



**FLACSO**  
ARGENTINA

Programa de Derecho y Bienes Públicos

MAESTRIA EN PROPIEDAD INTELECTUAL

Dominio Público.

Su vinculación a la cultura y su relación con el derecho de autor

Tesista: Ab. Prof. María Eugenia Leila Bertizzolo

Directora de Tesis: Mg. Silvia Toscano

Fecha de entrega: 31 de marzo de 2020

Tesis para optar por el grado académico de Magister en Propiedad Intelectual

## INDICE

<b>RESUMEN</b>	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I: DERECHOS CULTURALES Y DERECHOS HUMANOS: LA CULTURA COMO DERECHO HUMANO</b>	<b>9</b>
▪ <b>ÁMBITO UNIVERSAL, LA VISIÓN DESDE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.</b>	9
La relación entre el PIDESC, las Observaciones Generales y el PF-PIDESC	13
▪ <b>ÁMBITO REGIONAL, LA VISIÓN DESDE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.</b>	18
▪ <b>EL PROBLEMA DE LA MULTIPLICIDAD DE FUENTES</b>	21
El estatus jurídico de las llamadas declaraciones	21
El enfoque de Argentina	24
Internalización de los Derechos Humanos	29
▪ <b>LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA CULTURA Y LA CULTURA DIGITAL (CIBERCULTURA).</b>	34
▪ <b>CONCLUSIONES SOBRE EL CAPÍTULO I.</b>	39
<b>CAPÍTULO II: UNA VISIÓN GENERAL DE LA PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES INTELECTUALES</b>	<b>44</b>
▪ ENFOQUE DESDE LA HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.	44
▪ BIENES TANGIBLES E INTANGIBLES: ¿DERECHOS PERSONALES O REALES? ¿SISTEMAS ANÁLOGOS?	52
▪ EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN ARGENTINA	60
Una mirada desde lo nuestro	60
La comunidad internacional y el derecho de autor	68
▪ CONCLUSIONES SOBRE EL CAPÍTULO II.	70
<b>CAPITULO III: EL DOMINIO PÚBLICO</b>	<b>71</b>
▪ UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y ALCANCE DE ESTE INSTITUTO	71
La temporalidad	77
La territorialidad	81
La composición	83
▪ EL DOMINIO PÚBLICO PAGANTE	85
▪ LA RELACIÓN ENTRE DOMINIO PÚBLICO PAGANTE Y DERECHO DE AUTOR: EL CASO DE ARGENTINA.	90
▪ LA POTENCIALIDAD DE LA ERA DIGITAL	94
▪ EL CASO DEL TANGO ARGENTINO	103
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>114</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>122</b>
▪ DOCTRINA: LIBROS, ARTÍCULOS Y REVISTAS.	122
▪ JURISPRUDENCIA	135
▪ ARCHIVOS	136

## Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo describir el entorno normativo del derecho de autor, la cultura y el dominio público sin ahondar en un análisis económico de la relación entre estos componentes. A lo largo del trabajo se busca revalorizar la importancia de un dominio público robustecido, funcional y accesible a la sociedad. La preservación y el acceso a este dominio público garantiza el derecho a la cultura reglado en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos que la propia Constitución reconoce como complementarios a ella. Se relevaron fuentes normativas y jurisprudenciales nacionales, extranjeras e internacionales que nos permitió reseñar algunos casos que consideramos interesantes y relevantes de compartir. Al finalizar cada capítulo el lector encontrara reflexiones parciales que serán complementarias de las conclusiones presentadas.

Palabras claves: derechos culturales – derechos de autor – dominio público – regulación

## Introducción

Considerar a la cultura y el acceso a la misma como un Derecho Humano conlleva diferentes aristas de análisis en las cuales pueden resultar incompatibilidades, debilidades regulatorias o la necesidad de repensar los entornos normativos para satisfacer esta categoría de derechos.

En general, podemos considerar que la propiedad intelectual (en especial el derecho de autor) es un factor determinante para la creación, distribución y el acceso a los bienes culturales y a la información cultural. La música, la literatura, el arte digital, electrónico y electro-acústico junto con las artes visuales, escénicas y las audiovisuales son algunos ejemplos de las obras que componen el acervo cultural. Estas obras, por su naturaleza, se encontrarán protegidas por el Derecho de Autor; la Ley de Propiedad Intelectual acuerda un plazo de protección legal dependiendo del tipo de obra que se esté analizando. Vencido el plazo que la ley brinda en favor de los otros posibles titulares del derecho, la obra pasa a formar parte del dominio público; este implica, en principio y entre otras peculiaridades, el cese del ejercicio de los derechos patrimoniales con relación a la obra.

La distribución de aquellas obras que se encuentren excedidas o fuera del periodo de protección es alcanzada, en Argentina, por un gravamen; el cual está regulado a través de lo que se conoce como *Dominio Público Pagante*<sup>1</sup>. Esto constituye una

---

<sup>1</sup> A través del Decreto Ley 1.224/58 se establece cómo se integrarán los "fondos de fomento de las artes", En el art. 6 inc. C, se crea este tributo denominado Dominio Público Pagante. Actualmente la normativa está integrada por el *Decreto Ley 1.224/58 - Creación del Fondo Nacional de las Artes. Decreto 6255/58 - Reglamentación del Fondo Nacional de las Artes. Resolución 15.850/77 - Cuerpo*

sustitución de la figura del autor, sobre aquello que debiera percibir por el derecho de autor, a favor del Estado. El sustento de este gravamen es la necesidad de contribuir a la formación de un *fondo de fomento de las artes* y cuya administración corresponde al Fondo Nacional de la Artes. Si bien la regulación no implica pedir autorización para el uso de la obra si implica el pago del tributo, quedando exceptuadas del mismo algunas formas de utilización de estas obras<sup>2</sup>.

En este sentido, lo regulado sobre derechos culturales podría verse afectado por la regulación del dominio público pagante. Esta situación se condiciona un más en el contexto digital; donde INTERNET aparece como un escenario propicio para el desarrollo de plataformas y espacios de generación - distribución de estos contenidos. En sí, entre el ordenamiento jurídico y el uso de INTERNET se generan conflictos normativos relacionados a la cultura y la normativa relativa al dominio público pagante.

En Argentina, el dominio público pagante nace en un contexto donde no se pudo tener en miras ni proyectar el impacto de las nuevas tecnologías en los medios de distribución de contenidos. Sobre la última década del siglo XX, el uso de

---

legal sobre derechos del dominio público pagante (T.O. 1978). *Resolución 21.516/91* - Gravamen a las obras cinematográficas editadas en soporte magnético (video - cassette).

<sup>2</sup> Res. 15850/1977 y Texto ordenado: Art. 6º - 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. 1º Res. F.N.A. 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.

INTERNET comenzó a masificarse y aparece como una herramienta que podría brindar alternativas a la difusión y preservación de la cultura junto a la libre circulación de las obras.

Políticas públicas de accesibilidad en el uso de INTERNET han servido de plataforma para mejorar la usabilidad de esta en el territorio nacional y acotar la brecha digital. El Estado debe garantizar los derechos que buscan la inclusión social del individuo. La preservación y el acceso a la información son considerados fundamentales para la satisfacción de los derechos humanos reconocidos por nuestro país. INTERNET, como herramienta de comunicación, favorece al intercambio de información y facilita el acceso a la misma. Considerando que el Estado ha reconocido la importancia del uso y fomento de esta surge la posibilidad de lograr la divulgación de patrimonio cultural a través de ella.

Considerando el derecho de acceso a la cultura como un derecho humano abordaremos la problemática que supone el dominio público pagante para el acceso a estos bienes. Este trabajo analiza la problemática que surge de la relación entre el acceso a la cultura, la protección del derecho de autor en Argentina en el entorno digital y su influencia sobre aquellas obras que se encuentran en dominio público.

El trabajo presenta un estudio descriptivo sobre la figura del dominio público; haciendo expresa referencia al dominio público pagante y su relación con en el derecho a la cultura, en especial los bienes culturales que se pueden distribuir a través de INTERNET. Buscamos estudiar la figura del dominio público y su

vinculación con el acceso a los bienes culturales desde la perspectiva del Derecho Argentino.

A través del trabajo, en especial sobre el dominio público, trataremos de responder ¿Qué es y cuál es el origen de esta institución? ¿Desde cuándo se aplica en Argentina?; ¿Colisiona esta institución con la idea de dominio público?; ¿Que tensiones podría generar el dominio público pagante en relación al acceso a la cultura? ¿Cuál es la relevancia del derecho a la cultura para Argentina? y ¿Que problemas podría presentar el dominio público pagante sobre aquellas obras que circulan en las plataformas web?

A los fines de responder estas preguntas, reseñaremos el marco normativo y la importancia de la relación entre cultura y propiedad intelectual. Analizaremos el régimen de propiedad intelectual, con una especial referencia al Derecho Argentino. Compararemos la figura del dominio público con el dominio publico pagante. En las situaciones que lo ameriten, se reseñaran aportes de la jurisprudencia en litigios relativos el tema.

El trabajo se compone por tres capítulos que aborda e integran los temas vinculados a la investigación: la cultura, el derecho de autor y el dominio público.

El primer capítulo explicaremos la evolución normativa de los derechos culturales. Profundizaremos la descripción del marco regulatorio que permite fundamentar que garantizar el acceso a la cultura hace a la obligación del Estado en cuanto al respeto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Buscaremos entender que

normas atraviesan la regulación de derechos culturales y la jerarquía de las mismas para Argentina.

Entendemos que para varios autores este derecho a la cultura se encuentra en colisión al derecho de autor; nosotros no abordaremos esta relación en términos de tensión sino a través del interés de entender el funcionamiento de las complejas normas ya existentes. Para muchos autores, sobre la relación Derecho de Autor-Derechos Culturales, existe una tensión entre estos grupos de derechos que derivan en la necesidad de una revisión general del régimen de derecho de autor. Entre otros autores, compartimos algunos de los argumentos expresados por Busaniche<sup>3</sup>, pero atendiendo al enfoque -en términos de objetivos- que se plantean en este trabajo no profundizaremos sobre su línea de investigación.

En el segundo capítulo, avanzaremos sobre un análisis histórico de la evolución del Derecho de Autor. Abordaremos una síntesis de la evolución histórico-normativa de la protección de la obra; los aspectos filosóficos de considerar a la obra susceptible de protección dentro del régimen de propiedad y la evolución del derecho de autor en Argentina. No trataremos con profundidad y detalle cada paso en la historia de nuestro tema, sino que nos permitiremos indagar en aquellos hitos que nos permiten darle forma a lo que llamamos dominio privado.

El tercer capítulo, propondrá un análisis del dominio público y su antítesis, el dominio público pagante. A los efectos de abordar este tema, desarrollaremos que

---

<sup>3</sup> Para más información puede verse entre otras: Busaniche, Beatriz. Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura. Villa Allende: Fundación Vía Libre, 2010.

entendemos por dominio público y por dominio público pagante; y cuál es el dispensado en Argentina a las obras alcanzadas bajo este marco normativo. Se brindarán ejemplos de la aplicación heterogénea de los regímenes de propiedad intelectual en diferentes Estados y se presentará como esta situación hace dificultoso determinar que obras se encuentran en dominio público.

Este abordaje nos permitirá relacionar el dominio público con la cultura y con el uso de la tecnología como mecanismo para la preservación, distribución y accesibilidad de las obras. En el capítulo se hará hincapié en la importancia de robustecer el dominio público y en incrementarlo sin ir en desmedro del régimen de derecho de autor.

El lector encontrará al final de cada capítulo breves reflexiones de los temas abordados. Las mismas serán retomadas para desarrollar las conclusiones de este trabajo.

## **Capítulo I: Derechos culturales y derechos humanos: La cultura como Derecho Humano**

### **Ámbito Universal, la visión desde la Organización de las Naciones Unidas.**

Usualmente la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante: DUDH), puede ser considerada el fundamento de las diversas normativas internacionales y locales en materia de protección de Derechos Humanos. Producto de los primeros años de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante: ONU) este instrumento internacional asume el rol de ser la primera norma de carácter internacional universal que reconoce los derechos básicos inherentes al ser humano y las libertades fundamentales que los Estados deben respetar, garantizar y promover en virtud del Derecho Internacional. La DUDH fue un proyecto que comenzó formalmente en 1946 y que dos años después a través de la Resolución de Asamblea General -A/RES/217(III)- fue aprobada.

A través de la DUDH se le reconoce al individuo la potestad de satisfacer los derechos culturales, también económicos y sociales, indispensables para su dignidad y el desarrollo de su personalidad. A tales efectos, los Estados -a través de sus recursos o por vía de la cooperación internacional- deberán garantizarlos (art 22). Este compromiso, se refuerza considerando que el mismo cuerpo normativo consagra el derecho de toda persona a “tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (art 27. Inc. 1).

La misma DUDH contempla la protección de la propiedad. En este sentido, se encuentra alcanzada la protección de los intereses “morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora la persona” (art 27. Inc. 2). Esto es coherente e incluso podría considerarse esta norma como un supuesto especial del derecho de propiedad; siendo el supuesto general el que determina que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (art 17). En este punto, según Chapman<sup>4</sup>, algunos redactores consideraban innecesario el art 27 inc. 2 frente a la existencia del art 17.

Perrone considera, y compartimos su opinión, que el derecho de propiedad como derecho humano está conformado por dos aristas principales: “la primera es ese grupo de cosas necesarias, en términos razonables, para el desarrollo del sujeto; mientras que la segunda es el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas”<sup>5</sup>. Los diferentes Estados, independientemente de los tratados específicos de protección de propiedad intelectual, en sus legislaciones acuerdan el plazo de protección que reconocerán a los autores por las expresiones literarias, artísticas y científicas que pudieran quedar

---

<sup>4</sup> Chapman, Audrey R. La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Boletín de derecho de autor, 2001, vol. 15, no 3.

<sup>5</sup> Perrone, Nicolás. Artículo 21. Derecho a la propiedad privada. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Buenos Aires: La Ley, 2013.

comprendidas en este régimen. Además, acuerdan los límites y excepciones que tendrá este derecho.

Sobre la base de la DUDH, en 1966, surgen dos convenios internacionales mediante los cuales se desarrolla el contenido de la declaración. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante: PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante: PIDESC)<sup>6</sup>.

A través del PIDESC<sup>7</sup> se crean normas específicas que alcanzan a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: DESC). La interpretación, entre otras acciones, del PIDESC recae sobre el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: CDESC) quien emite observaciones generales<sup>8</sup> (en adelante: OG). El Comité, a través de estas, “trata de transmitir la experiencia adquirida hasta ahora en el examen de esos informes a todos los Estados Partes a fin de facilitar y promover la aplicación ulterior del Pacto [...] Siempre que sea necesario el Comité, habida cuenta de la experiencia de los Estados Partes y de las

---

<sup>6</sup> Ambos fueron adoptados y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) (16 de diciembre de 1966). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, mientras que el Comité de Derechos Humanos (CCPR) hace lo propio con el PIDCP.

<sup>7</sup> Vale la pena reseñar que, si bien Argentina firmo el tratado en febrero del 1968, el proceso de aprobación concluyo dos décadas después. El PIDESC fue aprobado por la Ley 23.313 (mayo de 1986) y en agosto de ese mismo año fue presentada la ratificación.

<sup>8</sup> Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social: primero (E/1987/28-E/C.12/1987/5), segundo (E/1988/14-E/C.12/1988/4), tercero (E/1989/22-E/C.12/1989/5), cuarto (E/1990/23-E/C.12/1990/3), quinto (E/1991/23-E/C.12/1990/8 y Corr.1), sexto (E/1992/23-E/C.12/1991/4 y Add.1), séptimo (E/1993/22-E/C.12/1992/2), octavo y noveno (E/1994/23-E/C.12/1993/19), 10.º y 11.º (E/1995/22-E/C.12/1994/20 y Corr.1), 12.º y 13.º (E/1996/22-E/C.12/1995/18), 14.º y 15.º (E/1997/22-E/C.12/1996/6), 16.º y 17.º (E/1998/22-E/C.12/1997/10), 18.º y 19.º (E/1999/22-E/C.12/1998/26), 20.º y 21.º (E/2000/22-E/C.12/1999/11 y Corr.1), 22.º, 23.º y 24.º (E/2001/22-E/C.12/2000/21), 25.º, 26.º y 27.º (E/2002/22-E/C.12/2001/17), 28.º y 29.º (E/2003/22-E/C.12/2002/13), y 30.º y 31.º (E/2004/22-E/C.12/2003/14).

conclusiones a que haya llegado sobre ellas, podrá revisar y actualizar sus observaciones generales"<sup>9</sup>. La labor interpretativa no recae solo sobre las OG sino, por el contrario, el PIDESC es complementado con Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: Principios de Limburg) y las directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante: directrices de Maastricht)<sup>10</sup>.

Resultan de importancia las OG ya que se convierten en fuentes de interpretación del contenido y alcance de las obligaciones que el Estado asume por ratificar el convenio. Al respecto de nuestro trabajo consideramos relevante el trabajo del Comité y de especial relevancia, que serán analizadas en otros capítulos, las observaciones N° 21 (E/C.12/GC/21- 2009) y, con un vínculo más general, la N°. 17 (E/C.12/GC/17 -2006).

Actualmente el PIDESC se complementa con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: PF-PIDESC)<sup>11</sup> el cual fue ratificado por Argentina en 2011 y fortalece lo ya regulado en él PIDESC. Este convenio presenta un hito en la historia de los DESC ya que contiene normas y mecanismos que, por primera vez, permiten el reclamo por el incumplimiento de lo regulado en el Pacto. Resulta sumamente relevante este

---

<sup>9</sup> Informe del Comité al Consejo Económico y Social (E/1989/22) Anexo III.

<sup>10</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- 24º período de sesiones E/C.12/2000/13 -2 de octubre de 2000

<sup>11</sup> Resolución Asamblea General A/RES/63/117. Argentina deposita el instrumento de ratificación el 24 Oct 2011.

aspecto, ya que para alguna parte de la doctrina la diferencia entre el PIDCP y el PIDESC era justamente la carencia de mecanismos de para presentar quejas en caso de incumplimiento.

### La relación entre el PIDESC, las Observaciones Generales y el PF-PIDESC

A través del Art. 15 del PIDESC<sup>12</sup> los Estados reconocen a todos los habitantes el derecho de participar de la vida cultural y a disfrutar de los beneficios del progreso científico. El primer inciso, reconoce específicamente el derecho de participar en la vida cultural. Este derecho no solo está íntimamente ligado al acceso a la cultura, sino que resulta conexo del derecho de acceso a la información. Desde esta perspectiva es una obligación del Estado garantizar a sus habitantes el acceso a la cultura y, a su vez, arbitrar un marco normativo adecuado para satisfacer el interés moral y patrimonial de los creadores de obras. Es decir, propiciar la protección a la actividad creativa en post de incentivarla y permitirle al creador obtener un rédito o beneficio económico a partir de la explotación de su obra por el o por un tercero autorizado. En general, los Estados asumen este rol de garante creando monopolios de exclusividad en favor de creadores de propiedad intelectual. El entramado normativo del Derecho de Autor es complejo, pero en general -al menos para la

---

<sup>12</sup> Art. 15. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales

corriente continental europea del derecho- se le reconoce al autor una base de derechos morales y otros tantos patrimoniales.

Los derechos morales, desprovistos de valor económico, premian la faz creativa y son receptados en nuestra legislación con el alcance de un derecho intransferible, inalienable e imprescriptible. En tanto, los derechos patrimoniales son limitados en el tiempo y pueden ser plausibles de otras limitaciones normativas. En general, pueden condicionarse o limitarse a través de las leyes y son transmisibles a terceros. Este artículo ahonda otros temas tales como la obligación del Estado de respetar la libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

La OG N° 21 del CDESC, asume que el derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. “Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos). [...] Se expresa que, el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural está también intrínsecamente vinculado al derecho a la educación (arts. 13 y 14), por medio de la cual los individuos y las comunidades transmiten sus valores, religión, costumbres, lenguas y otras referencias culturales, y que contribuye a propiciar un ambiente de comprensión mutua y respeto de los valores culturales”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos y Sociales. 43° periodo de sesiones. Mayo 2010 E/C.12/GC/21/Rev.1

Resulta importante reseñar que toda persona tiene derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas”<sup>14</sup>. La cultura, entendida como un producto social, debe quedar al alcance de todos; no resulta aceptable que los Estados propicien situaciones que afecten las condiciones de igualdad, la discriminación y la exclusión o limitación en la participación. De alguna forma se busca eliminar los obstáculos, barreras o límites que inhiben o limitan el acceso de la persona a la cultura.

A través de la OG N°3 el Comité indica que no se permiten las medidas regresivas<sup>15</sup>, es decir que, si el estándar hoy está en determinado punto, no se permite restringirlo, salvo que de una manera muy excepcional se pueda justificar plenamente, en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que disponga el Estado; si esa circunstancia se da, se admitiría la legalidad de una medida regresiva<sup>16</sup>. En este sentido, los derechos reconocidos al creador

---

<sup>14</sup> ibidem

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú sentencia de 1 de julio de 2009. Ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003 de conformidad con lo dispuesto en dicho artículo, el Estado tiene el deber de encaminarse progresivamente hacia la plena efectividad del derecho (en el caso seguridad social) Esta obligación implica la “correlativa prohibición de regresividad en materia de reconocimiento del derecho salvo circunstancias absolutamente excepcionales, razonables y justificadas en el bien común”. La adopción de políticas regresivas, que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales, viola el principio de progresividad;

intelectual deben ser respetados a la par de respetar los derechos de acceso a esas obras o a la información.

Por su parte, través de la OG N° 17, se buscó orientar a los Estados en cuanto a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho sobre los intereses morales y materiales relacionados con la creación de obras intelectuales. Nos referimos a garantizar la disponibilidad, la accesibilidad y una óptima calidad de protección al autor. La disponibilidad en términos de promulgar leyes que protejan a los autores, la accesibilidad al conocimiento y su difusión. Por último, que brinden recursos de calidad para la protección de los autores en cuanto garantizar que la administración de las leyes y recursos se realiza de forma expeditiva y competente por las autoridades de aplicación. Como con muchos otros casos, los Estados tienden a moderar o limitar el alcance del derecho pese a reconocer y establecer la exclusividad en favor de su titular. Del mismo modo, con el objetivo de brindar equilibrio a la relación 'titular de derecho vs usuario' las normas locales tienden a permitir limitaciones y excepciones respecto de los derechos patrimoniales.

En adición a estos pactos la Asamblea General de ONU emite la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social<sup>17</sup>. El art 2 indica que el progreso y desarrollo social se funda sobre el respeto de la dignidad de la persona humana; a tal efecto, deben asegurar la promoción de los derechos humanos a través del reconocimiento y la aplicación efectiva de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna. A los efectos de esta

---

<sup>17</sup> Resolución 2542 (XXIV) (11 de diciembre de 1969)

declaración se fija como objetivo principal que el progreso y el desarrollo sean orientados a la continua elevación del nivel de vida, tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En oportunidad del art 10 inc. e este objetivo se satisface mediante la eliminación del analfabetismo y la garantía del derecho al acceso universal a la cultura, a la enseñanza obligatoria gratuita al nivel primario y a la enseñanza gratuita a todos los niveles; la elevación del nivel general de la educación a lo largo de la vida. En este sentido, se emparenta el acceso a la cultura con la educación y el Estado asume la obligación de garantizar el acceso a la misma. Incluso el art 15 inc b indica que deben tomarse medidas para aumentar la participación popular la vida cultural, entre otros aspectos. A tal fin, el Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole en tanto satisfagan la plena realización de los derechos que la declaración consagra (art 18).

De forma alguna consideramos que el derecho a la cultura requiere mayor atención que el derecho de autor o que tiene más relevancia uno sobre el otro. Por el contrario, consideramos que estos derechos culturales son parte de los derechos humanos compartiendo sus cualidades de universales, indivisibles e interdependientes. La coexistencia entre el derecho de propiedad intelectual y el acceso a la cultura es pensada sobre el equilibrio en la interpretación de ambos derechos. Esto se obtiene maximizando los beneficios que podría obtener el destinatario del derecho sin que ello conlleve desmedro para el Estado.

## Ámbito Regional, la visión desde la Organización de Estados Americanos.

Dictada seis meses antes que la DUDH, nos encontramos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante: DADDH), instrumento que nace en la misma conferencia en la cual se crea la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>18</sup> (en adelante: OEA). En ella encontramos el art 13, el cual comparte gran parte de la redacción con la referida DUDH haciendo especial hincapié en los descubrimientos científicos<sup>19</sup>.

Al respecto de normas generales de protección de Derechos Humanos es relevante citar la Convención Americana de los Derechos Humanos (en adelante: CADH), conocida coloquialmente como el Pacto San José de Costa Rica, suscripta en año 1969.

El art 16 refiere a que todas las personas tienen el derecho de asociarse con diversos fines incluyendo la finalidad cultural. Asimismo, el art 26 obliga a los Estados a comprometerse en adoptar providencias que satisfagan el desarrollo progresivo de estos derechos, indicando en su enumeración la cultura<sup>20</sup>. Este

---

<sup>18</sup> Carta de la OEA fue reformada por el “Protocolo de Buenos Aires” (27 de febrero de 1967), el “Protocolo de Cartagena de Indias” (5 de diciembre de 1985), el “Protocolo de Washington” (14 de diciembre de 1992), y por el “Protocolo de Managua” (10 de junio de 1993).

<sup>19</sup> Art XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

<sup>20</sup> Art 26 Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

artículo, que busca el compromiso de los Estados en el desarrollo de los Derechos humanos, es compatible con el art 50 de la Carta de la OEA<sup>21</sup> que, a través del derecho a la educación, asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población. La conjunción de ambos artículos insta al Estado a llevar adelante medidas, incluso a través de la cooperación internacional, que aseguren, fomenten y satisfagan el acceso a la cultura para toda la población.

Mención aparte merece la interpretación de *desarrollo progresivo* en los términos del art 26 del CADH. Si bien, con un fundamento histórico o político, se ha interpretado una distinción entre las categorías de derecho (los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos sociales y culturales por el otro) hoy en día la interpretación es armoniosa y se los comprende en una igual jerarquía. “El que sean de carácter progresivo hace referencia al cumplimiento de las obligaciones que tienen los Estados frente a los derechos humanos. Las medidas adoptadas deben ser permanentes, sucesivas y expansivas en el tiempo, y frente a estas no es admisible ningún tipo de regresividad”<sup>22</sup>.

En la actualidad contamos con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales (protocolo de San Salvador -en adelante: PSS), ratificado por Argentina el 23 de octubre de 2003. Este protocolo es el principal instrumento del sistema

---

<sup>21</sup> Art 50. Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos.

<sup>22</sup> Sebastián, María del Pilar Suárez. Aspectos fundamentales de los DESC. Cátedra Gerardo Molina, 2009

interamericano en torno al derecho a la cultura, constituyendo una norma más específica que las previas reseñadas<sup>23</sup>.

Reforzando la igualdad de derechos, el preámbulo del PSS, considera la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

El art. 14 regula el Derecho a los Beneficios de la Cultura, reseñamos en particular los incisos 1 y 2 cuya redacción es compatible a la analizada para el art 15 del PIDESC. Recordamos que conforme el PSS los Estados adquieren diferentes obligaciones como puede ser: la obligación de adoptar medidas a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (art 1) y garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos, sin que medie discriminación alguna; entre ellas razones de posición económicas y condiciones sociales (art 3).

---

<sup>23</sup> El Protocolo de San Salvador se redactó renovando las ideas de inclusión, de acceso igualitario a los derechos mencionados, así como de crecimiento del Estado con miras al futuro. (Ver: Res. OEA AG/RES. 2074 -XXXV-O/05-).

## El problema de la multiplicidad de fuentes

### El estatus jurídico de las llamadas declaraciones

La DADDH tiene rasgos muy particulares que, desde su origen, la diferencian y asemejan con la DUDH. La escasa diferencia de meses que separan a una de otra (si bien la DADDH fue anterior a la DUDH) se puede percibir la influencia que existe entre ellas en cuanto a los temas que se abordan.

Lo temporal marca otra diferencia en términos de su relación con la Organización Internacional (en adelante: OI) de la cual emanan. La DUDH se crea en el contexto de la ya existente ONU con la finalidad de complementar los fines y propósitos que la Carta dispone. En este sentido, es la Asamblea General de ONU la que, a través del Consejo Económico y Social (en adelante: ECOSOC), encomendó a la Comisión de Derechos Humanos el trabajo de redacción de este instrumento. La DADDH tiene un origen diferente ya que fue adoptada al mismo tiempo que la Carta de la OEA mediante el instrumento que se conoce como Declaración de Bogotá. Inicialmente la DADDH fue concebida como un texto político y, desde su creación, se ha discutido su *status* legal. Así, su valor político, ha influido en la materia hasta la aprobación de la CADH como un instrumento normativo. La DADDH complementaba la carta de la OEA dado que esta no regulaba normas específicas de protección de Derechos Humanos. Su valor regional fue tal que sobre ella se evaluó los estándares de protección que los Estados debían garantizar hasta la entrada en vigor de la CADH. Haberla desprovisto de carácter jurídico tuvo su

correlato en dotarla de un efecto no vinculante, al menos, hasta que entro en vigencia la CADH<sup>24</sup>.

En complemento a lo expresado, la Opinión Consultiva OC-10/89 (14 de julio de 1989) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) entiende que la DADDH no fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado. “La DADDH no crea una obligación jurídica contractual, pero también lo es el hecho de que ella señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana”<sup>25</sup>. En ese momento, la Corte considera que por *derechos humanos* se entiende: los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados Partes en la misma y los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la relación con los demás Estados miembros<sup>26</sup>.

Desde 1948 a la fecha, las bases asentadas en la DUDH han sido la inspiración para que los Estados acepten otros compromisos que ambicionan con la igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana. Lamentablemente no ha sido ajena a la discusión sobre su *status* jurídico. Si bien la DUDH es posterior a la creación de

---

<sup>24</sup> Art 29 normas de interpretación: excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

<sup>25</sup> Consejo Interamericano de Jurisconsultos (26 de septiembre de 1949) citando (CJI, Recomendaciones e informes, 1949-1953 (ed. 1955) U.S. Department of State, Report of the Delegation of the United States of America to the Ninth International Conference of American States, Bogotá, Colombia, March 30-May 2, 1948, ad 35-36 (Publ. No. 3263, 1948).

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva del 14 de julio de 1989 sobre: interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos solicitada por el gobierno de la República de Colombia.

la ONU, originalmente nace como una resolución de la Asamblea General, órgano de deliberación de la Organización. En este sentido, Momtaz afirma que la Declaración era una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a los derechos humanos<sup>27</sup>. La Proclamación de Teherán (1969), exhorta a todos los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En tanto la Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>28</sup> insta a los Estados a que se abstengan de adoptar medidas unilaterales contrarias al derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas que creen obstáculos a las relaciones comerciales entre los Estados e impidan la realización plena de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A los efectos de nuestro trabajo no resulta de mayor necesidad ahondar en estos aspectos reseñando otras resoluciones u observaciones que tengan el carácter de complementar estos instrumentos. La multiplicidad de estos documentos los entendemos como parte de la evolución y mutabilidad del Derecho Internacional Contemporáneo y que, en el caso particular de Argentina, hoy tienen una respuesta concreta de cara a la reforma de 1994 de nuestra Constitución Nacional (en adelante: CN).

---

<sup>27</sup> Momtaz, Djamchid. La Proclamación de Teherán. United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009

<sup>28</sup> Doc. A/CONF.157/23 (1993)

## El enfoque de Argentina

Un enfoque legislativo basado en los derechos humanos comprende la importancia de proteger y fomentar la creatividad, respetar la actividad intelectual y garantizar el bien común. La obligación de adecuar las normas vigentes a la actualidad de las necesidades sociales es una de las bases sobre las cuales se asientan los ordenamientos jurídicos. Resulta necesario revisar la legislación vigente y armonizar el régimen de propiedad intelectual para establecer excepciones en favor de los derechos culturales<sup>29</sup>. Las excepciones que se vayan a regular deben conservar el equilibrio entre el derecho individual y el interés general. La incorporación de los diferentes Estados a los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos ha dado lugar a una profunda transformación en la articulación existente entre el derecho internacional de los tratados internacionales y la internalización de estos instrumentos en los ordenamientos jurídicos locales.

Afín a lo expresado, acrecentando el plexo normativo, Argentina ha ratificado<sup>30</sup> la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales; mediante la cual se afirma que la diversidad cultural es una característica de la humanidad y que por tal, constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos. A los efectos de la Convención, nos obligamos al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, es necesario pensar excepciones específicas para bibliotecas en post de garantizar el acceso a la educación y a la información.

<sup>30</sup> Véase Ley 26305 (2007) Depósito del instrumento de ratificación: 07/05/2008

<sup>31</sup> Art 2 ap. 1: Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar

y al principio de acceso equitativo<sup>32</sup>, entre otros. En particular, este convenio hace referencia al acceso a la cultura y las medidas que debe asumir el Estado para promover las expresiones culturales (art 7)<sup>33</sup> que provienen tanto del propio Estado como de terceros.

También, hemos ratificado la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial<sup>34</sup> mediante la cual cada Estado se compromete a realizar un inventario de su patrimonio inmaterial. El trabajo, a nivel internacional, lo lleva adelante un organismo especializado de la ONU; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante: UNESCO) proporciona a los Estados los espacios propicios de reflexión y toma de decisiones relacionadas al tema<sup>35</sup>. En 2009, en una presentación conjunta con Uruguay, se

---

las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

<sup>32</sup> Art 2. Ap7: El acceso equitativo a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo y el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión son elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo.

<sup>33</sup> Art 7 - Medidas para promover las expresiones culturales: 1. Las Partes procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:

a) **crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas**, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;

b) **tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.**

2. Las Partes procurarán también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

(el resaltado es propio)

<sup>34</sup> Aprobada por Ley 26118 (2006)

<sup>35</sup> Dentro del sistema de las Naciones Unidas, son competencia directa de la UNESCO solamente cinco derechos: Derecho a la libertad de opinión y de expresión - Art 19; Derecho a la educación - Art 26 Derecho a participar en la vida cultural - Art 27 Derecho a disfrutar de los beneficios del

presentó el tango<sup>36</sup> como parte de este patrimonio<sup>37</sup> y en el 2015 el fileteado porteño de Buenos Aires<sup>38</sup> como una técnica pictórica tradicional que fuera declarada previamente patrimonio cultural de la Ciudad de Buenos Aires en el 2006 a través de la ley 1941. Actualmente, se encuentra en curso la petición de la inclusión del chamame dentro de esta categoría.

Es sabido que un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de lo acordado<sup>39</sup>. En este sentido, las declaraciones, la suma de los tratados (convenios y pactos) suscriptos por Argentina a nivel universal y regional, la internalización de estas reglas a través de leyes locales y las políticas públicas que en su consecuencia se llevan adelante, nos permiten valorar la materialización concreta de los valores promovidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La posible derivación en situaciones de responsabilidad internacional de los Estados, por el incumplimiento de estas normas, nos expone a la reflexión sobre el rol de los compromisos que se asumen y el respaldo que los ordenamientos internos

---

progreso científico – Art. 27 y el Derecho al agua y al saneamiento (la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció como un derecho humano, en 2010, el derecho al agua potable y al saneamiento.)

<sup>36</sup> Fourth Session of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (4.COM) - Abu Dhabi, United Arab Emirates, 28 de Septiembre al 2 de Octubre de 2009

<sup>37</sup> Por parte de la Ciudad de Buenos Aires, al margen de la declaración conjunta con Montevideo (Uruguay) ante UNESCO, ya lo había declarado patrimonio cultural de la ciudad a través de la Ley 130 de 1998.

<sup>38</sup> The tenth session of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (10.COM) – Namibia desde 30 de Noviembre al 4 Diciembre de 2015

<sup>39</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: Art 27.

deben brindar para satisfacer los diferentes derechos y garantías que estos instrumentos consagran.

Durante el siglo XX cabe destacar que, desde la entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, los Estados han iniciado intensos procesos de reforma en sus instituciones y normas a los efectos de garantizar una adecuada interpretación del valor de estos Convenios. Esta realidad no es ajena a la Argentina ni a su percepción de la relación entre los tratados internacionales y las normas locales. La revisión de este vínculo ha sido objeto de diversas y cuestionadas decisiones judiciales desde antes que el cumplimiento de las cláusulas del aludido convenio fueran obligatorias para nuestro país<sup>40</sup>.

Adicionalmente, con un claro interés de profundizar el compromiso de los Estados en el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, el siglo XXI trae una nueva figura a escena. En 2003 se acuña por primera vez -de modo formal- el termino control de convencionalidad<sup>41</sup> el cual se profundiza en 2007 a través de otra decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH). En esa oportunidad la CIDH determino que la finalidad a perseguir a través del control de convencionalidad es determinar si la norma cuestionada en comparación y por

---

<sup>40</sup> A más información puede analizarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Nacional: Merck Química Argentina S.A c/ Gobierno Nacional (1948), Martin & Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos (1963), Fibraca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta de Salto (1993), Ekmekdjian Miguel Angel c/Neustadt, Bernardo y Otro (1988), Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho (1992), Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (1994), Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (2005); entre algunos otro.

<sup>41</sup> Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Caso: Corte IDH "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

contraste con la CADH, es o no ajustada a lo convencional<sup>42</sup>. Si la norma es contraria a esta sobreviene el deber judicial de no aplicarla; lo cual no implica que sea derogada. Este control se realiza teniendo en cuenta las normas que surgen de la CADH más las interpretaciones realizadas por la CIDH en sus sentencias y opiniones consultivas. Hay que recordar que la jurisprudencia de la CIDH tiene, en muchos casos, una significativa influencia en la transformación del derecho interno de los Estados<sup>43</sup>. Esta figura guarda relación con otro mecanismo de control tendiente al respeto de los derechos y garantías que las constituciones reconocen<sup>44</sup>. Haciendo referencia al control de constitucionalidad<sup>45</sup>, podemos entenderlo como el mecanismo tendiente a limitar los efectos de aquellas leyes que pudieran vulnerar u obstaculizar el desarrollo y cumplimiento de los derechos que la norma consagra. Este control se ejerce puertas adentro del Estado mientras que el control de convencionalidad se ejerce mirando la relación entre el derecho interno y las normas internacionales. Mas allá de aquello que hemos expresado, el control de convencionalidad se entiende como la búsqueda de concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno en confronate con la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

<sup>42</sup> Par más información, ver casos: Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) y Boyce y otros vs. Barbados; sentencia del 20 de noviembre de 2007

<sup>43</sup> A modo de ejemplo podría considerarse el caso Kimel, donde la sentencia de la CIDH influyo significativamente en la reforma del delito de calumnias e injurias del Código Penal Argentino.

<sup>44</sup> El control de constitucional difuso, criterio aceptado por Argentina, tiene su origen en el célebre caso Marbury, William vs. Madison, James. Supreme Court of the United States

<sup>45</sup> En Argentina, puede verse como referencia el caso Sojo sentenciado por la CSJN en 1887.

## Internalización de los Derechos Humanos

Desde una perspectiva local encontramos que nuestra Constitución, en su art 17 protege al autor y al inventor por su obra o invención; siendo esta norma el fundamento constitucional de estos derechos de propiedad intelectual. Por su parte, el art 41 de nuestra CN la cual consagra el derecho al ambiente sano y estipula que las autoridades deberán proveer la protección necesaria para la preservación del patrimonio natural y cultural<sup>46</sup>. A su vez, esta norma se complementa con el art 75 inc. 19 en cuyo último párrafo dispone que corresponderá al Poder Legislativo dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. Por último, la expresión final del art 125 reseña que las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

El art 75 inc. 22 determina que una serie de instrumentos internacionales tienen la misma jerarquía que la Constitución Nacional y se entienden complementarios de

---

<sup>46</sup> Art 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

**Las autoridades proveerán a la protección de este derecho**, a la utilización racional de los recursos naturales, **a la preservación del patrimonio natural y cultural** y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

(el remarcado en negrita es propio)

los Derechos y Garantías que ella consagra. En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; son acuerdos que gozan de esta jerarquía acompañando los derechos y garantías que nuestra Constitución reconoce.

Nótese que la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales no se encuentran contemplados en esa lista; lo cual es razonable debido a que su ratificación fue posterior a 1994. No obstante, tampoco se encuentran comprendidos en esta categoría conforme lo previsto como mecanismo para la incorporación posterior de otros tratados a esta jerarquía<sup>47</sup>.

Vale la pena mencionar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar los Derechos Económicos Sociales y Culturales tuvo al menos cuatro intentos de proyectos legislativos que buscaron brindarle esta

---

<sup>47</sup> Art 75 inc 22 *in fine*: los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A través de este mecanismo, el último tratado que se ha incorporado es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobación: Ley 26378 -2008)- y jerarquía constitucional: Ley 27044 -2014-)

preciada jerarquía<sup>48</sup>. Compartimos la opinión de la Senadora Perceval, quien en el 2008 al presentar el proyecto S-0485/08 en sus fundamentos afirmo que “los derechos sociales, económicos y culturales reconocen la dignidad de la persona y su condición de sujeto del desarrollo, que deben guiar las leyes, políticas y actividades de los gobiernos y de otros actores con miras a su plena realización, del mismo modo que cuestionar el fundamento de aquellas otras que amenacen su dignidad”. Lamentablemente, a la fecha, no se les ha otorgado esta jerarquía pese a que son complementarios de tratados que tienen ese valor.

Así las cosas, la Convención y los dos protocolos gozan de jerarquía supra-legal e infra constitucional, según lo también regulado en la Constitución Nacional (art 75 inc. 22).

El rol de la UNESCO, a nivel local, se complementa con un complejo y entramado marco normativo. Entre ellas destacamos la ley 13204 por la que la República Argentina es Estado Miembro de la UNESCO<sup>49</sup>; el decreto 4828/53 mediante el cual sé que crea la Delegación Permanente de la Argentina ante la UNESCO; el decreto 7736/58 que dispone la constitución de la Comisión Nacional Argentina para la UNESCO; la ley 25183 mediante la cual se aprueba las enmiendas a la constitución de la UNESCO y la Res. 1/2019 la cual crea el Comité Argentino del Patrimonio Cultural Inmaterial.

---

<sup>48</sup> Pueden observarse los proyectos bajo las siguientes referencias: Exp. Dip: 4392-D-2002. Exp. Sen: 4200-S-2006. Exp. Sen: 0485-S-2008. Exp. Sen: 2477-S-2014.

<sup>49</sup> La ley fue promulgada el 28 de junio de 1948

Es notorio que a nivel nacional no haya una ley general o marco que regule la cultura, al menos en aspectos relativos a su preservación y promoción. Esta falencia no es un detalle menor o una norma que pudiera ser irrelevante. Con sustento en las normas que hemos citado, esta carencia puede resultar en conflictos normativos internos; considerando que el sistema federal permite a las provincias el dictado de normativas propias estas podrían colisionar con los intereses y principios que el estado nacional desearía proteger. En definitiva, la carencia de políticas culturales federales priva a las provincias y municipios que tengan la posibilidad de participar del seguimiento y evaluación de políticas públicas diseñadas para la cultura.

Rescatamos la existencia de proyectos de ley al respecto como fuera el presentado en el 2019 cuyo art 1 prevé la regulación del ejercicio del derecho al acceso, promoción, producción, distribución y protección de la cultura consagrado en la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, conforme con las atribuciones conferidas al Honorable Congreso de la Nación en el artículo 75, incisos 17, 19 y 22, y de acuerdo con los principios que allí se establecen y los que a través de esa ley se determinen<sup>50</sup>. O bien, el proyecto de ley que busca el establecimiento de un régimen de protección del patrimonio cultural inmaterial en todo el territorio nacional<sup>51</sup>. En este último caso, la ley tiene por objeto dar cumplimiento a lo establecido en el art 12 de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y establecer los presupuestos mínimos para la identificación, conservación y salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en

---

<sup>50</sup> Proyecto Exp. Dip: 5497-D-2019

<sup>51</sup> Proyecto Exp. Sen: 3292-S-2019

todo el territorio de la Nación, en los términos de los art 41 de la Constitución Nacional.

A nivel local, en la Ciudad de Buenos Aires existen diferentes leyes que regulan aspectos de la protección y el desarrollo cultural. En líneas generales, entre otras, hay una ley marco para la protección del patrimonio cultural de la ciudad<sup>52</sup>; otra ley para promoción de los derechos culturales previstos en la Constitución de la Ciudad<sup>53</sup>; el Régimen de Participación Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>54</sup>, destinado a estimular e incentivar la participación privada para el financiamiento de proyectos culturales y, por último, el régimen de Promoción Cultural de la Ciudad<sup>55</sup>.

Sobre la base de lo regulado en la Ciudad de Buenos Aires, rescatamos que la ley de promoción de los derechos culturales regula en su art 4 que los habitantes de la Ciudad gozan del acceso universal, equitativo e inclusivo a la cultura. De esta forma, la Ciudad considera que derecho a la cultura integra los derechos humanos, los cuales son universales, indisociables e interdependientes. Sobre esta afirmación, constituye un derecho humano la posibilidad de acceder en condiciones de equidad a la cultura y al arte.

---

<sup>52</sup> Ley CABA Nº: 1227 / 2004

<sup>53</sup> Ley CABA Nº: 2176 / 2006

<sup>54</sup> Ley CABA Nº: 6026 / 2018

<sup>55</sup> Ley CABA Nº: 2264 / 2006

## Los derechos humanos en el contexto de la digitalización de la cultura y la cultura digital (cibercultura).

Los primeros veinte años del siglo XXI se han caracterizado por el salto tecnológico que permitió nuevas formas de apropiación de nuevos y diferentes recursos digitales para la actividad social, económica, política y cultural. Considerando el acceso al conocimiento, y la información en general como un poder, INTERNET es una propicia infraestructura para mejorar el alcance y desarrollo de los derechos que se le han reconocido al hombre por su condición de tal. “Hablar de derechos humanos en el contexto de la sociedad de la información supone necesariamente hablar de calidad de vida y de acceso a mejores condiciones para diseñar y realizar nuestra propia vida, reconociendo en ellas algo mucho más digno que la simple existencia biológica, y ello resulta imposible sin hablar de la tecnología”<sup>56</sup>. Bustamante señala que “el progresivo desarrollo y abaratamiento de las tecnologías de la información y la comunicación, hacen que su uso se extienda cada vez más y sea más difícil restringir su disfrute a sectores habitualmente desfavorecidos de la sociedad”<sup>57</sup>.

Con INTERNET la vida cultural y el acceso a la información presentan una nueva dimensión dada por la facilidad de acceder al patrimonio cultural, no solo de Argentina, sino de cualquier parte del mundo. Poder acceder a museos, conciertos, obras teatrales, bibliotecas, archivos históricos, publicaciones tecnológicas o científicas, etc., se encuentra a solo unos pocos *clicks* de distancia. Los últimos

---

<sup>56</sup> Bustamante Donas, Javier. Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento, vol. 4, núm. 2. 2007.

<sup>57</sup> Bustamante Donas, Javier. *ibidem*

quince años trajeron aparejadas significativas manifestaciones vinculadas al modo de producir y difundir contenidos a través de INTERNET.

Echeverría considera que “el patrimonio cultural de los diversos países sea artístico, musical, archivístico, bibliográfico o de otro tipo, está siendo digitalizado por doquier, y no con la idea de conservarlo de forma duradera (el tercer entorno<sup>58</sup> es inestable y efímero), sino para hacerlo accesible, o si se prefiere, para incrementar su valor social. Además, las actividades humanas en el espacio electrónico generan nuevas formas culturales, planteándose el problema de la conservación de la memoria digital, lo cual requiere un gran esfuerzo en el ámbito del hipertexto, los metadatos, la compresión y la homologación de los protocolos de tratamiento de los documentos digitales”<sup>59</sup>.

Consideramos en primer lugar que, a través del proceso de la digitalización de contenidos, se busca explorar la potencialidad de la tecnología para la construcción de una memoria digital; la digitalización de los bienes culturales permitirá mejorar la accesibilidad a los mismos. Los bienes digitalizados son los creados y existentes durante el primer y segundo entorno planteado por el autor; es decir, son bienes

---

<sup>58</sup> El autor teoriza sobre la existencia de tres entornos a los cuales individualiza y distingue a través de sus características; la intención es distinguir los primeros dos entornos del tercero. El primero debiera ser aquel que gira alrededor del ambiente natural del individuo; caracterizado por la existencia de la familia o grupo humano, los ritos y costumbres, la lengua y los modismos, etc. El segundo entorno, está relacionado a lo urbano, social y cultural del individuo; se vincula a la ciudad o al pueblo donde ese sujeto está inmerso. Se caracteriza por la relación con el Estado, la empresa, el mercado, la economía, el poder político, la religión, etc. El tercer entorno, existe gracias a la tecnología que modifica las relaciones culturales y sociales que ya existían como propias de los primeros entornos. Es un espacio en construcción, donde lo social confluye en un espacio artificial creado tecnológicamente.

<sup>59</sup> Echeverría, Javier. Cultura digital y memoria en red. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura CLXXXV 737 mayo-junio. 2009

preexistentes a esta era y que ahora se busca su digitalización a través de la tecnología para su preservación y accesibilidad. Los “entornos tecnológicos cada vez más complejos empiezan a establecer un diálogo con todos los actores de nuestra producción cultural. Las complejas tecnologías que usamos en la actualidad no se pueden considerar simples herramientas que nos ayudan a sobrepasar ciertas limitaciones, sino que deben entenderse como entornos<sup>60</sup>. El entorno digital, el nuevo entorno, nos permite repensar la cultura y crear nuevos bienes culturales. Creemos que la tecnología ha sido históricamente importante para la cultura; ella ha permitido, facilitado y promovido los procesos de creación, distribución, accesibilidad y preservación de los bienes culturales y de la memoria cultural. Consideramos que es necesario que los Estados presten especial atención a la situación de los bienes creados en formato electrónico. La volatilidad y la rápida obsolescencia de los soportes donde estas obras son contenidas junto con las escasas o nulas estrategias de preservación podrían generar un efecto totalmente contraproducente al deseado y valorado. A su vez, “la irrupción de las nuevas tecnologías en la economía mundial está transformando radicalmente la manera de crear, producir, distribuir y consumir los productos culturales. Las telecomunicaciones y su aplicación comercial en las empresas están originando el nacimiento de nuevos sectores industriales que obligan a revisar la definición clásica del producto cultural”<sup>61</sup>; incluimos el crecimiento de las diferentes empresas que

---

<sup>60</sup> Uzelac, Aleksandra. La cultura digital, un paradigma convergente donde se unen la tecnología y la cultura: desafíos para el sector cultural. Revista científica digital impulsada por los Estudios de Artes y Humanidades. Digithum, Nro. 12. 2010

<sup>61</sup> Montiel, Edgar. El nuevo orden simbólico: la diversidad cultural en la era de la globalización. Lit. lingüíst. Nro.14. 2003

innovan en la tecnología que permite el almacenamiento de grandes cantidades de datos.

Así las cosas, diferenciamos en este entorno la digitalización de la cultura; es decir, la posibilidad de digitalizar el patrimonio cultural 'analógico' con miras a fomentar su accesibilidad y garantizar su preservación de la generación de nuevos contenidos que constituyen una cibercultura. En este caso, contenidos pensados, expresados y distribuidos a través de plataformas digitales<sup>62</sup>.

En 2013, Suñé Llinás<sup>63</sup> presento una informal propuesta de Declaración de Derechos del Ciberespacio que tuvo una buena recepción en la comunidad de INTERNET. En su art 6 inc. 1, regularía que los derechos patrimoniales y morales de los autores deben ser respetados, también en el ciberespacio; pero siempre de forma balanceada con el libre flujo de la información característico del ciberespacio y el derecho de acceso a la cultura. Ese inciso se corresponde a un artículo donde, en general, se regula el equilibrio entre propiedad intelectual y el libre flujo de la información. Asimismo, el art 17 buscaría regular, en forma general, la protección del patrimonio cultural en el ciberespacio. En el ámbito del Derecho Internacional Público, no existen aún normas con este espíritu. Si bien sería interesante contar

---

<sup>62</sup> Reconocemos como contrapartida la necesidad de crear normas que busquen evitar la violación de los intereses de los titulares de derechos de autor; donde las normas deberán garantizar niveles de protección eficaz contra la explotación no autorizada de material en dominio privado.

<sup>63</sup> Ver: Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos. Declaración de Derechos del Ciberespacio. Según la página web: el Observatorio es una iniciativa de carácter personal, elaborado bajo la forma de blog por Daniel López Carballo, su propietario e impulsor, donde se comparte información de interés junto a artículos de profesionales sobre privacidad, protección de datos y habeas data.

con normas de alcance particular, lo cierto es hoy podemos extraer estas reglas de otros convenios, declaraciones o recomendaciones.

Podemos indicar, en el caso de Argentina, que en el año 1997 se declaró de interés nacional en el acceso de los habitantes a INTERNET<sup>64</sup>. En esta norma, entre sus fundamentos considero que INTERNET tenía el potencial de representar un soporte ubicuo, flexible, abierto y transparente para el intercambio y difusión de ideas, información, datos y cultura, sin cortapisas ni censura de ninguna especie. Siendo un soporte de bajo costo y gran calidad para la libre circulación del conocimiento humano, los productos de la cultura. En ese momento, el Estado vio en INTERNET una herramienta apropiada para la difusión de la información y garantía de la educación y promoción de la cultura. Según datos del Banco Mundial<sup>65</sup>, para el año 2017, el Argentina el 74% de la población tenía conexión a INTERNET<sup>66</sup>.

Estos datos son prometedores en términos de la potencial difusión de contenidos a través de este medio, aunque la disponibilidad de INTERNET dependa del acceso a una buena calidad de red de telecomunicaciones y a la disponibilidad real de conexión eléctrica. Entendemos que la transición entre una sociedad basada en la propiedad de bienes material y -mayormente- el consumo de bienes tangibles a otra basada en la información y en bienes intangibles requiere de políticas públicas

---

<sup>64</sup> Decreto 554/97 Declárase de Interés Nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial INTERNET. Autoridad de Aplicación. Bs. As., 18/6/97

<sup>65</sup> En este informe no se analiza la calidad de conectividad, el conocimiento sobre esta tecnología de las personas que tienen acceso ni el tipo de uso -finalidad- que se le da a la conexión.

<sup>66</sup> Unión Internacional de Telecomunicaciones, Informe sobre el Desarrollo Mundial de las telecomunicaciones/TIC y base de datos. Personas que usan INTERNET (% de la población) – Argentina.

serias que garanticen la conectividad a la población. En caso contrario, este potencial se podría ver diluido en la exclusión de aquellos que no tienen acceso a estos recursos o bien no poseen las habilidades necesarias para hacer uso de estos.

Con una visión más pesimista, algunos autores afirman que “el acceso directo (a la cultura) no suprime la jerarquía del saber y de los conocimientos. Creer que podemos adquirir cultura con un poco de acceso a las redes demuestra una cierta fanfarronería. El acceso a las máquinas no reduce las desigualdades sociales, pero sí que a algunos les da la sensación de que existe la posibilidad de minimizar las distancias”<sup>67</sup>. No compartimos esta opinión, aunque consideramos que la promoción y fomento de acceso a los bienes culturales debe estar acompañada de una política pública que garantice el acceso a esta tecnología y, a su vez, cierto conocimiento técnico que ayude a obtener un mejor provecho del contenido dispuesto en INTERNET. Lo que suceda a posterior, en términos del uso, dependerá de cada individuo; tal como ha sucedido en otras épocas con el acceso tradicional a la cultura y la información.

### Conclusiones sobre el capítulo I.

Los llamados Derechos Culturales han sido objeto de análisis y regulación durante el siglo XX; dentro del desarrollo periódico y progresivo de los Derechos Humanos. El Derecho a la Cultura es uno de los derechos reconocidos por los Estados con

---

<sup>67</sup> Wolton, Dominique. ¿INTERNET, y después? Una teoría crítica sobre los nuevos “media”. Ed. Pòrtic 2000.

clara proyección al desarrollo social del individuo; estrechamente vinculado al derecho de acceso a la información y el derecho a la educación.

La complejidad de abordar este tema está dada por la necesidad de calificar qué es cultura y qué se incluye dentro de esta categoría, siendo esta una labor compleja y que excede este trabajo. En nuestro caso, este sustantivo se vinculará a la expresión más amplia que pueda darse a ese término incluyendo todos los mecanismos de promoción, desarrollo y preservación de estos bienes. Díaz Cabeza considera que “los bienes culturales inmateriales son manifestaciones por tradición, hábitos y costumbres que enriquecen la memoria histórica de un país; de una comunidad y pueden trascender hasta aquellos referentes que expresan una dimensión universal. Llegan a ser signo y símbolo de un país, porque lo identifican y ratifican su identidad”<sup>68</sup>.

Compartimos plenamente las consideraciones de la UNESCO al considerar a la cultura como integrante de la vida social y definirla como “por su propia naturaleza, un fenómeno social, el resultado de la creación común de los hombres [...] uno de los principales factores del progreso; que una condición esencial de ese progreso es el continuo crecimiento de las posibilidades espirituales de la sociedad basadas en el desarrollo integral y armonioso de todos sus miembros y en la plena manifestación de sus facultades creadoras; que la cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de obras y de conocimientos que produce, compila y conserva una minoría selecta para ponerlos al alcance de todos, o que un pueblo

---

<sup>68</sup> Díaz Cabeza, María del Carmen. Criterios y conceptos sobre el patrimonio cultural en el siglo XXI. Serie de Materiales de Enseñanza. 2010

rico por su patrimonio ofrece a otros como modelo del que les hubiere privado la historia; que la cultura no se limita al acceso a las obras de arte y a las humanidades sino que es a la vez adquisición de conocimientos, exigencia de un modo de vida, necesidad de comunicación”<sup>69</sup>

Es importante que los Estados se comprometan a garantizar un amplio acceso a bienes materiales e inmateriales, generados por cualquier individuo o grupo social. No restringimos este pensamiento a los intereses y creaciones de grupos minoritarios ya que consideramos que la afectación de estos derechos perjudica a toda la comunidad. No es el espíritu de los convenios internacionales entender a la cultura como una reivindicación de derechos en favor de determinados grupos sociales sino el desarrollo y preservación de estos bienes en favor de toda la humanidad.

Para la UNESCO, el “acceso a la cultura la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales”<sup>70</sup>. El mismo organismo definió el concepto de patrimonio digital como aquel que “consiste en recursos únicos que son fruto del saber o la expresión de los seres humanos. Comprende recursos de carácter cultural, educativo, científico o administrativo e información técnica, jurídica, médica y de otras clases, que se generan directamente en formato digital o se convierten a éste a partir de

---

<sup>69</sup> UNESCO- Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural. 26 de noviembre de 1976

<sup>70</sup> UNESCO. *ibidem*

material analógico ya existente. Los productos 'de origen digital' no existen en otro formato que el electrónico"<sup>71</sup>.

Existen diversos trabajos donde resulta controvertida la relación entre el derecho de autor y el acceso a la cultura, constituyendo un eje de análisis particular del que derivan conclusiones diferentes a las aquí expresadas. No consideramos que entre ellos exista inexorablemente una relación de tensión; por el contrario, creemos que hay una relación de coexistencia que deriva en un vínculo de compensación.

En la medida que el Estado le reconoce al creador de una obra derechos sobre esta, los plazos legales de protección del derecho de autor, las excepciones y las limitaciones previstas en la ley son el equilibrio entre el interés individual o particular del titular del derecho y el interés general o común de la sociedad. Si bien hay una exclusividad jurídica en favor de los titulares de derecho de autor, todo aquello que la exceda es plausible de aprovechamiento por la comunidad. La comunidad se beneficia del acceso a estos bienes y, a través de su aprovechamiento, satisface su interés general.

La correcta articulación entre las necesidades individuales y colectivas se verifica a través de la compatibilidad y coherencia normativa dentro del propio sistema legal. La armonía del sistema legal se podría verificar: a nivel vertical a través de las normas sobre idéntica materia, pero de diversas jerarquías; por ejemplo, los diferentes tratados, leyes nacionales, decretos, etc. vinculados a propiedad intelectual o a la cultura. Asimismo, a nivel horizontal entre normas de igual jerarquía

---

<sup>71</sup> UNESCO. Carta sobre la preservación del patrimonio digital. 15 de octubre de 2003

que regulen temas conexos; por ejemplo, normas de derecho de autor y normas de desarrollo cultural.

Sin necesidad de adentrarse en el régimen legal de Argentina, de lo expuesto podemos entender que estamos analizando a un Estado que ha manifestado un notorio interés en la protección de los derechos humanos, incluyendo de forma explícita los derechos culturales. los diversos convenios ratificados por Argentina dan cuenta de este interés.

## Capítulo II: Una visión general de la propiedad sobre los bienes intelectuales

### Enfoque desde la historia y evolución del derecho de autor.

Realizamos una distinción entre la propiedad sobre bienes materiales y la propiedad sobre bienes inmateriales porque si bien en ambos casos se le otorga al titular la posibilidad de disponer y administrar un determinado bien no son en sí regímenes idénticos. El concepto jurídico de propiedad podemos rastrearlo, en nuestra tradición legal, hasta el derecho romano; en especial con el aporte de Bartolo de Sassoferrato donde se refiere al derecho sobre las cosas (corpóreas) en los límites que la ley disponga<sup>72</sup>; este concepto no alcanzaba a la propiedad intelectual cuyo origen se encuentra en un derecho más moderno (S. XVIII). En el desarrollo de estas ideas podemos referirnos a tres momentos o hitos que marcaron cambios en la historia del derecho de autor. En un primer momento desde la época de Grecia y Roma hasta la creación de la imprenta móvil; que inicia un segundo periodo hasta la Conferencia de Berna y un tercer momento que podemos rastrearlo hasta la actualidad.

En Roma<sup>73</sup>, frente a un manuscrito no se distinguía el objeto corpóreo del incorpóreo (bien intelectual); por esa época no se entendía a la obra como un objeto valioso económicamente o separada del soporte que la contenía. En estos términos, la relación entre el autor y el editor se percibe como un contrato de compra venta de

---

<sup>72</sup> En latín la expresión puede leerse como: *Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi ni si lex prohibeat*

<sup>73</sup> Linares, Fernando Miró. El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de INTERNET. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y jurídicas de Elche*, 2007, vol. 1, no 2.

cosa mueble<sup>74</sup>. Tampoco hay rastros de protección de los derechos morales del autor en ese periodo, aunque si hay rastros del repudio al plagiador<sup>75</sup>. Excediendo nuestro trabajo, podemos entender que no sería apropiado equiparar el plagio<sup>76</sup> de la época del Derecho Romano al alcance actual del este acto ilícito.

En el Renacimiento, la imprenta de tipos móviles de Guttemberg fue el motor tecnológico y económico que propicio un escenario de nuevas relaciones sociales y, por correlato, nuevas necesidades jurídicas. En ese entonces, podemos comenzar a ver atisbos de primitivos marcos regulatorios específicos de la propiedad intelectual.

En ese entonces, la libre competencia entre las empresas de imprenta trajo aparejada las quejas por la competencia desleal. Surgen los primeros privilegios; como beneficios temporales otorgados a las empresas de imprenta. No sería correcto afirmar el surgimiento de estos derechos para el autor ya que estos privilegios recaían en cabeza del editor. Así las cosas, si bien no recae en el autor de la obra podemos entender que esta *lex privata* le otorgaba a la obra el carácter

---

<sup>74</sup> Dock, Marie-Claude. *Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire*. 1974.

<sup>75</sup> Una leyenda escrita por Vitruvio (S. I AC) atribuye a Aristofanes (quien a raíz de esta historia se convertiría en director de la Biblioteca de Alejandria) haber sido juez de un concurso de poesía en el cual su voto fue en favor del trabajo menos elogiado. En su argumento, explico que si bien era el menos notable de los versos presentados todos los demás habían realizado plagio. El rey Ptolomeo le pidió pruebas de tal acusación y él rastreo en la Biblioteca de Alejandria los versos copiados.

<sup>76</sup> En Roma, según Pedro Gómez de la Serna, el *plagium* era considerado el delito de sustraer personas. La acción de *plagiare* implicaba ocultar, retener, dar, vender como propio un esclavo o un hijo. Según la *Lex Flavia de Plagiariis* esto era penado con azotes.

de bien sobre el cual se podía ejercer el dominio y este estaba acotado temporalmente<sup>77</sup>.

El conflicto de la Stationer's Company<sup>78</sup> con los grupos de editores que pretendían la libertad de impresión provocó que, en 1710, se promulgara la norma que pasaría a la historia por ser el antecedente normativo inmediato de lo que hoy reconocemos como *copyright*; nos referimos al estatuto de la Reina Ana. Este sistema no estaba pensando en el autor sino en la copia. Esta implicancia legal encuentra un doble fundamento; por un lado, la posibilidad de impedir que otros, sin autorización del autor, puedan hacer copias de la obra; y, por otro lado, reconocer implícitamente que el autor debe dar consentimiento para su publicación. Esta forma de promover el arte y la cultura tuvo como objetivo el interés colectivo dado que, vencido el plazo legal la publicación de la obra era de libre disposición para cualquier editor. En ese tiempo el plazo que acordó el Estatuto fue de 14 años prorrogables por igual periodo si al finalizar los primeros el autor seguía con vida; asimismo, establecía un periodo único en caso de obras publicadas antes del estatuto.

En este sentido, el sistema mediante el cual se autoriza la copia de la obra dejó de ser un privilegio y pasó a ser un mecanismo regulado legalmente. El hecho de que

---

<sup>77</sup> Los primeros privilegios en favor de autores o traductores los podemos ubicar en la Europa del siglo XVII.

Hasta ese entonces, los pocos casos que reseña la historia no permiten referirnos a este fenómeno como una tendencia.

<sup>78</sup> La empresa era la institución que se encargaba de oficializar los privilegios. Era una organización de editores y libreristas de Londres que fue adquiriendo poder a partir del S. XVI; en 1556 un decreto de Maria Tudor le había permitido poder determinar que obras iban o no ser publicadas. En cuanto a los privilegios, para ser obtenidos, los editores/impresores tenían que tener la autorización del autor de la obra. Algunos escritos ubican el nacimiento del término *copyright* en esta organización en los inicios del 1700.

vencidos los plazos el autor no tuviera prerrogativas con la obra entendemos que favorecía la libre explotación de la misma; implicando ello un beneficio a los diferentes editores que no podrían excluirse entre ellos y un provecho a la sociedad por el acceder a este arte. En ese contexto, y en diversos casos, los libreros escoceses argumentaron que no existían derechos de autor en el *common law*; mientras que en Londres sugirieron que la legislación no creaba nuevos derechos estatutarios, sino que servía para complementar y apoyar un derecho de autor que era preexistente en el *common law*.

El alcance del *copyright* y su interpretación en términos de perpetuidad tuvo su resolución en cabeza de las cortes británicas de aquel entonces<sup>79</sup>. Un poema de James Thomson fue la base de dos relevantes sentencias que ilustran el surgimiento del reconocimiento al autor y el dominio público. En el caso *Millar vs Taylor* (1769) la Corte presidida por Lord Mansfield sostuvo que, aunque los derechos establecidos a través del Estatuto hubieran expirado, los libreros aun así conservaban sus derechos de forma monopólica. Esta perpetuidad se fundaba en el *common law* y contemplaba de forma exclusiva a los editores de Londres; en Escocia<sup>80</sup> la industria de la reimpresión tenía otros parámetros y una idea similar fue rechazada en el caso *Hinton v. Donaldson* (1773)<sup>81</sup>. Finalmente, la Cámara de los Lores se expide sobre el tema en el caso *Donaldson vs Beckett* (1774) afirmando

---

<sup>79</sup> A más referencia pueden leerse los casos: *Tonson v. Collins* (1761); *Tonson v. Collins* (1762).

<sup>80</sup> Se reseña que Escocia no se rige estrictamente bajo los parámetros del *Common Law inglés*. En sí, el Reino Unido conserva el *common law* propio de Inglaterra y Gales; un derecho mixto en Escocia (es una forma híbrida entre el derecho inglés y el derecho continental europeo que fue madurando desde 1707 aproximadamente).

<sup>81</sup> En el caso se afirmó que los autores tenían los derechos temporales otorgados por el Estatuto.

que el *copyright* es un derecho que debe atenerse a lo estatutario y no parte del *common law*. En este sentido, está sujeto a los plazos establecidos en el estatuto y, por lo tanto, vencido el mismo la obra es de libre disposición. En el caso, la Corte entendió que el *common law* protege al autor frente a la publicación de la obra, ese derecho es perpetuo y se conserva aún publicada la obra. En cuanto al plazo de protección, con posterioridad a la publicación, la Corte consideró que el límite era lo previsto en el estatuto. Es decir, sobre la obra no publicada el autor tiene el derecho previsto por el *common law* mientras que las obras publicadas colisionan con otros intereses públicos -a modo de ejemplo: el acceso a la cultura- entonces se protegen a través de reglas estatutarias<sup>82</sup> como lo fuera el Estatuto de la Reina Ana. Lipszyc, citando a De Sanctis, explica que “si el Estatuto de la Reina Ana condujo, ciertamente, a una acelerada declinación de los sistemas de los privilegios de los libreros, por cuanto consagró la existencia de un derecho subjetivo a la protección de la obra publicada, fue necesario, de todos modos, esperar casi un siglo a fin de ver reconocido por las leyes revolucionarias francesas de 1791-1793, el derecho del autor a la protección patrimonial de la obra consagrada como creación de su espíritu”<sup>83</sup>.

En este sentido, por el resto de Europa y para esta misma época, se crearon normas que regularon específicamente estos temas; recordamos especialmente la normativa de Francia y España por ser aquella que más ha influido en los Estados americanos. Podemos recordar que en Francia (1777), se dictaron diferentes

---

<sup>82</sup> El *Common Law* emana de las decisiones de los tribunales mientras que el Derecho Estatutario surge de un cuerpo legislativo con potestades soberanas.

<sup>83</sup> Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos, CERLALC, Buenos Aires, 2017.

decretos con miras a regular la relación entre el editor y el autor. Por un lado, se reconocía al editor algo similar a los privilegios de impresión mediante al cual se buscaba recuperar la inversión; y, por otro lado, se reconocía al autor por el solo hecho de la creación de la obra. Probablemente, en la Asamblea Francesa de 1789, se produce un cambio real en materia de protección al autor mediante la extinción del sistema de privilegios.

Recién en 1791 y 1793, a través de diferentes decretos, se le concedió al autor derechos de reproducción y representación de la obra. En 1791, al momento de la muerte del autor, los beneficios se extendían a sus herederos por 5 años para la representación de las obras. En cambio, en 1793, el derecho de reproducción *post mortem* se extendió a 10 años. Estas normas cimentaron las bases del derecho de autor continental europeo reconociendo derechos durante la vida del autor y un plazo con posterioridad a la misma en favor de quienes fueran herederos. Al vencimiento del plazo se otorga un derecho, en favor de la sociedad, que permite acceder y conocer libremente las diversas obras.

Por último, en España luego de la sucesión de décadas de decretos similares a los que acompañaron la regulación británica surge la primera ley de protección de propiedad intelectual. Así las cosas, en 1847 se dicta la ley de propiedad literaria, “en ella no sólo se protegían las obras literarias sino también las traducciones, obras escultóricas y pictóricas y aquellas compuestas por músicos, calígrafos o dibujantes. Además, se establecía el derecho de reproducción de las mismas durante la vida del autor y 50 años más al fallecimiento de éste, aunque el derecho de representación escénica de obras dramáticas sólo se transmitiera por 25 años tras

la muerte del escritor a sus herederos legítimos o testamentarios o a sus derechohabientes”<sup>84</sup>. Pocos años después, esta norma fue complementada y actualizada conforme la “ley de 10 de enero de 1879 y su reglamento de 3 de septiembre de 1880 donde se regula un concepto de propiedad intelectual más amplio que el anterior, englobando a las obras científicas, literarias o artísticas. Se amplía el plazo para sus herederos a 80 años tras la muerte del autor y se permite su transmisión por actos entre vivos disfrutando los adquirentes del mismo plazo, salvo que hubiera herederos forzosos, en cuyo caso el derecho terminaría a los veinticinco años del fallecimiento del autor, pasando la propiedad a dichos herederos por otros cincuenta y cinco años<sup>85</sup>. Nótese, en este último caso, que los plazos eran más amplios que los vigentes en nuestra legislación hoy en día y en las legislaciones europeas en general.

El último hito evolutivo en la legislación de nuestra materia, está en manos de los diversos convenios internacionales (bilaterales o multilaterales) que fueran suscritos desde esa época con la intención de armonizar la diversidad normativa existente.

Al respecto, nos referiremos al primer convenio de impronta universal en esta disciplina que aún se encuentra vigente. La Asociación Literaria y Artística Internacional<sup>86</sup> (en adelante: ALAI), se crea en 1878 bajo una ambiciosa misión

---

<sup>84</sup> De Alfonso Alonso-Muñoyerro, María Belén. Zorrilla y la propiedad literaria. Archivo Histórico Nacional. España. 2017

<sup>85</sup> *ibidem*

<sup>86</sup> Se crea por iniciativa de la *Société des Gens de Lettres* y bajo la presidencia honoraria del escritor francés Víctor Hugo (autor de *Les Misérables*) quien fuera no solo poeta y dramaturgo sino un político comprometido con la Francia de su época.

como fuera avanzar en la búsqueda internacional de la protección jurídica de la creación intelectual de los autores. En 1886, se funda la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas dando lugar al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Científicas. El Convenio fue el resultado de años de trabajo que comenzaron en Roma en 1882 y tuvieron una clara influencia de la ley francesa. Es destacable que el Convenio no elaboró ninguna definición de propiedad intelectual, aunque sí definió que se debe entender por obra literaria y artística. El principal mérito de su época fue delimitar el alcance del derecho de autor, los principales ilícitos que estos derechos pudieran sufrir y su limitación temporal. El Convenio de Berna se considera el “[.] instrumento internacional más antiguo de cuantos existen en la esfera del derecho de autor. El nivel de protección que dispensa a dichas obras es elevado, y las garantías que ofrece a los autores de las mismas tienen la mayor eficacia posible”<sup>87</sup>. Se preveía la posibilidad de revisiones sucesivas<sup>88</sup> que buscaron el desarrollo y la actualización del tratado; lo cual a la fecha se ha realizado en diversas oportunidades siendo la última en 1979.

Este Convenio fue el primero de muchos que han buscado alcanzar de forma eficiente la protección de estas creaciones; en la actualidad, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante: OMPI) es quien administra el

---

<sup>87</sup> Guía del Convenio de Berna. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, 1978.

<sup>88</sup> Completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNÁ el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

mayor número de acuerdos internacionales relacionados de forma específica a esta disciplina.

### **Bienes tangibles e intangibles: ¿Derechos Personales o reales? ¿sistemas análogos?**

Al referirnos a la naturaleza jurídica de los derechos sobre la creación intelectual, la OMPI adopta la posición de propiedad sin justificar porque la considera así. No obstante, pensadores de diferentes y variadas vertientes han teorizado sobre la propiedad intelectual<sup>89</sup> y si son equiparables los bienes tangibles y los intangibles dentro de esta concepción. La CIDH determinó que los bienes pueden ser conceptualizados como las cosas materiales apropiables y los derechos que puedan formar parte del patrimonio de la persona; alcanza así a las cosas muebles e inmuebles y los objetos inmateriales susceptibles de valor<sup>90</sup>. Las constituciones latinoamericanas han abordado a los bienes intelectuales dentro del universo del derecho de propiedad.<sup>91</sup> La Organización Mundial de Comercio (en adelante: OMC) a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (en adelante: ADPIC) entiende a los derechos de propiedad intelectual como aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente; suelen

---

<sup>89</sup> Pueden analizarse en este sentido: teorías de la personalidad, teorías del monopolio, teoría de la propiedad real, entre otras.

<sup>90</sup> Caso CIDH Ivcher Bronstein Vs. Perú 1999

<sup>91</sup> Acompañando en igual sintonía a la Constitución Nacional Argentina, podemos referirnos a las constituciones de Costa Rica, Chile, Guatemala, Panamá, Honduras y El Salvador.

dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado.

Locke se refiere a la propiedad afirmando que “aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres”<sup>92</sup>. En ese apartado, Locke se refiere al derecho del hombre sobre aquello que modifica a partir de su trabajo, pero al decir que añade algo de sí mismo podríamos extender esta afirmación a los bienes inmateriales. Si la producción intelectual agrega valor, el valor agregado del trabajo, merece ser protegido y su autor merece la propiedad. Spector explica que “en la teoría liberal del contrato social las personas, al pasar a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que tenían en el estado de naturaleza, sino que asignan al Estado facultades para la protección de esos derechos”<sup>93</sup>. Pasar de las nociones de privilegio ya explicadas al régimen del derecho civil implica repensar este derecho desde el derecho privado y no público como fuera el anterior sistema.

---

<sup>92</sup> Locke, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. 1689.

<sup>93</sup> Spector, Horacio. La filosofía de los derechos humanos. *Isonomía*. 2001

En la actualidad asumimos que las personas tenemos este derecho sobre las obras intelectuales y que reconocemos en el Estado la obligación de preservarlo. Esta relación se establece bajo la premisa que otorgar derechos de autor se justifica en la preexistencia de un vínculo entre la identidad del sujeto que crea la obra (el autor) y obra en sí misma. Los derechos de propiedad intelectual se justifican en la existencia de una actividad o trabajo del sujeto al cual denominaremos autor y el cual está ligado a un desprendimiento de su intelecto.

El Estado, protege esta relación frente a la sociedad y a terceros que pudieran querer afectar este vínculo. Así lo afirma también Cuartas Henao al indicar que “Locke justifica la existencia del Estado civil, en tanto las leyes tienen como única función la protección de lo ya establecido, como derechos naturales en las sociedades domésticas, formadas en el estado de naturaleza<sup>94</sup>. Locke, al igual que Groccio, identifican un derecho natural a la propiedad que es reconocido por las leyes del Estado<sup>95</sup>.

Considerar al derecho intelectual un derecho real fue viable en la visión de Velez Sarsfield<sup>96</sup> al regular que los objetos inmateriales susceptibles de valor, e

---

<sup>94</sup> Cuartas Henao, María Dolly. El derecho a la propiedad: Locke y Kant, entre el trabajo y la ocupación.

<sup>95</sup> En su época, Hugo Groccio (1583-1645) -antecesor de Locke- sería el precursor de afirmar que la propiedad es un derecho natural del individuo; donde las cosas que nos pertenecen constituyen nuestra propiedad privada. Lejos estaba de referirse a nuestra disciplina, pero si conceptualizaba el derecho del hombre a la propiedad como un interés individual dentro de un contexto social; lo cual sería la base de las primeras normas de propiedad intelectual.

<sup>96</sup> Ver nota al artículo 2312: [...] El “patrimonio” de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser

igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio (Conf. art. 2312 Código Civil Argentino -Derogado-). La obra intelectual queda incluida en este conjunto de bienes por ser susceptible de apreciación pecuniaria<sup>97</sup>; en esa universalidad jurídica estaría incluida la propiedad inmaterial<sup>98</sup>.

Para el Estado, la finalidad de asimilar como un derecho de propiedad aquel que puede ejercerse sobre las creaciones intelectuales es garantizarle al titular una disposición más plena de su trabajo intelectual y una compensación por su labor, basada en la idea de justicia. Esa compensación beneficia al autor por compartir sus ideas con la sociedad. Estos derechos no buscan ser solo una retribución por lo invertido (tiempo, sentimientos, esfuerzo, conocimiento, técnica, etc.) sino un incentivo para seguir produciendo; se lo estimula a seguir compartiendo con la sociedad su obra. Estos beneficios legales no solo tienen esta cara económica sino también un matiz ético a considerar. Con la intención de evitar que solo puedan tener acceso a estos contenidos los más pudientes, se generan limitaciones al ejercicio del derecho de autor. Así, las excepciones tales como el *fair use*<sup>99</sup>, la

---

separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama “una universalidad” en este código. Si es por la intención del propietario, es “universitas facti”, si por el derecho, “universitas juris”. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. [...].

<sup>97</sup> Sentido similar adopta el Código Civil de Paraguay al regular que los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio (art 1873).

<sup>98</sup> Vale la pena reseñar que, en Argentina, algunas Universidades los programas de estudios de la materia Derechos Reales incluye el abordaje propio de los temas de propiedad intelectual.

<sup>99</sup> Figura doctrinaria y jurisprudencial del Derecho Americano similar al *fair dealing* del Derecho Británico aplicable a las obras en dominio privado. En ambos casos son excepciones y limitaciones al derecho que el autor tiene sobre su obra. Las principales excepciones son cuando no media animo de lucro y tiene una finalidad directa educativa o informativa.

limitación temporal; entre otras, hacen de contrapeso a este derecho en beneficio de la comunidad.

Los regímenes jurídicos que regulan los diferentes aspectos de la propiedad son pilares del sistema económico, social y político de cada Estado. Estos se caracterizan por reconocer que el titular del derecho comparte la obra con la sociedad sin que ello implique la pérdida de derechos sobre esta información. Los ordenamientos jurídicos contemplan el derecho de propiedad y, dependiendo del caso, establecen los alcances, sus limitaciones y excepciones al ejercicio del mismo. La creación de los regímenes de protección específicos del derecho de autor permitió integrar este régimen dentro del derecho privado y proporcionarle herramientas propias del derecho penal para la persecución y sanción de ilícitos.

Sobre la perspectiva del titular en relación a la posibilidad de disposición y disfrute de su propiedad, pensamos en aquellas limitaciones que el Estado (limitación externa al individuo) determina en virtud de aquello que el interés común o general regula. Resulta importante encontrar el equilibrio entre ese interés general y el interés particular puesto que un desequilibrio podría afectar el interés que se pretende tutelar. Este equilibrio se encuentra en no desconocer o restringir de forma excesiva los derechos del titular y garantizar, en su mayor medida posible, el interés colectivo.

Sin caer en discusiones éticas o económicas, los Estados han intentado armonizar estos intereses, incorporando la propiedad a su estructura legal y articulando normas que oficien de garantía, límite y equilibrio. Novoa Monreal reflexiona que “el

concepto de propiedad trasciende ampliamente el campo del derecho, pues se transforma en un elemento irreductible del sistema económico que rige en una sociedad concreta y en la variable más esencial de su régimen social. Con ello aparecen manifiestas sus vinculaciones con el proyecto político que recibe acogida en esa sociedad y se hacen evidentes, por otra parte, sus implicaciones filosóficas y éticas. Difícilmente podría encontrarse, por ello, una categoría jurídica de mayor resonancia social y más definitoria de la forma que asume la organización social de un país, que la propiedad"<sup>100</sup> Si bien el autor se refiere a la propiedad sobre los bienes materiales, su enfoque de la influencia del derecho de propiedad en las políticas públicas, la economía y la necesidad social son plenamente aplicables a la propiedad sobre los bienes inmateriales.

En la comprensión naturalista de Locke podemos entender su teoría de la propiedad aplicable a los bienes inmateriales. A tal fin, se ejerce la propiedad de dos formas, la apropiación y reivindicación de la cosa como propia y el dominio que puede ejercerse sobre esta. La propiedad material e inmaterial tienen rasgos comunes, pero aspectos tales como, - a modo de ejemplo- la temporalidad, la posesión y los modos de permitir el uso a terceros en los cuales difiere notoriamente. Los rasgos propios del derecho real de dominio: la absolutez, la perpetuidad y la exclusividad no tienen un paralelismo exacto en el contexto del derecho de autor.

Mientras que en las obras intelectuales el ejercicio de la propiedad se condiciona a un periodo de tiempo determinado y variable dependiendo el país, en la propiedad

---

<sup>100</sup> Novoa Monreal, Eduardo. Un escamoteo de los juristas: el concepto de propiedad. Editorial TEMIS, Bogotá, 1983

sobre bienes materiales en principio este derecho se otorga a perpetuidad<sup>101</sup>. Por perpetuo, los derechos reales entienden que no están sujetos a un límite en el tiempo y que puede conservarse o subsistir con independencia de su ejercicio<sup>102</sup>. El tiempo de la propiedad intelectual muta en relación con el tipo de obra que se trate, al momento en el cual estemos analizando las normas y al Estado donde se pretenda ejercer ese derecho. En cambio, la perpetuidad de la propiedad real solo se ve perturbada por una decisión judicial, la expropiación -si corresponde el caso- o la vida útil propia de la cosa. Vale aclarar que consideramos que no se puede asimilar la noción de expropiación a la finalización de los plazos de protección acordados por la ley. En el primer caso la expropiación buscará satisfacer intereses sociales generales compensando económicamente al damnificado<sup>103</sup>. En el caso de la propiedad intelectual, si bien la temporalidad favorecer el interés general en cuanto al acceso a la cultural, su derecho sobre la obra se extingue sin que medie compensación económica.

En Argentina, por su tradición legal, el derecho de autor combina la protección de elementos morales y económicos sobre una misma obra. Los elementos morales serán inherentes al ser humano e imprescriptibles en cuanto a su naturaleza. Si bien el contenido moral del derecho de autor tiene la característica de perpetuidad e inmutabilidad este es solo un aspecto del derecho del autor; como ya hemos

---

<sup>101</sup> Podemos notar que ya desde nuestra Constitución Nacional, en su art. 17 esto está plasmado de esta forma condicionando el derecho de propiedad sobre las obras al plazo que regule la ley.

<sup>102</sup> Es una excepción a este principio lo regulado en el Código Civil y Comercial para quien adquiere el dominio por prescripción adquisitiva (art. 1942)

<sup>103</sup> Podría realizarse una excepción frente al sistema de protección de propiedad industrial sobre patentes, pero tal régimen excede lo desarrollado en nuestro trabajo.

expresado, la perpetuidad no es tal en el aspecto económico o patrimonial. En aquellos Estados cuyo derecho de propiedad intelectual no contempla aspectos morales es esto aún más evidente.

En cuanto a la característica de la absolutez del derecho real de dominio, hay que entenderla como aquella que permite al titular, el uso, el goce y disponibilidad de la cosa; esta característica es *erga omnes* como en todos los derechos reales. En la propiedad intelectual el autor, al momento de la creación goza de estos derechos, que luego -dependiendo de los contratos que suscriba- ira cediendo en cuanto a los aspectos patrimoniales. Por último, la noción de exclusividad implica que el titular del derecho tiene la facultad de poder excluir a terceros del uso y goce de la cosa; no mediando autorización del titular no hay posibilidad de disfrute de la cosa. Esto es compartido con la propiedad intelectual en sentido general. En principio, todos los derechos son reservados al autor; quien puede disponer de los derechos patrimoniales de la forma mas conveniente a sus intereses. Aun así, aspecto en el que se diferencian, el régimen de propiedad intelectual establece limitaciones a este derecho a través de las cuales no es necesaria la autorización del autor para la explotación de la obra; como es el caso del ya mencionado *fair use* o en Argentina el derecho de cita.

Una visión más ecléctica, reseñada por Cárdenas<sup>104</sup> es aquella que determina que la propiedad intelectual es de naturaleza híbrida; los derechos morales son de naturaleza personal y los derechos patrimoniales son reales. Según el autor, cita a

---

<sup>104</sup> Cárdenas Durán, Donato. Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual. Una propuesta conceptual. Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León. 2003.

los franceses Albert Chavanne y Claude Colombet como exponentes de esta posición. Siguiendo este análisis, lo que implica que la propiedad intelectual es “un derecho personal en cuanto a su origen en el pensamiento humano y real en su forma de expresión y aprovechamiento económico”<sup>105</sup>. Continúa afirmando que “[...] la propiedad intelectual es un derecho real de naturaleza personal derivado de la producción del ingenio humano, que permite al autor el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y obtener todos los beneficios económicos que le pueda proporcionar”<sup>106</sup>.

### Evolución del Derecho de Autor en Argentina

No es nuestro interés ahondar en todos los debates previo a la Ley de Propiedad Intelectual, pero si rescatar los principales hitos y visiones que apoyaron la evolución de este régimen jurídico en Argentina a nivel local e internacional.

#### Una mirada desde lo nuestro

La historia nos enseña que el art. 44 de la Constitución Argentina de 1819 le atribuía la facultad al Congreso de asegurar a los autores privilegios exclusivos durante un tiempo determinado<sup>107</sup>. Es interesante porque en esa norma se retoma la idea de privilegios a la cual ya hemos hecho referencia en forma coincidente con las

---

<sup>105</sup> Cardenas Duran, ibidem.

<sup>106</sup> Cardenas Duran, ibidem.

<sup>107</sup> La misma norma también alcanzaba a inventores de establecimientos útiles.

tendencias normativas sudamericanas, pero no coincidente con su época histórica en general, considerando los avances que propuso la Constitución de los Estados Unidos con relación a nuestra materia<sup>108</sup>. En un contexto político complejo y con un marcado sesgo unitario esta constitución fue muy cuestionada y, lo reglado en el art 44, fue repetido -con leves modificaciones- en el texto de la Constitución de 1826. Esta norma acrecentó el conflicto político de su época generando multiplicidad de efectos no deseados en la gestión de Rivadavia<sup>109</sup>. Alberdi se refiere al texto de la Constitución de los Estados Unidos al indicar que “[...] los Estados Unidos asignaron al Congreso general, entre sus grandes atribuciones, la de fomentar la prosperidad de la Confederación por la concesión de privilegios a los autores e inventores; y aquella tierra de libertad se ha fecundado, entre otros medios, por privilegios dados por la libertad al heroísmo de empresa, al talento de mejoras [...]”<sup>110</sup>. En su tiempo, él consideró a la propiedad intelectual con un valor relevante.

La consolidación de la Nación se establece, desplazando a las anteriores normas, recién en 1853. En dicho año se sanciona la Constitución de Argentina cuyo art. 17, redacción original, incluyó el derecho del autor sobre su obra por el tiempo que

---

<sup>108</sup> La Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su sección Octava Sección establece que el Congreso tendrá facultad para: fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los **autores** e inventores, por **un tiempo limitado**, el **derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos** y descubrimientos. (el remarcado en negrita es propio)

<sup>109</sup> Hay ciertos decretos de la época que le fueran atribuidos a su gestión la cual se le reconoce haber establecido beneficios a los profesores universitarios por los textos creados. Al respecto puede consultarse información sobre el agradecimiento del entonces rector de la Universidad de Buenos Aires por tal decisión.

<sup>110</sup> Alberdi, Juan Bautista. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Biblioteca Cervantes Virtual, 1964.

acuerda la ley<sup>111</sup>; esta norma se mantuvo inalterable al paso de los años. Este artículo se aproximó mucho a lo regulado en Latinoamérica para esa época histórica<sup>112</sup>. No fue un hito menor considerando que luego Argentina afrontaría los desafíos de la regulación de los códigos de fondo a sabiendas que lo regulado en el art 17 luego se transformaría en leyes de alcance nacional.

Es rescatable que a la luz de esta norma se asiente no solo como derecho fundamental el derecho de autor y el derecho de patentes, sino que establezcan dos de sus principales características: la temporalidad y la exclusividad. El alcance de ambas ya lo hemos comparado al referirnos a la naturaleza jurídica de este derecho; enfatizamos el hecho que esta norma trajo aparejado un debate -que aún subsiste- sobre el tratamiento que debía dispensarse al art. 17 y si lo consagrado es propio del derecho de propiedad o es otra su naturaleza jurídica.

No obstante, retomando la visión de Alberdi, en su redacción original del art. 18 de su obra disponía “[...] todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento [...]”<sup>113</sup>. Si está hubiera sido la redacción final, entendemos que en el espíritu de la legislación propuesta por Alberdi subyacía la idea del derecho de propiedad tradicional aunque, para estudiosos de la historia de la propiedad intelectual, a partir de allí nace el debate. En su proyecto, el art. 67 inc. 3

---

<sup>111</sup> El contenido del derecho de propiedad es mucho más extenso y en aspectos relacionados a nuestra materia incluye el derecho del inventor sobre su creación.

<sup>112</sup> El tratamiento constitucional del derecho de autor en Latinoamérica puede ser seguido a través de las siguientes normas: Art. 102 de la Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, el art. 19 inc. 25 Constitución Política de Chile, el art. 61 de la Constitución Política de Colombia, el art. 47 Constitución Política de Costa Rica, el art. 110 Constitución Nacional de Paraguay, el art. 33 Constitución de la República Oriental del Uruguay; entre otros.

<sup>113</sup> Alberdi, Juan Bautista. op cit

(actual art. 75 inc. 18) establece que es facultad del Congreso, en post del desarrollo y la prosperidad dictar leyes que protejan esos fines con concesiones temporales de privilegios y recompensas como estímulo. Entendemos que Alberdi, en una obra posterior, sobre el resultante art. 17 reivindicaba la idea de propiedad para estos derechos. Así expresaba que “[...] esto es lo que vulgarmente se llama privilegio ó patente de invención, que, como se ve, no es monopolio ni limitación del derecho de propiedad, sino en el mismo sentido que así pudiera llamarse la propiedad misma. [...] los privilegios exclusivos que la Constitución admite como medio de protección industrial son más que privilegios, simples derivaciones o modos del derecho de propiedad [...]”<sup>114</sup>. Las ideas de Alberdi fueron críticas y de hecho no aceptadas en la versión final del texto constitucional. Según Mouchet, “este concepto, que implicaba atribuir el carácter de perpetuo a los derechos de los autores e inventores, se fundaba en la asimilación errónea de los derechos intelectuales al derecho de propiedad sobre cosas (dominio)”<sup>115</sup>.

En este contexto político, social y jurídico, apenas once años después se dictaba la Ley 111 sobre Derecho de Patentes de Invención; norma que estuvo vigente por más de un siglo, hasta 1995 donde se sanciona la actual Ley de Patentes. Lamentablemente, la primer Ley de Propiedad Intelectual no tuvo la misma suerte y una serie de proyectos se fueron frustrando con el correr de los años y la primera ley de 1910 no tuvo una buena acogida en la comunidad.

---

<sup>114</sup> Alberdi, Juan Bautista. Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina. 1858.

<sup>115</sup> Mouchet, Carlos. Evolución Histórica del derecho intelectual argentino. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1944. Instituto de Historia del Derecho Argentino "Conferencias y Comunicaciones IX"

Vale la pena aclarar que la regulación de la propiedad intelectual fue excluida de las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield<sup>116</sup> (1869) y por supuesto, del Código de Comercio (1854) creado por Vélez Sarsfield para Buenos Aires y luego adoptado a nivel nacional. En cuanto al Código Penal de finales del siglo XIX (obra basada en el trabajo de Carlos Tejedor) el art. 342 establecía lo siguiente: “el que publicase una producción literaria sin consentimiento de su autor, sufrirá una multa de veinte y cinco quinientos pesos fuertes, si no hubiese expendido ningún ejemplar. En caso contrario se duplicar la multa, sin perjuicio del comiso. En las mismas penas incurrirán los que sin consentimiento del autor representen hagan representar una obra dramática, publiquen sus invenciones en ciencias artes”<sup>117</sup>.

En ese momento histórico era la única referencia que podría asociarse a la propiedad intelectual en términos normativos. Mouchet explica que “no prosperó la tendencia de legislar los derechos intelectuales en los códigos, prevaleciendo el concepto de que se trata de una materia especial que requiere reglamentaciones particulares fuera de los mismos”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Los proyectos previos a la reforma de Borda no preveían reglas de Propiedad intelectual, puede leerse el aporte de Salvat y Bibiloni en su momento.

Recién la reforma del Código Civil, a través de la Ley 17711, incorpora a la propiedad intelectual e industrial pero contextualizada en el régimen patrimonial del matrimonio. Véase el Art. 1272: ‘Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial’. Este artículo fue ampliamente criticado por la doctrina del Derecho de Familia y modificado en el actual Código Civil y Comercial (ver art. 464 inc o).

<sup>117</sup> Villegas, Sisto - Ugarriza, Andrés - García, Juan Agustín. Proyecto de Código Penal. Presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor. Imprenta de El Nacional. 1881

<sup>118</sup> Mouchet, Carlos. Op-cit

Al estudiar políticos e intelectuales de la época encontramos autores que consideran relevante la necesidad de una ley que proteja a los autores, pero no lo suficiente como para promover su actividad en el congreso. Así, Amante, al referirse a Sarmiento considera que él “tenía un concepto de autor que incluye el de editor. Él tenía esa idea también con los autores de las frases y de las citas, allí donde exista una buena idea, más allá que se pueda recuperar quién la dijo, hay que hacerla circular. En cierto punto recupera la idea de autor medieval, de la antigua retórica donde la función de editor es una función autoral, no lo oculta, no comete un crimen dolosamente, adapta los textos, los hace circular en otro medio y se los apropia”<sup>119</sup>. Leyendo la entrevista, podemos entender que, en esa época, era más importante la circulación de las ideas y las copias de las obras para su divulgación que la protección del autor por la obra en sí misma. La ausencia -consciente- de un marco regulatorio que priorizaba la distribución cultural y la masificación de obras, trajo algunos conflictos a los autores locales. Estos pudieron ver perturbado su derecho en virtud de la aplicación de las leyes de propiedad común dispuestas en el Código Civil<sup>120</sup>. Cerda cita el caso Hernandez contra Barbieri donde “la Corte Suprema de Justicia de Argentina otorgó indemnización de perjuicios a favor del demandante, el escritor José Hernández, sobre la base de que la impresión de copias no autorizadas de su obra maestra ‘Martin Fierro’, la obra cumbre de la poesía argentina del siglo XIX, infringía las normas constitucionales sobre derechos de

---

<sup>119</sup> Amante, Adriana. Domingo Faustino Sarmiento, escritor, editor y traductor como continuum autoral. Rev. Huellas en Papel. Universidad del Salvador.

<sup>120</sup> Puede verse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia José Hernandez c/ Barbieri Hnos. 2da serie tomo 20 p. 148.

autor. En otros términos, ante la ausencia de disposiciones legales, las normas constitucionales proveían cierta protección<sup>121</sup>.

Paralelamente, para fines del siglo XIX el Derecho Internacional había comenzado un proceso de codificación de los derechos intelectuales. Esto puede seguirse a nivel universal con el ya referido Convenio de Berna y a nivel más regional con algunos de los Tratados de Montevideo de 1889.

En el siglo XX la ausencia legislativa de la mano del surgimiento del teatro argentino trajo aparejada una serie de conflictos que resolvieron nuestros tribunales y que transparentaban la necesidad de una regulación sobre la materia. Los autores, desprotegidos no encontraban un incentivo a su trabajo, de buena forma en esa época se podía pensar que no era necesario contratar o promover a los escritores locales teniendo obras de calidad en el extranjero exentas de toda protección.

A su vez, si le reconocemos protección a los autores dentro del régimen general de propiedad plasmado en el Código Civil<sup>122</sup> algunos supuestos podrían verse no contemplados, por ejemplo, el plazo de vigencia o el valor en sí de la obra. Insistimos en la necesidad de un equilibrio entre garantizar la cultura y proteger al creador por su obra.

En 1910, se sanciona la Ley 7092 siendo la primera norma que reguló aspectos relacionados a derechos de autor. Norma cuestionada por la ineficacia de no haber

---

<sup>121</sup> Cerda Silva, Alberto J. Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina. *Ius et Praxis* 2016, vol.22, n.1.

<sup>122</sup> En Chile, por ejemplo, para el año 1855 su Código Civil (584) señalaba: "las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales".

incluido tipos penales y por su origen; atribuyéndose esto al fastidio de George Clemençeau al ver su obra en un teatro local sin que hubiera mediado su autorización a tales efectos<sup>123</sup>. Esta ley se complementó con la Ley 9141, conocida como Ley Garro, que instituía un premio en fomento de la producción científica y la literatura. Luego el régimen de propiedad intelectual se reformó a través de la Ley 9510, que regulan aspectos relacionados al registro y depósito de las obras incluyendo la reserva en favor de la Biblioteca Nacional.

Este régimen tuvo una corta vigencia al carecer de tipos penales, resultando insuficiente en términos de persecución de actos ilícitos contra la obra del autor. En 1933 se dicta la Ley 11723, base del actual régimen de derechos de autor de Argentina<sup>124</sup>. Si bien ha tenido varias modificaciones y sustituciones entre sus artículos, en lo sustancial la norma se encuentra vigente. Desde su sanción a la fecha esta norma ha sido modificada y complementada por al menos otras doce entre decretos y leyes; la última de relevancia es la Ley 25036 que introduce al régimen del derecho de autor la protección específica de los programas de computación y las bases de datos.

Así, desde su origen, “el término propiedad fue usado, como lo demuestran las discusiones parlamentarias, con toda intención, y a objeto de asimilar el derecho protegido al derecho real de dominio. Los autores de esas leyes partieron de la

---

<sup>123</sup> Clemençeau visitó la Argentina en ocasión de su primer centenario y en los teatros de Buenos Aires su obra *El velo de la felicidad* se estaba representando. Al no haberle requerido previa autorización, rechaza que se represente la obra y solicita la compensación económica del régimen de derecho de autor. En ese entonces, no existía lo que él solicitaba en nuestra legislación.

<sup>124</sup> Reglamentada a través del Decreto 41233/1934

creencia de que la propiedad de la Constitución era el dominio, y que ella no comprendía otros derechos patrimoniales, lo que es inexacto, ya que también comprende bienes inmateriales. Tampoco se advirtió que los derechos del autor comprenden también facultades de naturaleza personal (derecho moral). Tan grave error sobre la naturaleza del derecho intelectual sobre las obras literarias y artísticas llevo consigo otro error igualmente grave: considerar sus violaciones como delitos de 'estafa' y 'defraudaciones', que son delitos contra la propiedad de las cosas"<sup>125</sup>

### La comunidad internacional y el derecho de autor

En relación con los tratados internacionales, al igual que retratamos en el primer capítulo, Argentina ha suscripto una variada cantidad de acuerdos internacionales con aplicación al derecho de autor y a los derechos conexos<sup>126</sup>. Es notorio, como aspecto general, que ninguno de ellos incluya de forma expresa el derecho de acceso a la cultura entre sus normas.

---

<sup>125</sup> Mouchet, Carlos. *Op-cit*

<sup>126</sup> Tratado de Montevideo de 1889 sobre Propiedad Literaria y Artística (Ratificado por Ley 3192), la Convención de Buenos Aires de 1910 sobre Propiedad Literaria y Artística (Ratificada por Ley 13585), la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de 1946, (Ratificada por Ley 14186), la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952 (Ratificada por Decreto-ley 12088/1957), la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886: Acta de Bruselas, 1948 (Ratificada por Ley 17251) y Acta de París, 1971 (Ratificada por Ley 22195), el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, enmendado en 1979 (Ratificado por Ley 22195), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Ratificado por Ley 24425), el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (Ratificado por Ley 25140), el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (Ratificado por Ley 25140), el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de Fonogramas de 1971 (Ratificado por Ley 19963), la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Ratificada por Ley 23921), el Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales de 1989 (Ratificado por Ley 24039).

No obstante, encontramos en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 - a través de su preámbulo- las motivaciones y valores que consideramos deseables en legislaciones modernas de esta materia. Así las cosas, el preámbulo incluye la necesidad de adecuar normas a los nuevos escenarios económicos, sociales y culturales; reconoce el impacto de la tecnología en la fase creativa y de acceso a los bienes regulados, y -lo más importante a nuestro criterio- la necesidad de mantener un equilibrio entre “los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”. En la misma línea nos encontramos con el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996.

Nótese que Argentina, con relación al Convenio de Berna, adhiere al Acta de Bruselas en 1967 (el acta es de 1948) y al Acta de Paris en 1999 (siendo el acta de 1971). Aun así, consideramos que los principios que Berna y estos convenios receptan son de viable aplicación en el contexto de la actualidad.

Un acuerdo interesante de analizar es el Tratado OMPI para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso de 2013. Este convenio, también conocido como Tratado de Marrakech, fue ratificado por Argentina a través de la Ley 27061.

A través de este convenio, se destaca la importancia de establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor; en este caso para favorecer la reproducción, distribución y accesibilidad de obras en formatos amigables para las personas con

discapacidad visual. Este convenio refleja la importancia de armonizar la regulación del derecho de autor con los intereses sociales.

### **Conclusiones sobre el capítulo II.**

De lo trabajado entendemos que el derecho de autor es un derecho de origen no romano pero que fue evolucionando desde la creación de la imprenta móvil hasta nuestros días complejizándose e incorporando nuevas figuras conforme fueron surgiendo nuevos grupos de interés.

Las reglas del derecho de autor son naturales al derecho de la cultura y al acceso a la cultura. Si bien las normas son creadas para incentivar y proteger la creación del individuo, éstos necesitan de la sociedad para subsistir. De forma natural, los autores requieren del consumo de sus bienes. Cuantas más personas participen de la vida cultural y consuman el producto más incentivo tendrá ese autor para seguir creando. De esta forma, estos derechos debieran trabajar de articuladamente y aunar para el cumplimiento de sus intereses comunes de forma armónica.

Con independencia de la notoria complejidad que han atravesado las legislaciones para determinar la naturaleza jurídica de este derecho y asumiendo que constituye un tipo especial de propiedad; resulta necesario establecer los límites y beneficios que pueden adicionarse en post de la satisfacción de los intereses generales y la retroalimentación al sistema de derecho de autor a través de los beneficios que se obtengan.

Para que exista una cultura nacional es necesaria la protección del ingenio y la expresión de ideas de autores e intérpretes locales; que satisfagan el interés del derecho a la cultura. La sociedad debe contar con herramientas que, coherentes con el régimen de propiedad, propicien el acceso a tales obras. Por último, la diversidad cultural se garantiza cuando el público y los propios creadores pueden acceder a esas expresiones ajenas a lo propio y a través de ellas se conoce y se retroalimenta la expresión artística.

La neutralidad tecnológica que subyace al régimen de la actual norma permite adaptar estas reglas al entorno digital. Si bien es compleja la persecución, sobre todo penal, de quien vulnera derecho de autor; las normas vigentes siguen siendo de aplicación. Se destaca que no es un régimen pensado para el entorno digital lo cual puede resultar un inconveniente en la resolución de algunos aspectos.

### **Capítulo III: El Dominio Público**

#### **Una aproximación al concepto y alcance de este instituto**

En el sentido de los derechos de propiedad intelectual, por dominio público se entiende que se hace referencia a la situación en la que se encuentran las obras protegidas por derecho de autor (obras artísticas, literarias y científicas) cuando ha pasado el plazo de protección legal previsto para esa obra. En un sentido excluyente, cuando expira el plazo de protección previsto para la obra, en cuanto a derechos patrimoniales, ésta deja de estar en dominio privado para pasar a

considerarse parte del dominio público. La OMPI entiende por dominio público a “todo bien inmaterial que no es objeto de derechos exclusivos de Propiedad Intelectual y que, por consiguiente, puede ser libremente utilizado o explotado por cualquiera”<sup>127</sup> .

Remarcamos la importancia de que el dominio público alcanza únicamente a los derechos patrimoniales. La posibilidad de la libre circulación y accesibilidad de las obras se entiende en ocasión de no necesitar la autorización del autor a tal fin o abonar regalías por su uso. De ninguna forma podemos entender que se permite vulnerar derechos morales del autor (sobre todo lo relacionado a la paternidad e integridad de la obra).

El plazo de protección varía dependiendo del Estado, aunque los signatarios de los Convenios de Berna y el Acuerdo de Aspectos de Propiedad Intelectual aplicado al Comercio (en adelante: ADPIC) suscribieron a plazos mínimos de protección que deben respetar y queda a su decisión prolongarlo por un plazo mayor. Estos mínimos indisponibles son la garantía que los Estados acuerdan proteger. A todo efecto, el ADPIC incorpora lo dispuesto en términos de plazos el Convenio de Berna.

En Argentina, y en otros países, las obras en general se protegen en favor del autor por toda su vida y, una vez fallecido este, por un plazo de 70 años. Es decir, desde la muerte del autor, específicamente a partir del 1 de enero del año siguiente, los derechos sobre la obra les pertenecen a sus herederos, a sus derechohabientes o al Estado en caso de no existir nadie que ostente un mejor derecho. En el caso del

---

<sup>127</sup> Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore - WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 (24/11/2010)

Estado, englobando su derecho en el alcance de la herencia vacante, será beneficiario de los derechos exclusivos por el plazo previsto en la ley.

Gordillo considera a los bienes que ya no se encuentran dentro del régimen de propiedad intelectual como parte de aquellos que integran el dominio público del Estado. El cual está integrado por los derechos y objetos inmateriales. En esta categoría ubica a los derechos intelectuales: “una vez vencido el derecho del autor y de sus herederos, pasan a integrar el dominio público, tratándose entonces también de un derecho que integra el dominio público”<sup>128</sup>. El autor, entiendo, está asociando por su nombre una categoría especial y específica de los derechos de propiedad intelectual al régimen de bienes del Estado. Si nuestro trabajo fuera vinculado al tema derecho de patentes, el concepto dominio público también aparecería como parte ineludible de ese régimen de protección de intangibles; sin que el Estado pudiera revindicar para si derechos sobre las innovaciones que se ubican en ese estadio. En este sentido, consideramos que el concepto de dominio público, en relación a la propiedad intelectual, excede a los bienes del Estado aún en el caso que esté pueda reclamar beneficios económicos devenidos de la utilización de estas obras.

En algunos estados, dependiendo de sus normas, el autor puede disponer que la obra se encuentre en dominio público desde su nacimiento, siempre respetando los derechos morales del creador. Es decir, se permite la renuncia o auto limitación de los derechos patrimoniales sobre las obras lo cual la OMPI lo reconoce como

---

<sup>128</sup> Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 9, Primeros manuales, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014

renuncia voluntaria. En este sentido, “se entiende por Dominio Público Anticipado la situación que se produce cuando los derechos exclusivos de explotación sobre una obra se extinguen por una causa diferente al transcurso del plazo establecido legalmente”<sup>129</sup>. También puede ser que la obra nunca haya estado en dominio privado conforme la normativa aplicable; es decir sea una creación del intelecto humano no susceptible de la exclusividad propia del derecho de autor.

Caso atípico y a mi entender único que no sigue estas reglas, es el de Peter Pan. Su autor James Matthew Barrie (1860- 1937), creó su obra más reconocida a partir de personajes propios de otras obras anteriores. En vida, el autor donó las regalías sobre los personajes de la obra al hospital de niños *Great Ormond Street Hospital*. Tras la muerte del autor, los primeros derechos de autor se extinguieron en Europa, incluyendo al Reino Unido, en 1987 (50 años después del fallecimiento de su autor). No obstante, en el año 1988 se enmienda la Ley de Diseños de Derechos de Autor y Patentes del Reino Unido y esta norma incluyó una cláusula mediante la cual se otorgó al hospital *Great Ormond Street* el derecho a las regalías obtenidas por las representaciones teatrales de Peter Pan y de adaptaciones de la obra. Esta extensión del plazo de protección se otorgó a perpetuidad, aunque con algunas limitaciones. A modo de ejemplo, no es necesaria su autorización para la explotación de la obra.

De estas afirmaciones, es importante entender que dominio público no es sinónimo de carente de dueño. La cosa sin dueño (derivado del latín *res nullius*) por su

---

<sup>129</sup> Iglesias Rebollo, César. Software libre y otras formas de dominio público anticipado. 2005

naturaleza permite que alguien pueda apropiarla y ejercer dominio sobre ella. La adquisición, en estos términos, es una forma viable de apropiación de las cosas. En cambio, en materia de derecho de autor, sobre estas obras ya no se puede ejercer el beneficio económico de la misma y queda vedada la posibilidad de que otro sujeto ocupe la posición de quien fuere el titular del derecho en el plazo previsto.

El concepto que estamos trabajando podría ser considerado dentro de la esfera de las cosas que son de todos los hombres (derivado del latín *res communis*) o bien en favor de toda la humanidad (derivado del latín *res communis humanitatis*); en todos los casos sin permitir apropiación individual.

Según Schmitz Vaccaro, la distinción de las fuentes del dominio público nos permite establecer una clasificación de este instituto. Por un lado, encontramos al “dominio público estable o permanente en el tiempo: que incluye aquellos conocimientos o creaciones no susceptibles de ser reivindicado a través de un derecho de propiedad intelectual por el hecho de que una ley los excluye de tal ámbito. Sería el caso de las exclusiones de derechos de propiedad industrial y limitaciones y excepciones del derecho de autor que por lo general son taxativamente enumerados por la ley”<sup>130</sup> Por otro lado, “el dominio público creciente en el tiempo: [...] está compuesto por creaciones intelectuales e industriales que se liberan del ámbito de protección de la propiedad intelectual”<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Schmitz Vaccaro, Christian. Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. Rev. Chil. Derecho. 2009,

<sup>131</sup> Schmitz Vaccaro, Christian. *ibidem*

Así las cosas, corresponde distinguir que no toda obra que es accesible al público se encuentra en dominio público. El material puede ser accesible al público, pero no de dominio público (por ejemplo, una foto de la Torre Eiffel iluminada disponible en su sitio web oficial); como puede estar en dominio público y ser de difícil o imposible acceso (por ejemplo, el ejemplar original de una obra del medioevo). El equilibrio está en conservar un dominio público accesible y, en ello, es donde la digitalización puede ser un factor determinante en la forma y calidad de acceso que se provee a la información.

Vale la pena aclarar que, si un sujeto adiciona, mejora o modifica la obra; aplicaría acá lo reconocido en la ley para obras derivadas; por ejemplo, en el caso de traducciones de obras o bien adaptaciones de la misma a través de otro tipo de obra (por ejemplo, libro a película). En esos casos, sobre la obra resultante (derivada), se podrá detentar un derecho de propiedad, pero no prohibir que terceros utilicen la obra original como base para nuevas obras derivadas. Es decir, la obra original conserva la libertad de ser reproducida, presentada en comunicación pública, distribuida e incluso transformada por nuevos creadores de obras derivadas.<sup>132</sup>

En general, al analizar qué se tiene en cuenta para determinar el alcance del dominio público, pueden verse ciertas características en común: la territorialidad y

---

<sup>132</sup> Un ejemplo curioso de la relación entre la obra en dominio público y obra derivada lo vemos en la Torre Eiffel como obra arquitectónica. La obra puede ser de día fotografiada con o sin fines comerciales; o lo que es más apropiado: puede ser fotografiada con o sin fines comerciales siempre que no esté en funcionamiento su arreglo lumínico. Esto es así porque el arreglo de luces integrado a la Torre en el 1990 se encuentra protegido por el derecho de autor de Francia lo cual condiciona su fotografía con fines comerciales. Esto fue decidido vía judicial en el fallo *Cour de cassation* N°J523975. 1992 “*Jus Luminum*”

la temporalidad. Estas dos características de los debates sobre el dominio público confluyen en la tercera característica: la composición.

### La temporalidad

La temporalidad es un factor determinante del dominio público, pero en muchos casos volátil o cambiante. El incremento de los plazos de protección a través de las legislaciones locales genera incertidumbre debido a que obras que se encuentran por plazo cercanas al dominio público podrían pasar a ser nuevamente obras de dominio privado perjudicando a particulares que tuvieran, en proceso de preparación y ejecución, proyectos vinculados a esas obras. Analizando las legislaciones, dependiendo el caso, podría ser que obras que se encontraban en dominio público regresaran a dominio privado. La ampliación progresiva de los plazos de protección condiciona el contenido del acervo que se considera de dominio público.

Según Valicenti, citando a Antequera, afirma que “el incremento de la expectativa de vida del hombre ha provocado un desfasaje que deja sin protección a los herederos del autor, sobre todo en casos en que el creador fallece prematuramente<sup>133</sup> y agrega “Por otra parte, se ha dicho que «un mayor plazo de protección estimula las inversiones», sobre todo en los casos en que los titulares del derecho de explotación son personas de existencia ideal (productoras audiovisuales o discográficas; grandes editoriales literarias; etc.)”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Valicenti, Ezequiel Andrés. La vigencia post mortem auctoris de los Derechos de Autor y su transmisión mortis causae. 2015.

<sup>134</sup> Valicenti, Ezequiel Andres. *ibidem*

En los Estados Unidos, en 1998, se modificó la *Copyright Act* de 1976 a través de la *Copyright Term Extension Act* (en adelante: CTEA). Esta ley aumentó la extensión de los plazos de protección de los derechos de autor a 95 años para cualquier obra que hubiera sido publicada entre los años 1923 y 1977. Bajo el imperio de la ley del '76 (junto con otras reglamentaciones) las obras se protegían por un plazo máximo de 50 años tras la muerte del autor o 75 años en los casos de obras consideradas de forma especial (obra anónima, obra seudónima y la obra contratada o corporativa). A partir de esa norma, los plazos son de 70 años desde la muerte del autor y para estas obras especiales el derecho de autor se fija en 95 años a partir del año de su primera publicación o de 120 años a partir del año de su creación, lo que venza primero<sup>135</sup>.

Se destaca como crítica, que esta norma dispuso la aplicación de los plazos ampliados tanto a los derechos de autor sobre obras existentes y como aquellos sobre obras futuras, ambos por igual. Esta ley ha sido objeto de análisis judicial en el caso *Eldred vs Ashcroft* en la cual se analizó la constitucionalidad de la *Copyright Term Extension Act*. La parte actora sostenía la razonabilidad de la norma en los términos de las futuras obras que se creen pero que constituía un exceso el extenderla a obras que ya hubieran sido creadas y alcanzadas por otros plazos de

---

<sup>135</sup> Estados Unidos, es una muestra más de la tendencia al aumento legislativo de los plazos. Si uno realiza una línea temporal del derecho de autor en ese país se encontrará que, en 1790, las obras eran protegidas por 14 años, renovables por igual periodo. Esa norma se modificó en 1831, ampliando el plazo a 28 años, renovables por 14 años. La siguiente modificación es en 1909, año en el cual se conservó el plazo de base de 28 años, pero se amplió el plazo de renovación a 28 años. Nos encontramos en 1976 con una nueva reforma, en este caso siguiendo estándares internacionales se otorgó una protección al autor que abarcaba su vida más un plazo adicional de 50 años en general y 75 años en obras especiales. Esta última norma es la que se modifica en 1998.

protección. La inclusión de obras ya existentes vulneraba, a su criterio, la cláusula de protección por tiempo limitado del copyright y la garantía de la libertad de expresión de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Las sucesivas sentencias hasta la Corte Suprema incluida concluyó que esta extensión de plazos se encuentra dentro de las facultades propias del Congreso y que, a su vez, no se obstaculiza la libertad de expresión ya que no se protegen hechos o ideas sino expresiones concretas y específicas sobre las cuales -incluso- se admiten determinados usos lícitos<sup>136</sup>. Con posterioridad, similar planteo se suscitó sobre la constitucionalidad de la aplicación de la Sección 514 de la *Uruguay Round Agreements Act* de 1994. En el caso *Golan vs. Holder*<sup>137</sup>, se discutió la extensión de los plazos y la reincorporación de obras al dominio privado. Al igual que en el caso *Eldred*, se decidió que tal consecuencia de la norma no atenta contra Constitución Nacional de los Estados Unidos.

Como otro efecto de la ampliación del plazo de protección, encontramos el caso de Uruguay que a través de la Ley 17616 modifico el plazo de 50 a 70 años con posterioridad al fallecimiento del autor. Así las cosas, las obras que al momento de la ley se encontraban en dominio público pero con la reforma debieran corresponder al dominio privado, pasaron automáticamente a dominio privado<sup>138</sup>. De esta forma,

---

<sup>136</sup> Eric Eldred, et al. contra John Ashcroft, general attorney (01-618) 2003.

<sup>137</sup> Lawrence Golan y col. v. Eric H. Holder, Jr., Fiscal General, et al. 565 US 302- 132 S. Ct. 873; 181 L. Ed. 2d 835

<sup>138</sup> Para más información, en la misma ley ver Art 7: Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley N 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años. Las obras y los derechos conexos protegidos por esta ley que se encontraran bajo el dominio público sin que hubiesen transcurrido los términos de protección previstos en la presente ley, volverán automáticamente al dominio privado, sin perjuicio de los derechos que hubieran adquirido terceros sobre las reproducciones de esas obras y derechos conexos durante el lapso en que las

esta ley logra generar efectos legales de forma retroactiva modificando el acervo que compone el dominio público de ese Estado.

Solución similar fue la introducida en el año 1997 en la Ley de Argentina como norma transitoria. En esta norma se prevé que las obras que se encontraren bajo el dominio público, sin que hubiesen transcurrido los términos de protección previstos en esa ley, volvieron automáticamente al dominio privado, sin perjuicio de los derechos que hubieran adquirido terceros sobre las reproducciones de esas obras hechas durante el lapso en que las mismas estuvieron bajo el dominio público (art 84 ley actual, incorporado por el art 1 Ley 24870)<sup>139</sup>.

En general, como ya lo he expresado, los suscriptores del Convenio de Berna acuerdan un mínimo de 50 años de protección; no obstante, una gran cantidad de legislaciones acuerdan un plazo de 70 años (por ejemplo, Australia<sup>140</sup> o los miembros de la Unión Europea - Directiva 2011/77/UE). Aun así, otros Estados

---

mismas estuvieron bajo el dominio público. El lapso durante el cual las obras a que se refiere el párrafo anterior hubieran estado en el dominio público, no será descontado de los cincuenta años. Este artículo se aplicará en lo pertinente a los artistas, intérpretes o ejecutantes.

<sup>139</sup> Por su parte, en su momento, la Ley 24249 (1993) establece que esa ampliación será de aplicación a aquellas obras cinematográficas que se consideren de dominio público sin que haya transcurrido el plazo de cincuenta años desde su primera publicación

<sup>140</sup> Un dato interesante a mencionar es que en Australia -y en los otros miembros del Commonwealth- Existe lo que se conoce como *Copyright Crown*; siendo estas reglas especiales para las obras realizadas por o para el Gobierno. En el Reino Unido, por ejemplo, las obras alcanzadas por este régimen de licenciadas bajo la modalidad *Open Government Licence*.

acuerdan plazos estándar de 60 años (por ejemplo, la India<sup>141</sup> y Venezuela) o plazos notoriamente más extensos, que llegan a los 100 años (por ejemplo, México)<sup>142</sup>.

### La territorialidad

La territorialidad es un aspecto a considerar en materia de dominio público. Las normas que lo definen varían en los diferentes estados. Como hemos indicado, los diferentes convenios internacionales acuerdan planos mínimos de protección no así plazos máximos.

En relación con esto, tenemos que considerar la armonización de las obras extranjeras para con la ley nacional y, por otro lado, la necesidad de redefinir el dominio público en consideración a la distribución y puesta a disposición de obras a través de INTERNET. Se entiende que, en este caso, el ejercicio de este derecho se basa en la ley de donde se quiere ejercer la protección de la obra.

En cuanto a la armonización de las normas para la protección de las obras extranjeras en Argentina, esta situación se encuentra prevista en la Ley de Propiedad Intelectual a través de los arts. 13 a 15. En primer lugar, es importante reseñar que excluye a las disposiciones de depósito del art 57. Asimismo, es una norma que vincula a la obra con la nacionalidad del autor y no con el lugar de

---

<sup>141</sup> En India la actual ley es del año 2012 y modifica la Ley De Derechos De Autor, de 1957. Esta ley presenta particularidades ya que la ley original se remonta a la época colonial del Imperio Británico. Esa normativa se aplica a las obras creadas antes de enero de 1958 cuando entro en vigencia la ley de 1957.

<sup>142</sup> Hay que tener en cuenta que los plazos referidos son los genéricos, existiendo plazos diferenciales dependiendo del tipo de obra que se analice.

publicación, registro o bien el domicilio del autor<sup>143</sup>. Independientemente de la nacionalidad del autor, el requisito es la existencia de un régimen de propiedad en ese Estado. La condición para gozar la protección es que el autor – según el art 14- acredite el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por las leyes del país en que se haya hecho la publicación.

En lo regulado como plazo de protección, la ley dispone que el tope de protección esta dado por la ley del lugar de publicación y si este fuese un plazo de protección superior al previsto en la ley local, este plazo actuará como tope. Así las cosas, si una obra proviene de México, donde el plazo de protección es de 100 años desde la muerte del autor<sup>144</sup>, el máximo protegido para la obra del nacional mexicano en Argentina será el determinado por el art 15 excluyendo el tope de México. Es importante destacar que -en nuestro ejemplo- el Convenio de Berna, que vincula a ambos Estados obliga a las partes a aplicar el principio de trato nacional<sup>145</sup>.

Hay que considerar en el análisis que, en adición el Convenio de Berna, esté establece que el plazo de protección será, en todos los casos, el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame. Sin embargo, la duración no

---

<sup>143</sup> En el sistema de normas de conflicto del Derecho Argentino no es un punto de conexión habitual el uso de la nacionalidad del sujeto. En general, en la ley argentina, para cuestiones inherente a la persona la conexión utilizada es la ley del domicilio de la persona y subsidiario a este su residencia habitual.

<sup>144</sup> Ley Federal del Derecho de Autor (DOF 23-07-2003 más su última Reforma DOF 24-01-2020).

<sup>145</sup> Uno de los tres principios que surgen del Convenio de Berna es el Trato Nacional: se entiende que las obras cuyo autor es nacional de un Estado Parte o que por primera vez se publicaron en un Estado Parte, deberán ser objeto de la misma protección que cada Estado concede a las obras de sus propios nacionales.

excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra, a menos que la legislación del país en el que se reclame la protección no disponga otra cosa.

Es preciso que el interesado en el uso de la obra entienda que está puede encontrarse en un Estado en dominio privado y en otro, ser parte del dominio público.

### La composición

En cuanto a la composición, quiero hacer referencia a cuáles son las obras que se encuentran incluidas en el dominio público y, por ende, su explotación está liberada del pago de compensaciones económicas. La complejidad de determinar el alcance y contenido del dominio público radica en la comunión de las dos características.

La variedad de normas, plazos de vigencia, interpretaciones de las normas por cada Estado hace engorrosa y compleja la tarea de analizar la conveniencia o no de distribuir o utilizar una determinada obra. No sólo por la dificultad que implica el computo de los plazos sino por las diferentes inequidades que estos plazos heterogéneos generan. En sí, las frecuentes extensiones de los plazos y las interpretaciones judiciales sobre la protección de los diferentes Estados hacen cada vez más complejo a la persona el acceder a las obras de dominio público.

Por ejemplo, las obras de Virginia Woolf (25 de enero de 1882 - 28 de marzo de 1941) se encuentran en dominio público en el Reino Unido desde 2011, siendo - incluso- su lugar de nacimiento y fallecimiento. En cambio, las obras de la autora no

pueden explotarse en España porque la ley de propiedad intelectual de ese país acuerda una protección de 80 años a los autores europeos fallecidos antes de 1987. Es decir, en España los derechos patrimoniales sobre obras cuyos autores hayan fallecido antes de diciembre de 1987, conservan el plazo de 80 años previstos por el régimen anterior al reformado (Ley del reinado de Alfonso XII de 1879). En este régimen, recién este año son disponibles las obras de Antonio Machado (1875-1939). Otro ejemplo que puede citarse es el de Federico García Lorca (1898- 1936), que recién desde 2016 puede explotarse en España mientras que en el resto de Europa la obra se encontraba disponible desde 2007.

Todo lo dicho no es una mera suma del cómputo de los plazos, sino que ha sido así considerado por el Tribunal Supremo<sup>146</sup> que puso fin al conflicto entre los herederos de G.K. Chesterton (1874- 1936) que actuaron a través de *The Royal Literary Fund* y la editorial española Enokia. En la sentencia, no siendo la primera que analiza los plazos de protección, el Tribunal Supremo entiende que, el art. 8 inc. 7 del Convenio de Berna debe ser interpretado de forma armonica, respetando el principio general de no discriminación propio de la Unión Europea<sup>147</sup>.

Retomando el ejemplo de Peter Pan, a través de la armonización de la normativa de la Unión Europea, esta obra volvió a dominio privado en 1995; plazo que se extendió hasta 2007 donde volvió a ser obra de dominio público con regalías

---

<sup>146</sup> Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil, Sección 1- núm. 177/2015, de 13 de abril.

<sup>147</sup> Pueden verse los casos: STJUE de 6 de junio de 2002, caso *La Bohème* (C-360/00), en que se cuestionó el reconocimiento de los derechos de autor en Alemania sobre la ópera de Puccini. Como así también el caso Phil Collins y otros, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 27) -1993.

acordadas salvo en España, cuya protección -por la referida ley- extendió el plazo hasta 2017. Esta obra, además, en Estados Unidos se vio beneficiada por la Ley de 1998 dado que fue publicada en 1928; razón por la cual recién en 2023 esta obra será de dominio público en territorio de los Estados Unidos; no así las adaptaciones que se hubieran hecho a posterior de la misma.

A más detalle se aporta un ejemplo local. Las obras de Roberto Alrt (1900- 1942), no son de libre disposición en España, son de libre disposición en el resto de Europa; mientras que en Argentina (lugar de nacimiento y fallecimiento del autor) la obra es parte del dominio público pero condicionada por el concepto de dominio público pagante. Así las cosas, el dominio público, se ha convertido en algo impreciso, mutable y de límites difusos; condicionando el derecho de la comunidad al uso libre de estas obras.

### **El dominio público pagante**

Se entiende por dominio público pagante el existente en aquellos Estados cuyas legislaciones prevén la obligación de abonar por el uso de las obras que se encuentran en condición de dominio público, aunque no deban solicitar para su explotación autorización al Estado.

Esta figura es, a mi entender, un limitante al disfrute y disposición de las obras en esta condición. El modelo del derecho de autor, como fue concebido, es -en sí mismo- el incentivo a la creación de nuevas obras. Entendemos que el dominio

público pago no solo condiciona el acceso, sino que establece para el mismo hecho una doble gratificación. La diferencia, es que en el primer caso el beneficio lo absorben quienes fueran herederos o derechohabientes y en el segundo caso el Estado. Nótese, que el incentivo al es percibido por autor durante su vida; y los demás son beneficios que se generaron para proteger a terceros<sup>148</sup>.

Los primeros vestigios de la idea de dominio público pagante pueden ser ubicados a finales del siglo XIX (1878). En ese entonces, el escritor Victor Hugo presidió el Congreso sobre Protección de la Propiedad Literaria en el marco de la Exposición Universal de Paris sobre Agricultura, Arte e Industria. Si bien no lo expresó como una idea clara y en ánimo legislativo, algunos estudios indican que sugirió la posibilidad de cobrar un canon a herederos o cesionarios de los derechos de autor con ánimo de crear un fondo capaz de incentivar a nuevos artistas<sup>149</sup>. Opinión que también comparte Harvey, en 1977 al afirmar que la figura del dominio público pago fue “ardorosamente defendida desde el siglo XIX en Europa, uno de cuyos principales abogados fue Victor Hugo”<sup>150</sup>.

No obstante, es importante aclarar que no es una opinión univoca. A criterio de Marzetti la intención del reconocido escritor no fue la referida por Lipszyc sino al contrario. Para Victor Hugo, “la función del dominio público era justamente la de conciliar ese orden tripartito de derechos. Así, el autor tendría derechos ilimitados

---

<sup>148</sup> Puede rastrearse en la Directiva 93/98/CEE que, entre los fundamentos para ampliar los plazos de protección del derecho de autor, estaba el compensar los efectos de las guerras mundiales sobre la explotación de las obras.

<sup>149</sup> Lipszyc, Delia. Panorama del dominio público oneroso (o «pagante») en materia de derecho de autor. Utilidad, incomprensión y resistencia. Anu. dominic. prop. intelect. 2016

<sup>150</sup> Harvey, Edwin R. La Política cultural en Argentina. 1977 ISBN: 92-3-301547-5

sobre su obra exclusivamente durante su vida (no concebía derechos de autor *post mortem auctoris*). Luego de fallecido el autor, cualquier persona podría editar sus obras libremente, debiendo por ello pagar sólo una contribución en favor de sus herederos (*redevance perpetuelle*)<sup>151</sup>.

Específicamente, en cuanto al dominio público pagante u oneroso; según Harvey, esto sería “el producto de los derechos recibidos por dicha utilización del patrimonio artístico, literario e intelectual de la humanidad dentro del país por la vía de su redistribución a cargo del Fondo Nacional de las Artes se constituye en el recurso más genuino de apoyo y financiamiento de la creación cultural actual y presente. De allí su trascendencia social e institucional”<sup>152</sup>. Según Lipszyc, “el panorama de la evolución y vigencia actual del dominio público oneroso en materia de derecho de autor [...] revela que la institución puede ser muy útil y que cuenta con importantes adhesiones, pero que, en los hechos, despierta un considerable rechazo, muchas veces justificado por la incorrecta estructuración de la norma legal (por ejemplo, cuando se somete el uso a previa autorización del Estado)”<sup>153</sup>.

En cuando a la naturaleza jurídica de esta institución pueden rastrearse, en principio, dos corrientes. Por un lado, como una prolongación del derecho de autor o bien, como una figura de carácter fiscal o gravamen cultural<sup>154</sup>. Lo cierto es que

---

<sup>151</sup> Marzetti, Maximiliano. ¿Es eficiente el dominio público pagante argentino? Una aproximación desde el análisis económico del derecho.

<sup>152</sup> Harvey, Edwin R. *financiamiento del desarrollo cultural*. Disponible EN: <http://unesdoc.unesco.org>

<sup>153</sup> Lipszyc, Delia. *Op-cit*.

<sup>154</sup> Mouchet, Carlos. *El dominio público pagante en materia de uso de obras intelectuales*. Fondo Nacional de las Artes. Buenos Aires, 1970

fue una figura que atrajo bastante interés en el periodo de las grandes guerras pero que fue limitándose en la segunda parte del siglo XX<sup>155</sup>.

Independientemente de estas teorías, el uso de las obras en dominio público se puede dar de dos maneras. Los sistemas de libre uso, en donde no se requiere autorización del Estado para usar las obras intelectuales, pero si se debe abonar el tributo correspondiente a su uso (así es el caso de Argentina). Aunque, también existen los sistemas de uso restrictivo. En éstos, el uso de las obras en dominio público depende de la autorización dada por entidades estatales específicas o técnicas en la materia; en su momento, Bulgaria y Argelia seguían esta corriente.

Alguno de estos sistemas admite limitaciones en el tiempo; como en el caso del derecho frances, que limitaba temporalmente las obras que eran alcanzadas por esta figura; o bien sin limitación temporal, como en nuestro caso. En este sentido, sólo el hecho de estar en dominio público implica estar alcanzado por el tributo sin otra consideración.

Algunos autores como Resse han investigado aspectos del dominio público y del dominio público pagante en relación con alguna faceta de la cultura en particular; en el caso la posibilidad de fotografiar pinturas que se encuentren en dominio

---

<sup>155</sup> Durante el siglo XX varios Estados han debatido la posibilidad de incorporar a sus legislaciones la noción de una modalidad de dominio público pago (dominio público pagante u oneroso). Hacia la década de 1950 al menos cinco Estados, contaban con legislaciones de esta índole. Uruguay (1937), Bulgaria (1939), Brasil (1973/1983), México (1963/1991), Argentina (1958), Italia (1941), Rumania (1946), Yugoslavia (1946), Bolivia (1992). También funciona en la antigua Checoslovaquia (1926), Hungría (1969), España (en diferentes momentos desde 1937 a 1955), Francia (1920), Portugal (1982/1982), Polonia (1935), Cuba (1977), Chile (1937-1970/1992), Costa Rica (1982/1983), Ecuador (1974/1984), Belgica (1921), entre otros.

público<sup>156</sup>. Otros han investigado la figura del dominio público en el entorno digital. En este sentido, se han presentado reportes sobre el tema en nombre del proyecto europeo COMMUNIA<sup>157</sup>.

Lipszyc, sobre la actualidad de este sistema, considera que la mayoría de los países europeos ha derogado los sistemas de dominio público pagante. En algunos –como Italia– tuvo larga duración (desde 1941 hasta 1997) mientras que en Portugal sólo estuvo vigente durante dos años (desde 1980 hasta 1982). Al 2015, se mantiene en Croacia y en Hungría, aunque limitado a determinadas categorías de creaciones. En Croacia se aplica a las creaciones literarias y artísticas del folclore en su forma original y en Hungría se establece la obligación cuando se trata de la venta de una obra de arte a través de un comerciante, quedando excluidos los museos<sup>158</sup>.

En cuanto a los países latinoamericanos, en “algunos fue derogado (como en Brasil en 1983, en Chile en 1992, en Costa Rica en 1983 –es decir, al año siguiente de su adopción– y en México en 1993, con efectos a partir del 1 de enero de 1994); en otros se mantiene en la ley, pero sin funcionamiento en la práctica (como en Bolivia y Paraguay) y en otros ha dado muy buenos resultados (especialmente en Argentina y Uruguay)”<sup>159</sup>. En tanto, Marzetti considera que “la mayoría de los países no tienen un impuesto similar. Los países que lo tuvieron lo abolieron por considerarlo un

---

<sup>156</sup> Reese, Anthony. *Photographs of public domain paintings*. The Journal of corporation law. V. 34:4, 2009

<sup>157</sup> COMMUNIA ayuda en el análisis, debate y discurso general sobre el dominio público en el entorno digital, es una iniciativa financiera por *eContentplus* de la UE. Para más información, se sugiere visitar el sitio web: <http://communia-project.eu>

<sup>158</sup> Lipszyc, Delia. Op-cit.

<sup>159</sup> Lipszyc, Delia. Op-cit.

obstáculo innecesario a la diseminación de la cultura, a la vez que costoso e ineficiente. Por ejemplo, Italia en 1996, Francia en 1976 y Portugal en 1980”<sup>160</sup>.

### **La relación entre dominio público pagante y derecho de autor: el caso de Argentina.**

Como se ha adelantado, en Argentina el acceso a las obras que se encuentran en dominio público está condicionado al pago de un gravamen que sustituye el derecho de autor cuando hubieran transcurrido los plazos de protección previsto por la Ley de Propiedad Intelectual. Esto resulta un mecanismo por el cual se grava únicamente la explotación comercial<sup>161</sup> de las obras que por su condición se encuentran en dominio público en Argentina; siendo su pago un requisito excluyente si se decide su uso. Según la entidad, esta política pública se considera única y da

---

<sup>160</sup> Marzetti, Maximiliano. Análisis económico y reforma del Derecho de Autor: Para un debate ecuatoriano 2018

<sup>161</sup> El art 8 del Dec 6255/58 establece que se exceptúa del pago del derecho de autor de dominio público a los libros, publicaciones y textos de enseñanza primaria y secundaria que fuesen incluidos en los programas oficiales por los organismos competentes. No quedarían exentas, según la interpretación literal de la norma, el uso que el sistema educativo en sus niveles inicial y universitario pudieran realizar.

Aun así, volvemos a referirnos al Art. 6 de la Res.15850/77 el cual exceptúa: el uso de obras caídas en dominio público con fines exclusivamente culturales o didácticos en lugares con libre y gratuito acceso de público, de modo directo o indirecto, estará exceptuado del pago de derechos. Esta excepción comprende el uso de repertorio de obras de dominio público en radioemisoras y televisoras oficiales, municipales, universitarias y privadas en las que normal y permanentemente 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.

origen a un ciclo virtuoso que permite que las obras de los artistas de ayer financien a los de hoy<sup>162</sup>.

El dominio público pagante existe desde 1958, ocasión donde -durante el gobierno de Pedro Eugenio Aramburu<sup>163</sup>- se dicta el Decreto-Ley 1224/58. A través de este se crea el Fondo Nacional de las Artes (en adelante: FNA), organismo autárquico que tiene como objetivo desarrollar, salvaguardar, estimular y premiar las actividades artísticas y literarias en toda la República Argentina y, a su vez, la difusión en el extranjero. Para cumplir con estos objetivos puede: otorgar créditos a utilizar en el desarrollo de actividad artística, financiar certámenes y concursos, subvencionar exposiciones, brindar apoyo a través de becas, entre otros. Esta norma se complementa a través de la Res. 15850/77 del FNA, mediante la cual se aprueba el cuerpo legal sobre derechos de dominio público pagante y, a través de un anexo, se establece su planilla de aranceles<sup>164</sup>.

Según el sitio web del FNA, se recauda por: 1) la ejecución pública de obras musicales de cualquier género transmitidas o difundidas por radiotelefonía y por televisión, ya sea directamente o reproducidas por cualquier medio conocido o a conocerse<sup>165</sup>; y 2) se recauda por la edición de obras literarias, musicales y

---

<sup>162</sup> Para más información ver: <https://fnartes.gob.ar/como-nos-financiamos>

<sup>163</sup> El referido Decreto-Ley se dicta pocos meses antes de que Aramburu finalice su mandato (1 de mayo de 1958). Fue convalidado, sin un debate en el Congreso Nacional sobre la oportunidad y conveniencia de conservar ese régimen; así las cosas, el gobierno posterior lo validó a través del art. 1 de la Ley 14467 promulgada el 23 septiembre de 1958. A su vez, el Decreto Ley fue modificado por la Ley 23382 (1986)

<sup>164</sup> El marco regulatorio se complementa con: el Decreto 6255/58 de carácter reglamentario, el Decreto-Ley 6066/58 y, en su aspecto fiscal por la Ley 11683 y modificatorias.

<sup>165</sup> Se entiende por ejecución pública aquella que se efectúe -cualquiera que fueren los fines de esta- en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun dentro de éste, cuando la

científicas, láminas, fotografías, diapositivas con reproducción de obras pictóricas, escultóricas, dibujos y/o mapas, caídas en Dominio Público Pagante. La edición supone la reproducción de una obra mediante la fabricación de ejemplares o copias de esta.

En ocasión de una nota en el diario La Nación, Constanza Bertolini<sup>166</sup> realizó una nota-informe sobre el funcionamiento del FNA. En ella describe a la entidad como un banco para artistas y se mencionan las virtudes; que, a criterio de la autora, este organismo otorga<sup>167</sup>. Conforme la infografía que presenta para el 2016 el fondo recibió \$ 140.848.467, del cual el 50% se corresponde con lo obtenido por el dominio público pagante (\$ 71.505.163,49) y se utilizó un total de \$ 61.520.467. En la infografía<sup>168</sup> no se aclara el destino de la diferencia recibida por el fondo que le otorga un total de \$ 79.328.000; según la memoria lo que no se gasta se invierte en un fondo de reserva (compuesto por Lebac, plazos fijos y bonos).

Según el FNA, los ingresos –conformados por el Dominio Público Pagante, las tasas fijadas por la Ley N 11723 y otros– crecieron 94% respecto de 2015.

---

ejecución sea proyectada o propalada al exterior. Se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por ejecutantes o por cantantes, así como también la que se realice por medios mecánicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces.

<sup>166</sup> Bertolini, Constanza. Sabuesos cultos: cómo recauda el Fondo Nacional de las Artes. LA NACION (Sección: cultura | arte). 27 de junio de 2017

<sup>167</sup> La única información oficial a la cual pudimos acceder fue la Memoria publicada por el FNA cuya última edición es 2017 y de las anteriores solo esta publicada la correspondiente a 2016.

<sup>168</sup> Vale la aclaración que los montos referidos en la infografía presentan mínimas diferencias con los que la entidad expone en su memoria 2017 al comparar lo obtenido en el periodo con el 2016. También, encontramos diferencias entre los montos y beneficiarios presentados por la autora y la memoria 2016 del FNA. Pero esto puede deberse a los meses de diferencia entre la nota y la presentación de la memoria.

Particularmente, la recaudación –compuesta solamente por los dos primeros ítems mencionados– aumentó 58,4% en el mismo período. Para lograrlo, pusieron en marcha diferentes iniciativas que se comparten a continuación.

Entre otras acciones, se adecuaron los aranceles para el cobro del Dominio Público Pagante de obras literarias, dramáticas, cinematográficas en circuito cerrado de TV y en cine; solicitaron a la AFIP la suscripción de un convenio de colaboración para obtener información relativa a las obras caídas en dominio público que se importan; y trabajaron con la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) en un proyecto de recaudación para el incremento de las tasas de inscripción de obras y demás trámites ante esa dirección<sup>169</sup>.

Del informe de Bertolini a lo presentado en la memoria del FNA resulta llamativo el trato dispensado al teatro. Mientras que en la nota se hace mención del Teatro Colon<sup>170</sup> como uno de los principales deudores en la memoria del FNA la disciplina teatro se encuentra entre las que más ha recaudado. Dicha memoria se refiere a La Traviata, ópera con música de Giuseppe Verdi, basada en la novela de Alejandro Dumas (h) y Macbeth de William Shakespeare<sup>171</sup>.

Se puede interpretar que lo reglado para el dominio público pagante se encuentra en una posible contraposición con lo regulado en la Constitución Nacional y los tratados que la complementan. Si bien, el aludido régimen, está en vigencia desde

---

<sup>169</sup> Memoria 2016 Fondo Nacional de las Artes.

<sup>170</sup> Para más información puede verse: 81.215/2016 "Fondo Nacional de las Artes C/GCBA y otro S/ ejecución fiscal". CNACAF Sala I 23/10/2018

<sup>171</sup> Memoria 2017 Fondo Nacional de las Artes.

la década del '60 con reforma de la Constitución de 1994 podría ser necesario repensar estas reglas a la luz de los compromisos internacionales que Argentina asumió. No encontramos sin embargo pedidos de inconstitucionalidad de las medidas que genera el régimen de dominio público pagante.

### La potencialidad de la era digital

Como ya se ha dicho, la propiedad intelectual genera un dominio atípico ya que está sujeto a un condicionante o componente de tiempo; justificamos este plazo *post mortem* en el hecho de querer maximizar los beneficios económicos que pudieran percibir los herederos del autor. Por el contrario, toda norma que permita una ampliación de los plazos o bien restricciones al acceso hace poner en duda si realmente se busca la promoción de la cultura y de su acceso.

A modo de referencia, podemos citar el caso de Pablo Picasso (1881- 1973) cuyas obras aún se encuentran en dominio privado. En 1997, su hijo - Claude Ruiz Picasso- presentó en el museo Reina Sofía una colección en CD-ROM con más de 600 obras de su padre. Incluyendo pinturas, música y narrativa<sup>172</sup>. Esa obra despertó un gran interés en la comunidad europea quienes adquirieron una copia de la misma. En esa época la sociedad que gestionaba los derechos sobre las obras de Picasso recaudo el equivalente a los 2 millones de euros.

---

<sup>172</sup> Jarque, Fietta. La entidad que gestiona los derechos de autor de Picasso recauda 300 millones al año. Diario EL PAIS. Sección: Cultura. 2 de abril de 1997

Hoy, casi 23 años después, esa misma gestión de derechos podría llevarse a cabo a través de una muestra digitalizada en INTERNET<sup>173</sup>. La diferencia es que ese patrimonio, digitalizado y preservado a través de la memoria digital podría estar accesible sin limitaciones territoriales y formando parte de un acervo (actualmente privado) que cuando ingrese al dominio público se facilitarían la preservación de éste y la accesibilidad. El soporte original, pudo haberse rayado, perdido o haber devenido inútil por otras muchas razones. La preservación a través de técnicas digitales, en soportes de nube favorece a que esto no suceda.

Para las obras que se encuentran en dominio privado, la gestión de derechos digitales (*Digital Rights Management*), presume una serie de herramientas legales y tecnológicas que permiten la generación y distribución del contenido con medidas anticopia. Los llamados *Digital Rights Management*<sup>174</sup> (en adelante: DRM), proporcionan la tecnología que se usa para limitar o restringir el acceso a contenidos digitales a personas que no cuenten con autorización.

La posibilidad de maximizar el acceso a la cultura toma relevancia cuando Argentina ha asumido los compromisos a nivel internacional que se reseñan en el capítulo I. No se trata de quitar del dominio privado las obras que detentan derechos en favor de sus titulares, sino ampliar y robustecer el patrimonio de la sociedad a través de un dominio público cierto y estable. Un dominio público pensado, disponible y

---

<sup>173</sup> Actualmente, el Museo Picasso tiene representaciones de las obras del autor disponibles en su sitio web.

<sup>174</sup> Cuestionados por algunas asociaciones tales como *Free Software Foundation* presentan serias reservas sobre su uso por considerarlos mecanismos de generación de políticas anticompetitivas; entre otras cosas.

optimizado para su acceso es el punto de equilibrio entre el dominio privado y el derecho a la cultura y a su acceso.

En la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Ginebra: 2003, Túnez: 2005) fundamentada en la declaración del Milenio de las Naciones Unidas (acordada en 2000) se declararon diversos principios entre los cuales destacamos los relacionados a los principios fundamentales de una Sociedad de la Información para todos.

Sobre el acceso a la información y al conocimiento, la declaración dice que “un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información, ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. La información del dominio público debe ser fácilmente accesible en apoyo de la Sociedad de la Información, y debe estar protegida de toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las instituciones públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario, para promover la preservación de las constancias documentales y el acceso libre y equitativo a la información”<sup>175</sup>.

En este sentido, el dominio público es un factor clave para cumplir con compromisos nacionales e internacionales que Argentina asumió en relación con esta materia. El

---

<sup>175</sup> Declaración de Principios - Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio.

Punto B. Una Sociedad de la Información para todos: principios fundamentales.

Subpunto B3. Acceso a la información y al conocimiento (punteo 24 a 28)

Subpunto B8. Diversidad e identidad culturales, diversidad lingüística y contenido local (punteo 52 a 54)

dominio público debe estar limitado con pautas que permitan a las generaciones futuras aprovecharlo. La extensión retroactiva de los plazos de protección son una medida de impacto negativo en la conformación del dominio público de un Estado.

Siguiendo la línea de lo trabajado hasta el momento, hacemos propia la idea de Lessig al afirmar que “desde 1790 a 1978, el plazo medio del *copyright* nunca fue más de treinta y dos años, lo cual significaba que la mayoría de la cultura que tuviera apenas una generación y media era libre para que cualquiera se basara en ella sin necesitar permiso de nadie”<sup>176</sup>.

Pensando en que favorece el dominio público a las generaciones futuras podemos hacer algunas consideraciones. En primer lugar, favorece la creación de nuevos conocimientos (se tienen acceso a hechos, teorías, datos). En segundo lugar, permite el acceso y uso de las obras sin la necesidad de generar contratos de licencias o bien pagar regalías. En este punto, consideramos que el dominio público pagante proyecta un efecto negativo en el desarrollo cultural. En tercer lugar, promueve la educación, sobre todo gracias a los procesos de difusión de la información a través de medios digitales. En cuarto lugar, promueve el sentido crítico y fomenta el desarrollo de la libre expresión.

Reglas claras de vigencia de los derechos de autor evita procesos judiciales no sólo costosos, sino que generan inseguridad a la hora de decidir si se usa o no una determinada obra. En 2015, se llevó adelante en Los Angeles un proceso judicial por los derechos de autor devenidos del uso de la canción conocida como *Happy*

---

<sup>176</sup> Lessig, Lawrence. Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and creativity.

*Birthday to You*. Según la sentencia, en 1893 las hermanas Hill compusieron una canción que se llamaría *Good morning to all*. Una de las hermanas se atribuyó posteriormente reversionar la canción a la que actualmente se conoce. La empresa Clayton F. Summy Co adquirió en 1935, los derechos sobre la melodía y sobre los arreglos de piano basados en esa misma melodía, pero no sobre la letra. La empresa Summy Co luego fue absorbida por Birch Tree y ésta fue adquirida por Warner-Chappell en 1988. Finalmente, llega a la justicia donde es declarada de dominio público<sup>177</sup>.

Parece una solución obvia, pero en Argentina declarar que el feliz cumpleaños es dominio público implica que su uso en una película, documental o publicidad; entre otros muchos posibles sea susceptible del pago de gravamen al dominio público. En la nota que Bertolini publica en La Nación, en dialogo con personal del FNA, se hace referencia al villancico Noche de Paz. El relato indica: "Era 24 de diciembre. [...] 'Uno de nuestros directores, Javier Negri, que es especialista en derechos de arte, había escuchado Noche de paz en un jingle publicitario de Sertal. El villancico cantaba «Noche de pan, algo de alcohol» -recuerdan en las oficinas de la calle Alsina-. Es una adaptación, le dije enseguida a Mariana, y le pregunté si habían pagado.' [...] A las tres horas ya estaba detectado el caso, pero no es tan sencillo: hay diez títulos como Noche de paz y hay que saber cuál es el que están tocando y si corresponde al dominio público o no."<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Good Morning to You Productions v. Warner/Chappell Music. 2016

<sup>178</sup> Bertolini, Constanza. *Op-cit*

Como éste, la nota reseña otros dos casos. Por un lado “un dulce de membrillo que por años usó la imagen de La Gioconda en su envase (es el caso que paga el arancel más alto, del 3% de su precio de venta al público, por tratarse de un producto)”<sup>179</sup> Por otro lado, “la representación de El cascanueces en el Teatro Colón. Argentores recaudaría por derechos de autor y enviaría el 100% al FNA si se tratara de la versión original del clásico, con música de Chaikovski y coreografía de Petipa, ambos en dominio público; pero repartiría entre el Fondo (por la música) y la Fundación Nureyev (por la coreografía), en la versión que se verá en diciembre próximo”<sup>180</sup>.

En este sentido, pensar en esta modalidad de dominio público es -de alguna forma- limitar la faz creativa de las personas y condicionarlas a sólo poder aprovechar aquello que explote quien tenga los recursos para hacerlo. Las creaciones intelectuales reflejan la identidad cultural de los pueblos y hay que valorarlas en su potencial educativo, artístico, científico e histórico.

Al uso de iconos culturales como la Gioconda, la Torre Eiffel, el Feliz Cumpleaños, Lo que el viento se llevó, la puesta en escena del Mago de Oz; entre muchos otros han sufrido las sentencias judiciales que han reinterpretado las reglas de extensión del plazo de protección de los derechos de autor. Se les adiciona, en Argentina, el desafío de su uso con posterioridad a la pérdida de los derechos de autor.

Es importante entender que la prolongación de los plazos de protección no sólo hace inaccesibles a las obras en un sentido jurídico; sino que muchas de ellas

---

<sup>179</sup> Bertolini, Constanza. *ibidem*

<sup>180</sup> Bertolini, Constanza. *ibidem*

(haciendo foco en la filmografía y la fotografía) muchas veces se ven deterioradas o bien dejan de existir por su no preservación. Otras obras, por su antigüedad, solo se encuentran en colecciones privadas (por ejemplo, primeros ejemplares de libros) y de a poco, cada una de ellas, queda excluida del acervo cultural.

En 2008, en Chile se llevó adelante una discusión parlamentaria, que, entre otras cosas, proponía algunas consideraciones sobre el derecho de autor y la tecnología digital. En ese entonces, Navarro Brain<sup>181</sup> defendió que “todo lo que conlleve proteger los derechos de autor -individualidad, creatividad- tiene que adaptarse al ritmo de la modernidad. [...] Lo que queremos ahora es, adaptando las nuevas tecnologías, establecer también una legítima defensa del derecho a lo público. [...] Respecto de la protección del dominio público, pienso que el Senado debe profundizar en dos elementos que el proyecto no abarca o respecto de los cuales lo hace de manera débil. El primero consiste en dejar establecido de manera clara que las obras financiadas con fondos del erario o creadas por funcionarios del Estado deben ser de dominio público. Este último se encuentra conformado por aquellas que pueden ser usadas libremente por las personas, sin requerir autorización ni mediar un pago de remuneración, pues los derechos han vencido o caducado, como las de Beethoven -tal como aquí se señaló-, de Chopin, o la tradición mitológica de Chiloé. El segundo elemento que se debe considerar es el relativo a las obras cuyo titular fallece sin tener herederos forzosos”<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Navarro Brain, Alejandro. En el Acta de Sesiones del Senado 355- Sesión 85- 22 de enero de 2008.

<sup>182</sup> En su disertación Navarro incluye una referencia a las obras financiadas por el Fondo de Artes de Chile: “es preciso determinar en forma nítida que dentro del tipo de obras que ingresan al dominio

La postura del senador deja en claro el retiro del Estado de cualquier gestión que implique autorizar o percibir un ingreso por las obras en esta condición. Compartimos su visión y la entendemos en el contexto de lo explicado por Marzetti “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”<sup>183</sup>.

Cabe señalar que las legislaciones que versan sobre propiedad intelectual están comenzando a incluir en sus reglas normas para la gestión de derechos en la era digital. Un ejemplo viable es el trabajo que lleva adelante la Unión Europea en este sentido. Desde mayo del 2015 hasta julio de 2019, llevó adelante una serie de proyectos tendientes a la inclusión digital<sup>184</sup>.

El siglo XXI trajo la oportunidad de fomentar no sólo nuevas formas de creación de obras a través de la tecnología sino de preservar los bienes culturales en favor de toda la humanidad y así dar cumplimiento a los diferentes convenios internacionales de protección de Derechos Humanos. Las obras integran la cultura de los pueblos

---

público se encuentran también las producidas por el Estado. No veo a este imponiendo licencias por aquellas que son producto de recursos públicos, asunto sobre el cual se debe discutir. Si se financian obras a través del FONDART, por ejemplo, es preciso llegar a un acuerdo razonable al respecto, pues allí se emplean fondos de esa índole”.

<sup>183</sup> Marzetti, Maximiliano. Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina.

<sup>184</sup> Diversas reuniones, proyectos y directivas que abarcan desde un Mercado único digital hasta aspectos audiovisuales, las prioridades del mercado único digital, la reforma de la protección de datos, el acceso gratuito a Internet en lugares públicos, las nuevas normas sobre portabilidad de los servicios digitales, el portal digital único, un mejor acceso transfronterizo a los contenidos en línea y la reforma de los derechos de autor para la era digital.

y en su diversidad se acrecienta. De cierta manera, aunque así no lo reconoce el Derecho Argentino forman parte del patrimonio de toda la humanidad. Es importante reforzar la cooperación internacional con el objeto de diagnosticar, preservar y distribuir esos logros de la actividad creadora del individuo.

Hace poco más de un siglo un nuevo tipo de obra de arte surgió y se convirtió en este siglo en una industria cultural propia y solvente. Aun así, “el patrimonio cinematográfico mundial está gravemente amputado; y lo que queda de él amenazado. [...] tres cuartas partes -se calcula que un 80% del cine mudo ya es invisible, y una buena parte del sonoro de los años treinta y cuarenta, inaudible además de invisible- del material rodado hasta 1955 ha desaparecido o sobrevive dañado, pues los filmes que no se incendiaron han borrado o deteriorado sus imágenes, y los que sobreviven están amenazados si no se toman medidas para su fijación y conservación. Las películas son obras de arte cuya existencia -como las pinturas de un muro, de una tabla o de un lienzo- dependen del soporte químico que conocemos convencionalmente como celuloide: una materia frágil y perecedera”<sup>185</sup>

En 1965 hubo un importante incendio<sup>186</sup> en una de las bóvedas de la *Metro Goldwing Mayer*. Se perdieron muchísimas películas<sup>187</sup>, pero a posterior este

---

<sup>185</sup> Salanova Sánchez, Enrique Martínez. El celuloide en el cine. Soporte tradicional de las películas cinematográficas.

<sup>186</sup> En 1937 se incendió la bóveda de *Fox Film Corporation* provocando la pérdida de todo el material fílmico del estudio, que significó todo el cine mudo de la compañía hasta 1932.

<sup>187</sup> Entre las otras pérdidas en ese incendio se destaca *The Divine Woman* con Greta Garbo. En la actualidad solo pueden encontrarse breves fragmentos que fueron recuperados en internet, a través de plataformas como *YouTube*.

incendio motivó a la MGM a la preservación de sus copias y puesta a disposición del museo *George Eastman House* de Nueva York.

Una política de preservación de obras evitaría que este tipo de siniestros ocasionen lesiones irreversibles en el patrimonio artístico. En este caso no se trata sólo de difundir obras sino preservarlas de su extinción.

Un adecuado dominio público, no debería permitir que se presenten al público obras originales cuando no lo son; es decir, debe estar correctamente individualizada la obra original de las derivadas. Tampoco se debería fomentar el uso o conservación de obras de modo tal que constituya un daño a ese patrimonio; es decir las restricciones que se dispongan sobre el uso de la obra deben fundamentarse en el interés de preservarla. Por último, deben sancionarse las situaciones en las cuales se pretendan hacer valer derechos de autor sobre obras en dominio público; esto tiene sanción en algunas legislaciones y se lo reconoce como *copyfraud*<sup>188</sup>.

### El caso del Tango Argentino

Resulta interesante analizar brevemente el estado del tango argentino dentro del régimen de dominio público. Durante la presidencia de Carlos Menem, se dicta el decreto 1235/90, mediante el cual se crea la Académica Nacional del Tango<sup>189</sup>. En

---

<sup>188</sup> El *copyfraud* tiene sanción en la ley de propiedad intelectual de Australia y Estados Unidos. En sentido general, y de forma simplificada, se entiende que es un pedido o reclamo de *copyright* falso. Esta acción es llevada adelante una persona humana o jurídica y versa estrictamente sobre un bien que por su naturaleza o plazo está alcanzado por dominio público.

<sup>189</sup> Se la incorpora al régimen de academias creado por el Decreto-Ley 4362/55; a través de esa norma y sus modificatorias el Estado les brinda a las Academias Nacionales contribución del Estado, que anualmente

su momento, el entonces presidente entendió que el tango, como parte de la cultura de Argentina debía ser estudiado, ordenado y salvado de posibles daños o destrucciones. Esto se refuerza con la Ley 24684, mediante la cual se declara al tango como parte del patrimonio cultural de la nación. En 2009 fue declarado Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO<sup>190</sup>.

En estos términos, sumados a otras normas que forman el plexo normativo aplicable al tango podríamos entender que es un interés del Estado preservarlo y difundirlo. Lamentablemente, las obras que se encuentran en dominio público son alcanzadas por el FNA y así lo expresa su página web: “es decir, una radio que pasa El día que me quieras, de Gardel y Le Pera debe abonar el gravamen, se trate de la canción original o de una versión”.

Resulta llamativo que el Estado manifieste interés nacional e internacional en la preservación y difusión de este arte; que cree una Academia la cual financia y que luego establezca restricciones. Si la Academia deseara fomentar la difusión del tango a través de compilaciones de música en formato original, subirlas a una plataforma web para que sean accesibles, se usen en la radio, en una película o en la televisión; se tenga que abonar al FNA por el uso de obras que se encuentran en dominio público<sup>191</sup>.

---

figurará en el presupuesto de la Nación, y que será destinada al pago de su personal administrativo y a la atención de los gastos de su funcionamiento, entre los cuales una parte deberá ser reservada a la impresión y distribución de sus publicaciones.

<sup>190</sup> En la década del '90. se establecieron diferentes estrategias con el fin de difundir, preservar y fomentar las expresiones culturales y los bienes vinculados a esta danza.

<sup>191</sup> Algunos tangos que están en dominio público: El Choclo, Volver, Sus ojos se cerraron, Mi Buenos Aires querido, entre otros.

Tomemos el ejemplo de la canción 'El día que me quieras'. Este reconocido tango fue compuesto por: Carlos Gardel (1887-1935) la música y por Alfredo Le Pera (1900-1935) la letra, aunque se le reconocen a Terig Tucci (1897-1973) sus arreglos musicales. La obra fue publicada en 1934, un año antes de que fallecieran Gardel y Le Pera en Colombia.

Al momento de fallecer, Argentina protegía derechos de autor por un plazo máximo de 30 años; siendo heredera de Gardel su madre, por un testamento que él dejó. A la muerte de su madre, los derechos pasaron a manos de Armando Delfino, quien fue su albacea. Delfino tuvo un conflicto con Francisco Canaro y José Razzano quienes obtuvieron los derechos y luego se los cedieron a Irineo Leguisamo. Finalmente, éste le cedió los derechos a Ramón Ortega quien los detentó hasta que las obras estuvieron en dominio público<sup>192</sup>. En el transcurso de este relato, la ley de propiedad intelectual amplió primero su plazo a 50 años y luego lo extendió a 70 años, tal como lo hemos descripto previamente.

En definitiva, en Argentina, El día que me quieras, entró en dominio público en 2005. Mientras que, en España, por recibir el trato de un nacional francés las obras entraron en dominio público en 2016. En México, en cambio, las obras aún están en dominio privado.

En una nota del Diario Clarín<sup>193</sup>, para aquel entonces Gardel (socio Nro. 2332 de SADAIC, con 142 obras en uso) ocupaba el puesto décimo quinto de recaudación

---

<sup>192</sup> Para más información puede consultarse, entre otras fuentes, <https://argentear.com/el-dia-que-me-quieras>

<sup>193</sup> Diario Clarín. A 64 años de la muerte de Carlos Gardel. El Mudo sigue dando ganancias. 24/06/1999

con un monto aproximado de 300 mil dólares al año (en esa época regía la convertibilidad peso-dólar). Salvo por El día que me quieras, la generalidad de los derechos sobre las otras obras de Gardel pertenecía a José Razzano (de quien es su hija heredera).

### **Conclusiones sobre el capítulo III.**

Es razonable la protección del derecho de autor durante toda la vida de la persona ya que a través de esta protección se preserva el interés que genera un incentivo a las nuevas creaciones. De buena manera se está compensando su labor, premiando su creatividad y, de alguna forma, propiciando el interés en continuar con las tareas creativas. De su protección puede derivar el incremento del acervo cultural. Sería razonable considerar si este sistema no puede mejorarse; por ejemplo, fomentar en los autores la posibilidad de renunciar a los derechos patrimoniales sobre sus obras cuando estas ya no representen beneficios económicos o ya no sean de su interés conservar esos derechos.

Es necesario pensar un enfoque del dominio público que se adapte a la gestión del conocimiento, a la promoción de proyectos tecnológicos y a la creación de nuevas manifestaciones artísticas.

La temporalidad de la protección del derecho de autor presenta un aspecto algo más sensible. Por un lado, es un derecho nacido para el goce del autor sino generado por el trabajo del autor. Se entiende que los plazos acordados, por los tratados y las leyes, con posterioridad al fallecimiento del autor son en beneficio de

sus sucesores. El fundamento del por qué existen estos plazos se puede rastrear en la historia como el interés de proteger a los familiares de la persona fallecida. Así, en la Unión Europea (ex Comunidad Económica Europea cuando se dictaron varias de estas normas) los plazos se fueron acomodando y ampliando para contener la situación de desborde social, político y económico de las dos grandes guerras del siglo XX.

En Chile<sup>194</sup>, por ejemplo, la regulación de este tema incluía una particular cláusula que otorgaba la clásica protección *post mortem* con un plazo de 70 años. Lo novedoso es que, conforme ese art 10 en caso de que, al vencimiento de este plazo, existiere cónyuge o hijas solteras o viudas; o bien un cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, este plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes. En esta norma puede verse el interés tuitivo del plazo *post mortem* de protección de forma expresa y orientada a quien, a criterio del legislador, fuera el eslabón más débil frente a la sociedad y ante la falta del autor (en este caso su padre o su cónyuge).

Consideramos que la ampliación de los plazos, en las diferentes legislaciones, no debieran haberse planteado retroactivamente. En la armonía de encontrar un equilibrio entre el dominio público y el dominio privado, resulta razonable considerar que las obras existentes en el dominio público deben seguir perteneciendo al dominio público. En este contexto, irrisorias situaciones pudieron haberse prevenido

---

<sup>194</sup> En 1834, la protección que acordaba la ley chilena era de 5 años; este plazo se extiende en 1925 a 20 años; en 1950 alcanza un mínimo de 50 años y, finalmente, en 1970 llega a su plazo actual de 70 años.

en los tribunales y hubiera sido un contexto más armónico para los diferentes grupos de interés.

En los Estados Unidos, el *New York Times* publicó una noticia con motivo de la de la jurisprudencia que cuestiona la *Copyright Term Extension Act*. En esa oportunidad, manifestó que “la decisión de la Corte Suprema hace probable que estemos viendo el comienzo del fin del dominio público y el nacimiento de la perpetuidad de los derechos de autor. El dominio público ha sido un gran experimento, uno al que no se le debe permitir morir. La capacidad de aprovechar libremente toda la producción creativa de la humanidad es una de las razones por las que vivimos en una época de fermento creativo tan fructífero”<sup>195</sup>.

La extensión de esos plazos a principios y mediados del S.XX se justificó en la adaptación de éstos a los estándares propuestos por los convenios internacionales. En la actualidad, la mayoría de ellos establecen plazos de protección superiores al Convenio de Berna. Podría pensarse que dicha normativa, o la que rija en el futuro, no sólo acuerde plazos mínimos, sino que determine plazos máximos de protección.

Comparto la opinión que “el dominio público consiste en un vasto depósito de obras e ideas creativas que se encuentran a disposición del uso y consumo de todos. De él forman parte tanto las obras cuyo período de vigencia de derechos de autor ha expirado como las historias y mitos que se remontan a tiempos anteriores a la aparición de los modernos derechos de autor. Además, incluye materiales

---

<sup>195</sup> Nota de opinión: The Supreme Court Docket; La llegada de la perpetuidad del copyright. Sección A, página 28. 16 de enero de 2003

aportados gratuitamente por sus autores, como es el caso de ciertos tipos de licencias de *Creative Commons*<sup>196</sup>.

Es importante destacar que la carencia de un concepto único del alcance del dominio público hace más difícil su protección. Los principales obstáculos para determinar qué obras deben ser incluidas en el dominio público son: la existencia de plazos de protección diferentes en cada Estado. Esto genera que si quisiéramos aprovechar INTERNET para la difusión de las obras nos enfrentaríamos a la necesidad de brindar tratamiento específico a cada obra y por cada lugar donde se permita la accesibilidad de ese contenido; ya que una obra podría estar en dominio público en un Estado y no en otros.

La no previsión de un régimen jurídico específico y, por el contrario, el complejo entramado normativo existente en materia de derecho de autor; revela el sentido o interés que el tema genera a nivel de políticas públicas. La ausencia de estas normas proporciona mayor complejidad a la hora de armonizar soluciones. En el seno de la OMPI, producto de las recomendaciones 16 y 20 de la agenda para el Desarrollo, se dispuso: “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” (Recomendación 16) y 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

---

<sup>196</sup> Erickson, Kristofer. Generar valor a partir del dominio público. Revista OMPI 2015

interesados a determinar los contenidos que han pasado a ser de dominio público en sus respectivas jurisdicciones” (Recomendación 20)”<sup>197</sup>.

El dominio público pagante constituye una limitación a la capacidad de acceder, promover y distribuir contenidos que por el plazo del tiempo se encuentran en dominio público. En algunos casos, aún con mayor capacidad restrictiva, el uso de las obras depende de una previa autorización. El dominio público pagante funciona como una restricción para que las personas puedan conocer obras y sobre ellas articular nuevas ideas y creaciones.

Este contexto, destaco la aplicación de este régimen en un sentido amplio: tanto a obras nacionales como a extranjeras. Esto es coherente con el principio de trato nacional y el carácter -universal- que la creación autoral impone. Aun así, es importante considerar que cada obra debe analizarse en el contexto del Estado donde se pretende hacer valer su protección.

La principal crítica que brinda esta generalidad es el fundamento por el cual el Estado Argentino podría percibir un gravamen por obras que no se corresponden con autores locales, o nunca se presentaron en Argentina o bien son preexistentes al Estado Argentino. En función de las normas que hemos reseñado hasta el momento creemos importante que el Estado asuma el compromiso de robustecer el dominio público y generar políticas públicas tendientes a mejorar su accesibilidad.

---

<sup>197</sup> Para más información, se sugiere la visita del sitio web de OMPI:  
[https://www.wipo.int/copyright/es/activities/public\\_domain.html](https://www.wipo.int/copyright/es/activities/public_domain.html)

Asumiendo la situación del régimen actual resulta imperioso realizar un relevamiento del dominio público argentino para entender cuales obras son las alcanzadas por el dominio público pagante.

En adición a esto, es imprescindible que la información relacionada a la percepción y destino de estos fondos sean de acceso público irrestricto; esto satisface el compromiso asumido a través de la sanción de la Ley de Acceso a la Información Pública<sup>198</sup>. Esta establece que todos los poderes del Estado nacional, así como diversos organismos públicos y privados deben garantizar el derecho de acceso a la información pública; entre ellos englobamos al FNA.

Es importante que los estados adecuen su normativa y se establezcan políticas públicas para la promoción de los proyectos que favorezcan la digitalización de las obras cuidando y ampliando el acervo cultural existente. Las obras digitalizadas podrán ser comunicadas y puestas a disposición de la comunidad de forma inmediata, llegando a un número ilimitado de personas; con el agregado que el destinatario de esta información tendrá una copia idéntica sin que el emisor o creador del archivo digital pierda o se desprenda de su ejemplar. Esta herramienta podría ser especialmente útil en el caso de bibliotecas, archivos y museos.

La digitalización implica una reproducción (copiar) un objeto que ya existe a través de un proceso digital (por ejemplo, a través de la fotografía o bien escaneando la obra). La finalidad por la cual llevamos adelante esta tarea es lograr la

---

<sup>198</sup> Ley 27275 mediante la cual se puede solicitar el acceso para conocer y utilizar la información y los datos que se generan, obtienen, transforman, controlan o cuidan los organismos del Estado y empresas indicados en la ley.

representación más fiel posible de la obra para generar su preservación. El banco de datos creado a partir de la digitalización es el que va a permitir mejorar el acceso a las obras que componen esa memoria o archivo digital.

La digitalización del dominio público evitará a futuro que las obras se pierdan en colecciones privadas y se extingan de la historia. Considerando los amplios plazos de protección de normativas como la de Estados Unidos o México, obras que recién ahora se están integrando al dominio público pudieron haberse desintegrado (por ejemplo, cintas de video o grabaciones)<sup>199</sup>.

Para lograrlo es necesario que se repense el sistema de protección del derecho de autor a nivel internacional. Como el Convenio de Berna cumplió una funcionalidad en el S. XX; es necesario adecuarlo a la realidad del Siglo XXI, esto podrá implicar que se establezcan plazos máximos de protección. El establecer estos plazos obligan a reflexionar cuál es el plazo ideal de protección de una obra.

Se deberá pensar el surgimiento o la ampliación de nuevas industrias. Que la obra esté en dominio público no significa que sobre ellas no puedan generarse servicios que persigan un rédito económico y mejoren la experiencia del usuario de estos bienes culturales. Por ejemplo, en INTERNET podemos encontrar copias de libros clásicos pero que lamentablemente no son buenas digitalizaciones; por su calidad, por tener malas traducciones, por no ser versiones finales, etc. Este espacio podría ser cubierto por emprendimientos que busquen ofrecer obras de buena calidad.

---

<sup>199</sup> Según el *Center for the Study of the Public Domain*, muchas películas mudas fueron destruidas intencionalmente por su carente valor, mientras que otras ya no existen porque han sido víctimas de siniestros o porque se han desintegrado; citan de ejemplo: el debut de Clark Gable en *White Man*.

Es cierto que este nivel de normas deseado debería atender a las necesidades de cada tipo de obra pudiendo no ser óptima una regulación que unifique el tratamiento y los plazos de protección del derecho de autor para todas las obras por igual. Es una decisión ambiciosa, pero puede llevar a soluciones más óptimas en términos de la defensa de los intereses de las partes involucradas (la sociedad, el autor, las entidades de gestión y el Estado -entre otros posibles dependiendo la obra).

De modo alguno se busca derogar los regímenes de protección de derecho de autor sino rever las reglas de cara a un nuevo siglo. El dominio público no nace de forma automática y sin los matices de la especialidad de cada obra. El eje de discusión debiera estar centrado en la preservación de la obra, los derechos morales de su autor y los derechos culturales de la sociedad como beneficiaria de este régimen de dominio público. Tenemos que considerar que el cambio de formato no debiera permitir generar nuevos derechos sobre la obra resultante, ya que carece ésta de originalidad. No se debería permitir reivindicar nuevos derechos por las versiones digitales.

Por último, no se busca fomentar políticas que vulneren regímenes de propiedad intelectual sino adecuar y revalorizar en el mercado y en la sociedad el patrimonio que ha perdido la protección de la ley.

## **Conclusiones**

En virtud de lo trabajado hasta entonces y repasando algunos aspectos de las reflexiones que fuimos presentando para cada capítulo, nos encontramos en condiciones de presentar conclusiones generales a este trabajo, recomendaciones y posibles líneas de investigación que surgen a futuro.

Durante la investigación, el mayor inconveniente fue relevar información cuantitativa, tanto histórica como actual, de los temas abordados; en caso de poder acceder a esta información podría realizarse un nuevo trabajo desde la percepción económica y/o tributaria. Otra posible línea de investigación podría ser profundizar en el alcance del dominio público y el mérito o la protección que le podría brindar a las entidades que trabajen la digitalización de los bienes. Por último, sería interesante abordar un estudio casuístico del dominio público. En rigor, propondría el estudio del caso del tango por haber sido presentado de forma conjunta con Uruguay ante UNESCO y existir en ambos países la figura del dominio público pagante.

Como producto de lo trabajado estoy en condiciones de afirmar que los Derechos Culturales han tenido una fuerte presencia en la codificación del Derecho Internacional durante toda la segunda mitad del siglo XX. Dentro del Sistema de Derechos Humanos el derecho a la cultura está vinculado con el desarrollo del individuo, como también lo está la protección que este puede obtener para las obras dotadas de originalidad que surjan de su intelecto.

El trabajo entendió e hizo propio un concepto amplio de cultura, fundamentando esta visión en los trabajos que lleva adelante UNESCO. Creemos que la cultura es el resultado de la creación de una sociedad y es un factor determinante para su progreso y conservación. De alguna forma, la cultura es un reflejo de la sociedad que se crea a partir de las manifestaciones de ella misma. Esta visión amplia del alcance de la cultura nos permite referirnos a la necesidad de proteger y preservar la cultura como un componente de la humanidad; incluyendo así la digitalización del acervo existente y la generación de nuevas obras a través de este formato.

No vemos en la relación entre el derecho de autor y la cultura un vínculo de tensión; por el contrario, consideramos que ambos pueden y deben coexistir si pensamos en el desarrollo y progreso social como un objetivo de nuestro derecho. Si bien se expuso sobre la naturaleza exclusiva del derecho de autor; nada obsta al titular de este derecho de poder poner a distribución de la comunidad, si lo desea, su obra sin perjuicio de los derechos morales que va a conservar. Es decir; si bien hay un marco legal de exclusividad jurídica en favor de autor, todo aquello que la exceda es plausible de aprovechamiento por la comunidad; satisfaciendo su interés general.

El autor requiere de la sociedad, en cuanto a la necesidad de que ésta consuma sus obras. Así afirmamos que las reglas del derecho de autor son naturales del entorno social y cultural y se requiere la articulación y armonía entre ambos sobre todo en los puntos de mayor conflicto como es el dominio público. La protección de la cultura nacional se basa en la protección del ingenio y la expresión de ideas de autores e intérpretes locales. La sociedad debe contar con herramientas coherentes con el régimen de propiedad que propicien el acceso a tales obras.

La preservación de los derechos del autor durante su vida se fundamenta en la necesidad de compensar su labor, premiar su creatividad y propiciar un entorno de interés para la continuidad de las tareas creativas.

La protección a partir del fallecimiento del autor sí presenta matices y complejidades. En primer lugar, cada legislación tiene su propia motivación de por qué se protege y cuál es el plazo por el cual quiere proteger. Si bien hay estándares dados por los convenios internacionales, éstos establecen el mínimo de protección que los Estados acuerdan respetar. Por sobre el estándar de protección, encontramos variedad legislativa del plazo general de protección. En líneas generales para obras creadas por la persona humana, la protección se ubica en los 70 años después del fallecimiento del autor; siendo -en general- el mínimo 50 años y el máximo que encontramos 100 años. Analizando la política legislativa de los Estados se nota una clara y progresiva tendencia al aumento de estos plazos de protección.

Aun respetando esta tendencia, estos plazos no debieron haberse aplicado retroactivamente. Justamente, es un criterio temporal lo que permite distinguir una obra de libre disposición de la que no lo es; entonces el plazo debe favorecer la integración de las obras al acervo cultural y no, por el contrario, propiciar mutabilidad y la inseguridad sobre cuáles son las obras que pueden aprovecharse. No es un factor positivo de este sistema la mutabilidad de los plazos en relación con las obras y los derechos que de ellas se desprenden.

La carencia de un concepto único no ayuda a determinar qué bienes integran este patrimonio común. La potencialidad de poder distribuir contenido a través de INTERNET se puede ver condicionada o limitada por el alcance que cada Estado le da al dominio público. Esto no significa que no sea una potestad del Estado establecer el alcance de sus normas de propiedad intelectual; lo que sí evidencia es la necesidad de cooperación entre ellos, y la importancia de combinar esfuerzos en la suscripción de tratados internacionales que favorezcan la libre distribución de los bienes culturales.

La ausencia de un régimen legal específico también condiciona o limita el alcance del dominio público. En general y en comparación con las normas de derecho de autor, el dominio público tiene reservadas muy pocas normas, todas ellas como exclusión del régimen de propiedad. Creemos que una nueva ley de propiedad intelectual debiera avanzar en la legislación de los alcances del dominio público y establecer el compromiso del Estado en su seguimiento y conformación.

No asociamos el concepto de dominio público con el aprovechamiento que el Estado realiza de los bienes así denominados. Se debe considerar que si bien en la realidad de Argentina se abona por el uso de obras en esta condición, esto no es una realidad en la mayoría de los Estados. Definitivamente, no corresponde la aplicación del régimen del derecho administrativo; cuando esta asociación se puede entender por la analogía que se utiliza entre el concepto de bien material y su vínculo con el derecho real de dominio.

Si bien en los debates de la Ley de Propiedad Intelectual, existieron discusiones relacionadas al dominio público pagante, éstas no prosperaron en la redacción final del cuerpo normativo hasta la sanción del Decreto-Ley que lo instituye. Nos resulta lesivo pensar en un sistema que restrinja el dominio público pero que no se desprenda de la naturaleza del derecho de autor y, que además, propicie restricciones para el aprovechamiento de las obras por parte de la sociedad.

Es un compromiso que el Estado debe asumir el robustecer, preservar y ampliar su dominio público. En este contexto, volverlo oneroso es una restricción incompatible con el acceso a la cultura. Si bien la norma tiene excepciones, éstas no logran satisfacer el acceso amplio que se requiere a la información cultural. Esta figura colisiona con el derecho a la cultura. Vale la aclaración que no la consideramos que este sea un instituto del derecho de autor ya que existe cuando -sobre la obra- no se pueden reivindicar derechos de ese régimen. La naturaleza entonces no se corresponde con el derecho de autor.

En el caso de Argentina, lo antes expresado implica derogar el régimen que permite acrecentar las arcas del Fondo Nacional de las Artes a partir de obras en dominio público. En segundo lugar, es necesario pensar un enfoque del dominio público que se adapte a la gestión del conocimiento, a la promoción de proyectos tecnológicos y a la creación de nuevas manifestaciones artísticas.

El dominio público es una oportunidad para pensar en el régimen de derecho de autor; analizar la conveniencia de la preservación de cada tipo de obra y pensar si no es necesario generar normas dependiendo de la naturaleza de la obra. No

queremos fomentar en los particulares la comisión de ilícitos sino, al contrario, incentivar políticas públicas que permitan preservar y revalorizar en el mercado y en la sociedad el patrimonio que ha perdido la protección del sistema de derecho de autor.

Nos resulta claro que INTERNET puede ser un medio propicio para mejorar la accesibilidad de las obras. En este sentido el desafío es armonizar el acervo cultural con los plazos de protección de las obras que cada Estado determine. En este sentido, retomando la idea de la cooperación podrían establecerse plazos mínimos y máximos de protección. Es de destacar la necesidad de cooperación en el contexto de los espacios integrados. Mirando la experiencia de la Unión Europea el espacio MERCOSUR debiera monitorear y darle seguimiento al tema, aunque esto implique un cambio en las legislaciones internas de Uruguay y Argentina.

Sería recomendable solicitar el auxilio de la OMPI o UNESCO en la ardua tarea de relevamiento del estado de situación de los diferentes Estados y el desarrollo de un espacio de intercambio que propicie el desarrollo del tema. Se destaca que los trabajos de ambas entidades con relación a este tema no han buscado modificar los plazos y alcances del dominio público. También podría encomendarse a las entidades de gestión colectiva y al propio Fondo Nacional de las Artes, la tarea de investigar y proponer los medios más idóneos para la preservación y puesta en acceso de las obras que las respectivas organizaciones gestionan.

Es importante lograr un dominio público comprensible para las personas humanas o jurídicas que desean acceder a él. Las reglas claras, accesibles permiten

desarrollar un mejor criterio de análisis que repercute a la hora de tomar decisiones sobre la conveniencia o no del uso de una obra.

En líneas generales, a nivel internacional deberían trabajarse espacios de armonización de los marcos regulatorios del derecho de autor en términos de su alcance y extensión; podría ser a través de un tratado administrado por OMPI. A la par de este trabajo, UNESCO serviría pensar si existe un mecanismo que le permita recibir, centralizar y organizar la información que se corresponde con el acervo cultural propio de cada Estado.

A nivel interno sería recomendable, en un primer momento que el Fondo Nacional de las Artes (con la colaboración de las entidades de gestión colectiva) estudie la viabilidad de realizar un estudio y relevamiento de las obras que componen el dominio público de obras nacionales y cuales obras extranjeras (en términos de género y autor) son las más explotadas. La finalidad de esta tarea sería conocer como está compuesto el acervo argentino. El siguiente curso de acción, sería de naturaleza legislativa. Entendemos que Argentina merece una ley especial para la cultura y es imprescindible la sanción de una ley que derogue el régimen de dominio público pagante. Siendo estas normas en particular, las que desarmonizan el equilibrio entre los autores, sus herederos y la sociedad.

Entendemos que conservar el régimen de dominio publico pagante podría interpretarse como lesivo de lo regulado en el art. 41 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales que Argentina ha ratificado. Lo cual también debe ser

objeto de revisión por parte del Poder Legislativo y, si correspondiera, derogarlo o ajustarlo al actual orden publico argentino.

Esperamos que los Estados estén a la altura de las normas que requiere el siglo XXI permitiendo, con la tecnología actual y la que se incorpore con el paso de los años, generar y mantener un mejor registro de la historia de la cultura y sus obras en beneficio de la humanidad.

## Bibliografía

### Doctrina: libros, artículos y revistas.

- **Ackerman, Bruce A.** The Marketplace of Ideas, 90 Yale L.J. (1981).  
Disponibile EN: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol90/iss5/11>
- **Alberdi, Juan Bautista.** Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. Biblioteca Cervantes Virtual, 1964.
- **Alberdi, Juan Bautista.** Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina. Imp. de José Jacquin, 1858.
- **Alonso Regueira, Enrique (Coord.)** La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. Ed. La Ley, 2013.
- **Alonso, Gonzalo.** La revolución horizontal el poder de la comunicación en manos de la gente. Ed. Ediciones B. Buenos Aires, 2009
- **Amante, Adriana.** Domingo Faustino Sarmiento, escritor, editor y traductor como continuum autoral. Rev. Huellas en Papel. Universidad del Salvador. ISSN: 2314-0631.  
  
Disponibile EN:  
<https://p3.usal.edu.ar/index.php/huellas/article/view/3530/4378>
- **Amaya, Jorge Alejandro.** Visiones de una Constitución 1853-2004. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Buenos Aires, 2004
- **Aparici, Roberto.** Educomunicación más allá del 2.0. Ed. Gedisa. Barcelona, 2010

- **Avila Ortiz, Raul.** Derecho Cultural Iberoamericano. En. Carmona, Salvador (coord.) Educación, ciencia y Cultura. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México DF, 2002
- **Barberis, Julio.** Formación del Derecho Internacional. Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 1990.
- **Bermudez Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly.** El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. Frónesis. 2006, vol.13, n.2  
 Disponible EN: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-62682006000200002&lng=es&nrm=iso](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682006000200002&lng=es&nrm=iso)
- **Bertolini, Constanza.** Sabuesos cultos: cómo recauda el Fondo Nacional de las Artes. LA NACION (Sección: cultura | arte). 27 de junio de 2017
- **Bidart Campos, Germán J** – Manual de la Constitución reformada (tres tomos). Ed, Ediar. Buenos Aires, 2008.
- **Boyle, James.** The Public Domain. Ed. Caravan Book. Yale University Press. EEUU, 2008
- **Bustamante, Enrique.** Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación las industrias culturales en la era digital. Ed, Gedisa. Barcelona, 2003.
- **Bustamante Donas, Javier.** Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento, vol. 4, núm. 2, 2007, pp. 13-27

- **Buergenthal, Thomas.** La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Revista Instituto Interamericano de DD. HH, 1989, p. 111.
- **Busaniche, María Beatriz.** Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura. Villa Allende: Fundación Vía Libre, 2010.
- **Busaniche, María Beatriz.** *Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina.* 2013. Tesis Doctoral. Tesis de Maestría en Propiedad Intelectual. Facultad Latinoamericana  
Disponible EN:  
<http://flacso.org.ar/wp-content/uploads/2013/07/Busaniche-Beatriz-C10-11.pdf>.
- **Blackstone, William.** Commentaries on the Laws of England in Four Books. Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Vol. 1 - Books I & II.  
Disponible EN: <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>
- **Castells, Manuel** La sociedad red: una visión global. Ed. Alianza. Madrid, 2006.
- **Cayuso, Susana G.** Constitución de la Nación Argentina claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2009.
- **Cançado Trindade, Antonio, A.,** El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- **Cançado Trindade, Antonio, A.,** “Le système inter-américain de protection des droits de l’homme: état actuel e perspectives d’évolution à l’aube du XXIe siècle”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 46, n. 1, Paris, 2000

- **Cançado Trindade, Antonio, A.**, el nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional

Disponible EN:

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXVIII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2001\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVIII_curso_derecho_internacional_2001_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)
- **Cárdenas Durán, Donato.** Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual. Una propuesta conceptual. Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo Leon. 2003.
- **Cerda Silva, Alberto J.** Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina. *Ius et Praxis* 2016, vol.22, n.1.

Disponible EN:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122016000100002&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000100002&lng=es&nrm=iso)
- **Cerna, Christina M.** Reflections on the Normative Status of the American Declaration of the Rights and Duties of Man. *U. Pa. J. Int'l L.*, 2008, vol. 30.
- **Cohen, Julie.** Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain. 2006.

Disponible EN: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v22n1/art02.pdf>
- **Cortés-Nieto, Johanna del Pilar et al.** La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la corte Constitucional. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, p. 109-141, mar. 2010.
- **Cordero Quinzacara, Eduardo.** La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. *Rev. derecho (Valdivia)* 2006, vol.19, n.1 pp.125-148.

Disponible EN:

<[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100006&lng=es&nrm=iso)>.

- **Córdova, Arnaldo.** De Grocio a Kant: Génesis Del Concepto Moderno De Propiedad. *Revista Mexicana De Sociología*, vol. 30, no. 4, 1968, pp. 959–998.
- **Cuartas Henao, María Dolly.** El derecho a la propiedad: Locke y Kant, entre el trabajo y la ocupación.

Disponible EN:

[http://tesis.udea.edu.co/bitstream/10495/3760/1/CuartasDolly\\_2014\\_DerechoPropiedadLockeKant.pdf](http://tesis.udea.edu.co/bitstream/10495/3760/1/CuartasDolly_2014_DerechoPropiedadLockeKant.pdf)

- **Chapman, Audrey R.** La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales). *Boletín de derecho de autor*, 2001, vol. 15, no 3.
- **De Alfonso Alonso-Muñoyerro, María Belén.** Zorrilla y la propiedad literaria. *Archivo Histórico Nacional*. 2017
- **Derfler, Frank.** *Cómo funcionan las redes*. Ed. Anaya Multimedia. Madrid, 2006.
- **Díaz Cabeza, María del Carmen.** *Criterios y conceptos sobre el patrimonio cultural en el siglo XXI*. Serie de Materiales de Enseñanza. 2010
- **Dock, Marie Claude.** Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria, en *Revue, internationale du droit d auteur*, núm. especial, *Histoire internationale du droit d'auteur des origines à nos jours*, vol. LXXIX, 1974
- **Dusollier, Séverine.** *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. OMPI. 2010

- **Dulong de Rosnay, Melanie - De Martin, Juan Carlos.** The Digital Public Domain: Foundations for an Open Culture. 2012.
- **Echeverría, Javier.** Cultura digital y memoria en red. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura CLXXXV 737 mayo-junio. 2009
- **Erickson, Kristofer.** Generar valor a partir del dominio público. Revista OMPI 2015
- **García Canclini, Néstor.** Lectores, espectadores e internautas. Ed. Gedisa. Barcelona, 2007
- **Geertz, Clifford.** La interpretación de las culturas. Ed. Gedisa. Barcelona, 1987.
- **Gelli, María Angélica** Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2008
- **Getino, Octavio.** Las industrias Culturales en la Argentina. Dimensión económica y políticas públicas. Ed. Colihue, Buenos Aires, 1995.
- **Gómez de la Serna, Pedro.** Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español. Librería de Sánchez, 1855
- **Gordillo, Agustín.** Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Derecho administrativo de la economía. Sección V: Contratos y propiedad en el derecho administrativo. Capítulo XVII: El dominio público. Tomo 9, Primeros manuales, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014
- **Harvey, Edwin R.** financiamiento del desarrollo cultural. Disponible EN: <http://unesdoc.unesco.org>
- **Harvey, Edwin R.** La Política cultural en Argentina. 1977 ISBN: 92-3-301547-5. Disponible EN: <http://unesdoc.unesco.org>

- **Harvey, Edwin R.** El Dominio público pagante en la legislación comparada con especial referencia al caso argentino. Boletín de derecho de autor, XXVIII, 4, p. 29-39. Disponible EN: <http://unesdoc.unesco.org>
- **Hetzl, Pierre-Jules.** La Propriété littéraire et le domaine public payant. 2da Ed. 1860
- **Hughes, Justin.** The philosophy of intellectual property. Georgetown Law Journal, 77: 287-366.1988  
Disponible EN: <https://cyber.harvard.edu/IPCoop/88hugh2.html>
- **Iglesias Rebollo, César.** Software libre y otras formas de dominio público anticipado. En: Rogel Sánchez, Luis Felipe. Rogel Vide, Carlos. La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público. 2005, ISBN 84-290-1417-9, págs. 187-218
- **Jarque, Fietta.** La entidad que gestiona los derechos de autor de Picasso recauda 300 millones al año. Diario EL PAIS. Sección: Cultura. 2 de abril de 1997
- **Lacquaniti, Leandro Gustavo** La ley de propiedad intelectual de 1933. Proyectos y debates parlamentarios sobre los derechos autorales en Argentina. Revista de Estudios Sociales Contemporáneos 17, IMESC-IDEHESI/Conicet, Universidad Nacional De Cuyo, 2017.
- **Lessig, Lawrence.** Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and creativity. The Penguin Press; Nueva York, 2004
- **Lessig, Lawrence.** The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be, 85 Georgetown Law Journal 1837-1847
- **Lipszyc, Delia.** Derecho de autor y derechos conexos, CERLALC, Buenos Aires, 2017.

- **Lipszyc, Delia.** Panorama del dominio público oneroso (o «pagante») en materia de derecho de autor. Utilidad, incomprensión y resistencia. Anu. dominic. prop. intelect., n.o 3, agosto de 2016, pp. 17-37
- **Loianno, Adelina.** El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. Ed. UCES
- **Locke, John.** Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. 1689
- **Marzetti, Maximiliano.** Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2013.
- **Marzetti, Maximiliano.** ¿Es eficiente el dominio público pagante argentino? Una aproximación desde el análisis económico del derecho.  
Disponible EN: <https://www.researchgate.net/publication/306032648>
- **Marzetti, Maximiliano.** Análisis económico y reforma del Derecho de Autor: Para un debate ecuánime 2018
- **Mejía R., Joaquín,** Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año II, Número 4, San José, Costa Rica, 2008, pp. 119-130.  
Disponible EN: [http://joaquinmejiaarivera.blogspot.com.ar/2009/05/breves-reflexiones-en-torno-la -adopcion.html](http://joaquinmejiaarivera.blogspot.com.ar/2009/05/breves-reflexiones-en-torno-la-adopcion.html).
- **Mitchell QC, Lain.** Back to the future: Hinton v Donaldson, Wood and Meurose (Court of Session, Scotland, 28th July, 1773). Journal of Open Law, Technology & Society 2009
- **Montiel, Edgar.** El nuevo orden simbólico: la diversidad cultural en la era de la globalización. Lit. lingüíst. 2003, n.14 pp.61-91.

- Disponible En: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-58112003001400005&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-58112003001400005&lng=es&nrm=iso)
- **Mouchet, Carlos.** Evolución Histórica del derecho intelectual argentino. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1944. Instituto de Historia del Derecho Argentino "Conferencias y Comunicaciones IX"
- **Mouchet, Carlos.** El dominio público pagante en materia de uso de obras intelectuales. Fondo Nacional de las Artes. Buenos Aires, 1970
- **Navas Navarro, Susana.** Dominio público, diseminación "on-line" de las obras de ingenio y cesiones "creative commons": (necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual). Actas de derecho industrial y derecho de autor, ISSN 1139-3289, Tomo 32, 2011-2012, págs. 239-262
- **Neufeld, María Rosa.** "Crisis y vigencia de un concepto: la cultura en la óptica de la antropología". En: Lischetti, Mirtha (comp). Antropología. Ed. Eudeba. 1994
- **Netanel, Neil Weinstock.** Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L.J. (1996).  
Disponible EN: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol106/iss2/2>
- **Netanel, Neil Weinstock.** Making Sense of Fair Use." Lewis & Clark Law Review 15(3): 715–771
- **Netanel, Neil Weinstock.** Copyright's paradox. Oxford: Oxford University Press  
Disponible EN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1099457](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1099457)
- **Novoa Monreal, Eduardo.** Un escamoteo de los juristas: el concepto de propiedad. Editorial TEMIS, Bogotá, 1983
- **Novoa Monreal, Eduardo.** El derecho de propiedad privada, Bogotá, Editorial Temis, 1979

- **Ogueira Alcala, Humberto.** Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. Estudios constitucionales 2009, vol.7, n.2, pp.143-205.

Disponible EN:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso)
- **Padilla Herrera, Julio César** Definir al autor. Desde la propiedad intelectual hasta el movimiento derecho y literatura, Estudios Socio-Jurídicos, 2013
- **Paul Diaz, Álvaro.** La Génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2016, n.47 pp.361-395.

Disponible EN: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512016000200012&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000200012&lng=es&nrm=iso)
- **Perrone, Nicolás.** Artículo 21. Derecho a la propiedad privada. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Buenos Aires: La Ley, 2013.
- **Piovesan, Flavia.** Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. Sur, Rev. int. direitos human. 2004, vol.1, n.1 pp.20-47.

Disponible EN: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso)
- **Pozzo, Riccardo.** Immanuel Kant on intellectual property. Transformação, 2006, vol. 29, no 2, p. 11-18.

- **Prieto de Pedro, Jesus.** Derechos Culturales y Desarrollo Humano. Pensar Iberoamerica. Revista de cultura (vol. 7). Organización de Estados Americanos. 2004.
- **Pretto, Nelson De Luca - Silveira, Sérgio Amadeu** (coord). Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder. Salvador: EDUFBA, 2008. 232 p. Disponible EN: <http://books.scielo.org>.
- **Quesada, Ernesto.** La Propiedad Intelectual en el Derecho Argentino. Librería de J. Menendez. Bs.As 1904.
- **Quindimil López, Jorge Antonio.** El status jurídico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Revista Electrónica Iberoamericana. Vol. 13, Edición Especial, 2019 ISSN: 1988 - 0618
- **Reese, Anthony.** Photographs of public domain paintings. The Journal of corporation law. V. 34:4, 2009
- **Rogel Vide, Carlos.** En torno a la propiedad intelectual como propiedad perpetua. LA LEY 2005-F, 950.  
Disponible EN: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2006/11/en-torno-la-propiedad-intelectual-como.html>
- **Salanova Sánchez, Enrique Martínez.** El celuloide en el cine. Soporte tradicional de las películas cinematográficas.  
Disponible EN: [https://educomunicacion.es/cineyeducacion/celuloide\\_cine.htm](https://educomunicacion.es/cineyeducacion/celuloide_cine.htm)
- **Salazar Pizarro, Sebastián.** Fundamentación y estructura de los derechos sociales. Rev. derecho (Valdivia) 2013, vol.26, n.1  
Disponible EN:

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502013000100004&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100004&lng=es&nrm=iso)

- **Salvioli, Fabián O.** El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del Siglo XXI, 2003, vol. 1.
- **Samuelson, Pamela.** Enriching Discourse on Public Domain, 55 Duke Law Journal 101(2006)
- **Sarmiento Domingo F.** Obras Completas. Museo y Biblioteca Casa Natal de Domingo Faustino Sarmiento.  
Disponibles EN: <https://casanatalsarmiento.cultura.gob.ar/noticia/biblioteca-digital/>
- **Sebastián, María del Pilar.** Aspectos fundamentales de los DESC. Cátedra Gerardo Molina, 2009, p. 61.
- **Seira, César Cierco. Salamero Teixidó, Laura:** La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Revista de Administración Pública, 2014, no 195,
- **Spector, Horacio.** La filosofía de los derechos humanos. Isonomía [online]. 2001, n.15 pp.7-53.  
Disponible EN:  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182001000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000200007&lng=es&nrm=iso)
- **Stengel, Daniel.** La propiedad intelectual en la filosofía. Revista La Propiedad Inmaterial. 8 2004, 71-106.

- **Schmitz Vaccaro, Christian.** Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. Rev. chil. Derecho. 2009, vol.36, n.3 pp.343-367. Disponible EN: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372009000200006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200006&lng=es&nrm=iso)
- **Toledano, Joan Ramos.** La apropiación del dominio público y las posibilidades de acceso a los bienes culturales. Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho Universidad de Barcelona. 2017
- **Uzelac, Aleksandra.** La cultura digital, un paradigma convergente donde se unen la tecnología y la cultura: desafíos para el sector cultural. Revista científica digital impulsada por los Estudios de Artes y Humanidades. Digithum, Nro. 12. 2010
- **Valicenti, Ezequiel Andres.** La vigencia post mortem auctoris de los Derechos de Autor y su transmisión mortis causae. 2015.
- **Vercelli Ariel** - Repensando los bienes intelectuales comunes. -Tesis de Doctorado- Dir: Hernán Thomas-. Universidad Nacional de Quilmes (UNQUI). Buenos Aires, 2009.
- **Villalba, Carlos- Lipszyc, Delia.** El Derecho de Autor en la Argentina. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001
- **Villegas, Sisto - Ugarriza, Andrés - García, Juan Agustín.** Proyecto de Código Penal. Presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor. Imprenta de El Nacional. 1881
- **Viñao, Antonio.** 1762-1763: Una polémica sobre la libertad de impresión y precios de los libros de texto. 2013  
Disponible EN:

<http://www.redined.mec.es/oai/indexg.php?registro=005200230314>

- **Wolton, Dominique.** ¿Internet, y después? Una teoría crítica sobre los nuevos “media”. Ed. Pòrtic 2000.

Disponible EN: <http://www.geocities.ws/dchacobo/internet.PDF>

- **Zeberio, Blanca.** Los hombres y las cosas. Cambios y continuidades en los Derechos de propiedad (Argentina, Siglo XIX). Quinto sol, 2005, vol. 9, p. 151-183.

### Jurisprudencia

- Corte IDH “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.
- Caso Kimel vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte de 15 de noviembre de 2010.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile del año 2006
- Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú 1999
- Marbury, William vs. Madison, James. Supreme Court of the United States
- Caso Sojo, Eduardo CSJN Fallos 32:120.
- Fondo Nacional de las Artes C/GCBA y otro S/ ejecución fiscal. CNACAF Sala I 23/10/2018. Exp: 81.215/2016
- Municipalidad de la Capital c/Elortondo CSJN Fallos 33:162.
- Cour de cassation 3 mars 1992, Jus Luminum n°J523975
- The Royal Literary Fund vs. Enokia, S.A Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo Civil, Sección 1- núm. 177/2015, de 13 de abril.
- Ricordi vs. La Bohème STJCE de 6 de junio de 2002, C-360/00,

- Phil Collins y otros, asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 27) 1993
- Lawrence Golan y col. v. Eric H. Holder, Jr., Fiscal General, et al. 565 US 302- 132 S. Ct. 873; 181 L. Ed. 2d 835
- Good Morning to You Productions v. Warner/Chappell Music, Inc. (U.S. District Court for the Central District of California 2016).
- Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U. S. 53, 57.
- Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417
- Eric Eldred, et al. contra John Ashcroft, general attorney (01-618) de 2003.
- Rupa Marya, et al. v. Warner/Chappell Music, Inc., et al United States District Court for the Central District of California. September 22, 2015. Case Number CV-13-4460-GHK. Retrieved June 18, 2016.

## Archivos

- Registro en casa de obras *copyrighted*. Audiencias. Antes de subcomité de tribunales, libertades civiles y administración de justicia del comité de la casa judicial de representantes noventa y séptimo congreso. Segunda sesión: en hr 4783, hr 4794 hr 4808, hr 5250, hr 5488 y hr 5705 12, 13, 14 de abril, 24 de junio, 11 de agosto, 22 y 23 de septiembre de 1982
- Número especial en conmemoración del 40° aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, San José de Costa Rica, 1989, p. 111.

- UNESCO- Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural. 26 de noviembre de 1976
- Unión Internacional de Telecomunicaciones, Informe sobre el Desarrollo Mundial de las telecomunicaciones/TIC y base de datos. Personas que usan Internet (% de la población) – Argentina.

Disponible EN:

<https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=AR>

- UNESCO. Carta sobre la preservación del patrimonio digital. 15 de octubre de 2003
- Access to Orphan Films. submission to the Copyright Office. Center for the Study of the Public Domain. Duke Law School. March 2005
- Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos. Declaración de Derechos del Ciberespacio.

Disponible EN: <http://oiprodat.com/2013/04/21/declaracion-de-derechos-del-ciberespacio/>