argentina no existe una doctrina equivalente al *fair use* o *fair dealing* anglosajón. En su *opus magnum* Delia Lipszyc (2001) habla de

usos permitidos de obras protegidas para referirse a un concepto análogo (si bien no exactamente igual). El sistema anglosajón de *fair use* es abierto y analógicamente expansivo. En cambio los “*usos permitidos*” son cerrados y en principio no se admite su extensión análoga (criterio interpretativo restrictivo). De hecho bajo la concepción civilista de raigambre europeo-continental (*droit d'auteur*) que sigue Argentina las “excepciones y limitaciones” ni siquiera son un derecho subjetivo sino una defensa o excepción.

En éste trabajo uso los términos “excepciones y limitaciones” o “usos permitidos” indistintamente. Entiendo que sería mejor hablar de “*derechos de los usuarios de obras protegidas*” en lugar de excepciones o limitaciones ya que ésta última expresión tiene de por sí una connotación más limitada. Ninguna legislación del mundo ha adoptado a la fecha la denominación “derechos de los usuarios”, el único antecedente de *user's rights* lo encontramos en un fallo de la Corte Suprema de Canadá referido al alcance del *fair dealing in re “CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada”* (2004). La denominación es importante porque da una idea del alcance e importancia de estos derechos, no sorprende por tanto que en los foros internacionales las industrias culturales insistan en terminologías restrictivas. Sirva como ejemplo el caso italiano, en la ley de derecho de autor de 1941 se hablaba de “*utilizzazioni libere*”, que tras la reforma de la norma en 2003 se convirtió en *eccezioni e limitazioni*.

El *fair use* en el *Common Law* nace como creación pretoriana. El primer antecedente aparece en Inglaterra, con el caso *Gyles versus Wilcox et al.* decidido por la *Court of Chancery* en 1740. Es decir, apenas 30 años después de la sanción del *Estatuto de la Reina Ana* los británicos ya discutían sobre la existencia del *usos justos* fuera del alcance del derecho de exclusiva de su titular.

De Inglaterra pasó luego a EE.UU. Los americanos, luego de incontables precedentes jurisprudenciales, legislaron el *fair use* bajo el Título 17, Sección 107 del *United States Code*, especie de código que contiene toda la normativa federal.

El *fair use* norteamericano, vale aclarar, es hoy día el más generoso en su tipo del planeta no sólo por su letra sino también por la interpretación que hacen de él los tribunales. Fue la aplicación de la teoría del *fair use* lo que permitió que no se hiciera responsable a la por aquél entonces naciente industria de las videograbadoras (en inglés, VCR). En el famoso *leading case Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* (más conocido como el caso *Betamax*) de 1984, la Corte Suprema de EE.UU. decidió que la videograbación de programas de TV, protegidos por *copyright*, para su visión posterior en un horario más conveniente para el usuario (*time shifting*) se amparaba en el *fair use*.

La doctrina del *fair use* se usó para validar una nueva tecnología disruptiva. Las industrias del copyright hubieran preferido que se las declarase ilegales. Dijo la Corte que mientras existieran usos lícitos para la nueva tecnología (*time shifting*) Sony Corp. y otros fabricantes no serían responsables por lo que en *Common Law* se conoce como *contributory liability*, especie de responsabilidad refleja o indirecta por actos que facilitan la comisión de un ilícito por parte de un tercero. De esta manera, la Corte estableció un valioso precedente de *neutralidad tecnológica*. Lamentablemente dicho principio sería dejado de lado unos años más tarde en el caso *Grokster*.¹⁸

La generosa interpretación del *fair use* fronteras adentro contrasta con los mayores estándares de protección y *enforcement* de la propiedad intelectual que EE.UU. propone fronteras hacia afuera. Es bien conocida la práctica de EE.UU. de insertar estándares de protección de la propiedad intelectual superiores a los mínimos dispuestos por el *AD-PIC* (llamados ADPIC Plus) en los Tratados Bilaterales de Libre Comercio (*Free Trade Agreements*) suscriptos con países en vías de desarrollo.

También contrasta con la fallida promoción del *Acuerdo Comercial Anti-Falsificación* (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*) y del *Acuerdo para el Cese de la Piratería en Internet* (*Stop Online Piracy Act*) cuyas cláusulas fueron consideradas demasiado restrictivas tanto por países en desarrollo como por la UE.

En la Argentina las excepciones al derecho de autor son pocas y en su mayoría están desactualizadas en relación al aprovechamiento de las modernas tecnologías digitales. Según un informe remitido por los Dres. Delia Lipszyc y Pablo Wegbrait al Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia de Munich (2012) en Argentina las únicas excepciones que no requieren contraprestación alguna al derecho de autor serían las siguientes:

- a) derecho de cita (Art. 10);
- b) excepción para discursos parlamentarios (sin fines de lucro) e información periodística (Art. 27);
- c) excepción para información de interés general (Art. 28)
- d) excepciones a la comunicación pública (ejecución, recitación e interpretación) y al derecho de representación de obras ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanzas, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación

18 *In re MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, Corte Suprema de Justicia de EE.UU. (2005).

de los intérpretes sea gratuita; 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 (excepción incorporada mediante Ley N° 20.098 publicada en el B.O. el 23/1/1973). También 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. (excepción incorporada por la Ley N° 26.285 publicada en el B.O. el 13/9/2007). Todas éstas excepciones que se hallan incorporadas al Art. 36 in fine de la Ley 11.723;

f) excepción de una única copia de salvaguardia al legítimo titular (licenciataria) de un programa de computación (excepción incorporada por la Ley N° 25.036 publicada en el B.O. 11/11/1998). Vale aclarar que más allá de la copia de back-up funcional y exclusiva para programas de computación no existe en Argentina excepciones al derecho de reproducción para usos privados (o “copia privada”).

Lipszyc y Wegbraut coinciden en que no existe una teoría o doctrina judicial de usos justos en la Argentina. Por lo tanto no serían posibles interpretaciones extensivas ni por vía analógica de excepciones y limitaciones vigentes ya que la doctrina y la justicia entienden que deben interpretarse con criterio restrictivo. Asimismo, la llamada “regla de los tres pasos” de Berna no ha sido incorporada a la legislación nacional ni es común que sea mencionada en los decisorios judiciales.

Si la potencia hegemónica económica, cultural y tecnológica es la que goza de un amplio y generoso *fair use* ¿qué deberían colegir de ello hechos los países en desarrollo? ¿Haz lo que yo digo pero no lo que yo hago? ¿O por el contrario, los hechos cuentan más que las palabras (*res non verba*)? Pareciera aconsejable copiar aquellos aspectos que han servido para que EE.UU. se desarrolle de la manera que lo ha hecho. El *fair use*, como límite a la siempre expansiva fuerza del *copyright*, pareciera ser una institución a imitar. Claro está, evitando el error de trasplantar instituciones jurídicas foráneas sin tener en cuenta la idiosincrasia e historia local.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS INSTITUCIONES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Una crítica a la economía neoclásica es que no toma en cuenta las instituciones ni la evolución histórica. No todos los economistas comparten esta visión. La *Escuela Neoinstitucionalista (New Institutional Economics, NIE)* (Brousseau y Glachant, 2008) parte de la realidad y no de modelos teóricos abstractos. Como dijera Douglas North, ganador del premio Nobel por sus estudios de historia económica, las instituciones importan (North, 1994).

En relación a la materia que nos ocupa el estudio histórico-evolutivo e institucional-comparado de la propiedad intelectual enseña que no se trata de una institución de talla única, sino más bien se asemeja a un traje a medida, valga la analogía sartorial.

En términos más académicos, el diseño de las instituciones de la propiedad intelectual tiene (o debería tener) en cuenta el nivel de desarrollo socioeconómico endógeno de cada país. Aplicar la receta de los países desarrollados a los no desarrollados no parece adecuado.

La historia institucional de los países hoy desarrollados demuestra tal hipótesis. Es poco sabido, y quizás no quiera ser recordado, que la primera ley de *copyright* de EE.UU. no concedió derechos de autor a los autores extranjeros, desde 1790 a 1891 (Khan, 2008). Presumiblemente con la intencionalidad de favorecer a las editoriales norteamericanas que no tenían que recuperar costos hundidos, en desmedro de las británicas particularmente. De esta manera era más económico educar a la joven nación con obras de Europa, por aquél entonces pionera en ciencia y tecnología.

Un autor alemán sugiere una idea similar (Höffner, 2010). Según Eckhard Höffner la razón por la que Alemania terminó superando industrial y económicamente a su histórico rival, Inglaterra, durante el llamado período fundacional (*Gründerzeit*, siglos XVIII y XIX) se debió a la inexistencia de derechos de autor en los por aquel entonces dispersos e independientes *Länder* alemanes. Inglaterra tuvo *copyright* desde 1710 y su duración y alcance fue siempre in crescendo. Prusia, el Estado que terminó unificando la nación alemana, recién sancionó su primer ley de derechos de autor en 1871.

La historia comparada pareciera sugerir un patrón que se repite y consta de dos etapas. En una primera etapa los países copian y se industrializan, sin propiedad intelectual o con un régimen laxo. En una segunda etapa, ya maduras sus industrias e instituciones, los estándares de protección tienden a subir y a ser exportados a otros países para favorecer el comercio internacional. Los tigres asiáticos del siglo XX, *mutatis mutandis*, han aplicado la misma receta. Japón y Corea del Sur se dedicaron durante décadas a copiar la industria norteamericana.

La moraleja que nos deja este breve *excursus* histórico es que cada país debiera poder diseñar la política y el régimen de propiedad intelectual que más convenga a sus intereses nacionales, dentro del respeto debido a los tratados y obligaciones internacionales asumidas. Para coordinar los intereses entre naciones existe la negociación internacional del tipo *do ut des*.

COMPATIBILIDAD DE LA PROPUESTA DE MARRAS CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR ARGENTINA

Luego de la firma del ADPIC el margen de maniobra para que los países delineen sus políticas y legislaciones de la propiedad intelectual se ha reducido. Ello trajo ventajas y desventajas, desafíos y oportunidades. Es fácil criticar al ADPIC y al marco en el cual se desarrollaron las negociaciones. Bien o mal, lo hecho está. Llorar sobre leche derramada no es una conducta racional, tratar de aprovechar la parte que no se derramó o buscar otra vaca sería más inteligente.

Muchos países en desarrollo no han sabido aprovechar las flexibilidades que los tratados multilaterales permiten para diseñar instituciones más acorde a sus necesidades de desarrollo. Tampoco han sacado provecho concreto de algunas iniciativas auspiciadas por organizaciones internacionales.¹⁹

Entiendo, y corresponde decirlo, ello se debe más a la falta de visión, de capacidad técnica y de liderazgo de muchos países en desarrollo. Hay excepciones. Países como Brasil e India han sabido aprovechar mejor que otros las llamadas flexibilidades del derecho internacional de la propiedad intelectual.

Si Argentina no ha sabido capitalizar los mismos logros es responsabilidad propia. Me consta personalmente la alta capacidad técnica de los negociadores argentinos en los foros internacionales. Lo que falta es una política internacional de propiedad intelectual articulada a largo plazo.

Claro que no existiendo una política de propiedad intelectual a nivel nacional poco puede hacer la diplomacia argentina en el frente externo. Ante la abulia y apatía reinante entiendo es responsabilidad de los académicos tomar la posta para, al menos, señalar el camino.

Sobre la posibilidad de legislar un cuadro más generoso de excepciones y limitaciones al derecho de autor en la Argentina no existe ningún óbice externo. Sí, claro está, hay que mantenerse dentro del marco de lo que permiten los compromisos multilaterales asumidos.

¹⁹ Por ejemplo, *Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco de la Agenda de la OMPI para el Desarrollo de 2007*, cuya Categoría "B" refiere específicamente al aprovechamiento del dominio público.

Pero no existe prohibición, prueba de ello es que lo han hecho países de la región, como Chile.

El *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, desde su reforma de 1967 (Estocolmo) contempla un llamado *test de tres pasos* para permitir ciertas posibles excepciones al derecho patrimonial de reproducción.

Artículo 9 - Derecho de reproducción (test de los tres pasos)

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

El mismo criterio se repite casi *verbatim* en el Artículo 13 de ADPIC, sobre derecho de autor y derechos conexos.

Artículo 13 - Limitaciones y excepciones

Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos

Es decir, el Convenio de Berna permite a los países a legislar excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos siempre que cumplan con los siguientes recaudos:

a) Que se aplique a casos especiales.

En otras palabras, Berna manda que las excepciones estén bien definidas, que no sean generales y arbitrarias.

b) Que no atenten contra la explotación normal.

Este es un tema delicado. Siempre habrá que definir caso por caso que se entiende por explotación normal. Los casos más difíciles serán las excepciones y limitaciones con potencialidad comercial. ¿Qué pasa con mercados potenciales no explotados por el titular? Significa que siempre habrá que reservar mercados potenciales al titular aunque éste no los explote. Tampoco creo que deba ser así. Semejante interpretación podría causar perjuicios desde el punto de vista de la competencia. Ya hay antecedentes jurisprudenciales europeos de conflicto entre derecho de autor y derecho de la competencia donde el juzgador se inclinó por éste último (casos *Magill* e *IMS*).

c) Que no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El último es otro extremo que deberá analizarse caso por caso. Puede ser que en algún caso se requiera compensación al titular pero también puede darse el caso de que no sea necesario (por ejemplo por no darse perjuicio injustificado).

Los tres pasos deberán analizarse de manera cumulativa y no interpretarse por separado. Téngase en cuenta que los tres pasos del test son acumulativos. Los pasos b) y c) son los más maleables a la interpretación ya que conceptos como “*explotación normal*” y “*perjuicio injustificado*” son conceptos abiertos. De cualquier forma, las reformas propuestas por ser del tipo *Pareto Superior* pasan el test.

Finalmente vale una última aclaración. Algunos autores dicen que el test de los tres pasos debe interpretarse con criterio restrictivo. Entiendo que ello no debe ser así. Imponer únicamente el criterio restrictivo atentaría contra lo dispuesto en *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, particularmente sus Arts. 31 y 32.

Asimismo, cabe mencionar en sostenimiento de la interpretación propuesta la “Declaración por una interpretación equilibrada (léase, no restrictiva) de la Regla de los Tres Pasos en el derecho de autor” publicada por los profesores Christophe Geiger, Jonathan Griffiths y Reto M. Hilty del Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual y Competencia de Múnich de 2007.²⁰

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI), a instancias de países en desarrollo, ha adoptado en la Asamblea General del año 2007 la llamada *Agenda de la OMPI para el Desarrollo*²¹ que consta de 45 recomendaciones organizadas en seis categorías (de la “A” a la “F”). La categoría “B” es la que nos interesa.

Categoría B: Fijación de normas, flexibilidades, política pública y dominio público.

Recomendaciones:

16. Considerar la preservación del dominio público en los procesos normativos de la OMPI y profundizar el análisis de las consecuencias y los beneficios de un dominio público abundante y accesible.

²⁰ Vid. [www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf].

²¹ Vid. [<http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/>].

20. Fomentar las actividades normativas en materia de P.I. que contribuyen a mantener un sólido dominio público en los Estados miembros de la OMPI, contemplando la posibilidad de elaborar directrices que podrían ayudar a los Estados miembros interesados a determinar los contenidos que han pasado a ser de dominio público en sus respectivas jurisdicciones.

Va de suyo que un dominio público “abundante y accesible” se consigue, entre otras cosas, a través de excepciones y limitaciones al derecho de autor. También es auspiciosa la invitación a mantener un “sólido dominio público”.

Si bien las recomendaciones no son más que eso, son un importante antecedente que deberá servir de guía para el recientemente creado *Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual* (CDIP), encargado de llevar adelante la Agenda OMPI. Las recomendaciones representan un importante espaldarazo para que los países miembros las apliquen en sus legislaciones internas.

En síntesis, el marco institucional internacional permite, y hasta diría insta a, que los países en desarrollo aprovechen al máximo las flexibilidades que ofrece el sistema internacional de propiedad intelectual. Entre ellas se destaca como Norte el fortalecimiento del dominio público. A tal efecto es importante, entre otras cosas, una clara, efectiva y eficiente lista de excepciones y limitaciones al derecho de autor y conexos.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FAIR USE ANGLOSAJÓN

Landes y Posner consideran que el *fair use* norteamericano es esencialmente una institución inspirada en la eficiencia económica (Lander y Posner, 2003). Ello es coherente con una de las más famosas tesis de Richard Posner, atemperada con el paso del tiempo, que el *Common Law* es *per se* eficiente (Posner, 1973).

Landes y Posner distinguen tres subtipos de *fair use*, desde la perspectiva económica. A saber:

a) Altos costos de transacción sin pérdida económica para el titular del derecho de autor

En esta situación generalmente se trata de un usuario que sólo quiere hacer uso de una parte de una obra protegida. Por ejemplo, un profesor quiere fotocopiar algunas páginas de un texto de referencia para distribuirlas y discutirlos en clase. El usuario estaría potencialmente dispuesto a pagar proporcionalmente por dicho uso, pero debido a los costos de transacción, es decir los costos de encontrar al autor, negociar una licencia *ad hoc*, fijar un precio, instrumentar el pago, etc. son tan altos que se vuelve inviable. Los beneficios espera-

dos por el usuario derivados del uso potencial no compensan sus costos. En éste tipo de casos, dicen Landes y Posner, es eficiente que se permita el uso gratuito y sin autorización del titular. Nada pierde el titular, ya que debido a los altos costos de transacción no habría una operación de mercado sustitutiva. Más cercano a muchos lectores es el caso de texto, imágenes, audio o videos que solemos incorporar a una presentación *Power Point*. En ausencia de un generoso *fair use* de facto estaríamos violando derechos patrimoniales del titular de dichos contenidos, tales como derechos de reproducción y comunicación pública. Consagrando específicamente ciertos derechos a usar libre y gratuitamente partes de una obra, dentro de los límites que también fija la eficiencia económica, nadie está peor (el titular no pierde regalías por una operación que nunca se concretará) y al menos alguien está mejor. Estamos en presencia de un prístino caso de eficiencia *Pareto Superior*. La mayoría de las excepciones y limitaciones que se proponen supra son de este tipo.

b) Consentimiento implícito sin pérdida económica para el titular del derecho de autor

Tomemos otro ejemplo, un crítico literario quien a fin de realizar la recensión de una obra tiene que citar párrafos enteros de la misma. *Prima facie* pareciera una situación similar a la anterior, la diferencia radica en que en este caso los costos de transacción no son prohibitivos, sería posible para el crítico negociar con el autor una licencia. Sin embargo, sería una pérdida de tiempo porque los intereses del autor y del crítico se hallan alineados. Como la recensión tiene efectos análogos a la publicidad el autor siempre prestaría su consentimiento (al fin y al cabo es publicidad gratis). Lo mismo vale para *trailers* de películas o videoclips subidos a sitios web (no hablamos de la obra completa). He aquí otro caso *Pareto Superior*, con autorización tácita o implícita para usar porciones de una obra protegida.

c) Uso transformativo con pérdida económica para el titular del derecho de autor

Éste último es el caso más complejo y debatible. Se trata de situaciones en las cuales un usuario toma una obra protegida por el derecho de autor y la transforma, agregándole valor pero sin el consentimiento del titular. Por ejemplo, *sampling* o *mash up*, cosa normal entre *dee jays* y *rappers*. Con o sin fines comerciales, como parodias de películas en *Youtube*. La pér-

didada económica para el titular se materializaría en el caso que los consumidores prefiriesen comprar la obra transformada y no la original. En estos casos habría que tener en cuenta el valor de la obra derivada, de la original y su efectos sobre los incentivos del creador de la obra original. A falta de evidencia empírica no es claro si la obra transformada favorece o no la venta de la original (es también publicidad y validación de la primigenia). Eventualmente, cabría pensar en mecanismos alternativos para compensar al autor de la obra original. Especie de *liability rule* aplicable *ex post facto* a fin de no limitar la creación de obras derivadas. Esta alternativa es muy debatible y requiere mayor estudio.

Las situaciones descriptas con las letra a) y b) son casos que fácilmente podrán cumplir con el test de los tres pasos de Berna y ADPIC. En consecuencia, la Argentina podría incorporarlas a su legislación. Veremos que el régimen vigente es muy restrictivo. En consecuencia sería factible y deseable incorporar éstos tipos de excepciones y limitaciones al derecho de autor.

En primer lugar ello no está prohibido por la normativa internacional. En segundo porque no perjudica al titular y beneficia a la sociedad. Podría argüirse que el titular de una obra protegida se beneficia con más usos permitidos ya que indirectamente le sirven de publicidad, aumentan su reputación y quizás hasta la venta de la obra original.

El *fair use*, además de promover una ecología del conocimiento más equilibrada entre productores y consumidores de bienes culturales, tiene una faceta comercial con capacidad de abrir nuevos mercados, agregar valor y crear puestos de trabajo.

En EE.UU. y Europa desde hace algunos años se habla de un nuevo sector productivo llamado *industria del fair use*. Bajo este término se engloban las industrias que aprovechan, directa e indirectamente, del dominio público y del fair use para hacer negocios. Este dinámico sector está integrado por fabricantes de equipos de almacenamiento de datos, grabación y reproducción de contenido digital (discos rígidos, reproductores de MP3, DVDs, etc.), instituciones educativas presenciales y de *e-learning*, desarrolladores de software libre y proveedores de servicios de servicios de búsqueda y *hosting* en Internet, entre otros.

Según un estudio de la *Computer and Communications Industry Association*, en EE.UU éstas industrias, entre 2008 y 2009, tuvieron ingresos equivalentes a US\$ 4.6 trillones, lo que representa un aumento de 35% comparado con los ingresos que el sector tuvo en 2002.²² Las cifras

22 Vid. Informe *Fair Use in the US Economy*, Computer and Communications Industry

sugieren que hay tanto dinero en las industrias del *copyright* como en que aprovechan el dominio público. Hay datos similares en Europa, lo que señalarían una tendencia global, al menos en economías desarrolladas (Akker et. al, 2010).

La crítica a éste informe es la misma que puede hacerse a aquellos que están en sus antípodas y cuentan las billonarias pérdidas de las industrias culturales y del entretenimiento por la piratería o las tecnologías *peer-to-peer* (P2P). Sin embargo, ninguna está aún en bancarota. Es decir, que son sesgados y parciales porque que los subvenciona el propio sector. Pero bien, si leemos los informes de un sector tenemos también que leer los informes del otro. En cualquier caso, a falta de pruebas de su falsedad, se trata de información útil.

En consecuencia, aún tomando *cum grano salis* las cifras de éste informes, pareciera que reforzar el dominio público con normas claras y predecibles (de las que crean seguridad jurídica) favorecen a la economía. Hay que recalcar que no hablamos de empresas que se dediquen a violar derechos de autor, sino de nuevos modelos de negocio que explotan las flexibilidades del sistema de propiedad intelectual y aprovechan el rico ecosistema del dominio público para crear nuevos productos y servicios, satisfacer necesidades subyacentes y abrir nuevos mercados. El gigante Google es uno de esos negocios, además de generar ganancias aporta beneficios sociales (mejorando el acceso, búsqueda y sistematización de la información en Internet). *Ergo* no sorprende que varios servicios de Google hayan sido llevados a juicio por titulares de derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo *Google Adwords* por titulares de marcas, el proyecto *Google Books* por editoriales y recientemente *Google News* por periódicos.

No parece que sea casualidad que éstas nuevas industrias aparecieran primero en los EE.UU. que, como ya dijimos, posee un vasto y arraigado *fair use*. Donde no existe un concepto análogo al *fair use* habría que legislar con claridad y precisión excepciones y limitaciones al derecho de autor si se quiere potenciar éste tipo de industrias. Caso contrario el riesgo de potenciales litigios por infracción de derechos de propiedad intelectual tendría un efecto disuasorio sobre potenciales emprendedores. Una razón más, si bien subsidiaria, para reforzar el dominio público en la Argentina.

LOS “USOS PERMITIDOS DE OBRAS PROTEGIDAS POR DERECHO DE AUTOR” EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Son pocos y están desactualizadas los usos permitidos de obras protegidas, como los denomina Delia Lipszyc, explícitamente contemplados

Association, (2011).

en el régimen argentino de autor argentino (Ley N° 11.723).

Una de ellas es el llamado *derecho de cita* tomado de la doctrina francesa (*droit de courte citation*) no del más generoso *fair use* anglosajón.

Art. 10. — Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes.

Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.

El Art. 10 no menciona ningún límite en relación a las imágenes u obras visuales. Mucho menos, audiovisuales, films o videos, ya que el texto data de 1933. En ningún lado la norma argentina permite usos transformativos como la parodia o la sátira, permitida en todo el mundo como garantía de democracia y libertad de expresión.

Cabe mencionar que el Art. 10 se haya doblemente limitado. Por un lado cuantitativamente, dentro de los escuetos límites fijados en la norma para obras literarias y musicales (es una incógnita cual sería la extensión adecuada para obras no expresamente mencionadas, como pictóricas, o aquellas no existentes a la fecha de la sanción de la ley, como largo y cortometrajes). Por otro lado, existe otra limitante que es la finalidad, exclusivamente con “fines didácticos o científicos”. Ambas circunstancias fácticas, dentro del límite y de acuerdo a la finalidad normativamente prescripta, deben darse en el caso concreto para que la excepción del Art. 10 sea legítima. Dicha interpretación proposicional inclusiva (“y”) hace que ciertos usos socialmente valiosos y permitidos en otras jurisdicciones estén prohibidos en Argentina. La Justicia argentina decidió en la causa “*Ponce, Enrique D. v. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. (Artear S.A.)*” en fecha 18.10.2005 que el derecho de cita del Art. 10 de la Ley 11.723 no ampara el uso de porciones sustanciales de obras protegidas ni para usos con fines que no sea “didácticos o científicos”. En el caso de marras se habían citado partes sustanciales de dos documentales sin autorización de su autor. La demandada alegó además el Art. 28 de la ley (información de interés general) y la libertad de expresión. El decisorio hizo prevalecer el derecho de autor por sobre aquella.

Art. 27. — Los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro, sin la autorización del autor. Exceptúase la información periodística.

Art. 28. — [Omissis]

Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.

Sólo las noticias clasificadas como de interés general, una disquisición quizás innecesaria, se encuentran en el dominio público.

Si bien la ley 11.723 no lo menciona expresamente la jurisprudencia argentina ha establecido que

[l]a música de los bailes populares tradicionales integra el patrimonio nacional y están en el dominio público”.²³

Art. 36. — [Omissis]

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 de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanzas, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita.

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. (Párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 20.098 B.O. 23/1/1973).

Se exime del pago de derechos de autor la reproducción y distri-

23 Fallo de la CNCiv, Sala D, de fecha 29/11/57. Citado por Emery, Miguel Ángel, *Propiedad Intelectual*, Astrea Editores (2009).

bución 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. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

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. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

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. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

[Omissis]

En síntesis, la normativa nacional sobre usos permitidos es escueta e incompleta. Las necesidades sociales y la tecnología claman más excepciones y limitaciones, las que en la generalidad de los casos no conllevan pérdidas para el titular del derecho. Los *usos justos* del derecho norteamericano son más bien *usos eficientes*.

ELENCO DE NUEVAS “EXCEPCIONES Y LIMITACIONES” QUE SE SUGIERE INCORPORAR A LA LEY ARGENTINA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Para mejorar la educación, la cultura, las artes y estimular nuevas industrias es imperioso legislar un amplio elenco de *excepciones y limitaciones* al derecho de autor que estén a la altura del entorno digital hodierno.

¿Cuál es la mejor manera de legislar excepciones y limitaciones al derecho de autor, que estén a la altura de los tiempos y sean coherentes con la historia y la idiosincrasia local? Meras transposiciones de leyes foráneas no han funcionado en otras ramas del derecho. Por más méritos que tenga el *fair use* anglosajón, transplantar la norma escrita sin las normas sociales que le dan vida no tendría ningún sentido.

Sugiero otro camino. El legislador podría incorporar a través de otra reforma a la Ley 11.723, pero esta vez a favor y no en contra del dominio público, un elenco de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Por ejemplo, a través de un Art. 10 Bis.

No es necesario reinventar la rueda. Tampoco debe haber vergüenza en copiar las buenas ideas de países similares al nuestro. Aquí

también se ve la inteligencia de no otorgar derechos de exclusiva sobre ideas abstractas, mucho menos en el área de técnica legislativa. Así que sugiero como fuente de inspiración la reciente reforma de la ley chilena.

El 4 de mayo de 2010 Chile sancionó la Ley N° 20435 que vino a modificar la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual de 1970. La reforma introduce a través del artículo 71, incisos de la A) a la S) un arsenal de nuevas excepciones y limitaciones al derecho de autor transandino.

Una forma de agruparlas es tomando en cuenta el sector que se busca privilegiar, educación, ciegos, bibliotecas, etc. Va de suyo que semejante tipo de reformas no se pueden hacer unilateralmente. Como en el caso chileno habría que abrir un período de consultas públicas y reunir a todos los *stakeholders*, representantes de todos los sectores, para llegar a una solución consensuada. Sólo así se garantizará la aceptación social de la reforma.

Tomando como modelo la reforma chilena, por su cercanía cultural, histórica y geográfica, inspirado en la eficiencia económica del *fair use* anglosajón y de acuerdo a los tratados internacionales vigentes, sugiero incorporar a una futura reforma de la Ley N° 11.723 las siguientes excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos. La lista no es taxativa ni exhaustiva. La finalidad de la misma es iniciar el debate público sobre su necesidad, implementación y alcances. El texto final debería ser fruto del consenso de todos los *stakeholders*, productores y consumidores de obras culturales.

- *Ampliar el derecho de cita.* Actualizado para que tenga en cuenta los nuevos contenidos, formatos y tecnologías digitales. E.g. imágenes, audio, video, *streaming*, etc. Más amplio en cuanto a la extensión y las finalidades (siempre no comerciales) que en la actualidad.
- *Ampliar las excepciones en beneficio de personas con discapacidad perceptiva (ciegos, disléxicos, etc.).* Debido al pequeño tamaño de la demanda para éste tipo de obras el mercado no tiene incentivos suficientes para satisfacerla. Se sugiere ampliar aún más el alcance del Art. 36 in fine de la Ley 11.723 ya que los titulares de derecho de autor nada pierden, al no estar interesados dicho mercado.
- *Excepciones para que bibliotecas y archivos puedan cumplir su rol de preservar el acervo cultural.* Se debe permitir la reproducción de obras agotadas (*out of market exception*), la reproducción para

finde de conservación en caso de pérdida o deterioro del original, la reproducción para consulta en sala, traducción a los fines de consulta en sala, ejecución y comunicación pública dentro del ámbito físico de la biblioteca o archivo. Desde hace los bibliotecólogos argentinos bregan por la implementación de similares excepciones. En el Congreso de la Nación hay un proyecto presentado por la *Asociación de Bibliotecarios Graduados de la República Argentina* (ABGRA) que por segunda vez tiene trámite parlamentario.²⁴ Cuando sean de consulta pública, libre y gratuita y su finalidad sea de bien público no creo conveniente excluir del régimen de excepciones a bibliotecas o archivos privados.

- *Excepciones para fines educativos.* Se debe permitir la más amplia reproducción, traducción, ejecución y comunicación pública de obras protegidas para enriquecer las actividades educativas, incluida la reprografía. Tampoco en este caso debieran hacerse distinciones entre instituciones educativas públicas o privadas.
- *Legitimidad de la ingeniería reversa.* Se debe permitir expresamente la ingeniería reversa con fines educativos, de investigación o prueba y para el desarrollo de programas compatibles.²⁵
- *Excepciones para contenidos digitales.* Actualmente cada vez que hacemos una copia digital de un CD para reproducirlo en formato MP3 en un iPod o teléfono celular incurrimos en una infracción al derecho de autor. Se debe permitir expresamente el cambio de formato de contenidos digitales legítimamente adquiridos para uso personal (*format shifting*). Garantizar la titularidad de los contenidos generados por el usuario (*user generated content*) Finalmente, habrá que establecer algún esquema que permita el préstamo y la reventa de contenidos digitales, con o sin compensación para el titular del derecho de autor.
- *Excepciones para copias temporales en servidores de Internet o transmisiones vía satélite.* Cada vez que se visualiza una obra protegida por derecho de autor en Internet o vía satélite se realiza una copia temporal llamada *cached copy*, sin la cual no sería po-

24 Vid. Proyecto N° 2064-D-2012 del 11 de abril 2012. En caso que dicho anteproyecto se convierta en ley bastaría con incorporar a la Ley N° 11.723 el resto de las excepciones y limitaciones sugeridas en este trabajo. El anteproyecto elaborado por ABGRA modifica el Art. 36 de la Ley N° 11.723. Establece dos categorías de excepciones: a) bibliotecas y archivos; b) ciegos y otros disminuidos visuales.

25 Nótese que la Ley N° 25.035 introdujo un par de párrafos al Art. 9 de la Ley N° 11.723, permitiendo la copia de salvaguarda (*back-up copy*) – con un alcance muy limitado.

sible su visualización o transmisión. Tomando literalmente la ley vigente toda *cached copy* podría considerarse una reproducción no autorizada. Legislar una excepción específica para las copias transitorias necesarias para el uso de servidores de Internet y satélites subsanaría el anacronismo, otorgando certeza jurídica a las empresas que gestionan dichos servicios. En este sentido, la *Digital Millennium Copyright Act* en EE.UU. y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico de la UE establecieron *safe havens* para estos usos a fin de fomentar inversiones en dichas tecnologías, que redundan en importante valor agregado para la comunidad. Dichas excepciones deberían incluir las copias temporales que realizan los motores de búsqueda (e.g. Google, Bing, Yahoo) al mostrar los resultados.

- *Excepciones para críticas, sátiras o parodia.* El derecho anglosajón permite desde hace siglos el uso o transformación de obras protegidas con finalidad de crítica, sátira o parodia por considerar dichas obras derivadas socialmente útiles y necesarias en democracia, pese a quien le pese. La gran cantidad de videoparodias que pueden verse a través de *You Tube* serían en muchos casos, según el derecho argentino vigente, ilegales. Permitirlas expresamente no sólo reconocería una práctica social, sino que enriquece el *marketplace of ideas* y refuerza la libertad de expresión.
- *Excepciones para uso privado.* Por ejemplo las que permiten la comunicación o ejecución pública de obras protegidas en el núcleo familiar o íntimo del legítimo titular y hasta traducción para uso personal. Usos que hoy, en teoría, no están permitidos.
- *Excepciones para la administración pública.* Con el afán de fomentar la transparencia gubernativa se debe permitir una más amplia y total libertad de reproducción, distribución y comunicación pública de documentos de los tres poderes del Estado. En suma, todo ciudadano debería acceder sin cargo y de modo simple a todo documento del gobierno que no esté justificadamente “reservado”. Para que estas excepciones cumplan su finalidad tienen que ser complementadas con una normativa integral de acceso a la información pública en todos los poderes del Estado (hoy inexistente). No sólo porque para cumplir las leyes es necesario conocerlas y su ignorancia no excusa el incumplimiento (*ignorantia legis non excusat*) sino porque también hacen a la forma republicana de gobierno, sirviendo al control de los actos públicos.
- *Otras excepciones.* Por ejemplo, las que favorezcan la libertad de expresión, permitiendo la reproducción parcial o total de obras

en medios tradicionales (periódicos, radio y televisión) y digitales (redes sociales, blogs y páginas web) cuando se hagan con la finalidad de expresar una opinión y no tengan finalidad comercial. Incorporar expresamente la llamada *libertad de panorama*, es decir permitir la reproducción fotográfica, cinematográfica o audiovisual de obras arquitectónicas colocadas en espacios públicos con fines educativos o sin fines de lucro, tal como hace la Ley N° 9.610 de Brasil,²⁶ etcétera.

A la lista que antecede podrían agregarse muchas excepciones y limitaciones que deberían surgir del debate público y ser consensuadas entre los *stakeholders*. Un aspecto omitido pero que no debería soslayarse es la distribución de obras protegidas a través de redes P2P o tecnologías similares. Este es un aspecto muy controvertido en el cual es muy difícil en ciertos casos determinar qué es uso privado y qué es uso comercial. Sobre este punto cabría discutir, eventualmente, esquemas compensatorios para los titulares de obras protegidas en casos de aprovechamiento eminentemente comercial. Se trata de un tema complejo y de difícil solución. Esconder la cabeza bajo la arena y negar la realidad social es peligroso. Criminalizar conductas que ya han sido socialmente aceptadas tampoco parece ser una solución sostenible a largo plazo. Si criminalizamos la transmisión sin fines de lucro de contenidos protegidos por el derecho de autor a través de *e-mails*, entre teléfonos celulares o por redes P2P estamos criminalizando a toda una generación. El divorcio entre derecho y realidad sólo llevará a que se desprestigie aún más el sistema de derecho de autor. Nuevos desafíos requieren soluciones creativas y efectivas, también en lo legal. Es hora de repensar el sistema de derecho de autor para que siga creando incentivos al autor a la vez que se aproveche el inmenso poder de las tecnologías digitales.

Asimismo, dentro del marco de una ley que legisle excepciones y limitaciones al derecho de autor sería deseable salvaguardar el dominio público. Sugiero, en consecuencia, la incorporación de los siguientes principios.

- *Preclusión de reprivatización de contenidos pasados al dominio público.* Cualquier obra que haya pasado al dominio público no podrá volver a estar sujeta por derechos de autor o conexos por una reforma legislativa posterior.

²⁶ En Argentina se discutió durante mucho tiempo si en la entrada de Wikipedia correspondiente a la obra escultórica *Floralis Genérica*, que el artista Eduardo Catalano oportunamente había donado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podía incluirse una foto de la misma puesto que constituía un acto de reproducción.

- *Prohibición del uso de medidas tecnológicas para limitar las limitaciones y excepciones al derecho de autor o derechos conexos.* Las industrias culturales saben que la tecnología es una solución más efectiva, sencilla y económica que los DPI. Las *Technical Protection Measures (TPM)* y *Digital Rights Management (DRM)* se usan para reforzar el derecho de autor pero en muchos casos se va más allá. En consecuencia, se debe prohibir expresamente el uso de DRM y TPM para evitar el ejercicio de excepciones y limitaciones legítimas. La tecnología no se debe usar para infringir la ley, ya sean derechos de autor o del usuario.
- *Validez jurídica de la renuncia voluntaria a todos o algunos de los derechos patrimoniales del derecho de autor y derechos conexos.* Recientemente y como consecuencia de la rigidez de la del derecho de autor tradicional han surgido instrumentos alternativos de gobernanza del conocimiento. Las licencias *Creative Commons/Copyleft* y *GNU-Linux/Open Source Software* son alternativas privadas (contractuales) a una legislación desactualizada que no tiene en cuenta las necesidades comunicativas, sociales y comerciales hodiernas. Para que el ecosistema de gobernanza de los bienes informacionales sea sustentable es fundamental que existan sistemas alternativos. La propiedad intelectual *ex lege* debe coexistir y competir con soluciones contractuales tipo *copyleft* u *open source*. La voluntad del titular de la obra debe primar, es él quien está en mejor posición para determinar cuáles son los usos permitidos de su creación y no el legislador. La ley en vez de prohibir debe permitir que el titular elija bajo qué sistema, *copyright* o *copyleft*, publicar su obra. Además, para el caso en que el titular renuncie a la exclusividad sobre su obra e imponga la misma condición a quienes la aprovechen y mejoren, se debería poder exigir judicialmente el cumplimiento de dicha opción. La ley de derecho de autor (amén del derecho contractual) debe permitir expresamente al licenciante bajo términos CC o GNU iniciar acciones legales contra quien no respete los términos de la licencia, aún cuando se trate de obras derivadas creadas por terceros.

Finalmente cabe decir que cualquier reforma a la ley de propiedad intelectual debe adoptarse por consenso. Para su implementación se sugiere la apertura de un período de consulta pública en el que se invite a todos los *stakeholders* y a la sociedad toda a participar del proceso de construcción normativa, lo que otorgará legitimidad social –conformidad con las *social norms*– (Hechter y Opp, 2005; Posner, 2002) al texto legal definitivo.

Brasil nos ofrece un buen ejemplo de debate público, si bien aún no se ha materializado en una norma. El Ministerio de Cultura de Brasil impulsa la consulta pública para la modernización del derecho de autor a fin de adaptarlo a las modernas TICs.²⁷ Dos consultas públicas ya fueron realizadas, en 2010 y 2011 respectivamente. Como consecuencia de ellas se ha redactado un *anteproyeto* que puede ser visto en línea.²⁸ El proyecto participativo es largo pero preferible a la metodología argentina de extender la duración de derechos de autor y conexos sin debate público, con mínima o nula participación y de modo exprés entre gallos y medianoche.

Es responsabilidad del gobierno diseñar políticas públicas en materia de derecho de autor y gestión del conocimiento y no sólo legislar sin Norte siguiendo los caprichos del *lobby* de turno. En Argentina no existen políticas públicas sobre la propiedad intelectual. Brasil sí las tiene, como el *Plan Nacional de Cultura*, creado por la Ley 12.343/10, que entre otras cosas manda revisar el actual régimen de derecho de autor. Sería además deseable que el gobierno encargue informes a instituciones y expertos neutrales en vez de aceptar los que le acercan las industrias culturales.²⁹

En consecuencia, se desaconseja al gobierno de turno actuar *manu militari* para imponer cualquier futura reforma a la legislación de propiedad intelectual. Se debe preferir una nomología democrática y participativa, aunque el camino sea más largo y estrecho. La desactualización de la Ley 11.723 y el desdén por el dominio público deben verse como una oportunidad histórica para actualizar la legislación argentina a las necesidades de la sociedad del conocimiento y la economía digital.

²⁷ Vid. [<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautor/>].

²⁸ Vid. [<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautor/consulta/>].

²⁹ Como hizo la UE a través del *Reporte Final COMMUNIA* (2011) y el *Manifiesto COMMUNIA del Dominio Público* (2010) y el gobierno británico con los Reportes Gowers (2006) y Hargreaves (2011), respectivamente.

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA II*: UN MARCO JURÍDICO PARA LAS “OBRAS HUÉRFANAS”

Se entiende por *obras huérfanas* (metáfora) aquellas que no tienen padre. Pueden estar protegidas por algún derecho de exclusiva pero a ciencia cierta no se sabe quién es su titular o si se lo conoce éste no es posible encontrarlo. Son obras que no aprovechan económicamente a su titular ni a terceros. Son obras huérfanas y a la vez estériles. Cabe aclarar que no necesariamente entran dentro del concepto de obras huérfanas las anónimas, aquellas cuyo autor voluntariamente decidió publicar sin identificarse. Las obras anónimas también generan problemas de explotación.

Varios estudios sugieren que existe un gran stock de éste tipo de obras durmiendo el sueño eterno en colecciones de museos y archivos (textos, films, fotografías, fonogramas, etc.) y no salen a la luz por el riesgo de infringir derechos de autor de algún titular desconocido. El riesgo es tal que aún para realizar compilaciones, documentales u obras derivadas se dejan de aprovechar las obras huérfanas.

Un ejemplo moderno es el *abandonware* (*abandoned software*), es decir programas de computación que se han discontinuado o para los que no se ofrece más soporte. El problema se agrava porque como la ley permite que el titular del derecho de autor sobre un programa de computación sea una persona jurídica (Art. 4. inciso d) de la Ley N° 11.723 incorporado a través de la Ley N° 25.036 de 1998) la que puede disolverse, caer en concurso preventivo, quiebra y finalmente

liquidarse. La desaparición de la persona jurídica titular del derecho de autor sobre un programa de computación no implica la extinción de ese derecho. ¿A quién pertenece entonces el *abandonware* de una persona jurídica que ha sido disuelta o liquidada judicialmente? En ausencia de una solución *ex lege* específica cualquier uso del mismo deviene riesgoso.

Los autores Landes y Posner sugieren incluir a las obras huérfanas dentro del *fair use* (*altos costos de transacción sin pérdida económica para el titular del derecho de autor*); (Lander y Posner, 2003). La lógica económica detrás de ambos casos es similar, los costos de transacción (ubicar al titular de la obra o a su sucesor, negociar y celebrar un acuerdo, monitoreo posterior, etc.) son tan altos que no es posible ninguna transacción explícita.

Un problema adicional de este tipo de obras es que quizás no exista un titular con quien negociar o aún si existiese sería en muchos casos imposible encontrarlo. En consecuencia, estableciendo las debidas garantías para los derechos del titular, legislar las condiciones de uso y aprovechamiento de obras huérfanas sería una iniciativa netamente positiva.

No se trata de reemplazar un titular desconocido por otro conocido, no es una expropiación. Se trata de establecer un mecanismo jurídico eficiente, eficaz y transparente que permita una búsqueda diligente y exhaustiva de un autor desconocido. Si luego de dicha búsqueda aquél no aparece, el sistema jurídico debería establecer algún procedimiento para que terceros puedan aprovecharla, ya sea con o sin fines de lucro. De lo contrario la sociedad se priva de aprovechar obras potencialmente valiosas. Internet y las tecnologías de digitalización hacen imperioso encontrar una solución legal aceptable para aprovechar el acervo cultural que ha quedado sin padre.

Si las obras huérfanas se regulan eficientemente, como proponemos, nos encontramos ante otro caso potencial de solución normativa *Pareto Superior*. El titular del derecho de autor no estará en una peor situación y al menos uno o más usuarios estarán mejor, beneficiándose del aprovechamiento de la obra.

Regular las obras huérfanas es un tema complejo porque de hacerse mal podrían fomentarse comportamientos estratégicos socialmente indeseables. Sin duda se trata de otro tema que debe ser objeto de debate público e inclusivo entre todos los *stakeholders*.

Ante la ausencia de algún tipo de exención de responsabilidad para quien reedite, modifique o use obras huérfanas de buena fe, el titular desconocido del derecho o sus derechohabientes tienen incentivos para dejar hacer y reclamar una indemnización *a posteriori*. El sistema actual favorece el comportamiento estratégico del titular de derechos

de autor de obras inexploradas y dadas por huérfanas, lo que a su vez priva a la sociedad de acceder a obras culturales valiosas.

Ergo, pende sobre el incauto una espada de Damocles, es decir una eventual acción de daños y perjuicios por infracción de derechos de autor. Sin una norma que explícitamente legitime el aprovechamiento de obras huérfanas nadie se atrevería a utilizarlas. He aquí otra falla de mercado que requiere intervención estatal eficiente.

LA REGULACIÓN DE LAS “OBRAS HUÉRFANAS” EN EL DERECHO COMPARADO

Muchos países se están ocupando de analizar el tema. La Oficina de Derechos de Autor de EE.UU. viene impulsando la discusión de la regulación de las obras huérfanas desde el 2005. A petición de los senadores Orrin Hatch y Patrick Leahy la *US Copyright Office* presentó un minucioso informe en 2006. En 2008 Hatch y Leahy presentaron un anteproyecto de ley ante el Senado estadounidense, la *Shawn Bentley Orphan Works Act* (Bill S-2913).³⁰ Dicho anteproyecto pretendía incentivar el aprovechamiento de obras huérfanas limitando la responsabilidad patrimonial por su uso; llegándose a la exención absoluta de responsabilidad si el usuario fuere una institución educativa sin fines de lucro. En todos los casos se requería la realización previa de una búsqueda diligente del autor o de sus derechohabientes. La propuesta no prosperó y en 2008 perdió estado parlamentario.

En declaraciones personales la anterior Directora de la *US Copyright Office*, la señora Marybeth Peters, manifestó las razones por las cuales la normativa aún no ha sido aprobada. El tema más espinoso es qué hacer si una obra es declarada huérfana y a posteriori aparece su autor o derechohabiente. ¿Corresponde o no que se le compense por el uso? En cualquier caso el titular del derecho de autor que aparezca tardíamente siempre podrá pedir el cese de uso y el delistado de la obra del registro de obras en el dominio público recuperando sus derechos patrimoniales, con efecto *ex nunc* y hasta el vencimiento del remanente del plazo legal. ¿Debe ser el autor compensado retroactivamente, por el uso de su obra durante su “ausencia”? La *Copyright Office* entiende que en el autor debe ser compensado. Académicos, instituciones educativas y ONG son de la opinión contraria. El *Center for the Study of the Public Domain* de la Duke University propone la indemnidad absoluta (*safe harbor*) del usuario de buena fe si una vez aparecido el titular del derecho de autor aquél desiste de continuar usando la obra.³¹

³⁰ Vid. [<http://www.govtrack.us/congress/bills/110/s2913>].

³¹ Vid. *Access to Orphan Films* (2005) y *Orphan Works Analysis and Proposal submission to the Copyright Office* (2005).

La Unión Europea publicó recientemente la Directiva 2012/28/EU, la que aún debe ser transpuesta a la legislación interna de cada estado miembro. La Directiva es una de las primeras regulaciones, si bien parcial, de la materia. Permite ciertos usos sobre obras declaradas huérfanas pero sólo se aplica a cierto tipos de usuarios, a saber: “*bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión*” (Art. 1 Directiva 2012/28/EU). Otros usuarios quedan fuera del alcance de la Directiva.

La Directiva establece que las instituciones mencionadas supra para poder usar obras huérfanas deben realizar previamente una “*búsqueda diligente y de buena fe*” del titular de las mismas (Art. 3). Una vez reconocido el status de obra huérfana en un estado miembro, la obra será reconocida como tal en los demás estados miembros (Art. 5). Las búsquedas diligentes, así como sus resultados y el listado de las instituciones autorizadas a usar las obras huérfanas serán publicadas en una base de datos *on line* de libre acceso y consulta, administrada por la *Oficina de Armonización del Mercado Interno* (Art. 3 *in fine*).

Asimismo, para facilitar la “búsqueda diligente” (así como la digitalización de obras) se han creado plataformas como ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana*) la que incluirá una base de datos de obras huérfanas.³²

A las instituciones mencionadas en el Art. 1 la Directiva les reconoce los siguientes derechos: “*a) puesta a disposición del público de la obra huérfana, [omissis]*

b) reproducción, [omissis], a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración” (Art. 6).

En caso de que posteriormente se presentase el titular de un derecho de exclusiva sobre la obra éste podrá solicitar el cese de su condición de obra huérfana (Art. 5) y, asimismo, tendrá derecho a solicitar una “*compensación equitativa*” al estado miembro al que pertenezca la institución que ha hecho uso de su obra (Art. 6 *in fine*).

La Directiva representa un compromiso entre los diversos intereses en juego, fruto de largos debates, reportes y discusiones. Por lo tanto no extraña que su aplicación sea limitada (instituciones educativas, bibliotecas y museos) y también los usos permitidos (reproducción y comunicación pública). El proceso de negociación normativa explica también que el titular del derecho de exclusiva que aparezca *ex post facto* de la declaración de orfandad tenga derecho a una compensación.

32 Vid. [<http://www.arrow-net.eu/>].

Resta saber cómo se materializará en la práctica dicha compensación ya que la Directiva la deja a librada a la legislación interna de cada estado miembro. De cualquier manera, si bien de aplicación limitada, la Directiva es un decidido paso adelante hacia el aprovechamiento de obras valiosas que carecen de padre conocido.

CÓMO REGULAR EL USO DE LAS “OBRAS HUÉRFANAS” EN ARGENTINA

Una propuesta de regulación para las obras huérfanas a nivel local debería aprovechar las bases de datos existentes, por ejemplo la del *Registro Nacional de Derechos de Autor*, además de catálogos de museos y archivos nacionales, provinciales, municipales, privados, etc. Otra estrategia podría basarse en la creación una nueva base de datos de obras huérfanas. En cualquier caso, la solución al problema requiere hermanar derecho con tecnología.

La administración de la base de datos podría estar en manos de una institución de bien público sin fines de lucro, quizás bajo la égida del Ministerio de Educación, el Archivo Nacional o un nuevo ente ad hoc. La normativa debería nutrirse de las mejores prácticas ya existentes a nivel mundial.

En primer lugar habría que determinar un período de meses o años para que cualquier interesado en utilizar una obra presumiblemente huérfana pueda iniciar el correspondiente proceso de búsqueda diligente. El interesado deberá además actuar de buena fe, la que no existirá si conoce o debiera conocer al titular de la obra. La mala fe invalidará el trámite. Cumplidos los recaudos legales y pasado el tiempo requerido por la normativa para que se presente el autor o derechohabiente para hacer valer sus derechos, la obra será catalogada como huérfana y pasará al dominio público (que deberá dejar de ser pagante, vid. próxima sección). La normativa deberá determinar taxativamente cuáles los usos permitidos de las obras huérfanas (reproducción, comunicación pública, transformación, con o sin fin de lucro) y su alcance.

La creación de una base de datos de obras huérfanas de ningún modo significa restablecer el requisito de registración de la obra para el nacimiento del derecho de autor. El *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* de 1886 en su Art. 5 inc. 2 prohíbe supeditar el nacimiento del derecho de autor a cualquier formalidad pero a su vez permite que los países arbitren los medios procesales que estimen necesarios para la defensa de dichos derechos. La oposición del autor a que su obra sea considerada huérfana debe interpretarse como un acto en defensa de dicho derecho.

Como las iniciativas europeas en la materia, la base de datos para obras huérfanas tiene que ajustarse a los más altos estándares interna-

cionales de transparencia, acceso gratuito, universal, completamente digitalizada y permanentemente *on line*.

Ante la eventualidad de que el titular de derecho de autor apareciese extemporáneamente, vencido el período determinado por la futura regulación para la “búsqueda diligente”, éste siempre podrá solicitar el inmediato cese del uso y la baja de la obra de la base de datos de obras huérfanas (sistema *opt out*). En cuanto a la conveniencia o no de la indemnización por el uso de obras huérfanas, idealmente ello debería ser fruto de un compromiso entre los *stakeholders* y el gobierno. Eventualmente habría que tener en cuenta cuestiones de equidad y distinguir casos de explotación comercial y sin fines de lucro.

Personalmente me inclino a no otorgar una indemnización retroactiva a favor del titular de una obra que fue debidamente incluida en el catálogo de obras huérfanas, por las siguientes dos razones. La primera, para fomentar comportamientos diligentes por parte de autores y titulares de derechos de autor, favoreciendo la explotación de la obra. La segunda razón es para desincentivar comportamientos estratégicos. La “zanahoria” de una indemnización podría crear incentivos perversos haciendo que algunos titulares de derechos prefieran no explotar la obra y esperar que otros lo hagan para luego reclamar una compensación económica, destruyendo el sistema.

PROPUESTA DE *LEGE FERENDA III*: ABROGACIÓN DEL RÉGIMEN DE “DOMINIO PÚBLICO PAGANTE”

Un *leitmotiv* que atraviesa esta obra es la idea de que no debiera haber otro fundamento para otorgar derechos de propiedad intelectual que estimular actividades creativas e innovadoras con la finalidad finalísima de beneficiar a la comunidad.

La propiedad intelectual es un instrumento de política pública con una finalidad utilitaria. El derecho de autor incentiva al autor a crear nuevas obras al garantizarle la explotación económica exclusiva sobre la misma. Vencido el plazo de protección, la obra pasa al dominio público para que cualquiera la aproveche, modifique o adquiera en condiciones de mercado, es decir al costo de producción sin tener que pagar costos hundidos y rentas monopólicas.

El Decreto-Ley N° 1.224/58 (ratificado por Ley 14.467) creó el *Fondo Nacional de las Artes* (FNA), un organismo autárquico que funciona bajo la égida de la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación con el mandato de estimular, desarrollar, salvaguardar y premiar las actividades artísticas y literarias en el país y su difusión en el extranjero.

A su vez la Resolución N° 15.850/77 (T.O. 1978) del FNA creó el cuerpo legal sobre derechos de dominio público pagante. Ella establece que para ciertos usos de obras que ya han pasado al dominio público se debe abonar un gravamen al Estado, que va a parar a las arcas del FNA.

Oportunamente la creación de los derechos de dominio público pagante fue justificada mediante la retórica de fomentar las actividades

artísticas, literarias y culturales en la Argentina. Claramente ello no era necesario, pues justamente para incentivar actividades artísticas, literarias y culturales existen los derechos de autor; los que tienen ventajas sobre el dominio público pagante. El derecho de autor beneficia directamente al autor de la obra, el dominio público pagante no. El derecho de autor no requiere de ninguna formalidad para su nacimiento, el dominio público pagante precisa de una costosa burocracia estatal. El precio de una licencia de uso por derecho de autor lo fija el mercado, el del dominio público pagante una burocracia centralizada.

El Art. 1 de la Resolución N° 15.850/77 (T.O. 1978) establece que son onerosas la representación, inclusión, exhibición, reproducción o ejecución de obras en el dominio público. El gravamen es aplicable a todo tipo de obras (*teatrales, líricas, literarias, científicas, coreográficas, ballets, recitales de poesías, oratorias, películas cinematográficas, pictóricas, escultóricas, arquitectónicas, dibujos y mapas*) ya sean representadas, incluidas, exhibidas, reproducidas o ejecutadas por cualquier medio, conocido o a conocerse (*radiotelefonía, televisión, en disco, cinta, alambre, videotape, hilo, mediante calcos o vaciados*). Ni siquiera el dominio público escapa a la voracidad fiscal del gobierno argentino.

En todo el resto mundo las obras pasadas al dominio público son gratuitas y libres de ser usadas y transformadas sin requerir autorización alguna. En Argentina no es así. El llamado *dominio público pagante* es un verdadero oxímoron o *contradictio in terminis*. En los hechos significa que hay que pagar por ciertos usos de una obra que ha sido ya suficientemente compensada durante la vigencia del derecho de autor.

La Resolución sólo admite una excepción en la que no se deberá pagar el canon por los usos mencionados supra; “[e]l uso de obras caídas en dominio público con fines exclusivamente culturales o didácticos en lugares con libre y gratuito acceso de público, donde no se incluya publicidad comercial paga o gratuita de modo directo o indirecto” (Art. 6). Sin embargo igualmente habrá que solicitar autorización previa al FNA con no menos de 15 días de anticipación. En términos económicos, requerir autorización previa eleva enormemente los costos de transacción desincentivando el uso de dichas obras. Finalmente, la decisión de conceder o no el uso gratuito es discrecional del órgano administrativo.

Para colmo, la Resolución dice que el gravamen se debe en concepto de “*derecho de autor*”. Ello es un dislate, el derecho de autor ya expiró, sino no estaríamos hablando de dominio público. Además, el derecho de autor lo percibe el autor o sus derechohabientes (ya sea por transmisión *inter vivos* o *mortis causa*). El gravamen correspondiente a las obras del dominio público pagante lo percibe el Estado a través del FNA. Ni un centavo del gravamen va al autor de la obra ni a sus derechohabientes.

Las funciones del FNA son conceder préstamos, financiar concursos, exposiciones, muestras, financiar misiones culturales, conceder becas, otorgar premios, etc.³³ Probablemente muchas de esas actividades también se subvencionan con otros impuestos más generales. Si hicieran falta medios adicionales al derecho de autor y derechos conexos para estimular la creación de obras nuevas, lo que no ha sido argumentado ni probado, entiendo habría mejores instrumentos fiscales que gravar el dominio público, que penaliza el uso de obras debidamente compensadas. Nótese el contraste con las patentes de invención. No existe gravamen por utilizar invenciones que hayan pasado al dominio público. De existir se ralentizaría y encarecería la innovación. Tampoco es un tema menor el costo administrativo del sistema (presupuesto del FNA).

Existiendo generosos y demasiado duraderos derechos de autor y conexos es redundante crear un impuesto para fomentar actividades artísticas, literarias y científicas. Además todo impuesto necesariamente distorsiona las decisiones de compra de los consumidores (también los de obras culturales). Al encarecer el impuesto el valor de una obra puede que el consumidor se incline por otra que quizás no compraría en caso de no existir el impuesto. Quizás éste y no otro sea el verdadero objeto de la normativa; encarecer el precio de las obras caídas en el dominio público a fin de que los consumidores opten por obras protegidas por el derecho de autor. Otra discusión del todo distinta sería analizar si fuera más eficiente reemplazar el sistema de derechos de autor por el dominio público oneroso. En tal caso, el gravamen podría tener alguna utilidad. Podríamos seriamente discutir si es mejor otorgar derechos de propiedad o subsidios sufragados con impuestos generales a los autores sobre sus obras pero mantener ambos sistemas vigentes es un sinsentido. Se desperdician recursos y se limita adicionalmente el acceso al conocimiento y la cultura.

Tampoco es clara la razón por la cual el Estado se convierte en una especie de sucesor *ex lege* del autor y/o sus derechohabientes en la explotación económica de la obra. Para agregar más incoherencias a un ya largo listado, agrego que el dominio público pagante implica que el Estado argentino puede recaudar gravámenes por la utilización de obras que nunca fueron objeto de derechos de autor ya sea porque no pueden serlo (*dominio público originario*) o por haber sido creadas antes de la sanción de la Ley N° 11.723. Mucho menos se entiende que el Estado argentino pretenda cobrar el gravamen por obras de autores extranjeros, conforme al Art. 2 del cuerpo legal sobre derechos del dominio público pagante (T.O. 1978), cuando éstas hayan sido puestas en el comercio dentro del país.

33 Vid. [<http://www.fnartes.gov.ar/>].

El dominio público pagante es contrario a los intereses de los consumidores de obras culturales y poco o nada sirve a los autores. Entonces... ¿porqué se mantiene un sistema ineficiente, distorsivo e inútil, en relación a los medios y fines declarados? La lectura crítica del texto legal nos insinúa la respuesta. Conforme al Art. 35 del Decreto el FNA ha delegado la percepción del tributo a dos *agentes recaudadores*; ARGENTORES (Sociedad General de Autores de la Argentina) y SADAIC (Sociedad Argentina de Autores y Compositores). En consecuencia, dos sociedades de gestión colectiva perciben la mayoría de los gravámenes establecidos en el cuerpo legal sobre derechos del dominio público pagante (T.O. 1978). Los objetivos perseguidos por el FNA, SADAIC y ARGENTORES no son idénticas. No queda claro cómo se redistribuyen al FNA los gravámenes percibidos por SADAIC y ARGENTORES.

Asimismo, sorprende que jamás nadie haya planteado la inconstitucionalidad del gravamen. Más allá de la letra de la Resolución 15850/77 los “derechos del dominio público pagante” son un impuesto que grava el consumo (uso) de obras culturales. La Carta Magna establece que sólo el Congreso tiene la facultad de crear impuestos (Art. 17 CN). Además el llamado principio de legalidad en materia tributaria establece que “*no hay tributo sin ley*”. Los derechos del dominio público pagante serían un impuesto creado por un ente administrativo. Ha reiterado varias veces la Corte Suprema de la Nación que en cuestiones tributarias el *nomen iuris* no es lo que importa sino la “*realidad económica*” subyacente. Una mera resolución de un ente autárquico que depende del ejecutivo nacional ha creado un impuesto que grava todas las obras en el dominio público, en clara violación de la división de poderes establecida en la constitución nacional. La Resolución FNA 15850/77 que reglamenta el tributo sobre el dominio público excede las facultades de excepción dispuestas por los Arts. 76 y 99 inc. 3 de la CN.

En síntesis, el dominio público pagante es una institución ineficiente. Se trata de un impuesto al uso de las obras culturales que carece de toda justificación económica, es decir no sirve para crear incentivos para la producción de obras nuevas. Encarece el acceso de las obras y sólo favorece a terceros intermediarios. Además, no hay información fácilmente accesible sobre los ingresos percibidos y cómo son utilizados. El funcionamiento del FNA se asemeja al de una caja negra.

Pasado el plazo de protección del derecho de autor la obra debe pasar al dominio público libre y gratuitamente, sin más trámite. El dominio público pagante debiera abolirse si lo que se quiere es expandir el acceso a la cultura para todos los argentinos.

EL “DOMINIO PÚBLICO PAGANTE” EN EL DERECHO EXTRANJERO

El dominio público pagante casi no existe en el derecho extranjero. En la región sólo Argentina y Uruguay lo mantienen vigente (Art. 42 de la Ley N° 9739). Uno de los últimos intentos por reflotar el tema en foros internacionales fue patrocinado por la UNESCO y la OMPI en 1982.³⁴

En dicho encuentro los promotores del dominio público pagante argumentaban su necesidad para evitar la “*competencia desleal*” entre obras sujetas al derecho de autor y obras en el dominio público. La “*lógica*” de este argumento sería la siguiente; como las obras protegidas por derechos de autor son más caras que las que están en el dominio público (como consecuencia del fin del monopolio legal) el Estado decide gravar a éstas últimas con una tasa a fin de equipararlas con aquellas.

Semejante pseudo argumento es falaz por donde se lo mire. Primero, porque trata obras bajo derecho de autor y obras en el dominio público como si fueran sustitutos perfectos o se tratara de un mismo mercado. Que es como decir que la Novena Sinfonía (Coral) de L.V. Beethoven compite con el último álbum de Catupecu Machu. Un verdadero disparate: no necesariamente las obras en el dominio público compiten con las protegidas por derecho de autor y si lo hicieran no hay razón económica para encarecer unas para favorecer otras.

Segundo, porque ignora completamente los efectos sobre el bienestar general. Es decir, el dominio público pagante se desentiende completamente de los intereses del consumidor de obras culturales. Claro demostración de “*captura regulatoria*” por parte del sector productor.

En el siglo XXI el dominio público pagante es un anacronismo. En un informe de la UNESCO publicado en 1948 se lee que por aquel entonces el *domaine public payant* estaba vigente en Bulgaria, Italia, Rumania, Uruguay y Yugoslavia. El lector avisado habrá notado que la mayoría de los países de la lista eran, por aquél entonces, comunistas. ¡En los regímenes comunistas no había derechos de autor! Hoy día el dominio público pagante desapareció de Bulgaria, Italia, Rumania Eslovaquia y la República Checa.

El dominio público pagante casi desapareció por completo de nuestra región (con la apuntada excepción de Uruguay, quizás muy ligado a la suerte de las instituciones argentinas). Brasil tuvo vigente un sistema de *dominio público remunerado* entre 1973 y 1983, luego suprimido. México también tuvo un régimen de dominio público pagante. Durante el debate parlamentario de la que es hoy la Ley Mexicana de Derecho de Autor se debatió la conveniencia de mantenerlo o derogarlo. Finalmente el parlamento azteca decidió abolirlo por considerarlo

34 Vid. *Committee of Non-Governmental Experts on the “Domaine Public Payant”*, UNESCO y WIPO Secretariats, Ginebra (1982).

distorsivo e innecesario. En México está vigente el derecho de autor de mayor duración del mundo, vida más 100 años *post mortem auctoris*, sin embargo tuvieron el buen tino de abolir el dominio público pagante.

Analizando el tema con vocación armonizadora desde una perspectiva global y regional, particularmente en relación a los bloques que integra la Argentina (MERCOSUR y UNASUR), no conviene mantener una institución innecesaria que fue abolida en el resto de los países. El dominio público pagante sólo sirve para crear asimetrías en desfavor de los ciudadanos argentinos.

Si no existiera voluntad política para dismantelar el FNA al menos se ganaría en eficiencia explorando recursos de financiamiento alternativos que no limiten el acceso a las obras del dominio público. El máximo aprovechamiento del dominio público tendría que ser una política del estado nacional.

Finalmente, a fuer de ser coherentes, si consideramos que el dominio público pagante es una institución ineficiente y sin justificación económica alguna lo mismo corresponderá decir del Art. 5 *in fine* de la ley N° 11.723, que dice: *“En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.”*

No nos cansamos de repetir que el derecho de autor sólo existe para incentivar al autor a que dedique su tiempo a crear. En consecuencia no se justifica que el Estado se convierta en heredero forzoso de los derechos patrimoniales sobre las obras de un autor fallecido. En los raros casos de herencia vacante las obras deberían pasar al dominio público gratuito para su más amplio aprovechamiento.

CONSIDERACIONES FINALES

El dominio público en Argentina es uno de los más restrictivos del planeta. La Ley 11.723 permite muy pocas excepciones y limitaciones al derecho de autor y ninguna de ellas está adaptada a las nuevas tecnologías digitales. No hay interés por las obras huérfanas. Además se mantiene vigente un ineficiente sistema de dominio público pagante.

El sistema de propiedad intelectual de un país es una especie de contrato social implícito que debe equilibrar los intereses de productores y consumidores de bienes culturales. El legislador no debería favorecer los intereses de un sector en desmedro del otro, sino tender a maximizar el bienestar agregado de ambos (*total welfare*, en economía; bien común, en filosofía). El legislador argentino ha decidido favorecer exclusivamente al sector productor, particularmente a sus intermediarios, olvidándose de los ciudadanos.

Los derechos de propiedad intelectual son un medio y no un fin en sí mismos. El fin último de la propiedad intelectual es promover el progreso económico, científico y cultural de la sociedad mediante la creación y disseminación de nuevos conocimientos e innovaciones.

La riqueza de las naciones en el siglo XXI dependerá cada vez menos de sus materias primas (*commodities*) y cada vez más de la adecuada gestión del conocimiento. Los mecanismos institucionales de gobernanza de la información serán la llave. Una ecología sustentable de

la información debe armonizar intereses privados y públicos, incentivos y acceso, propiedad intelectual y dominio público.

El equilibrio de los intereses es una asignatura pendiente en la Argentina. Su sistema de propiedad intelectual se encuentra muy por detrás no sólo del de los países desarrollados sino también de los de sus vecinos en la región.

Ojalá este humilde aporte sirva para inspirar al legislador local a diseñar políticas públicas eficientes, eficaces y equilibradas para que Argentina ingrese en los hechos, y no meramente en las palabras, a la economía del conocimiento.

ADDENDUM NORMATIVO I
LEY 11.723 REGIMEN LEGAL DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL

Art. 5°. — [Omissis]

En caso de que un autor falleciere sin dejar herederos, y se declarase vacante su herencia, los derechos que a aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Art. 10. — Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes.

Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.

Art. 28. — [Omissis]

Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.

ADDENDUM NORMATIVO II
**RESOLUCIÓN N° 15850/77: CUERPO LEGAL
SOBRE DERECHOS DE DOMINIO PÚBLICO
PAGANTE (T.O. 1978)**

Artículo 1°.— Los derechos de autor que deben abonar las obras caídas en dominio público, conforme lo establecen los arts. 6°, inc. c), Dec.-Ley N° 1224/58 y 6° del Dec. N° 6255/58, se aplicarán de acuerdo con las siguientes modalidades:

a) Derechos de representación:

- 1. De obras teatrales, líricas, literarias, coreográficas, ballets, recitales de poesías y oratorias, que se transmitan o difundan públicamente en forma directa o reproducidas por cualquier medio, conocido o a conocerse.*
- 2. De obras teatrales, líricas, literarias, coreográficas, ballets, recitales de poesías y oratorias, que se transmitan o difundan por radiotelefonía, ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse.*
- 3. De obras teatrales, líricas, literarias, coreográficas, ballets, recitales de poesías y oratorias que se transmitan o difundan por televisión, ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse.*

b) Derechos de inclusión:

- 1. De obras teatrales, musicales, cinematográficas, literarias, coreográficas, ballets en videotape, filmaciones y películas cinematográficas de todo género, incluso las de fines publicitarios.*

c) Derechos de exhibición:

1. De obras teatrales, musicales, literarias, líricas, coreográficas, ballets en películas cinematográficas.

d) Derechos de ejecución:

1. De obras musicales de cualquier género ejecutadas en locales públicos ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse.

2. De obras musicales de cualquier género transmitidas o difundidas por radiotelefonía, ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse.

3. De obras musicales de cualquier género transmitidas o difundidas por televisión, ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse.

e) Derechos de reproducción:

1. De obras teatrales, literarias, líricas, coreográficas, ballets y musicales, reproducidas en disco, cinta, alambre, videotape, hilo o cualquier otro sistema conocido o a conocerse.

2. De obras escultóricas, arquitectónicas, mediante calcos o vaciados o cualquier otro procedimiento conocido o a conocerse.

f) Derechos de edición:

1. De obras literarias, musicales y científicas.

2. De láminas, fotografías, diapositivas con reproducción de obras pictóricas, escultóricas, dibujos y/i napas.

Art. 6°.— El uso de obras caídas en dominio público con fines exclusivamente culturales o didácticos en lugares con libre y gratuito acceso de público, donde no se incluya publicidad comercial paga o gratuita de modo directo o indirecto, estará exceptuado del pago de derechos. (Fe de erratas Conf. Art. 1° Res. F.N.A. N° 16096/1978)

Esta excepción comprende el uso de repertorio de obras de dominio público en radioemisoras y televisoras oficiales, municipales, universitarias y privadas en las que normal y permanentemente no se irradie e incluya publicidad comercial paga o gratuita, de modo directo o indirecto.

En ambos casos los responsables respectivos deberán solicitar este beneficio al Fondo Nacional de las Artes, con una anticipación no menor a quince días de la fecha en que se hará uso del repertorio de dominio público correspondiente.

ADDENDUM NORMATIVO III
17 UNITED STATES CODE, SECTION 107:
LIMITATIONS ON EXCLUSIVE
RIGHTS - FAIR USE

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

ADDENDUM NORMATIVO IV:
TÍTULO III LEY 20435 (CHILE):
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES
AL DERECHO DE AUTOR Y A LOS
DERECHOS CONEXOS

Artículo 71 A. Cuando sea procedente, las limitaciones y excepciones establecidas en este Título se aplicarán tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos.

Artículo 71 B. Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.

Artículo 71 C. Es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del titular, todo acto de reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público, de una obra lícitamente publicada, que se realice en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva, o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra, siempre que dicha utilización guarde relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad y sin fines comerciales. En los ejemplares se señalará expresamente la circunstancia de ser realizados bajo la excepción de este artículo y la prohibición de su distribución y puesta a disposición, a cualquier título, de personas que no tengan la respectiva discapacidad.

Artículo 71 D. Las lecciones dictadas en instituciones de educación superior, colegios y escuelas, podrán ser anotadas o recogidas en cualquier forma por aquellos a quienes van dirigidas, pero no podrán ser publicadas, total o parcialmente, sin autorización de sus autores. Las conferencias, discursos políticos, alegatos judiciales y otras obras del mismo carácter que hayan sido pronunciadas en público, podrán ser utilizadas libremente y sin pago de remuneración, con fines de información, quedando reservado a su autor el derecho de publicarlas en colección separada.

Artículo 71 E. En los establecimientos comerciales en que se expongan y vendan instrumentos musicales, aparatos de radio o televisión o cualquier equipo que permita la emisión de sonidos o imágenes, podrán utilizarse libremente y sin pago de remuneración, obras o fonogramas, con el exclusivo objeto de efectuar demostraciones a la clientela, siempre que éstas se realicen dentro del propio local o de la sección del establecimiento destinada a este objeto y en condiciones que eviten su difusión al exterior.

En el caso de los establecimientos comerciales en que se vendan equipos o programas computacionales, será libre y sin pago de remuneración la utilización de obras protegidas obtenidas lícitamente, con el exclusivo objeto de efectuar demostraciones a la clientela y en las mismas condiciones señaladas en el inciso anterior.

Artículo 71 F. La reproducción de obras de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la televisión y cualquier otro procedimiento análogo, así como la publicación de las correspondientes fotografías en diarios, revistas y libros y textos destinados a la educación, es libre y no está sujeta a remuneración, siempre que no esté en colección separada, completa o parcial, sin autorización del autor.

Asimismo, la reproducción mediante la fotografía, el dibujo o cualquier otro procedimiento, de monumentos, estatuas y, en general, las obras artísticas que adornan permanentemente plazas, avenidas y lugares públicos, es libre y no está sujeta a remuneración, siendo lícita la publicación y venta de las reproducciones.

Artículo 71 G. En las obras de arquitectura, el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto.

Artículo 71 H. No será aplicable a las películas publicitarias o propagandísticas la obligación que establece el artículo 30. Tampoco será obligatorio mencionar el nombre del autor en las fotografías publicitarias.

Asimismo, lo dispuesto en el artículo 37 bis no será aplicable a los programas computacionales, cuando éstos no sean el objeto esencial del arrendamiento.

Artículo 71 I. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna, reproducir una obra que no se encuentre disponible en el mercado, en los siguientes casos:

- a) Cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente y ello sea necesario a los efectos de preservar dicho ejemplar o sustituirlo en caso de pérdida o deterioro, hasta un máximo de dos copias.*
- b) Para sustituir un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado, hasta un máximo de dos copias.*
- c) Para incorporar un ejemplar a su colección permanente. Para los efectos del presente artículo, el ejemplar de la obra no deberá encontrarse disponible para la venta al público en el mercado nacional o internacional en los últimos tres años.*

Artículo 71 J. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal.

Las copias a que se refiere el inciso anterior sólo podrán ser realizadas por la respectiva biblioteca o archivo.

Artículo 71 K. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar la reproducción electrónica de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución y en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones.

Artículo 71 L. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, efectuar la traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero y legítimamente adquiridas, cuando al cumplirse un plazo de tres años contado desde la primera publicación, o de un año en caso

de publicaciones periódicas, en Chile no hayan sido publicadas su traducción al castellano por el titular del derecho. La traducción deberá ser realizada para investigación o estudio por parte de los usuarios de dichas bibliotecas o archivos, y sólo podrán ser reproducidas en citas parciales en las publicaciones que resulten de dichas traducciones.

Artículo 71 M. Es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del autor, reproducir y traducir para fines educacionales, en el marco de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación, pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o figurativo, excluidos los textos escolares y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de las actividades educativas, en la medida justificada y sin ánimo de lucro, siempre que se trate de obras ya divulgadas y se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que esto resulte imposible.

Artículo 71 N. No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos. En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna.

Artículo 71 Ñ. Las siguientes actividades relativas a programas computacionales están permitidas, sin que se requiera autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna:

a) La adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor, siempre que la adaptación o copia sea esencial para su uso, o para fines de archivo respaldo y no se utilice para otros fines. Las adaptaciones obtenidas en la forma señalada no podrán ser transferidas bajo ningún título, sin que medie autorización previa del titular del derecho de autor respectivo; igualmente, las copias obtenidas en la forma indicada no podrán ser transferidas bajo ningún título, salvo que lo sean conjuntamente con el programa computacional que les sirvió de matriz.

b) Las actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo. La información así obtenida no podrá utilizarse para producir o comercializar un programa computacional similar

que atente contra la presente ley o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

c) Las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica. La información derivada de estas actividades solo podrá ser utilizada para los fines antes señalados.

Artículo 71 O. Es lícita la reproducción provisional de una obra, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización. Esta reproducción provisional deberá ser transitoria o accesoria; formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario, o el uso lícito de una obra u otra materia protegida, que no tenga una significación económica independiente.

Artículo 71 P. Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.

Artículo 71 Q. Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

Artículo 71 R. Se podrá, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar la traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero y legítimamente adquiridas, para efectos de uso personal.

Artículo 71 S. Se podrá, sin requerir autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, reproducir o comunicar al público una obra para la realización de actuaciones judiciales, administrativas y legislativas.

BIBLIOGRAFÍA

- Akerlof, George A. et al. 2002 *Brief of as Amici Curiae in support of Petitioners at 12, Eldred v. Ashcroft No. 01-618* en United States Supreme Court.
- Akker, Ilan et al. 2010 *Economic contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright*, SEO Economic Research.
- Boldrin, Michele y Levine, David K. 2008 *Against intellectual monopoly* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Bour, Enrique 2009 *Derecho y Econometría*, Anales XLV Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política.
- Brousseau, Eric y Glachant, Jean-Michel Editores 2008 *New Institutional Economics: A Guidebook* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Buchanan, James M. y Tullock, Gordon 1962 *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Michigan: University of Michigan Press).
- Bullard, Alfredo 2008 *¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?* Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política.
- Center For The Study Of The Public Domain Duke Law School 2005 *Access to Orphan Films*. Center For The Study Of The Public Domain Duke Law School *Orphan Works Analysis and Proposal submission to the Copyright Office*.

- Coase, Ronald 1960 *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics.
- Communia 2010 *Manifiesto del Dominio Público*.
- Communia 2011 *Reporte Final*.
- Cooter, Robert D. y Schafer, Hans-Berndt 2011 *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations* (Princeton: Princeton University Press).
- Cooter, Robert D. y Ulen, Thomas 2008 *Law & Economics* (Pearson/ Addison Wesley).
- Deffains, B. y Kirat, T. 2001 *Law and Economics in Civil Law Countries* (United States: JAI).
- Demsetz, Howard 1967 *Toward a Theory of Property Rights* (American Economic Review, Vol. 57, N° 2).
- Dulong De Rosna, Melanie y De Martin, Juan Carlos 2012 *The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture* (Cambridge: Open Book Publishers).
- Dunes, Antony W. 2011 *A Law and Economics Analysis of Fair Use Differences Comparing the US and UK* (Paper prepared for the UK Intellectual Property Office).
- Emery, Miguel Angel 2009 *Propiedad Intelectual* (Buenos Aires: Editorial Astrea)
- Feess, Eberhard y Scheufen, Marc 2011 *Academic copyright in the publishing game: A contest perspective* (s/d).
- Fernández-Molina, J. Carlos y Chaves Guimarães, J. Augusto *Excepciones al derecho de autor en beneficio de las bibliotecas: situación de América Latina y el Caribe* (s/d).
- Fernández-Molina, J. Carlos y Chaves Guimarães, J. Augusto *La legislación de derechos de autor en América Latina: en busca de un modelo no perjudicial para las bibliotecas*, (s/d).
- Gallini, Nancy, and Suzanne Scotchmer, *Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System?* UC Berkeley Department of Economics. Working Paper N° E01-303 (2001).
- Hargreaves, Ian 2011 *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*.

- Harris, Ron 2003 *The Uses of History in Law and Economics*, Theoretical Inquiries in Law Vol. 4, No. 2.
- Hayek, Friedrich *The Use of Knowledge in Society* 1945 *The American Economic Review* .
- Hechter, M.y Opp, K.D. 2001 *Social Norms* (New York: Russell Sage Foundation).
- Höffner, Eckhard 2010 *Geschichte und Wesen des Urheberrechts* (Alemania: Verlag Europäische Wirtschaft).
- Fair Use in the US Economy* 2011 (Washington: Computer and Communications Industry Association).
- Khan, Zorina 2004 *Does Copyright Piracy Pay? The Effects of U.S. International Copyright Laws on the Market for Books, 1790-1920*, NBER Working Paper N° 10271.
- 2008 *Copyright Piracy and Development: United States Evidence in the Nineteenth Century* (Bogotá: Revista de Economía Institucional, Vol. 10 N° 18).
- 2004 *Does Copyright Piracy Pay? The Effects of U.S. International Copyright Laws on the Market for Books, 1790-1920*, NBER Working Paper N° 10271.
- Kinsella, Stephan 2008 *Against Intellectual Property* (Auburn: Ludwig Von Mises Institute).
- Landes, William, M. y Posner, Richard A. 2004 *The Political Economic of Intellectual Property Law* (Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies).
- Landes, William M. y Posner, Richard A. 2003 *The economic structure of intellectual property law* (Massachusetts: Harvard University Press).
- Landes, William M. y Posner, Richard A. 1989 *An Economic Analysis of Copyright Law* (Chicago: 18 J. Leg. Stud.).
- Landes, William M. y Posner, Richard A. 2002 *Indefinitely Renewable Copyright* (Chicago: University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 154).
- Landes, William M. y Posner, Richard A. 2003 *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Massachusetts: Harvard University Press).
- Lessig, Lawrence 2001 *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, (New York: Random House).

- Lessig, Lawrence 2004 *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity* , (New York: Penguin Press).
- Leveque, Francois y Ménière, Yann 2004 *The Economics of Patents and Copyright*, Monograph (California: Berkeley Electronic Press).
- Liebowitz, Stan J. y Margolis, Stephen E. 2005 *Seventeen Famous Economists Weigh in on Copyright: The Role of Theory, Empirics, and Network Effects* (Massachussets: Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 18, No. 2).
- Lindsay, David 2002 *The law and economics of copyright, contract and mass market licenses* (Sidney: Centre for Copyright Studies Ltd.).
- Lipszyc, Delia 2001 *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, (París/Bogotá/ Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/Zavalía).
- Lipszyc, Delia y Wegbraйт, Pablo 2012 *Argentina*, en *Balancing Copyright: A Survey of National Approaches*, Hilty, R.M., y S. Nérissou (eds.), (Berlin-Heidelberg: Springer).
- Lopez Medina, Diego Eduardo 2004 *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes).
- Machlup, Fritz 1958 *An economic review of the patent system - Study of the Subcommittee on Patents, Trade-marks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary* (Washington: U.S. Govt. Print Off.).
- Mackaay, Ejan 2011 *The Economics of Life: Reflections on the Term of Copyright* , CIRANO Scientific Publication N° 2011-38.
- Mackaay, Ejan 2011 *The Economics of Life: Reflections on the Term of Copyright*,
CIRANO Scientific Publication N° 38.
- Mackaay, Ejan 2013 *Law and Economics for Civil Law Systems* (Cheltenham: Edward Elgar Pub.).
- Mackaay, Ejan y Rousseau, Stephane 2006 *Introduction à l'analyse économique du droit*, (Montreal : Guy Lefebvre Ed.).
- Mancur, Olson 1965 *The logic of collective action; public goods and the theory of groups* (Massachussets: Harvard University Press).
- Marzetti, Maximiliano 2006 *Comentarios al proyecto de extensión del plazo de protección del derecho de autor desde el AED*, EL DIAL – Suplemento de Propiedad Industrial.

- Marzetti, Maximiliano 2006 *Comentarios al proyecto de extensión del plazo de protección del derecho de autor desde el AED* (Buenos Aires: EL DIAL - Suplemento de Propiedad Industrial).
- Marzetti, Maximiliano 2011 *Costos sin beneficio - Artículo 5 bis de la ley 11.723* (Buenos Aires: LA LEY).
- Marzetti, Maximiliano 2012 *¿Antagonismo o Complementariedad? Una breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia* (Bogotá: Rev. Derecho Competencia. Vol. 8 N° 18).
- Mattei, Ugo 1997 *Comparative Law and Economics* (Michigan: University of Michigan Press).
- Mazzone, J. 2011 *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property Law* (Stanford: Stanford University Press).
- Mercuro, Nicholas y Medema, Steven G. 2006 *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond* (Princeton: Princeton University Press).
- Michele Boldrin y David K. Levine 2008 *Against intellectual monopoly*, (Cambridge Cambridge University Press).
- Nino, Carlos S. 1992 *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (Buenos Aires: Emecé Editores).
- North, Douglass C. 1994 *C. Institutions Matter* (EconWPA).
- Olson, Mancur 1965 *The logic of collective action; public goods and the theory of groups*, (Massachusetts: Harvard University Press).
- Parisi, Francesco 2004 *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Econ* en OMICS, European Journal of Law and Economics, N° 18.
- Patterson, L.R. 1968 *Copyright in Historical Perspective* (Nashville: Vanderbilt University Press).
- Pollock, Rufus 2009 *Forever Minus a Day? Some Theory and Empirics of Optimal Copyright*, Review of Economic Research on Copyright Issues.
- Posner, Eric 2002 *Law and Social Norms* (Massachusetts: Harvard University Press).
- Posner, Richard A. 1973 *The Economic Approach To Law* (Texas: Texas Law Review).

- Posner, Richard A. 2010 (8° ed.) *Economic analysis of law* (Aspen: Aspen Publishers).
- Robert D. Cooter y Hans-Berndt Schafer 2011 *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations* (New Jersey: Princeton University Press).
- Rogers, Thomas y Szamosszegi, Andrew 2011 *Fair Use in the US Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use* (Washington: Computer & Communications Industry Association).
- Shapiro, C. and H. R. Varian 1999 *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (Massachussets: Harvard Business School Press).
- Shavell, Steven 2004 *Foundations of Economic Analysis of Law* (Massachussets: The Belknap Press of Harvard University Press).
- Shavell, Steven *Should Copyright of Academic Works be Abolished?* Discussion Paper N° 655, 12/2009, Harvard Law School, Cambridge, MA.
- Sunstein, Cass R. 2000 *Behavioral Law and Economics* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Witcombe C.L.C.E. 2004 *Copyright in the Renaissance: Prints and the Privilegio in Sixteenth-Century Venice and Rome* (Leiden: Brill).
- Zaremborg, Gisela 2008 *La Teoría de Elección Pública: ¿una teoría del desencanto?* (México DF: FLACSO México).
- Zukerfeld, Mariano 2008 *Capitalismo cognitivo, trabajo informacional y un poco de música* (Universidad Central de Colombia).