

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE. - En el caso de un niño abandonado en el ámbito de una iglesia o de un convento, quisiera saber si se está en jurisdicción de la justicia penal y no de la civil. Y en caso de que la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, me gustaría conocer la forma en que se maneja el trámite de adopción en el supuesto de que no haya consentimiento de la madre.

DOCTOR AZPIRI. - En los casos de abandono comprobado judicialmente, normalmente en la Capital Federal interviene un juez de familia y se adopta un procedimiento de protección de personas, donde se procura dar un ámbito adecuado al menor. Generalmente esto termina con la guarda provisoria y finalmente en guarda con fines de adopción. Si no se encuentra quién pueda tener a su cargo al menor éste puede terminar en un instituto de menores.

En esto no hay un plazo establecido. El juez ordena las diligencias propias para resguardar la integridad psicofísica del menor, pero no hay pautas establecidas a seguir para lograr la ubicación del menor.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Agradecemos mucho la presencia de los panelistas, quienes nos han deleitado con sus exposiciones (aplausos).

Tema: LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DERECHO AUTORAL

Relatores: PROFESORES DOCTORES CARLOS VILLALBA, DELIA LIPSZYC Y HÉCTOR DELLA COSTA

Fecha: 9 DE NOVIEMBRE DE 1993

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Ustedes saben que el derecho autoral es una disciplina que no tiene muchos cultores en la Argentina, pero aquellos que seriamente se han dedicado a este tema son de alto nivel. Justamente tenemos a tres de los más destacados representantes de esta especialidad del derecho, que según el orden en el que expondrán acerca de la seguridad jurídica y el derecho autoral, son el doctor Villalba, la doctora Lipszyc y el doctor Della Costa.

Como ellos no necesitan ser presentados - por ser suficientemente conocidos - los dejo directamente en el uso de la palabra, en primer término, la del doctor Villalba.

DOCTOR VILLALBA.

La seguridad jurídica es una de las motivaciones por las cuales el derecho fue elaborado. Por lo tanto, es una de las nervaduras que encontramos cada vez que enfocamos algún aspecto jurídico. El derecho de autor tiene algunas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

peculiaridades, pero las motivaciones son prácticamente las mismas.

En los organismos internacionales, cuando en alguna oportunidad se plantea cuál es el estado del derecho de autor en determinado territorio y cuál es la posibilidad de desarrollo, uno de los primeros temas que se investiga es su legislación positiva. Al ver si el derecho de autor está o no amparado, también se analiza cuál es la estabilidad de esta legislación.

En la Argentina, la propiedad intelectual es un bien formalmente protegido. La estabilidad se apoya en su jerarquía constitucional. En efecto, el artículo 17 consagra el derecho de propiedad sobre las obras y las invenciones, y se establece que esta protección será limitada en el tiempo, con lo cual se aparta del sistema de la perpetuidad, que ya desde el comienzo de nuestra elaboración positiva - al igual que en el resto de la legislación comparada - fue descartado. Esto implica que nos adscribimos claramente a la tendencia general.

Nuestra legislación se ha inclinado por la codificación de las diversas obras intelectuales. En un momento determinado en el campo del derecho de autor se plantea si habrá que hacer una ley para cada obra intelectual o si se podrá hacer una obra que las codifique, es decir, que tome al conjunto de obras regulando la obra literaria, la obra musical, la obra dramática, con un común denominador. Cuando hablamos de codificación estamos refiriendo otro aspecto que hace a la seguridad jurídica.

Nuestra legislación se ha inclinado por la codificación de las diversas obras intelectuales dentro de una ley especial, la] 1723, y no dentro del Código Civil, que específicamente las deja de lado.

Se ha creado entonces un universo que regula distintos bienes jurídicos de homogeneidad relativa con normas y criterios comunes. En cambio otros países, como Estados Unidos, lo mantienen como una sección especial del Código Civil.

Después de haber enfocado históricamente esta codificación del conjunto de obras en una norma que se denomina ley particular de propiedad intelectual, el tema se vuelve a plantear con la fotografía - si es una obra que se puede regular con las demás - ; y lo propio ocurre luego con los modelos y diseños industriales, y más recientemente con los programas de computación.

Otros países, como Francia y el Reino Unido, codifican en una misma ley el derecho de autor y la propiedad intelectual. Algunos incluyen el derecho en el Código Civil y remiten su regulación a una ley particular, como es el caso de España.

En cuanto a la posibilidad de tener un espectro fácilmente perceptible en donde encontrar la legislación positiva, podemos decir que esta ley tiene una cantidad relativamente reducida de normas reglamentarias. No existe en consecuencia una proliferación de normas reglamentarias que dificulten el conocimiento del derecho. Estas normas positivas han permanecido en el tiempo sin grandes variaciones, de manera que han permitido a la comunidad que incorpore los valores tutelados por la legislación.

Para graficarlo podemos distinguir algunos períodos en la legislación nacional. En electo, un primer período abarcaría desde la organización

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacional hasta 1910, en el cual se reconoció el derecho en la Constitución Nacional de 1853 y se aprobó - en 1894 - el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística de 1889. En este período no existe ley específica, salvo un importante artículo en el Código Penal de Tejedor, sancionado para la provincia de Buenos Aires, que luego fue adoptado para la Nación y que rigió durante un corto tiempo. Pese a la ausencia de normas específicas y pese a que el Código Civil excluía el tratamiento de la materia, importantes fallos resuelven el tema. Uno de ellos es el recaído en la reclamación que José Hernández hace sobre la piratería de "La Vuelta de Martín Fierro".

En el segundo período, que va de 1910 a 1933, se dicta la primera ley especial, la 7092, que en 1914 fue levemente modificada por la ley 9510.

El tercer período, que va desde 1933 hasta la lecha, se inicia con la sanción de la ley 11723, que con el tiempo fue objeto de varias reformas.

Así, en el año 1957 se modificó el artículo 5°, elevándose la duración de 30 a 50 años.

En 1958 se derogaron los artículos 69 y 70, que integraban el capítulo correspondiente al fomento de las artes y de las letras, al crearse el Fondo Nacional de las Artes, que tomó a su cargo la responsabilidad de fomentar la actividad.

En 1967 se el artículo 36, incorporándose una importante excepción al derecho exclusivo de representación y ejecución pública en establecimientos educativos.

Posteriormente, en 1973, se extendió la limitación al derecho de ejecución pública en favor de determinados organismos musicales del Estado.

En 1967 se introdujo el artículo 74 bis, que tipificó el delito de falsa atribución de autoría, que luego fue derogado junto con toda la legislación represiva dictada por los gobiernos de facto. De esta forma, quedó un vacío respecto de una situación que reviste la más alta importancia en materia de obras artísticas, ya que desde el punto de vista penal no se encuentra tipificada la atribución de una obra a la persona que la haya pintado, esculpido y, en general, llevado a cabo. Lo que nuestra ley protege es la obra y no la atribución a un artista famoso o a una persona determinada.

Más recientemente, en 1989, se introdujo el artículo 72 bis, que tipificó el delito de piratería fonográfica y que resultó reglamentario del artículo 3° de la Convención de Fonogramas, adoptada en Ginebra en 1971 y a la que nuestro país adhirió en 1972, a través de la ley 19963.

Este es, entonces, el grado de estabilidad que podemos encontrar y analizar en nuestra legislación positiva. A nuestro juicio, es razonable, ya que se ha presentado una cantidad de variantes que dieron tiempo suficiente a la comunidad para lograr una percepción de la norma y un conocimiento del derecho.

Dentro de este tercer período se ratificaron las siguientes convenciones internacionales: la de Buenos Aires, celebrada en 1910, fue ratificada en 1949; la de Washington, firmada en 1946, fue ratificada en 1953; la Universal, celebrada en Ginebra en 1952, fue ratificada en 1957; el Acta de Bruselas, correspondiente a la Convención de Berna y firmada en 1948, fue

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ratificada en 1967; y finalmente, el Registro Internacional de Obras Audiovisuales, que reconoce su origen en 1989, fue ratificado en 1992.

Asimismo, cabe destacar, en primer término, que en 1948 fue suscrita la Declaración de Derechos Humanos, la que incorporó a estos últimos los derechos de autor, y en segundo lugar, que el Tratado de Montevideo, del año 1889, fue el único tratado internacional sobre la materia al que perteneció nuestro país hasta 1949 es decir, durante más de sesenta años -, fecha en que fue ratificada la Convención de Buenos Aires de 1910.

La ley 11723 vino a satisfacer dos necesidades sociales que hacen a la seguridad jurídica y que fueron puestas de relieve por los sectores interesados. Y hablo de "sectores interesados" porque la primera norma legal en la materia fue dictada en 1910 y tuvo un menor respaldo social, es decir, no contó con la posibilidad de ser la expresión de una necesidad colectiva. Así, en 1910, en oportunidad de efectuarse en nuestro país las celebraciones correspondientes al Centenario, se llevó a cabo la representación de una obra perteneciente al primer ministro de Francia, Georges Clemenceau. Pero como no se contaba con la autorización correspondiente para la representación de la obra, el gobierno de nuestro país sufrió una vergüenza pública, y por ese motivo solicitó rápidamente la sanción de una ley en materia de propiedad intelectual. Por lo tanto, no hubo un acompañamiento de los sectores interesados en el sentido de reivindicar una norma que estaba satisfaciendo sus deseos.

Distinta fue la situación en 1933, ya que en esa oportunidad la totalidad de los sectores interesados intervino activamente en las comisiones parlamentarias bicamerales que tuvieron a su cargo el análisis del proyecto de ley que finalmente dio lugar a la sanción de la ley 11723.

En cuanto a las dos necesidades existentes, las mismas estaban dadas por la regulación de normas de tipos contractuales específicos y de tipos delictivos. Se entendía que debido a la difícil protección de la obra y a la imposibilidad de los creadores o titulares de custodiarlas físicamente, la mayor parte de las conductas debía tener, como contrapartida, una mayor custodia de carácter penal, lo que no existía hasta ese momento. La ausencia de tipos contractuales nos da una idea de la gran dificultad que se presentaba en ese momento en lo concerniente al ejercicio del derecho, y como no existían regulaciones jurídicas específicas, había que tratar de buscarlas especialmente dentro de las normas ya conocidas. Muchas veces, cuando analizamos la literatura jurídica en materia contractual, vemos que tal contrato es considerado como similar a tal otro o diferente de tal otro, y eso obedece a que casi todos reconocen una apoyatura en la doctrina precedente que no tenía tipos contractuales a los que referirse y esto constituye algo que actualmente está menos justificado. Pero lo cierto es que la ley 11723 dio respuesta a una necesidad experimentada y objetivamente solicitada.

Otro de los aspectos que hacen a la seguridad jurídica dentro del derecho de autor es el correspondiente al registro; el conocido y cuestionado registro. Creo que todos los especialistas están contestes en que la primera reforma de la ley de propiedad intelectual es la correspondiente al registro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal cual hoy lo concebimos, es decir, como algo que sustenta el ejercicio del derecho.

Si bien no fue una finalidad originaria, el registro de las obras actúa dentro del medio social como un título o certificado de propiedad. Este registro, que es verdaderamente espurio desde el punto de vista científico, coopera como un elemento de seguridad jurídica. Cuando alguien exhibe el título o el papel en el que consta el registro, el público tiene la sensación de que allí hay una prueba de propiedad. En cambio, al público le convence menos ver el título puesto sobre la obra, a pesar de que eso es lo usual y jurídicamente válido.

Desde una visión contemporánea, el registro otorga, en el caso de las obras inéditas fecha cierta de la existencia y contenido de la obra, y en el caso de las obras publicadas fecha cierta de la existencia de la obra y una presunción iuris tantum a favor de quien figura como autor de la misma.

La jurisprudencia ha hecho una interpretación restrictiva de la limitación del derecho de este documento público, es decir, en la medida en que suspende el ejercicio del derecho. Asimismo, alguna jurisprudencia ha cuestionado su constitucionalidad, como por ejemplo la sentencia de la Sala "G" de la Cámara Civil en la causa "Rodríguez Aurelio c/Lowe SA s/cobro de pesos", del 30 de mayo de 1989.

Pero esta codificación de las distintas obras en una ley especial no hace que el derecho de propiedad intelectual quede separado del resto del derecho común. El artículo 12 de la ley 11723 establece la concatenación de ambas normas, al señalar que "La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley".

La prescripción, que es otro de los elementos clásicos de la seguridad y certeza, opera de una manera muy particular, lo que obedece al carácter personal - patrimonial del derecho de autor. No prescriben las facultades del derecho moral, es decir, la paternidad e integridad de la obra. La calidad de autor y la titularidad del derecho de autor no se pierden ni se adquieren por el paso del tiempo. Tampoco el derecho a exigir la integridad de la obra. Tal es la jurisprudencia sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los fallos sobre la reivindicación de la autoría de la música de la López Pereyra en "Creserri, Artidorio sucesión c/SADAIC". Pacífica jurisprudencia concuerda en el carácter de imprescriptible de la obra.

En cambio prescriben los derechos a exigir el pago por utilizaciones autorizadas o no autorizadas.

Debe recordarse que existe una modificación de la norma general sobre el régimen patrimonial de los bienes del matrimonio estableciendo que las obras son bienes propios, siendo ganancial lo producido por ellas durante la vigencia del matrimonio, tema que vino a resolver la tesis contraria que se había consagrado en la jurisprudencia civil en ocasión de la sucesión de Roberto Artt.

Otro tema que hace a la seguridad jurídica es el de la doble naturaleza de los bienes inmateriales y de las cosas cuando ambas se encuentran fusionadas en un mismo objeto. En el momento en que ese bien inmaterial -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

música, por ejemplo - está incorporado a una cosa - casete - aparecen en un mismo bien dos naturalezas distintas. Se plantean entonces las consecuencias del tráfico o de la circulación de los bienes que tienen incorporados derechos intelectuales. Los derechos de "destinación" y de "circulación" dan respuesta a este problema. Según el derecho de "destinación", el autor o el titular del derecho puede establecer cuál será el destino de ese bien físico al que está incorporado la obra. Algo bastante parecido sucede con el derecho de circulación o de distribución. La mayor parte de los objetos industriales que incorporan bienes intelectuales tienen leyendas que establecen de qué manera se pueden utilizar, cuáles son los territorios donde pueden circular, etc. Estas son facultades especiales que hacen también a la certeza jurídica, porque mezclamos dos temas en los cuales tenemos hábitos diversos.

Esta necesidad de las personas de entenderse universalmente en materia de derechos de autor, es decir, con independencia del lugar en que se encuentren, ha hecho que los símbolos revistan una fuerza muy grande. Aparecen así las denominadas menciones de reserva, derechos reservados, registro de depósito legal o la abreviatura "D.R.". Estas no son simples prácticas sino que tienen valor jurídico y están incorporadas a tratados internacionales. El símbolo c, dentro de un círculo (c), con el nombre del derecho de autor y la fecha, sirven para que todo el mundo que vea estas indicaciones sepa que no debe pedir un registro de la obra, y que ésta puede circular universalmente y hacerse valer en cualquier lugar.

Nuestra cultura se maneja con el valor de los opuestos. Permanentemente se presenta el dilema entre identidad y progreso. En el derecho pasa lo mismo: el dilema está en mantener la uniformidad de las normas o propender al progreso de las mismas. Esto se da muy particularmente en el derecho de autor porque está manejando bienes culturales que se renuevan y modifican permanentemente. En el campo del derecho de autor suceden con frecuencia terremotos. Frente a los temblores de los cambios existe una estructura antisísmica que no tiene que ser muy rígida y por ello el concepto de obra no debe estar demasiado ceñido, siendo apto para abarcar las obras que se han conocido desde siempre y las que aún no se conocen (aplausos).

DOCTORA LIPSZYC.

El doctor Villalba se refirió al tema que nos convoca enfocándolo principalmente desde el punto de vista de las legislaciones nacionales en general y de la nuestra en particular. En cambio, yo abordaré aquellas normas de derecho internacional privado que también hacen a la seguridad jurídica, y lo haré a partir de una frase que seguramente todos habrán oído alguna vez: el arte no tiene fronteras, pues ilustra hasta qué punto todos necesitamos de obras extranjeras para formarnos, educarnos, esparcirnos e informarnos. La utilización internacional de obras es constante porque para formarnos culturalmente, las obras nacionales no alcanzan.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

A la vocación universal de las obras del espíritu se agrega otro elemento: su don de ubicuidad. Una vez que la obra es divulgada escapa a la posibilidad de su custodia por parte de su autor o del derechohabiente y cualquiera la puede utilizar, reproducir o comunicar. En consecuencia, la protección del derecho de autor dentro de los límites del propio Estado no alcanza para asegurar su vigencia y se hizo imprescindible que fuera reconocido con niveles adecuados y tuviera vigencia efectiva en todos los lugares donde la obra pudiera ser utilizada. Inicialmente, la protección internacional se fue asegurando a través de tratados bilaterales de reciprocidad, en su mayoría concluidos entre Estados europeos, y de la incorporación en las leyes nacionales de normas de protección de las obras extranjeras a condición de reciprocidad; pero los tratados bilaterales de reciprocidad tenían alcances limitados, no eran uniformes y la internacionalización de los mercados del libro y de la música durante el siglo pasado hicieron necesaria una uniformación del régimen de protección trasfronteras. A la insuficiencia de los convenios bilaterales para asegurar la protección internacional de los derechos de los autores se debió, posiblemente, que ésta fuera una de las primeras materias en las que se logró concretar una codificación de derecho internacional privado mediante un tratado multilateral: el Convenio de Berna suscrito en 1886 (y varias veces revisado, la última en 1971) al cual nuestro país adhirió un poco tardíamente, en 1967, año en que también lo hicieron otros dos países latinoamericanos: México y Uruguay.

Esta es una de las grandes convenciones internacionales que tratan de dar seguridad jurídica a los autores cuando sus obras son utilizadas fuera de las fronteras de su país de origen. Cabe recordar que, como enseña la Dra. Stella Maris Biocca, "es opinión común que la finalidad del Derecho Internacional Privado es garantizar la seguridad jurídica en el ámbito internacional y proteger al hombre en el seno de la sociedad universal respetando su condición de ser libre y sociable" (vid. Biocca, Cárdenas y Basz, Lecciones de Derecho Internacional Privado, Parte General, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1990, pág. 40). En 1952 vino a añadirse la Convención Universal, suscrita en Ginebra en 1952 (y revisada una sola vez, en 1971) que nuestro país ratificó en 1957. Estas dos grandes convenciones marcaron hitos de la mayor trascendencia en la historia del derecho de autor.

En la actualidad son relativamente pocos los países que no han adherido a alguna o ambas convenciones (de Berna y la Universal) que vinculan a más de 120 Estados de los cinco continentes.

En el ámbito regional, la Argentina pertenece al sistema interamericano de derecho de autor desde 1894, año en que adhirió al Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística (1889); posteriormente ratificó en 1949 la Convención de Buenos Aires (1910) y en 1953 la de Washington (1946).

El primer elemento que hace a la seguridad jurídica es saber que, cualquiera sea el país parte en las distintas convenciones, en todos se aplicará la misma convención, pues es indispensable conocer con certeza cuál es el alcance de la protección y de los derechos de que goza el autor o sus derechohabientes fuera del país de origen de la obra. Es por ello que de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los mismos Tratados surge cuál es el que resulta aplicable. Así, entre los países que, como es el caso de la Argentina, pertenecen a la Convención Universal y al Convenio de Berna. este último es el que resulta aplicable, es decir, que desplaza a la Convención Universal según se estipula en su artículo XVII y en la Declaración Anexa al mismo. Y lo mismo ocurre con las convenciones del sistema interamericano y la Convención Universal, pues ésta establece en su artículo XVIII tres reglas básicas: 1) la Convención Universal no deroga las convenciones o acuerdos del sistema interamericano; 2) en caso de divergencia entre la Convención Universal y las convenciones o acuerdos del sistema interamericano prevalece la de fecha más reciente y 3) la Convención Universal no afecta los derechos adquiridos en cualquier Estado contratante en virtud de convenciones o de acuerdos existentes con anterioridad a la fecha en que la Convención Universal entre en vigor en tal Estado. De esta forma quedó resuelto el problema que se presentaba en el caso de que los países involucrados hubieran ratificado ambas convenciones. Esto es muy importante, ya que al momento hay más de cien países que integran la Unión de Berna y alrededor de noventa Estados que forman parte de la Convención Universal. De ello resulta que, salvo en el caso de aproximadamente veinte países, todos los demás coinciden en el hecho de haber ratificado ambas convenciones.

El segundo elemento que hace a la seguridad jurídica está dado por la adecuación de la ley nacional a las normas convencionales de los tratados ratificados por el país. Por el contrario, la dicotomía entre las normas de la ley nacional y las de los tratados internacionales es causa de inseguridad jurídica, como ocurre con el mantenimiento en nuestra ley 11723 del sistema del registro como requisito para el ejercicio del derecho respecto de las obras publicadas como condición para explotarlas en forma exclusiva. Los registros del derecho de autor arraigaron muy vigorosamente en la Argentina y a este tema se acaba de referir el doctor Villalba, quien dijo que en nuestro país el registro es prácticamente considerado como un título de propiedad. Todos los integrantes del curso de derecho de autor que están presentes saben que siempre hay alguien que une la protección por el derecho de autor con el registro de la obra. Es una idea cuyo origen se remonta a la época de los privilegios de imprenta, que fueron utilizados por el poder gubernativo como un instrumento para aplicar la censura, y que arraigó no sólo en nuestro país sino, en general, en América latina por influencia de la actualmente derogada ley española de 1879. Se trata de un viejo resabio y tal vez del aspecto que más fuertemente diferencia al derecho de autor del derecho de propiedad industrial, especialmente del sistema de las patentes, porque el título originario del derecho de autor es la creación y no el acto de a autoridad administrativa. Así lo reconoce el Convenio de Berna desde la revisión de Berlín de 1908, en la que se eliminó toda condición relativa al cumplimiento de formalidades inscribiendo en el artículo 4, párr. 2 el principio de la protección automática, según el cual el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio no se subordinan a ninguna formalidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En cambio, según nuestra ley, aun cuando el autor es titular de sus derechos, en caso de que el editor no cumplimente el requisito de la inscripción de la obra dentro de los tres meses de su publicación, los derechos de explotación se ven privados de su carácter más relevante: la exclusividad oponible erga omnes, pues el artículo 57 dispone: "En el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual deberá depositar el editor de las obras comprendidas en el art. 1, tres ejemplares completos de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición"; y, de acuerdo al artículo 63, "La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor hasta el momento en que la efectúa, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita".

Con independencia de lo errado del criterio de los "registros constitutivos" (es decir, los establecidos como presupuesto para la constitución y existencia del derecho o como requisito para el ejercicio del derecho), la falta de adecuación de la ley 11723 a las prescripciones de las convenciones internacionales multilaterales (el artículo 4, párr. 2 del Convenio de Berna/Bruselas ya comentado y el artículo III de la Convención Universal que consagra la fórmula del símbolo compuesto por la letra "c" dentro de un círculo acompañado del nombre del titular del derecho y la indicación del año de la primera publicación y mediante cuya inserción en todos los ejemplares publicados con autorización del autor o de cualquier otro titular de sus derechos, se consideran satisfechas todas las formalidades exigidas por la legislación interna de los Estados contratantes respecto de toda obra protegida publicada por primera vez fuera del territorio de dicho Estado por un autor que no sea nacional del mismo) lesiona el principio de la seguridad jurídica por sus efectos en relación tanto a las obras nacionales como a las extranjeras.

Respecto de las obras nacionales se produce una desigualdad "al revés": los autores de obras nacionales están menos protegidos que los autores de obras extranjeras. Mientras las obras publicadas por primera vez en el país deben ser inscritas dentro de los tres meses siguientes a su aparición, so pena (artículo 63) de suspensión del derecho del autor y validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita, en cambio, las obras extranjeras a las que se aplica el Convenio de Berna gozan de la protección automática (artículo 4, párr. 2) y para las protegidas sólo por la Convención Universal basta con que se haya insertado la fórmula que prevé el artículo III ya mencionado.

Nos preguntamos si esta situación es admisible. En trabajos anteriores señalamos que en algunos casos se consideró que puede afectar la garantía constitucional de la igualdad jurídica; en otros se puso de relieve la situación paradójica que resulta de la aplicación del principio de la asimilación del extranjero al nacional consagrado en el Convenio de Berna/Bruselas (artículo 4, párr. 1) y en la Convención Universal (artículo II, párr. 1 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) si, a su vez, no se traduce en la asimilación inversa, es decir, si un nacional no goza de derechos tan extensos como los que se reconocen a un extranjero. En países como el nuestro, cuya Constitución Nacional (artículo 20) otorga a los extranjeros los mismos derechos civiles de que gozan los ciudadanos, cabe plantearse si la consecuencia jurídica de este principio de igualdad no es reconocer a los titulares de obras nacionales la aplicación de los mejores derechos que tienen sus homólogos de obras unionistas. Es por ello que como lo ha señalado el doctor Villalba - en todos los proyectos de reforma de nuestra ley, la exigencia del registro se encuentra en primera línea para ser modificada.

Respecto de las obras extranjeras, hasta el 30 de noviembre de 1981, fecha en que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictó fallo plenario en la causa Ferrari de Gnisci, la jurisprudencia oscilaba en la aplicación de la Convención Universal en materia penal, en la medida en que reemplaza la prueba de la titularidad de los derechos sobre una obra publicada por la inserción de la fórmula (c) del art. III de dicha Convención. En el caso mencionado, la accionada reproducía sin autorización, por fotoduplicación, obras científicas y luego llevaba esas fotocopias a la Universidad Tecnológica Nacional con el fin de distribuir las entre los alumnos que ya habían pagado una seña y que, con posterioridad, tenían que abonar el saldo del precio de esas reproducciones. La accionante invocó la titularidad de una obra publicada en México pero no se produjo la prueba del artículo 14 de la ley 11723, es decir, "acreditar el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por las leyes del país en que se haya hecho la publicación". En sentencia de primero de abril del 1980 (LL 1981 - B-16) la Sala III de la citada Cámara condenó a la imputada como autora del delito de reproducción y venta no autorizada de una obra intelectual, por aplicación del inc. a) del artículo 72 de la ley 11723, apartándose expresamente de la doctrina de las causas Editorial Forjador y Santostegui; en la primera, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en sentencia de primero de setiembre de 1959 (JA, 1959-VI-217) confirmó el fallo de primera instancia que desestimó la acción por considerar que el artículo III de la Convención Universal "solamente exime de algunas formalidades, pero no de acreditar que la edición puesta en circulación es legítima, sea ésta o no la primera, pues también siendo la primera puede ser clandestina y no merecer protección alguna". En la causa Santostegui, la Sala I de la misma Cámara, en sentencia del 15 de noviembre de 1968 (LL, 136-519) rechazó la acción por considerar que la Convención Universal, por ser una Convención de derecho privado, no puede modificar una disposición penal que es de derecho público así como todo el sistema de formalidades que hacen a la posibilidad del ejercicio del derecho y de aplicación de la norma penal.

Ante la existencia de sentencias contradictorias de la misma Cámara, ésta se autoconvocó a Tribunal Pleno, el que realizó la interpretación acertada de la cláusula convencional estableciendo la siguiente doctrina: "Es requisito suficiente para brindarle protección penal a una obra extranjera haber dado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento a lo dispuesto por la Convención Universal de Derecho de Autor, celebrada en Ginebra el 6 de setiembre de 1952, ratificada por decreto - ley N° 12088 aun cuando no se hayan satisfecho las formalidades de la ley 11723 (artículos 13 y 14)"; (LL, 1982 - C, pág. 22 y sigts.).

No obstante la justeza con que se interpretó el artículo III de la Convención Universal, tanto en este caso como en Mondadori c/La Opinión, pasó inadvertido que el Tratado aplicable era el Convenio de Berna en razón de que tanto México (país de origen de la obra reproducida ilícitamente por Ferrari de Gnisci), como Italia (país de origen de la nota reproducida sin autorización por el diario La Opinión), como la Argentina, país donde se reclamó la protección de esas obras, eran, ya entonces, miembros de la Unión de Berna y, como mencioné, la Convención Universal establece que ésta no es aplicable en las relaciones entre Estados ligados por el Convenio de Berna, en lo que se refiere a la protección de las obras que, de acuerdo con éste, tengan como país de origen uno de los países de la Unión creada por dicho Convenio.

Aunque el resultado de las sentencias hubiera sido el mismo, toda vez que, como ya señalé, el Convenio de Berna/Bruselas exime en el artículo 4, párr. 2 de la acreditación del cumplimiento de formalidades, sea que estén establecidas en la legislación del país de origen de la obra o bien en la del país donde se reclama la protección, el Tratado aplicable será el Convenio de Berna y no la Convención Universal y hubiera sido muy interesante contar con pronunciamientos judiciales que aplicaran el principio de la protección automática (o de ausencia de formalidades) establecido por el artículo 4, párr. 2) del Convenio de Berna/Bruselas.

La búsqueda de seguridad jurídica motivo la creación del registro internacional de obras audiovisuales mediante el Tratado firmado el 18 de abril de 1992 en Ginebra, en la sede de la OMPI, que nuestro país ratificó en 1992. En efecto, la creación de un registro internacional de obras audiovisuales respondió a la necesidad de aumentar la seguridad jurídica en las transacciones de derechos relativas a estas obras como medio para facilitar la lucha contra la piratería de las mismas, suministrando constancias de quiénes son los beneficiarios de cada uno de los derechos (reproducción, distribución, comunicación pública, etc.) en cada territorio, habida cuenta de la extensión internacional y las dimensiones económicas alcanzadas por la explotación de las obras cinematográficas y de las películas para televisión.

El efecto jurídico del Registro Internacional de Obras Audiovisuales establecido por el Tratado es la creación de una presunción iuris tantum de veracidad de las indicaciones registradas, sistema que no entraña conflicto con el Convenio de Berna porque éste solamente prohíbe el registro u otra formalidad cuando constituyen una condición para el goce o para el ejercicio del derecho de autor, pero no el registro con efecto de presunción impugnabile o relativa o "prueba prima facie".

Los Estados que ratifican o adhieren al Tratado asumen el compromiso de reconocer que las declaraciones registradas serán consideradas verdaderas hasta que se pruebe lo contrario (salvo en los dos casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecidos en el artículo 4, párr. I, incs. i) y ii). En virtud de este compromiso convencional, los tribunales y las autoridades administrativas de los Estados contratantes deberán aceptar esas declaraciones como prueba prima facie.

Tal eficacia probatoria de las indicaciones inscritas en un registro es un efecto jurídico corriente en muchos países, entre ellos, el nuestro, pero - como dice Mihaly Ficsor en El nuevo tratado de la OMPI sobre el registro internacional de obras audiovisuales, libro memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid 1991, t. II, pág. 768 - conviene señalar que el procedimiento de registro tiene por efecto la creación de una presunción impugnabile pero no establece, proroga, restringe o elimina ningún derecho.

El tercer elemento que hace a la seguridad jurídica es conocer con certeza cuáles son los derechos de que goza un autor sobre su obra cuando es utilizada en el extranjero. Para ello es necesario saber si se trata de una obra nacional o de una obra extranjera y, en este último caso, cuál es la ley aplicable a la misma.

En cuanto a la primera cuestión, el Convenio de Berna excluye su aplicación en el país de origen de la obra (Acta de Bruselas, artículo 4,1).

¿Cuáles son, entonces, las obras a las que se aplica el Convenio? Son: a) las obras publicadas por primera vez en alguno de los países de la Unión o simultáneamente en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión (en el Acta de París-1971 - se introdujeron también criterios personales: las obras publicadas por primera vez en un país que no pertenezca a la Unión, si el autor pertenece a un país de la Unión en razón de su nacionalidad o de su residencia habitual); y b) las obras no publicadas (es decir las inéditas) de los autores que pertenezcan a un país de la Unión, ya sea en virtud de su nacionalidad o de su residencia habitual.

Ahora bien, ¿cuál es la ley que se aplica a una obra para determinar los derechos de que goza su autor respecto de ella? Pueden ser: a) la *lex loci originis* y b) la ley territorial. La aplicación de la ley del país de origen de la obra determina que la obra, publicada o no publicada, se rija por una sola ley, cualquiera sea el país donde se reclame la protección. En cambio, la aplicación de la ley territorial, es decir, la ley del país donde se reclama la protección conduce a que la obra se encuentre regida por un mosaico de leyes, es decir, por tantas leyes como países contratantes existen.

La seguridad jurídica en el ámbito internacional se logra cuando hay certeza de que los derechos de que goza una persona son los mismos en todos los países donde ella pueda actuar, es decir que son respetados sometiéndolos a una sola ley: de su domicilio, de su nacionalidad, etcétera.

Sin embargo, en el Derecho Internacional Privado de Autor se adopta un criterio distinto: es decir, el del fraccionamiento, aplicándose el principio del trato nacional o de la asimilación de las obras extranjeras a las nacionales de acuerdo al cual a ley aplicable a las obras protegidas en virtud del Tratado es la ley del país parte en el mismo donde se reclama la protección. En consecuencia, las obras de los demás Estados contratantes recibirán el mismo trato que las nacionales o, dicho de otra manera, las obras cuyo país

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de origen sea un Estado contratante son asimiladas a las obras nacionales sin sujeción a reciprocidad.

Es el sistema que adoptan ambas grandes convenciones mundiales (el Convenio de Berna y la Convención Universal) y la mayoría de las convenciones sobre derecho de autor del sistema interamericano).

De esta manera no es posible hacer discriminaciones en razón de la calidad de extranjera de la obra ni es necesario probar cuáles son los derechos de que goza la obra en su país de origen, lo cual permite lograr la protección sin someterla a la prueba del derecho extranjero y a su interpretación, que resulta decisivo en esta materia en la cual la gran mayoría de los reclamos de protección de obras extranjeras son motivadas por utilidades ilícitas y, en materia de normas penales y procesales aplicables en las causas que se sustancian ante sus Tribunales, los Estados reservan, casi sin excepciones, la aplicación de su propia ley, es decir, de la ley territorial.

Además, son muy pocas las acciones promovidas por infracciones al derecho de autor que no se inicien con un pedido de medidas cautelares porque, generalmente, la reproducción ilícita es anónima: muy pocas veces el pirata consigna su nombre en los ejemplares en infracción, de modo que el titular del derecho, víctima de la agresión, carece de medios para identificar al agente y comprobar el ilícito. Además, es relativamente sencillo hacer desaparecer las pruebas por tratarse en general de objetos fácilmente transportables, como libros, láminas, discos, casetes u otras mercaderías, e impedir la demostración del ilícito.

El cuarto elemento que hace a la seguridad jurídica es que el autor de una obra sepa que, cualquiera sea el país donde se cometa la infracción, gozará de los mismos derechos y recursos procesales que los autores de obras nacionales de este último. Inclusive el primer Tratado de Montevideo de 1889 sobre propiedad literaria y artística, que se apartó del modelo del Convenio de Berna en materia de ley aplicable a la protección de la obra al hacerla regir por la ley del país donde se publicó originariamente la obra (artículo 2) es decir, por la *lex loci publicationis* o *lex loci originis*, seguramente debido al rigor científico de los internacionalistas de Montevideo. Sin embargo, la aplicación de la *lex loci* es objeto de una importante limitación en el artículo 11 al establecer que en materia de responsabilidad por usurpación del derecho, la jurisdicción competente y la ley aplicable son las del país en el que se haya cometido el fraude, es decir, la ley territorial.

Pero como las legislaciones nacionales presentan divergencias notorias, el quinto elemento que hace a la seguridad jurídica es que los autores gocen de algunas prerrogativas mínimas, cualquiera que sea el país donde reclamen la protección, entre ellas, el derecho a obtener medidas cautelares.

Por esta razón el Convenio de Berna, luego de establecer los principios del trato nacional y de la independencia de la protección, establece el de la protección mínima con la finalidad de mitigar esas diferencias entre las distintas legislaciones de los países de la Unión de Berna y asegurar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eficacia de la protección pues, como se expresa en el Preámbulo del Convenio, su objetivo es "proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas".

De manera que cuando la ley interna de un país de la Unión de Berna no alcanza los mínimos prescritos por el Convenio, éste suple la omisión mediante una reglamentación común, un conjunto de disposiciones uniformemente aplicables. Para las obras unionistas, entonces, los mínimos que prevé el Convenio se acumulan al derecho interno que se aplica a las obras nacionales. Dicho de otro modo, cuando las disposiciones del derecho interno no alcanzan los derechos mínimos garantizados iure conventionis, son completados con éstos.

Las normas del Convenio de Berna que aseguran la protección mínima son las concernientes a las obras protegidas, los derechos reconocidos: el derecho moral y los derechos patrimoniales - de reproducción, incluido el derecho de grabación de obras musicales, de traducción, adaptación, arreglos y otras transformaciones, de representación y ejecución públicas, de recitación pública, de radiodifusión, los derechos relativos a las obras cinematográficas y el "droit de suite" -, a la duración de los derechos y al derecho a obtener medidas cautelares.

De este modo, a través de la armonización de las convenciones internacionales en punto a cuál de ellas es la aplicable, de los principios básicos del Convenio de Berna y de su efecto armonizador de las legislaciones nacionales, se ha ido logrando un sistema de protección destinado a garantizar, precisamente, la seguridad jurídica del derecho de autor en el ámbito internacional (aplausos).

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - A continuación hará uso de la palabra el doctor Della Costa.

DOCTOR DELLA COSTA.

En la medida de lo posible, trataré de hacer una síntesis de las dos exposiciones precedentes.

Quisiera comenzar señalando que celebro este surgimiento hacia un primer plano del tema genérico de la seguridad jurídica, precisamente por aquello de los "opuestos", ya que parecería que en nuestro tiempo se pone de relieve en forma especial el aspecto contrario de la seguridad jurídica, es decir, la inseguridad jurídica.

En realidad, la seguridad jurídica es el objetivo final de todo el sistema del derecho. En el sistema de normas se consagra un derecho a fin de que todos tengamos algo de seguridad, es decir, certeza en nuestra vida de relación vinculada a los valores del derecho. Esto es, en síntesis, la seguridad jurídica. Esa seguridad, ustedes ya lo habrán podido intuir, constituye un doble juego que se establece entre el sistema objetivo de las normas - tanto en el nivel estrictamente nacional como en el nivel de la comunidad jurídica internacional - y los derechos subjetivos particulares. Por lo tanto, trataremos de recordar y de identificar la forma en que este juego

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se establece entre el derecho objetivo del sistema de las normas y los derechos subjetivos de cada uno, tiene que ver en forma especial con la vida y práctica del derecho de autor.

Siempre es útil una primera mirada hacia los orígenes.

En Roma, cuna histórica, pero también nervio siempre vivo y actuante de nuestro derecho, la seguridad se cifraba, sobre todo en los tiempos antiguos, en la "lex", cosa sancta en el puro sentido de atraer la *sanctio* (sanción divina) sobre su infractor. Su severidad (*dura lex, sed lex*) estaba en relación directa con el ansia de seguridad de los ciudadanos; cualquier injuria (injusticia) en particular producida por aplicar la ley, era tenida por menos dañosa al cuerpo social que el quebrantamiento de esa ley. Así lo tenían los romanos previsto, asumido y aun temido, en la frase proverbial: *summum ius, summa iniuria*; esto es, lo jurídico más riguroso, podía convertirse, en un caso, en lo más injusto y agravante. Pero era mejor sostener aun así la ley, no por fetichismo, sino como garantía de seguridad. Era una seguridad *secundum legem*. Pero más tarde, cuando la expansión imperial iniciada a mediados de la llamada "república" (S. IV A.C.) tornó insuficiente el sistema de la *lex* votada por los ciudadanos, frente al embate de las relaciones pacíficas con tanto pueblo extraño, se agigantó la figura de ese magistrado que era el *praetor* (pretor), cuyo edicto anual daba claras reglas de juego para todos. Ya no era sólo la *lex*, pero era siempre el Estado Romano quien, ahora por medio del magistrado, proveía la seguridad. La ley no caía en el desprestigio ni quedaba a capricho el acatarla o no: era un nuevo órgano de la ciudad, que brindaba una nueva seguridad jurídica, ya fuese *secundum legem*, *sine lege* (ante la imprevisión del sistema legal), o en ocasiones, aun *contra legem*, pero asimismo en este último caso, con el apoyo y certeza de un edicto que era público, conocido y aplicado durante todo el año.

Pues bien, hecha esta recordación y volviendo a nuestra problemática de hoy, en general, para referirla en particular al Derecho de Autor. En este sentido, me gustaría señalar, ante todo, cuáles son los ámbitos genéricos de la seguridad jurídica. Hablando de esa certeza en las relaciones humanas en todo lo que atañe al derecho, podemos ver la seguridad jurídica como dos caras de la misma moneda. Una sería la seguridad que llamaríamos subjetiva o sustancial, enfocándola desde el punto de vista del sujeto de derecho que quiere insertarse en el sistema de las normas con la mayor certeza y "seguridad" posibles. Este aspecto de la seguridad subjetiva o sustancial tiene a su vez dos subaspectos. Uno es la seguridad en el propio obrar, o lo que comúnmente llamamos el derecho preventivo. El sujeto, genéricamente o ante una situación particular, desea saber si está bien colocado respecto del derecho. Muchas veces se le pregunta al abogado si hace bien en obrar de determinada manera, o si puede publicar una obra sin temor a que ocurra tal o cual problema. A la inversa, quien va a utilizar una obra ajena se pregunta, por ejemplo, si puede representar cierta obra en el teatro sin temor a que su autor lo cuestione. Todos esos son aspectos de la seguridad jurídica subjetiva en cuanto al propio obrar

El otro subaspecto de la seguridad jurídica subjetiva o sustancial sería su