



U.

RÍO NEGRO

UNIVERSIDAD
NACIONAL

POSIBILIDAD DE APLICAR EL FAIR USE, FRENTE A LA COLISIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Autora: Karen Micaela Knodel
Director: Ariel Alberto Gallinger

Trabajo Final de Grado
Abogacía
Universidad Nacional de Río Negro
Sede Atlántica
Febrero 2022

Dedicatorias

A mi tía Nelly, por su apoyo incondicional que continuó aún después de que nos dejara físicamente.

A mi amigo Franco, quien nos dejó mucho antes de tiempo, que espero viva este sueño a través mío.

Agradecimientos

En primer lugar, siempre, a mi FAMILIA, porque es lo más maravilloso que tengo, sin su acompañamiento y consejos nunca hubiera podido llegar hasta acá. A mamá y papá por hacer que me superara día tras día, por enseñarme valores y a esforzarme, tanto, como para que los sueños se hagan realidad. A mis hermanas, por bancarme y enseñarme a compartir y negociar. GRACIAS por caminar a mi lado durante estos 6 años.

Hay tantas personas a las cuales agradecer, que tendría que escribir un libro solo para ellas...

A mi amor, Marcos, por las veces que me abrazó mientras lloraba por una materia y las veces que festejamos juntos cada logro.

A mi incondicional, Anto, que primero lejos y luego cerca, siempre me apoyó, me aconsejó y me retó cuando era necesario.

A mi abuela, que siempre estuvo con una palabra de aliento e incentivándome a seguir hacia adelante.

A Neni, por prestarme su lugar para que pudiera estudiar o rendir, estaré siempre agradecida.

A los compañeros/as y amigos/as que me dejó la Universidad, porque cada uno de ellos ayudó a formarme, a guiarme, y a impulsarme hacia adelante.

A mi director de Tesis Ariel Alberto Gallinger, por su paciencia, comprensión, y guía. A María Paula Diaz Frigerio, por su acompañamiento en este proceso. Sin ellos, este hermoso trabajo no hubiera sido posible.

A Miguel Cardella por enseñarme a amar el derecho penal, y mi profesión.

A la Universidad Nacional de Rio Negro, porque sin esta institución, no sería quien soy hoy.

«La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo.»

Nelson Mandela

ÍNDICE	
Dedicatorias	1
Agradecimientos	1
Introducción	4
CAPÍTULO 1	6
1.1 Planteamiento del Problema	6
1.2 Marco Teórico y Conceptual	7
1.2.1 Los Antecedentes	7
1.2.2 El Enfoque Teórico	8
1.2.3 Justificación	13
1.3 Marco Metodológico	14
1.3.1 Los Objetivos	14
1.3.2 Estrategia Metodológica	15
1.3.3 Tareas a Realizar	16
CAPÍTULO 2	17
2.1 Derecho a la Educación y Derecho de Propiedad Intelectual	17
2.1.1 Acceso a la Educación	17
2.1.2. Ley N° 11.723 - Ley de Propiedad Intelectual	21
2.1.3 Tensión y Conflicto Entre Ambos Derechos	25
2.2 Fair Use	26
2.2.1 Definición y Origen	26
2.2.2. Fair Use en Estados Unidos	28
2.2.3 Antecedentes Jurisprudenciales	30
CAPÍTULO 3	37
3.1 Análisis	37
3.2. Conclusiones	39
Referencias Bibliográficas	43
Referencia Normativa	49

Introducción

El presente trabajo final de grado tiene por objeto establecer si frente a la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver dicho conflicto, de cara a las necesidades de acceso al material de estudio con el que se encuentran los/las estudiantes universitarios

La investigación que aquí se presenta nace de la reflexión en torno a los efectos que, en el ámbito de la educación universitaria, experimentan los/as estudiantes como resultado de esta tensión. Particularmente, el origen de este trabajo surgió como respuesta a la pregunta por el escaso acceso al material bibliográfico necesario para mi propia formación, puesto que aquellos libros que se solicitaron a lo largo de la carrera constituyen un material costoso y de difícil o nulo acceso en internet. En la misma línea, tampoco se encuentran disponibles libremente en las bibliotecas, por lo tanto, existe una real limitación y condicionamiento en la posibilidad de vivir plenamente un proceso formativo justo.

A lo largo del trabajo se realizará un análisis de fuentes, se conceptualizará el acceso a la educación en tanto Derecho Humano, se examinará el derecho de autor/a de acuerdo a la Ley N° 11.723, para luego verificar si el instituto del fair use, tal como es conocido en Estados Unidos, puede ser receptado en nuestro sistema jurídico, constituyendo una respuesta eficaz a las necesidades de los/as estudiantes universitarios/as.

Entre los objetivos específicos que sustentan esta investigación, se cuentan, identificar la problemática de la colisión entre el derecho de autor y el derecho a la educación, desarrollar el instituto del fair use tanto en su aplicación estadounidense como en argentina, y problematizar su uso en contraposición con la Ley N° 11.723.

En torno a la pregunta principal, este trabajo se plantea si dada la colisión entre el derecho de autor/a¹ y el derecho a la educación, podría aplicarse el instituto del fair use en la Argentina como una herramienta que facilite y garantice el acceso a la educación a los/las estudiantes universitarios/as

En cuanto a la estrategia metodológica, este trabajo será una investigación exploratoria y de análisis documental. Será exploratoria en tanto es un primer acercamiento al objeto de estudio, que permite identificar aspectos relevantes, actores y evaluar factibilidad para la investigación. Al respecto, Morales (2015) específica que este tipo de investigación consiste en brindar una referencia general de la temática basada en la literatura existente.

Por su parte, será de análisis documental porque es un análisis de la información escrita con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas o posturas o el estado actual del conocimiento respecto del tema objeto de estudio (Casares Hernández, 1995). La investigación documental, además, sostiene Bernal, es la base metódica tradicional de la investigación jurídica (2003, p.1).

El corte del trabajo es cualitativo ya que prioriza la interpretación y comprensión (Ynoub, 2015).

¹ El texto está elaborado con lenguaje inclusivo, no sexista y con perspectiva de género, reconocido por la UNRN en el Plan de Igualdad, en el marco de la adhesión a la Ley Micaela y según lo establecido en la Resolución CSPyGE N° 68/2020.

CAPÍTULO 1

1.1 Planteamiento del Problema

Esta tesis problematizará la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, y frente a este conflicto buscará establecer si el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver la presente disparidad entre los derechos mencionados, de cara a las necesidades de acceso al material de estudio con el que se encuentran los/las estudiantes universitarios.

El derecho a la educación es garantizador de otros derechos. Al respecto, Ana María Rodino sostiene que “es un derecho llave, un multiplicador que cuando se garantiza, aumenta el disfrute de todos los demás derechos” (...) “en la vida social muchos derechos son inaccesibles para quienes fueron privados de educación” (Rodino, 2015, p.6).

En otro orden de ideas la Ley N° 11.723, se trata de una norma que protege los derechos de los/las autores/as, hasta con consecuencias penales (como puede verse a partir del artículo 71 y siguientes de la mencionada Ley).

Rivas y otros autores expresan al respecto que existe “una áspera problemática que evidencia la defensa del derecho a la educación como una obligación fundamental del Estado y es la referida a los costos económicos” (Rivas Alex, Verona Batiuk, Claudia Composto, Florencia Mezzadra, Martín Scasso, Cecilia Veleda y Alejandro Vera 2007, p.168).

Es de destacar que hay libros disponibles en internet, aquellos de los que sus autores y autoras liberaron su uso y fueron publicados con un libre acceso a cualquier persona, aquellos libros que son tan antiguos que ya son parte del dominio público y con lo cual la sociedad puede acceder a ellos, o los que fueron plagiados y publicados sin el consentimiento de su autor/a, todas alternativas que se evidencian insuficientes para el proceso formativo universitario.

1.2 Marco Teórico y Conceptual

1.2.1 Los Antecedentes

Una primera revisión por los antecedentes de esta investigación arroja como resultado principal que no existen trabajos en Argentina que hayan abordado el problema que aquí se formula, referido a la posibilidad de aplicar la doctrina del uso justo, para establecer si frente a la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver o superar este conflicto, con el que se encuentran los/las estudiantes universitarios.

En cambio, sí se registran aportes dedicados a trabajar el conflicto entre los derechos (Busaniche, 2006, 2007, 2010, 2013, 2016). Busaniche en su trabajo “Prohibido pensar, propiedad privada. Los monopolios sobre la vida, el conocimiento y la cultura” (2006), menciona a los derechos de autor/a, habla sobre el derecho a leer y justifica porqué el software debería ser libre, al relacionarlo con la educación. Por otro lado, en su trabajo “Monopolios artificiales sobre bienes intangibles” (2007), explica el derecho de autor/a y el copyright, los derechos conexos que estos conllevan, los monopolios en torno al derecho de autor/a, y la problemática en torno a los softwares. En otro trabajo titulado “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor/a y las prácticas para democratizar la cultura” (2010), se refiere a la Ley de Propiedad intelectual Argentina, menciona los efectos del copyleft, habla sobre las amenazas de las bibliotecas. En “El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor” (2010) va a ser injerencia sobre la tensión que existe entre los derechos de autor/a, los derechos culturales y el derecho a la educación con la perspectiva puesta en las nuevas tecnologías de información y de comunicación. En “Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley N° 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina” (2013) trabajó la ley de propiedad intelectual argentina haciéndola pasar por el tamiz de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional. En un trabajo más actual “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales” (2016) abordó los

derechos culturales en el marco de los derechos humanos, y la tensión o coexistencia entre estos últimos y los derechos de autor/a.

Por otro lado, problematizando las dificultades en el acceso a la educación superior universitaria (Fernández Lamarra, Pérez Centeno, Marquina, Aiello, 2018; Giménez y Del Bello, 2016), Fernández Lamarra y otros autores escribieron el trabajo “La educación superior argentina. Situación actual en el contexto regional” en el cual describieron las características contextuales de la educación argentina, el marco regulatorio de la educación superior universitaria y, así mismo el sistema de evaluación de calidad de dicha educación. En el trabajo de Giménez y Del Bello “La Ley 24.521 de Educación Superior. Su impacto modernizante y la necesaria nueva agenda de política pública universitaria” hacen una evaluación del impacto que tuvo esta ley sobre el sistema universitario argentino.

En otro orden de ideas, quienes se dedicaron antes a abordar temas vinculados aparecen aportes sobre la posibilidad de aplicar el instituto de fair use con relación, por ejemplo, al software (Zambrano Sánchez, 2017) con su trabajo “Alcance del principio del “fair use” en la protección jurídica del software” realiza un análisis del software desde una perspectiva técnica y, en segunda instancia, desde una perspectiva legal.

1.2.2 El Enfoque Teórico

La investigación se encuentra determinada conceptual y teóricamente por los aportes de Facundo Rojo (2014), quien analizó desde el campo filosófico el alcance y utilidad de la aplicación del fair use. Y, por otro lado, por el trabajo de Juan Córdoba Marentes (2012) que, en su explicación, analizó diversos fallos estadounidenses donde se aplicaba este instituto, y a su vez hace un análisis de los requisitos necesarios para su correcta aplicación.

En principio se debe aclarar qué es el derecho de propiedad intelectual, el cual, según la OMPI² “(...) se refiere a las creaciones del intelecto: desde las obras de arte hasta las invenciones, los programas informáticos, las marcas y otros signos

² OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

comerciales” (s.f.). Este derecho está protegido en la Argentina por la Ley N° 11.723 sancionada en 1933, la cual será analizada en el capítulo tres (Infoleg, 1933)

En otro orden, el fair use ha sido definido por Derechos Digitales, que es una organización de América Latina, sin fines de lucro, fundada en 2005, y que tiene como objetivo clave el desarrollo, la promoción y la defensa de los Derechos Humanos en el marco digital. Dicha organización, comprende a este instituto como “(...) un uso que se permite de las obras artísticas e intelectuales, sin requerir autorización y sin mediar pago” (s.f.).

En igual sentido, en el diccionario de la Real Academia Española (2020) ha sido caracterizada como “Doctrina asentada en el derecho anglosajón que impide que los derechos de propiedad intelectual puedan configurarse como derechos absolutos, estableciendo un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia”

Por su parte, el análisis de Juan F. Córdoba Marentes, aborda la cuestión en su trabajo titulado “El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense”, en el cual realiza un estudio del instituto, y hace un análisis de varios fallos que tratan del mismo y la educación, donde concluye que debe considerarse como tal a todo trabajo relacionado a la enseñanza y la investigación, que sea sin fines de lucro (Córdoba Marentes, 2012).

El autor citado afirma que, para poder ser considerado como un uso justo, el caso debe pasar por el tamiz de cuatro factores: a) “el propósito y el carácter del uso”, b) “la naturaleza de la obra protegida”, c) “la cantidad y sustancialidad de la porción usada respecto de la obra protegida en su totalidad”, d) “el efecto del uso sobre el mercado potencial” (p.443). A partir de ello plantea que, la explotación comercial no solamente tiene que ver con que se otorgará el uso legítimo a aquellos trabajos que no persigan el ánimo de lucro, sino que también es posible que sea otorgado a aquellos trabajos realizados para hacer una crítica o comentario, aunque sea con fines de lucro.

El autor, respecto al primer factor, sobre que se ha hecho con la obra original, con que propósito se la ha tomado, analiza, en su escrito, el caso MacMillan Co. vs. King, (MacMillan Co. vs. King, Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 1914), y explica que, un profesor copió una obra y la entregó sin costo a sus estudiantes, se determinó que no existía ánimo de lucro, pero la Corte

no entendió el uso del fair use, y dijo que, ese trabajo eran “copias” ya que se había reproducido sin autorización del titular, el demandado alegó que su obra no perjudicaba las ventas de la obra original, sin embargo, la Corte rechazó esto, porque no es la idea de este instituto que los profesores tengan un estatus especial, que puedan usar la obra sin limitación (p.457).

En otro apartado, el autor citado, destaca el fallo *Penélope vs. Brown* (Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 1992), en el que se consideró que existía un uso justo, pues Penélope había incluido oraciones de otro autor en su libro de gramática inglesa, un libro destinado a jóvenes escritores, la Corte expresó que el uso de Penélope había sido transformador de la obra original, y no había ningún efecto negativo en el mercado para esta última (p.451).

Respecto del segundo factor, que habla de la naturaleza de la obra protegida, el escritor menciona que uno de los objetivos del fair use es el fomento de la educación, pero que no es siempre definitivo para otorgar el uso legítimo de esta. Indica que se toma en cuenta, si la creación protegida es una obra de ficción o está basada en hechos reales, ya que en estas últimas se pueden tomar estos hechos y crear otra historia, en cambio en la ficcionada, hay mayor originalidad (p.458/459).

En cuanto al tercer factor, la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada de la obra, el escritor menciona que la reproducción de un fragmento de una producción tiene más posibilidades de ser considerado un uso justo, que la reproducción de una obra completa. Aunque, expresa, que no solo debe analizarse la cantidad sino la calidad de la parte utilizada, porque podría, por ejemplo, ser un texto breve lo que se tomó, pero ser el corazón de la obra (p.460/461).

Luego se cita el fallo *Marcus vs. Rowley*, (*Marcus contra Rowley*, Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos., 1983), en donde la corte rechazó el uso del fair use, por más que el demandado hubiera accionado con fines educativos y sin ánimo de lucro, puesto que el actor, con su obra original, ya había perseguido estos fines pedagógicos, teniendo presente la cantidad y sustancialidad que se habían tomado de la obra original, lo que de por sí excluía cualquier pretensión de legitimidad (p.450/451).

Y, por último, en relación al cuarto factor, es decir, sobre la afectación provocada en el mercado potencial o el valor de la obra protegida, el escritor

expresa, que la Corte Suprema de los Estados Unidos, calificó a este punto como el más importante, para determinar el uso o no del fair use (p.450/451).

Córdoba Marentes considera que el factor mencionado anteriormente se relaciona estrechamente con los restantes factores, pues respecto al primero, dice que mientras más transformada sea la nueva obra, respecto de la original, menos probabilidades hay de que afecte en el mercado a la obra original; en cuanto al segundo factor, si la nueva obra tiene una igual o al menos similar naturaleza que la original, es probable que sea un efecto negativo en el mercado respecto de la obra protegida; y en cuanto al tercero, entre más cantidad y sustancial de la original que se utilizó en la nueva, habrá menos probabilidades de que se otorgue como uso justo (p.462/463).

Respecto de este cuarto factor, el escritor analiza el caso MacMillan Co. vs. King, (MacMillan Co. vs. King, Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 1914), nuevamente, y establece que, aunque no existía ánimo de lucro, la naturaleza de la obra y el carácter sustancial de reproducción, guiaron a la Corte a inferir que se estaba afectando el mercado potencial de su predecesora, ya que aquellos estudiantes que recibían la creación de MacMillan, lo más probable era que no comprarían la original. Aunque también menciona el caso de Penélope, nuevamente, donde la Corte dijo que no se podía encuadrar las acciones de la demandada como un posible efecto negativo en el mercado de la obra original, porque era poco probable que algún potencial comprador viera el manual que había desarrollado la demandada y lo considerará como sustituto del libro original (p.463)

Córdoba Marentes, luego de su análisis a algunos fallos donde se alegó el fair use por los demandados, pudo concluir que en un grupo de doctrinarios y en el imaginario colectivo actual, permanece la idea de que el uso justo de una obra, que sea con fines académicos, sin fines de lucro y que a su vez sea un beneficio para la sociedad, se justifica y por lo tanto es totalmente libre. Sin embargo, expresa el autor, que en los casos analizados los jueces estadounidenses no tuvieron un criterio unánime a la hora de resolver, y quedó en evidencia que, en algunos casos, es insuficiente demostrar el uso investigativo o educativo de una obra, o que su finalidad carezca de fines de lucro, para que sea aceptada como un uso legítimo. Y, si bien este instituto favorece la libre utilización de obras, que tengan propósitos educativos o investigativos; este debería ser reevaluado teniendo en cuenta

aquellos antecedentes jurisprudenciales, puesto que se les dio más importancia a los criterios económicos (p.465/466)

Así mismo, sirven como antecedente, el trabajo realizado por Facundo Rojo “Fundamentos filosóficos de la doctrina del fair use”, donde realiza un análisis del instituto a partir de tres abordajes filosóficos.

En un primer momento, el autor, analiza la “justificación hegeliana”, en la cual se describe el desarrollo de la justificación de la propiedad intelectual que se basa en la personalidad, Rojo expone que “Hegel sostiene que los individuos son titulares de su personalidad, que está compuesta por sus talentos, sus sentimientos, los rasgos de su carácter y sus experiencias” (Rojo, p.83, 2014); continúa diciendo que, a veces, los individuos fusionan objetos tangibles e intangibles, con sus sentimientos, experiencias, carácter; y como estos son rasgos de su personalidad y es titular de ellos, también será titular del objeto que se cree con ellos (p.83/84)

Con esta introducción de lo que es la justificación hegeliana, el autor hace un análisis de este pensamiento con la doctrina del fair use, y se expresa diciendo que, para que los jueces acepten el uso de este instituto, en alguna acción, tiene que haber un uso transformativo, algo nuevo, con un propósito distinto al de la obra original, entonces para que sea considerado como tal, la nueva obra debe tener rasgos de personalidad de la persona que la elabora (p.84)

En segundo término analiza la “justificación utilitarista” y explica que es justo que los titulares de derecho de autor/a tengan protección de su obra, porque de esta forma se premia a quienes realizan creaciones, nuevas obras, sino se le reconociera este derecho exclusivo, todos los ciudadanos disfrutarían de la nueva obra a expensas del esfuerzo de su titular, y de esta manera menos personas dedicarían su esfuerzo a crear obras nuevas; por otro lado, al existir protección más personas estarán dispuestas a esforzarse por crear obras nuevas, y eso es socialmente deseable (p.86)

El citado autor concluye, siguiendo a Patricia Aufderheide y Peter Jaszi, que este instituto del uso justo se establece para ser utilizado bajo algunas precisas circunstancias, ello es cuando el beneficio social sea mayor que la pérdida individual del titular de la obra, en este caso, las personas podrían justificar su uso de una obra ajena (p.87)

En tercer lugar, analiza la “justificación lockeana”, esta teoría expresa “trabajar, producir, pensar y perseverar son actos voluntarios, y los individuos que llevan a cabo estas actividades serán titulares de lo que produzcan” (p.90)

A partir de la explicación anterior, Rojo hace un análisis, una vez más, relacionando la teoría con el fair use, y dice que, si aquella persona que quiere utilizar una obra ajena y logra demostrar que el resto de la sociedad, estaría mejor si la obra no fuera exclusivamente del titular, puede configurar un uso justo (p.90/91).

Esta última referencia realizada sobre el trabajo del autor citado, adquiere toda su relevancia en el caso “Google Books”, que luego será analizado. Y que, en nuestro país, surge en forma inacabada, con el caso conocido como el “Aleph Engordado”.

1.2.3 Justificación

La investigación se justifica, en primer lugar, porque existe una vacancia que da cuenta de la ausencia de análisis dirigidos particularmente a establecer si frente a la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver dicho conflicto, con el que se suelen encontrar los/las estudiantes universitarios, a tal punto que no se registran antecedentes jurisprudenciales que hayan aplicado dicha doctrina en los Tribunales de nuestro país.

En segundo lugar, existe un contexto sociopolítico que obliga a darle preponderancia a esta problematización. Según el INDEC³, con su último informe técnico⁴, del día 30 de septiembre de 2021, sobre “Incidencia en la pobreza y en la indigencia” dio como resultado que el 40,6% de los ciudadanos argentinos están por debajo de la línea de pobreza, es decir, que ese universo demográfico encontrará un importante condicionamiento a la hora de afrontar los costos de una

³ INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina

⁴ Informe Técnico. EPH: Incidencia de la Pobreza y de la Indigencia. Recuperado el 29/10/2021 de <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>

carrera universitaria, destacándose entre otros el correspondiente al material de estudio.

Por ello, el estudio de este problema aporta a los fines de determinar si resulta posible aplicar el instituto del fair use en el contexto del marco jurídico de nuestro país, y si ello puede constituir una solución a la problemática del acceso educativo antes mencionado, en tanto que afecta a un importante sector de la población⁵.

Por último, resulta imperioso desarrollar un análisis que permita visualizar soluciones a las situaciones generadas por crisis globales como la pandemia por el COVID-19, puesto que se produjeron una serie de modificaciones en la vida cotidiana que tuvieron un impacto determinante para las personas. Por caso, las bibliotecas debieron cerrar sus puertas, las clases se convirtieron en virtuales, y aquellos espacios de sociabilización se redujeron al mínimo, afectando todo ello a las alternativas que flexibilizaban el acceso a los distintos materiales de estudio.

1.3 Marco Metodológico

1.3.1 Los Objetivos

Objetivo General

El objetivo general del presente trabajo es establecer si frente a la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver ese conflicto, de cara a las necesidades de acceso al material de estudio con el que se encuentran los/las estudiantes universitarios

⁵ Se puede observar, que el 98% de los estudiantes de Rosario, en 2005, estudiaban de fotocopias, entre otras razones, por el alto costo de los libros. Disponible on line en: <http://www.cadra.org.ar/el-98-de-los-alumnos-universitarios-estudia-con-fotocopias/> Recuperado el 7/11/2022

Objetivos Específicos

Los objetivos específicos, que ayudarán a lograr el objetivo general, son los siguientes:

- ❖ Identificar la problemática que se desarrolla entre el derecho de autor y el derecho a la educación.
- ❖ Justificar la insuficiencia de la Ley N° 11.723, en cuanto al acceso a obras científicas.
- ❖ Distinguir el uso del fair use en Estados Unidos, y el trato que se le da al instituto en Argentina.

1.3.2 Estrategia Metodológica

La investigación que se desarrollará en este Trabajo Final de Grado utilizará una metodología de corte cualitativa, enfocada a lograr un abordaje exploratorio y un tratamiento analítico. Para ello, se realizará un relevamiento y recopilación de convenciones y tratados internacionales aplicables a la temática, como normas nacionales sobre acceso a la educación, los derechos autorales y jurisprudencia aplicable a la materia.

Según explica Hernández Sampieri el enfoque cualitativo “utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (2014, p.40).

Así mismo, la descripción y análisis a partir de la normativa que establece y delimita los alcances del derecho a la educación, de la Ley de propiedad intelectual, y del instituto del fair use permitirá confrontarlos a los fines de verificar si este último puede ser acogido en nuestro sistema legal como respuesta a la problemática planteada.

1.3.3 Tareas a Realizar

Las tareas que se desarrollarán en el presente trabajo, son aquellas que ayudarán a cumplir con los objetivos planteados, las mismas son:

- ❖ Reconocer la problemática en torno a la colisión entre derecho de autor y derecho a la educación.
- ❖ Relevar datos e información documental que permita identificar la problemática de los estudiantes universitarios.
- ❖ Identificar las leyes nacionales y convenciones internacionales relacionadas con el tema y destacar su importancia en relación a la educación.
- ❖ Analizar los puntos más relevantes para esta investigación, sobre la Ley N° 11.723.
- ❖ Explicar cómo funciona y se aplica el instituto del fair use en Estados Unidos.
- ❖ Revisar la jurisprudencia más destacada del instituto del fair use, tanto estadounidense como argentina.
- ❖ Analizar doctrina al respecto del uso de este instituto.
- ❖ Contraponer el uso del fair use con la Ley N° 11.723.

CAPÍTULO 2

2.1 Derecho a la Educación y Derecho de Propiedad Intelectual

2.1.1 Acceso a la Educación

Rodino (2015) sostiene que la educación “es un derecho llave, un multiplicador que cuando se garantiza, aumenta el disfrute de todos los demás derechos”, (p.206). Educación significa, a su vez, expresa la autora, “el poder enseñar, aprender y crecer”, (...) “derechos humanos, que se respete nuestra dignidad” (...), “inclusión social (...) e igualdad de oportunidades para el disfrute de los bienes naturales y culturales disponibles, materiales tanto como simbólicos” (Rodino, 2015, p.206)

En la Argentina tenemos un sistema de educación pública y gratuita, ya que nuestra Constitución Nacional, reconoce en su artículo 14º que este es un derecho y como tal debe ser garantizada por el estado, es por esto que existen jardines, colegios, terciarios y universidades públicas, con el fin de brindar educación para los estudiantes (INFOLEG, Constitución Nacional, Art 14).

Asimismo, lo reconoce la Ley de Educación Nacional, la cual en su artículo dos expresa “La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado” (Ley N° 26.206, Infoleg, 2006, Artículo 2).

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, se incorporan algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad argentino, destacándose entre ellos por su mención expresa y directa al derecho a la educación los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, que al respecto expresa en su artículo XII. “Toda persona tiene derecho a la educación, (...)”. Y que, mediante esa educación, “se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida (...)”. “El derecho de educación comprende el de igualdad de

oportunidades en todos los casos (...)” (OEA, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Artículo XII). cita

- Declaración Universal de Derechos Humanos, que al respecto expresa “1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, (...) el acceso a los estudios superiores será igual para todos (...)” (Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Artículo 26). cita

Asimismo, la Ley N° 24.521 de Educación Superior, (Infoleg, 1995), establece la responsabilidad del Estado en materia educativa, como así también el objetivo de la misma, el cual se encuentra referido en su artículo cuatro y entre ellos menciona el objetivo de formar científicos, profesionales y técnicos. Y, asimismo, menciona en su artículo 13 los derechos de los estudiantes, entre los cuales se destaca el acceso al sistema, y la posibilidad de obtener becas. Este acceso es amplio puesto que la oferta académica es extensa, ya que Argentina cuenta con más de 50 universidades públicas⁶, y a su vez es relativo porque no todos los estudiantes tienen la posibilidad de acceder según el lugar donde se encuentren, y la situación económica que presentan, ya que no existen Universidades en todas las ciudades y pueblos del país, y la economía de las familias argentinas no es igual en todas las casas⁷. Si bien existen becas⁸, como menciona el inciso c) del art 13 de la Ley de educación superior, para pasaje, viandas, fotocopias, aunque debemos destacar que no en todos los institutos de educación superior las encontramos, muchas veces también son incompatibles entre sí. Así mismo existen pensiones específicas de diferentes ciudades o pueblos que se encuentran en las ciudades donde hay universidades.

Así como el derecho a la educación es mencionado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, al expresar “Todos los habitantes de la Nación gozan de los

⁶ Disponible on-line en: <https://eldiariodelasuniversidades.com.ar/2021/05/13/cuantas-universidades-publicas-y-gratuitas-que-hay-en-argentina/> Recuperado el 28/12/2021

⁷ Esto puede observarse, por ejemplo, en dos portales de noticias web, disponible on-line en: <https://www.iprofesional.com/management/310020-cuanto-dinero-hay-que-ganar-para-ser-de-clase-alta> y en: https://www.clarin.com/sociedad/alta-media-o-baja-como-se-dividen-las-clases-sociales-en-argentina_0_jSol07rby.html Recuperadas el 5/01/2022

⁸ Pueden observarse, alguna de ellas en el siguiente portal <https://www.argentina.gob.ar/tema/estudiar/programas-y-becas> Recuperado el 5/01/2022. Así mismo, algunas universidades otorgan becas, como por ejemplo, la Universidad Nacional de Rio Negro, la información puede verse on-line en <https://www.unrn.edu.ar/section/48/programa-de-becas.html> Recuperado el 5/01/2022

siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...) de enseñar y aprender” (INFOLEG, Constitución Nacional, Art. 14), tal y como se observó, también es mencionada por tratados internacionales de derechos humanos, con lo cual el derecho a la educación es un derecho constitucional-convencional en la Argentina.

Al respecto de la gratuidad de la educación, José Luis Coraggio, expresa: “La gratuidad (...) necesita ser defendida como (...) la mejor respuesta al uso socialmente eficiente del conjunto de recursos de la sociedad.” “Un buen sistema de educación, (...) financiado por rentas generales, subsidia la formación de ciudadanía y democracia (...)” (2003, p.8).

Una fuerte problemática que se desencadena por la colisión de los derechos de autor y de educación, es el limitado o nulo acceso, que tienen los estudiantes universitarios, a libros necesarios para su formación, al respecto cabe destacar, que entre las medidas que tomó el gobierno nacional argentino, a raíz de la pandemia por el COVID-19, una de ellas fue publicar una serie de cuadernillos para nivel inicial, nivel primario, nivel secundario y para la familia. Ninguno de ellos fue pensado o ideado para estudiantes universitarios.⁹

Por otra parte, el portal web Agrositio, publicó una noticia titulada “Argentina en el 2050: ¿hacia dónde va nuestra educación universitaria?”, en donde comenta que entre personas de 25 a 34 años sólo el 18% tiene estudios superiores completos, mencionado terciarios, licenciaturas, títulos de grados, maestrías, posgrados y doctorados. Así mismo menciona que la tasa de matriculados es alta, pero no la de graduados. Y, por otra parte, destaca que uno de los grandes problemas en la educación es la desigualdad, y explica que de las personas con alto poder adquisitivo se anotan un 70%, mientras que de las personas con poco poder adquisitivo solo un 25%, y afirma que la brecha se vuelve más grande al ver la tasa de graduados. Expresa “la gratuidad y el acceso irrestricto no parecen ser suficientes para que los sectores de menores ingresos accedan a la educación universitaria, y menos aún para que se gradúen” (Martin De Simone, 08/03/2021).

⁹ Se puede encontrar la publicación de los cuadernillos disponible on-line en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/serie-seguimoseducando-cuadernos-para-estudiantes>
Recuperado el 7/11/2022

Así mismo, las autoras Barleta y Heredia, siguiendo a Guzman y Tornarolli,, en su ponencia para las “XVI Jornadas de Investigación de la FCE” describen que hay una clara diferencia entre los niveles educativos alcanzados por los sectores más vulnerables, donde especifican que el 69,3% de dicha población tiene “un nivel educativo bajo, menos de 9 años de educación y prácticamente ningún nivel educativo universitario”; mientras que el sector menos vulnerable alcanza el 91% con “un nivel educativo superior”. Continúan expresando que a pesar de que en los últimos años se ha expandido la educación superior, aún sigue habiendo población marginada, además que puede observarse que la mayoría de la matrícula universitaria corresponde a la clase media y alta de la sociedad (Barletta y Heredia, 2020, p.2)

Por su parte, la Universidad Nacional de Rio Negro, en sus memorias institucionales, del año 2019, comenta que por la Resolución CSDEyVEN° 023/2019, “se recomendó al Consejo Superior de Programación y Gestión Estratégica la creación del Fondo Solidario para el fortalecimiento del Programa De Becas”, este fondo tiene el objetivo de aumentar la cobertura de becas que son destinadas a estudiantes que cuentan con un limitado recursos económico, para reducir la deserción universitaria (Memoria UNRN, 2019 p.134). Así mismo la memoria institucional del año 2018, se explaya sobre una de las estrategias para combatir la deserción universitaria, que es el programa de tutores pares, que tiene por objetivo lidiar con dicha deserción, con el proceso de acompañamiento que implica este tipo de tutorías, donde se apoya al estudiante tutorado a lo largo de su recorrido universitario. (Memoria UNRN, 2018, p.64)

En otro orden de ideas, la página web Argentina.gob.ar público en 2019 “Iniciativas para revertir la deserción universitaria”¹⁰ y sobre la deserción menciona “la tasa de abandono de los estudios universitarios es elevada. Dentro de los motivos, se pueden citar causas económicas (...)”. (Argentina.gob.ar, s.f.)

Al respecto Vanina Laura Celada, escribió sobre la deserción universitaria argentina, y en dicho escrito relata, siguiendo a García de Fanelli, que “(...) la tasa de deserción en el ámbito universitario estatal es de aproximadamente un 80%”. (2020, p.5). Así mismo, la autora, siguiendo a Ezcurra, menciona que “Las

¹⁰ Disponible on-line en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/iniciativas-para-revertir-la-desercion-universitaria> Recuperado el 10701/2022

principales razones por las cuales los estudiantes abandonan sus estudios son categorizadas por la autora de la siguiente manera: 1) razones técnicas; 2) razones socioeconómicas/ estructurales; 3) diferencias socioestructurales.”; al respecto de las razones socioeconómicas, la autora observa que los estudiantes “que acceden al nivel educativo superior proveniente de sectores socioeconómicos bajos y medio-bajos, muchas veces se ven obligados a abandonar sus estudios (...)” (Celada, 2020, p.6/7)

2.1.2. Ley Nº 11.723 - Ley de Propiedad Intelectual

Cuando hablamos de derechos de propiedad intelectual nos referimos al derecho de propiedad que tiene una persona, sea física o jurídica, sobre un bien intangible, por ser parte de su patrimonio.

Hay diferentes derechos de propiedad intelectual, el derecho de autor/a, el derecho sobre marcas y el derecho sobre patentes; en este trabajo se ha puesto el acento exclusivamente en el derecho de autor/a, en tanto se encuentra protegido por la Ley Nº 11.723 de Propiedad Intelectual.

Dicha norma, que data del año 1933, ha sufrido varias modificaciones¹¹ en cuanto fue pasando el tiempo y se fue modernizando el instituto. En este caso se

-
- ¹¹Ley Nº 20.115 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43798/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 23.077 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/684/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 23.741 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/142/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 24.249 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/647/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 24.286 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/684/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 24.870 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/45758/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley Nº 25.006 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/52342/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021

puede afirmar que esta norma responde a una concepción filosófica de paradigmas que eran imperantes en el siglo pasado, es decir, una sociedad, en la cual estudiar en alguna de las tres universidades existentes era un privilegio, en la que imperaba el libro impreso, y la existencia del internet era impensado.

La Ley N° 11.723, en su actual redacción, comienza describiendo, en su artículo uno, que será objeto de protección, y establece que, “A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, (...) en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.” (Ley N° 11.723, 1933, mod. por Ley N° 25.036, 1998, Artículo 1). En lo que concierne a este trabajo, resulta importante destacar que menciona a las obras literarias, puesto que una de las cuestiones que se plantean es la falta de acceso a libros que tienen los/las estudiantes universitarios/as.

Esta ley protege los derechos del autor/a creador de una obra, en tanto esta tutela tiene rango constitucional (Lorenzetti, 2000), en los términos establecidos por el art. 17 “(...)Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley (...)” (Constitución Nacional, Artículo 17)

Es así como el artículo dos de la Ley N° 11.723, dispone que “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella (...)” (Infoleg, 1933, Artículo 2). Con lo expresado en

-
- Ley N° 25.036 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54178/norma.htm>
Recuperado el 30/12/2021
 - Ley N° 25.847 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91507/norma.htm>
Recuperado el 30/12/2021
 - Ley N° 26.570 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/161455/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Ley N° 27.588 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/345237/norma.htm> Recuperado el 30/12/2021
 - Decreto-Ley N° 1224/58 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37242/norma.htm>
Recuperado el 30/12/2021
 - Decreto N° 8.478/1965 Disponible on-line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/85125/norma.htm>
Recuperado el 30/12/2021

este artículo queda comprendido que quien sea titular de una obra, tiene la facultad de administrar y disponer de ella como le sea más conveniente.

En el artículo cuarto queda expresado quienes son los titulares del derecho de propiedad intelectual, y expresa "(...) a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes; (...)" (Infoleg, 1933, Artículo 4, inc. d) mod. por Ley N° 25.036, 1998).

El artículo quinto nos muestra por cuánto tiempo esa obra va a ser propiedad de su titular, desarrollando "La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del uno de enero del año siguiente al de la muerte del autor. (...)" (Infoleg, 1933, Artículo 5, mod. por Ley N° 24.870), por lo tanto, para que una persona tenga acceso a un libro en forma "gratuita", en caso de que no haya sido liberado para su circulación por el/la propio/a autor/a o sus herederos, deben pasar 70 años desde el fallecimiento de su titular.

En el ámbito del derecho 70 años es un largo periodo, la realidad social va cambiando constantemente, en un mundo donde las comunicaciones y las tecnologías van evolucionando constantemente, el derecho debe evolucionar cada vez más rápido, a pasos agigantados, para lograr regular las nuevas situaciones que se dan con el paso del tiempo. Las cosas pueden cambiar tanto que aquello que se escribió hace tan solo cinco años ya no sea válido, o no sea tan relevante porque surgió algo nuevo, algo más innovador o algo mejor.

En esta ley también encontramos consecuencias penales, para aquellos que la infringen, en su artículo 71 expresa que "Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley" (Infoleg, 1933, Artículo 71), mientras que el artículo 172 del Código Penal indica que será reprimido con "prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño." (Ley N° 11.179, Infoleg, 1984, Artículo, 172).

Este derecho, además, se encuentra amparado por el artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina, al expresar "(...)Todo autor o inventor es

propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley (...)" (Constitución Nacional, Artículo 17). Con lo cual, el/la autor/a está protegido con un derecho constitucional.

Marzetti al respecto dice "El derecho de autor y los derechos conexos ya duran demasiado. Idealmente, sería deseable acortarlos. Los economistas que se ocuparon del tema estiman que 15 o 20 años son suficientes para crear incentivos a los autores" (s.f., p.13), y continúa diciendo que los derechos de propiedad intelectual se vuelven monopolios legales, que son malos para la economía y, por lo tanto, son malos para los derechos de propiedad intelectual (Marzetti, s.f.). Y sigue, afirmando, que estos monopolios se dan porque los autores tienen bajo su protección aquellos libros que escriben, aún después de fallecidos. Para contrarrestarlos debería existir la libre competencia en el mercado (Marzetti s.f.), refiriéndose a establecer menos tiempo de protección, con lo cual se entablará una sana competencia entre escritores, se escribiría más, en menos tiempo, y las obras durarían menos tiempo protegidas.

Punto aparte merece el artículo diez de la Ley N° 11.723, que abre el camino a la posibilidad de acceder a las obras, en lo que respecta a este trabajo, las literarias, que aún no son de dominio público, con el límite de mil palabras, al expresar que cualquiera puede publicar con "fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas (...) incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas (...) sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas (...) las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes(...) (Infoleg, 1933, Artículo 10).

Es decir que las obras de enseñanza, aquellas que necesitan los/las estudiantes universitarios/as, podrían ser publicadas con el límite de mil palabras, con fines didácticos.

Es una solución, alternativa, muy reducida y limitada, ya que en mil palabras es muy difícil expresar una idea completa o llegar a una conclusión. Así lo expresa Busaniche "A los fines académicos, didácticos y científicos, Argentina cuenta con un magro derecho de cita de mil palabras" (2013, p.156). Se necesitan más que mil palabras para que un/a estudiante universitario/a comprenda el origen, evolución, concepto y desarrollo de algo, porque muchas veces es necesario aprender eso y mucho más, sobre aquello que está escrito en un libro al cual es difícil acceder.

Continúa expresando Busaniche que La Ley N° 11.723 “(...) no incorpora ninguna excepción o limitación que apunte a cumplir con los principios de disponibilidad y accesibilidad en relación a los costos de los materiales educativos (...)”

2.1.3 Tensión y Conflicto Entre Ambos Derechos

La vida de un/una estudiante universitario/a es maravillosamente agotadora, entre clases, apuntes, horas de estudio y exámenes se van pasando los años de carrera, pero para que esto suceda, es muy importante contar con el recurso económico para poder adquirir el material de estudio, que dependiendo de la carrera elegida serán, artículos web, fotocopias, libros, a veces una mezcla de todos. Algunos de los libros, que los profesores recomiendan estudiar, es posible encontrarlos en internet, aunque muchas veces no se encuentran libres allí, sin embargo, tenemos la posibilidad de encontrarlo en la librería de nuestra ciudad a costos altos, la mayoría de las veces inalcanzable para la economía del estudiante de una universidad pública y “gratuita”, y por esto los/las estudiantes recurren al delito del artículo 71 de la Ley N° 11.723, explicado anteriormente, de sacar fotocopias a libros protegidos por dicha ley.

Como fue mencionado anteriormente, se debería esperar siete décadas, después de la muerte del autor de la obra, ya que transcurrido ese lapso se libera la autoría, para que los/as estudiantes puedan acceder a los libros que necesitan, en el ámbito de la educación este plazo es una eternidad, puesto que los/las estudiantes, estudian carreras de 2 a 10 años aproximadamente, y quieren su título universitario en el menor tiempo posible.

Los/las estudiantes no pueden acceder a los libros que ayuden en su formación académica, puesto que se interpone el derecho de propiedad intelectual que los está excluyendo de conocer esa información que se encuentra en los libros. Al respecto Marzetti expone que “El objetivo de los derechos de propiedad intelectual es hacer exclusiva y excluyente cierto tipo de información” (s.f., p.16).

2.2 Fair Use

2.2.1 Definición y Origen

El término *fair use* es una expresión del idioma inglés, que se traduce como “uso justo”, es un instituto utilizado en Estados Unidos, que logra un equilibrio con el copyright (que es la protección legal de una obra de propiedad intelectual), de manera que se utilizan las obras protegidas por el derecho de autor/a, siempre con un límite, por esto es que se considera un “uso justo”, pues su utilización no hace a la comisión de una infracción.

Rich Stim (s.f.), explica que el uso del fair use se divide en dos, por un lado, los comentarios y críticas, y al citar ejemplos pone de sobresalto el de copiar algún artículo para que usen los maestros o estudiantes; y por el otro lado las Parodias.

Este instituto hace que pueda utilizarse una obra sin pedir autorización al titular y sin mediar pago alguno (Derechos Digitales, s.f.). Esto a diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, donde el titular de la obra la administra y dispone totalmente de la obra, si quisiera venderla lo puede hacer, o regalarla, pero otra persona no podría usarla sin el consentimiento debidamente obtenido del autor, porque infringiría la Ley N° 11.723, y asimismo el Código Penal Argentino.

Con respecto al origen de este instituto, Kollmann (2013) nos inserta en el origen del fair use, y nos cuenta que, 30 años después de la creación del Estatuto de Ana¹² (o más conocido como el Estatuto de la Reina) se suscitó el primer antecedente, el cual encontramos en Inglaterra, en el caso Gyles versus Wilcox et al., resuelto por la Corte de Cancillería en 1740, en este proceso, los demandantes alegaron que Wilcox utilizó fragmentos textuales de una enciclopedia llamada “The history of the pleas of the crown, de Sir Matthew Hale”, en donde Wilcox emitió antecedentes e hizo traducciones de algunas de las citas del texto. Wilcox se defendió señalando que lo que él había realizado estaba fuera del Estatuto de Ana,

¹² Ley estadounidense que otorga protección jurídica a diferentes trabajos escritos, es considerado como el origen del copyright, porque instaura que el dueño de los escritos tiene derechos por ser su autor/a.

y asimismo expresaba que como el estatuto respondía a intereses monopólicos, el alcance de este debía ser interpretado restrictivamente. Hardwicke rechaza el argumento de Wilcox y acentúa su decisión en que el principal objetivo del Estatuto de Ana era justamente asegurar la protección de los titulares de los libros, como una recompensa a su trabajo. Sin embargo, Hardwicke expresó que su posición no debía “ser llevada hasta el punto de restringir a las personas de hacer un real y justo resumen, (...) está puesta la invención, aprendizaje y juicio del autor, y en muchos casos son (...) útiles, aunque en otros puedan ser perjudiciales (...)” (Kollmann, 2013, p.174)

Con esta expresión del Juez de Inglaterra, se advirtió una nueva mirada con respecto a los derechos de autor/a, comenzó a pensarse que este derecho podría tener ciertos límites.

2.2.2. Fair Use en Estados Unidos

Kollmann nos explica que el modelo norteamericano de este instituto, tiene una configuración flexible y funciona como un equilibrio con los derechos de autor, permitiendo que estos tengan una mayor capacidad de adaptación y, a través de esto la sociedad pueda tener un beneficio. Continúa diciendo que la expansión del copyright tuvo como consecuencia directa el decrecimiento de las excepciones y limitaciones que conlleva este, lo que se tradujo en un perjuicio para el interés público y privado. (Kollmann, 2013)

En Estados Unidos el uso del fair use está regulado en la sección 107 de la Ley de derechos de autor/a, la cual expresa: “(...) el uso justo de una obra protegida por derechos de autor, (...) para fines tales como (...) enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), beca o investigación, no es una infracción de los derechos de autor.” Así mismo, dicha sección menciona los factores que deben considerarse para que pueda ser considerado un uso justo de la obra, y expresa 1. “(...) el propósito y el carácter del uso (...) de naturaleza comercial o (...) fines educativos sin fines de lucro”; 2. “(...) la naturaleza del trabajo protegido (...)”; 3. “(...) la cantidad y la sustancialidad de la parte utilizada (...)”; 4. “(...) el efecto del

uso sobre el mercado potencial (...)”¹³ (Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos, 1976, Sección 107)

Para los jueces estadounidenses es más sencillo determinar si el uso que se está haciendo de una obra es legítimo o no, puesto que se deben cumplir algunos requisitos o factores, son pautas que los jueces van adaptando caso a caso.

Según Rich Stim (s.f.), los cuatro factores que se utilizan son “el propósito y el carácter de su uso; la naturaleza del trabajo protegido por derechos de autor/a; la cantidad y sustancialidad de la porción tomada; y, el efecto del uso sobre el mercado potencial.” El primer factor, el propósito y el carácter de su uso, refiere a que se ha hecho con la obra, si se la modificó, si se le agregó originalidad, si se la transformó, si se hizo algo nuevo con ella, o se copió totalmente la obra original, en este último caso no sería aceptable el uso legítimo. En cuanto al segundo factor, la naturaleza del trabajo protegido por derechos de autor/a, esto se refiere a dos cuestiones, en primer lugar, como la que se beneficia es la sociedad con las nuevas obras, aquellos que deseen usar el instituto del fair use, tienen más posibilidades de que su uso sea considerado como legítimo por los jueces si toman biografías, antes que novelas; ya que en una biografía se describen hechos reales que le sucedieron a una persona, en algún momento de su vida, y en una novela hay mucha invención del/de la autor/a; y en segundo lugar, se refiere a si la obra es inédita o un trabajo ya publicado, ya que se protegen rigurosamente dichas obras, para que la primer publicación las haga su autor/a. En cuanto al tercer factor, la cantidad y sustancialidad de la porción tomada de la obra original, aquella persona que quiera utilizar el fair use con una obra, debe tomar lo menos posible de aquella, y el contenido final ser más original que copiado, entonces estará dentro de los límites del uso legítimo. En cuanto al cuarto factor, el efecto del uso sobre el mercado potencial, esto es si sobre la obra nueva se crea un mercado valioso, el titular de la obra original puede demandar que se lo haga partícipe de esto, puesto que el original es su obra. (Rich Stim, s.f.)

Es posible que los jueces y sus sentencias se contradigan entre sí, pues son factores que se adaptan a cada caso, y cada juez tiene un pensamiento y un criterio distinto de los demás, es por esto que pueden verse disidencias, o diferentes casos

¹³ La traducción me pertenece

resueltos de igual forma o de forma contradictoria, ya que el uso justo debe analizarse caso a caso.

2.2.3 Antecedentes Jurisprudenciales

En muchos casos se utiliza una obra original para crear una obra nueva, y al respecto, Facundo Rojo expresa, “Esto, en principio, parecería ser violatorio de los derechos intelectuales del titular de la obra original. (...) el ordenamiento jurídico norteamericano concede al titular (...) el derecho exclusivo (...). La violación (...) está sancionada incluso penalmente por el ordenamiento jurídico norteamericano” (2014, p.70-71).

Sin embargo, en Estados Unidos, se establece un límite a estos derechos de autor/a, bajo el instituto del fair use, con el cual se permite usar una parte de una obra ajena, sin la autorización de su titular, sin que esto implique cometer una infracción (Facundo Rojo, 2014)

La jurisprudencia estadounidense presentada a continuación, versa sobre este instituto y la decisión que tomó cada juez, al decidir si el fair use o no en cada caso, teniendo en cuenta los factores descritos en el apartado anterior.

Respecto del primer factor, más sobre el uso transformador de la obra, se presentó el caso Warner Bros. Entertainment, Inc. c/ RDR Books, resuelto por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, donde RDR Books creó una enciclopedia de los términos y léxicos de los libros de Harry Potter, el juez estimó que era ligeramente transformadora, pero esto no era suficiente para justificar el uso justo, porque había utilizado demasiados términos de forma literal de los textos de los libros de Harry Potter. (Warner Bros. Entm't, Inc. v. RDR Books, United States District Court for the Southern District of New York, 575 F. Supp. 2d 513, 2008)¹⁴

En relación al tercer factor, en el caso Campbell v. Acuff-Rose Music, resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde se analizó una parodia, y se sostuvo que cuando se habla estas, la cantidad que se use de la obra

¹⁴ La traducción me pertenece.

original no es tan relevante, la Corte Suprema dice en este caso que, la este tipo de obras apunta al corazón de la obra original, puesto que sobre esto versa la parodia misma, y por esto la Corte dijo que estas obras deben ser capaz de citar material existente y utilizar algunos de los elementos de un trabajo anterior. (Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., Supreme Court of the United States, 510 U.S. 569, 1994)¹⁵

A razón del cuarto factor, en el caso Roger contra Koons, resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, donde un fotógrafo inició una demanda contra un artista que había utilizado una foto del primero para realizar diversas esculturas, las cuales se vendieron a buen precio y el artista ganó mucho dinero, el fotógrafo exigió participar de esas ganancias, porque la foto había sido la base para crear la escultura, y como de esto había salido un nuevo mercado, él merecía ser partícipe de eso. El artista alegó que él hizo un uso legítimo porque el fotógrafo no había considerado hacer esculturas con las mismas, el tribunal no estuvo de acuerdo con esto y expresó que no importaba si el fotógrafo había pensado en hacer o no esculturas, lo que importaba es que existía un mercado potencial de las esculturas de las fotografías. (Rogers v. Koons, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 960 F.2d 301, 1992).¹⁶

Así mismo, referido al cuarto factor, en cuanto al potencial mercado, también puede ser que la nueva obra disminuya el mercado de la obra original, se dio el caso *Fisher contra Dees*, resuelto por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, donde Dees utilizó una canción de Fisher para hacer una parodia, Fisher lo demandó porque él no le había dado su permiso, además alegaba que la canción que había creado Dees no era un uso legítimo, y que era una burla a la canción original, así mismo mencionaba que esta nueva obra había disminuido el valor económico de la canción original. El tribunal consideró que el uso de la canción para crear una parodia era un uso legítimo, y que el hecho de que disminuyera potencialmente el valor de la original no era algo que pudiera sopesar el artista que realizó la parodia, ya que cualquier mala crítica a la canción

¹⁵ La traducción me pertenece.

¹⁶ La traducción me pertenece.

original podría generar el mismo efecto. (Fisher v. Dees, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 794 F.2d 432, 1986).¹⁷

A continuación, se desarrollarán dos fallos estadounidenses que versan sobre el fair use y la educación.

El caso *Williams & Wilkins Co. v. United States*, sucedió en 1973, resuelto por el Tribunal de reclamaciones de los Estados Unidos, donde *Williams & Wilkins* eran unos de los principales editores de revistas y libros médicos. Demandaron a los Institutos Nacionales de Salud y Biblioteca Nacional de Medicina, porque habían infringido el derecho de autor/a ya que habían fotocopiado a varios artículos de revistas médicas editadas por los actores, los demandados alegaron fair use. El tribunal sostuvo que las fotocopias realizadas por los institutos, no estaban autorizadas, pero que igualmente fue un uso legítimo porque las copias se hicieron para los investigadores, para un uso profesional y sin fines de lucro; además el tribunal dijo que los actores no probaron que hubieran sufrido un daño, así mismo sostuvo que declarar el uso ilegítimo sería dañar la medicina y la investigación médica, y en tercer lugar mencionó que poder lograr un equilibrio entre los intereses de los editores con la ciencia requiere una solución legislativa. (*Williams & Wilkins Co. v. United States*, United States Court of Claims, 487 F.2d 1345, 1973)¹⁸

El siguiente caso fue analizado a través del artículo de Villalba, Federico A. y Palazzi, Pablo A.; 2016, publicado en el sitio on-line "Thomson Reuters".

En 2004, cuando los fundadores de Google, Larry Page y Sergey Brin, comenzaron a idear un proyecto, donde digitalizarían las obras bibliográficas mundiales para hacerlas accesibles online en Internet. Para concretar su proyecto, en primera instancia firmaron acuerdos con varias bibliotecas del mundo, entre ellas Estados Unidos y España. Este proyecto sería conocido luego, en todo el mundo, como "el caso Google Books".

Google comenzó a escanear y digitalizar libros masiva e indiscriminadamente, fueran de dominio público o privado, de cualquier género, y comenzó a subirlos a la red, sin pedir ningún consentimiento a sus titulares, ni pagar regalías por su publicación. Sin embargo, Google no daba acceso a todo el libro, si no que a través de la búsqueda de palabras claves, daba acceso al párrafo del

¹⁷ La traducción me pertenece.

¹⁸ La traducción me pertenece.

mismo; aunque si daba acceso al libro completo de aquellos que ya no se encontraban amparados por el derecho de autor/a.

Cuando los diferentes autores y editores de libros, en todo el mundo, se fueron enterando de esta idea, comenzaron a tomar acciones legales, alegando violación masiva del copyright. Por lo tanto, la Sociedad de Autores de Estados Unidos. "Authors Guild", y la asociación de editores americanos "AEA", entre otros, decidieron demandar a Google. Esto se concretó en 2005 cuando iniciaron acciones civiles contra Google, quien, desde el principio, utilizó como defensa la excepción del *fair use* prevista en la Copyright Act de los Estados Unidos.

Google comenzó a negociar con algunos/nas autores y editores para poder vender la versión digitalizada de sus libros, a través de Google Books.

A pesar de esta última iniciativa de Google de contactarse con escritores y editores, desde un principio, su accionar fue controvertido, en cuanto que no pidió la autorización correspondiente a los titulares del derecho de autor, para sumar sus libros a su plataforma digital. Google se excusó diciendo que los costos de pedir permiso por permiso serían muy elevados, y por esto decidió hacerlo sin pedir ningún tipo de autorización.

Luego de presentada la demanda, Google intentó llegar a un acuerdo extrajudicial con los autores y editores, y en el año 2009 se presentaron ante el tribunal con un acuerdo, para que este último lo aprobara. Dicho tribunal rechazó la propuesta de acuerdo.

El juicio se desarrolló en Estados Unidos, en primera instancia el juez concluyó que el accionar de Google Books estaba amparado en el fair use. La actora apeló esta decisión y la cámara de apelación la confirmó, por lo que en 2013 el tribunal dictó sentencia validando el proyecto de Google Books. La actora volvió a apelar ante la Corte de Apelación del Segundo Circuito, la cual confirmó la sentencia en 2015. La actora apeló una vez más ante la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte decidió no tomar el caso, con lo que el fallo de la Cámara de Apelaciones quedó firme, el 18 de abril de 2016.

La nota más característica de este caso en los estrados judiciales de Estados Unidos, es la fundamentación del Juez Chin, de la Cámara de Apelación, que luego de hacer un análisis de los cuatro factores que se deben dar para el uso correcto del fair use, el juez dijo que el uso que hacía Google de los libros era transformativo,

que los libros no se mostraban enteros, si no por fragmentos, en forma limitada, y que lo que hacía Google no era sustituir las obras originales, que sí estaban protegidas, sino que hacía un uso justo y limitado, dentro de una iniciativa que era beneficiosa para el desarrollo del arte, de la investigación y de la ciencia; el Juez Chin argumentó que Google Books daba herramientas a bibliotecarios e investigadores. (The Authors Guild, Inc. and Betty Miles, Joseph Goulden, and Jim Bouton v. Google Inc, Corte del Distrito de Nueva York, 14/11/2013 y The Authors Guild, Inc. and Betty Miles, Joseph Goulden, and Jim Bouton v. Google Inc, Corte de Apelación del Segundo Circuito, 16/10/2015)

En la Argentina, como se observa, no se encuentra regulado el instituto del fair use, ni ha merecido pronunciamientos directos por parte de nuestros tribunales, aunque sí se pueden mencionar algunas sentencias que se expresan sobre el artículo diez de la Ley N° 11.723, como ser:

“Anejo Producciones SRL c/ Sociedad Anónima La Nación s/ daños y perjuicios”, (Anejo Producciones SRL c/ Sociedad Anónima La Nación s/ daños y perjuicios, 2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil), que en primera instancia se condenó a la Sociedad Anónima La Nación a pagar a Anejo Producciones S.R.L. \$13.000 más intereses y costas. La demandada se queja, y alega que la sentencia se basa en un daño inexistente, y expresa que, su único objetivo con la publicación que había realizado en un artículo periodístico, era ejemplificar gráficamente un tema de interés general, el cual tenía connotaciones médico científicas y con lo cual manifiesta que no necesita ninguna autorización por parte del actor por estar amparada por el artículo diez de la Ley N° 11.723. En este caso los jueces no entendieron que hubiera un fin científico o didáctico al utilizar la lámina que es objeto de discusión, por lo que confirmaron la sentencia de la instancia anterior.

Al respecto el juez expresó, que para que sea aplicada la excepción del artículo diez se deben cumplir ciertos requisitos, como ser que la nueva obra se refiera a la primera, pero tenga un fin transformativo, en segundo término que tenga fines didácticos o científicos, o que sea un comentario o crítica, en tercer lugar que se haga un uso razonable de la obra original y; por último, que se individualice la obra, con el nombre del autor/a y la fuente de donde fue tomada la obra original;

puesto que el caso no cumplía con estos requisitos, es que la actora resultó vencedora.

Sin embargo, en su explicación de la decisión tomada, el Juez Cortelezzi dijo, "(...) frente al reconocimiento de derechos exclusivos a los autores por la utilización económica de sus obras: se permite (...) a fin de satisfacer el interés público general o el particular de los investigadores y científicos, ciertas utilización libres y gratuitas (...)" (SAIJ, "Anejo producciones", s.f., pdf, p.4)

Con lo cual hace mención a que el límite impuesto por el artículo diez, es en beneficio de la sociedad, y que en determinados casos se puede utilizar. Así mismo, el juez hace mención a la doctrina del "fair use" estadounidense, y explica que los principios y jurisprudencia relacionados a este instituto, son importantes a la hora de tener una referencia para la interpretación de los límites de la Ley de derechos de autor. (Anejo Producciones SRL c/ Sociedad Anónima La Nación s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 22/05/2008)

Existe un caso que no refiere al artículo diez citado anteriormente, sino que gira en torno a si se han infringido los artículos 71 y 72 del código penal, es el caso del "Aleph Engordado", del 15 de mayo de 2017, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, "Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento"¹⁹

María Kodama, viuda de Jorge Luis Borges, es quien ostenta la titularidad de las obras de Borges, hasta que pasen 70 años desde su fallecimiento. Demandó a Pablo Esteban Katchadjian por considerarlo autor del delito previsto en los artículos 71 y 72 incisos a) y c) de la Ley N° 11.723, ya que el demandado había reescrito la obra del "Aleph" de Borges, utilizando, lo que él llamaba, una técnica de engorde, puesto que la obra original de Borges tenía alrededor de 4000 palabras y cuando Katchadjian terminó su obra el Aleph contaba con más de 9600 palabras, la actora alegaba que nunca había solicitado su autorización para utilizar la obra de Borges.

El demandado alegó que nunca tuvo intención de engañar a nadie y nadie resultó engañado, ya que él había utilizado en el título de su libro, el título de la obra de Borges, al titular su obra como "El Aleph Engordado", asimismo incluyó una

¹⁹ Fallo disponible on-line en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/17060007.pdf
Recuperado el 15/11/2021

posdata dónde sin ambigüedad, indicó que tipo de trabajo hizo, donde relata que usó el texto original de Borges. Además, agregó que en las notas o entrevistas que le hicieron sobre el libro que él escribió dejó en claro lo que hizo con la obra de Borges. Igualmente dijo que no recibió ningún tipo de lucro económico, aunque sí reconoció que no pidió la autorización a Kodama.

De la pericia realizada sobre la nueva obra, se dio cuenta de que la inserción de palabras, párrafos y frases, propios de Katchadjian, era un uso transformativo de la obra, en términos sintácticos y narrativos. El perito afirmó que la nueva obra no solo era un nuevo cuento, sino que también una poética diferente. Y de esto dedujo que las diferencias entre los textos, son suficientes para reconocer, que son diferentes obras, y al respecto no quedan dudas de la autoría de cada texto.

El juez concluyó que no había dudas de las intenciones de Katchadjian, puesto que el título, el estilo que usó, y la posdata al final, dejaban en claro la intención del autor, por esto se decidió sobreseer a Pablo Katchadjian. (Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 15/05/2017)

CAPÍTULO 3

3.1 Análisis

Como fue mencionado varias veces a lo largo del trabajo, el objetivo principal fue establecer si frente a la colisión entre el derecho de autor/a y el derecho a la educación, el fair use puede constituir una respuesta que permita resolver dicho conflicto, con el que se encuentran los/las estudiantes universitarios.

Al respecto de la colisión de derechos anteriormente mencionada, Ana María Rodino, expresa que el derecho a la educación es garantizador de otros derechos igualmente importantes.

En cuanto a lo antedicho respecto de la Ley N° 11.723 (Infoleg, 1933), se trata de una norma que protege los derechos de los/las autores/as, hasta con consecuencias penales, lo que, a la luz del derecho a la educación, se ve como un gran límite para aquellos estudiantes que quieren acceder a obras actuales, y no pueden comprarlas por el alto costo que esto implica.

De lo anterior deviene que aquellos estudiantes universitarios/as que se encuentran en una posición económica desventajosa, y quieren estudiar, aprender, formarse, perfeccionarse, y leer aquello que el/la profesor/a indica en sus clases, como material de estudio, ven seriamente condicionadas sus posibilidades sin incurrir en algún tipo de infracción a los derechos intelectuales, por ejemplo, como se observó en la Ley N° 11.723 que tiene consecuencias penales a aquellos que la infrinjan.

En consecuencia, esto puede resultar en una causal de deserción universitaria como se vio al citar a Vanina Laura Celada, cuando expresa que la deserción universitaria estatal es de 80% aproximadamente, y que una de las principales razones son las razones socioeconómicas (Celada, 2020, p.6/7). Como así también, se puede mencionar a la página web Argentina.gob.ar quien publicó que el número de estudiantes que abandonan la universidad es elevado, y dentro de las causales se encuentran las razones económicas, (Argentina.gob.ar, s.f.).

Queda claro que la excepción del artículo diez, de la Ley de propiedad intelectual, es insuficiente en el mundo académico, los/las estudiantes necesitan

algo más, que les garantice un efectivo acceso a la educación, aquel promulgado por la Constitución Nacional y por Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos, citadas anteriormente

Siguiendo a Córdoba Marentes, se observó que, en el análisis de algunos fallos estadounidenses, que alegaban el fair use, se concluyó que este instituto favorece a aquellas personas que pretenden utilizar una obra con fines educativos, sin fines de lucro (Córdoba Marentes, 2012)

Según Facundo Rojo, desde una perspectiva Hegeliana expresa que, como los individuos son titulares de su personalidad, todo lo que creen con ella, también estará bajo su titularidad; en segundo término, la utilitarista que explica que la obra debe tener protección, para que su autor/a se incentive, pero Rojo expresa, que esa protección debe tener un límite, y siguiendo a otros autores dice que cuando hay un beneficio mayor para la sociedad por sobre el beneficio del titular de la obra, se debe dar mayor importancia al beneficio social; en tercer término, la lockeana justificando que los individuos que trabajan para lograr una obra deben ser titulares de esta, Rojo expresa que si una persona logra demostrar que la sociedad estaría mejor si esa obra no fuera exclusiva del titular, puede utilizar el fair use (Facundo Rojo, 2014).

Como se observó, en el caso *Williams & Wilkins vs. United States*, el tribunal le dio la razón al demandado, quien alegaba haber utilizado la obra original con fines didácticos e investigativos, por más que no contaran con la debida autorización, el tribunal entendió que se aplicaba el fair use (*Williams & Wilkins Co. v. United States*, United States Court of Claims, 487 F.2d 1345, 1973)

Por otro lado, también se encuentra el caso de Google Books, donde se falló en favor de Google, quien logró demostrar que, cumpliendo con los requisitos del fair use, se hacía un uso transformativo de las obras, al no mostrarlas enteras, sino en forma limitada; y así mismo, porque era una acción beneficiosa para el desarrollo del arte, de la investigación y de la ciencia (*The Authors Guild, Inc. and Betty Miles, Joseph Goulden, and Jim Bouton v. Google Inc*, Corte del Distrito de Nueva York, 14/11/2013 y *The Authors Guild, Inc. and Betty Miles, Joseph Goulden, and Jim Bouton v. Google Inc*, Corte de Apelación del Segundo Circuito, 16/10/2015)

En la Argentina, como se explicó, no existe normativa ni ha sido receptado jurisprudencialmente el fair use, y solo tenemos la herramienta que nos da el artículo diez de la Ley de propiedad intelectual, respecto de este artículo, en el fallo “Anejo Producciones”, se demostró que los jueces hicieron una interpretación restrictiva del artículo diez (Anejo producciones SRL c/ Sociedad Anónima La Nación s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2008). Aunque, en un fallo más reciente, “Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento”, el tribunal dio el visto bueno al demandado, aunque se excedió en el límite de mil palabras, al utilizar la obra entera de Borges, realizó un uso transformativo de la obra, y citó a su autor original y la técnica que realizó respecto de la obra original (Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, 2017)

Como se ha ido desarrollando en el trabajo, sobre la jurisprudencia argentina y sobre la jurisprudencia estadounidense, lo que se revela es que la sociedad del país de América del Norte cuenta con una mayor libertad a la hora de utilizar una obra protegida por los derechos de autor/a, tienen como defender ese uso sin autorización, los jueces ven el beneficio de la sociedad por sobre el individual del autor; y en Argentina pasa lo contrario, el fallo visto, demuestra que el tamiz argentino es mucho más fuerte, y se protege con mayor preponderancia el interés individual del autor/a de la obra por sobre el interés de la sociedad en general.

Aunque, parece que esto en Argentina viene cambiando, puesto que, en un fallo más actual, “El Aleph engordado”, se falló en favor de Katchadjian, quien había utilizado la obra de Borges. Pero en este caso, el demandado, que excedió el límite de las mil palabras había citado correctamente el libro original de Borges, explicó sus intenciones, y la Cámara aceptó que el uso que había hecho el demandado sobre la obra original era legítimo.

Por otro lado, la “Colección Mundo Digital” publicó una obra en la que entre sus primeras hojas aparece una peculiar leyenda “Las fotografías incluidas en el texto provenientes de fuentes diversas se insertaron bajo el principio de “fair use”, dado que la presente obra es de tipo académico y no tiene fines comerciales.” (Raymond Colle, 2022, p.3). Por otra parte, la Escuela de Gobierno “Alberto Lleras Camargo”, de la Universidad de los Andes de Colombia, publicó una obra en la cual se menciona que la obra se encuentra protegida por el derecho de autor, pero, sin

embargo, se reconoce el uso del fair use. (Morad Acero, Juliana, 2021, p.2). Esto da cuenta que en los diferentes espacios institucionales se está comenzado a utilizar el fair use.

Kollmann siguiendo a Daniel Álvarez, pone de resalto la siguiente pregunta “¿no estaremos en condiciones de reclamar un modelo de equilibrio normativo como el norteamericano para las naciones en vías de desarrollo como la nuestra, para tener así, el tiempo y espacio de conducir nuestro propio desarrollo?” (Kollmann, 2013) y, esto es algo de lo que se plantea en este trabajo, un instituto que permita el desarrollo, el aprendizaje, de quienes el día de mañana serán profesionales en el país, pero, mientras tanto, hoy continúan luchando con las adversidades del mundo educativo.

Continuando en esta línea, Álvarez sostiene que aquellas excepciones al derecho de autor/a son primordiales para el aprendizaje, entre otras cuestiones. Y menciona que diferentes estudios cuestionan el hecho de que si existe mayor protección habrá mayor incentivo de creación, y que por el contrario fueron manifestándose impulsos que demuestran el impacto económico positivo de un derecho de autor/a más flexible, donde por ejemplo se utiliza el instituto del fair use. (Álvarez, 2011)

Siguiendo a los autores antes mencionados, es dable mencionar que, puesto que Argentina es un país en vías de desarrollo, y presenta los problemas planteados en este trabajo, debería considerarse la opción de implementar el fair use, en pos del desarrollo del país y del aprendizaje, donde el derecho de autor/a se permita una forma más flexible.

3.2. Conclusiones

En torno al interrogante planteado en la introducción del presente trabajo, esto es, sí podría aplicarse el fair use en la Argentina, aun existiendo la Ley N° 11.723, como una herramienta que compatibilice el derecho a la educación con el derecho de autor, facilitando y garantizando las posibilidades formativas de los/las estudiantes universitarios/as, considero que ha quedado suficientemente claro a lo

largo del desarrollo del presente, que no existen impedimentos de orden normativo. A lo largo del presente, ha quedado expuesto el conflicto existente entre la protección de derecho de autor/a sobre las obras literarias, en este caso, los libros, y el acceso a la educación frente a las necesidades de los/las estudiantes. Y, así mismo se expresó la relevancia del tema, en primer lugar, por su vacancia, en segundo lugar, por el contexto socio-político que atraviesa la Argentina, en tercer lugar, porque este conflicto que se da entre dos derechos perjudica a un segmento importante de alumnos/as y, por último, el agravamiento de esta situación dada por la pandemia del COVID-19.

En la Argentina no se discute que el derecho de propiedad intelectual, es un derecho de raigambre constitucional-convencional, expresamente legislado mediante una norma específica del año 1933, donde se protege al/a la autor/a y su obra. Pero justamente, al ser una ley tan antigua, que sufrió varias modificaciones a lo largo de los años, es que hoy, debe ser interpretada a la luz de la reforma constitucional de 1994, siempre que esta pusiera a varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el bloque de constitucionalidad, en igualdad a la propia Constitución Argentina, y más aún, teniendo en cuenta, que en varios de dichos tratados se protege especialmente el acceso a la educación.

En un primer momento se planteó el problema de los/las estudiantes universitarios/as argentinos, que deviene del conflicto entre los derechos de autor/a y derecho a la educación. Luego se analizó la Ley N° 11.723, y más profundamente su artículo diez, el cual nos demostró que, si bien existe un sistema que garantiza el uso académico de las obras científicas, pero que, en un análisis más detallado se reveló insuficiente para el proceso formativo universitario.

Todo el análisis del presente trabajo conlleva a pensar, nuevamente en el objetivo general y en la verdadera posibilidad de que se aplique el instituto del fair use, o uso justo, en la Argentina.

Estudiando las teorías propuestas por Rojo, se observa que el fair use argentino podría justificarse tomando las tres pensamientos filosóficos y, haciendo una conjugación de ellos, se podría expresar que la obra creada a partir de otra ya existente, tendría los tintes de la personalidad del creador, por lo tanto, es una nueva obra y pertenece a quien la elaboró, sumado al hecho de que se cree una nueva obra es beneficioso para la sociedad, y de esto se desprende que al estar la

obra original disponible se creó un beneficio para toda la sociedad, puesto que luego habría dos obras, de las cuales la sociedad se podría aprovechar.

Todo lo anteriormente expuesto, debería relacionarse con los requisitos del fair use estadounidense, para que no se haga un uso de la obra original en cualquier circunstancia, y el/la autor/a tenga también seguridad sobre la protección de sus derechos, evitando su desnaturalización.

Seguramente el ideal sería la modificación de la Ley de propiedad intelectual, que receptara los nuevos paradigmas anclados en el respeto de los Derechos Humanos, donde el derecho a aprender, de acceso a la educación, sea prioritariamente garantizado, pero hasta tanto ello se cristalice, nada impediría que, por vía pretoriana, y a partir de un adecuado control de constitucionalidad, se comience a aplicar el instituto en análisis.

De todo lo dicho en el trabajo, se desprende la problemática con la que se encuentran los estudiantes universitarios, a la hora de concretar su formación académica universitaria, en cuanto al limitado, o en varias circunstancias, el nulo acceso a los libros solicitados por las diversas cátedras.

En conclusión, se considera que debería acogerse el fair use en la Argentina, prioritariamente mediante la modificación de la Ley N° 11.723, pero, en el mientras tanto, no se encuentra impedimento para que sea receptado por nuestros tribunales por vía interpretativa.

Este trabajo nos deja las siguientes preguntas:

- ❖ ¿Qué pasaría si se aplicara el fair use en la Argentina?
- ❖ ¿Cómo sería tomado por los autores de las obras?
- ❖ ¿Su implementación sería una real garantía de un mejor acceso a la educación?
- ❖ ¿Qué rol cumpliría el Estado Argentino ante este instituto?
- ❖ ¿Podría utilizarse este instituto en otros aspectos del derecho de propiedad intelectual?

Referencias Bibliográficas

Acquistapace, G., Britos, L., Busaniche, B., Caiazza, F., Cantarin, D., Castello P., Castrillo, J., Echániz, N., Fiadone, R., García Alfaro, J., Heidel, E., Heinz, F., Lorente, P., Marino, S., Mizzoni, A., Nuñez, M. E., Pagola, L., Pelaya, L., Sanllorenti A., ... Winik, M. (2010) *Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Recuperado el 04/02/2022 <https://vialibre.org.ar/arcopy.pdf>

Álvarez, Daniel (2011). *En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Documento de Política 12. Recuperado el 04/02/2022 <http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>

Barletta, A., Heredia, M., (2020). La educación universitaria argentina y el desafío de la inclusión en el siglo XXI. Recuperado el 04/02/2022 <https://fce.unl.edu.ar/jornadasdeinvestigacion/trabajos/uploads/trabajos/130.pdf>

Botero Bernal, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión jurídica*. Recuperado el 04/02/2022 <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1350/1373>

Busaniche, B., Boyle, J., FSFLS, GRAIN, Heinz, F., Joy B., Rodriguez, S., Stallman R. M. (2006). *Prohibido Pensar, Propiedad Privada. Los monopolios sobre la vida, el conocimiento y la cultura*. Recuperado el 04/02/2022 <https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2006/11/prohibidopensarpropiedadprivada.pdf>

Busaniche, B., Cayuqueo, P., Chaparro E., Colectivos la Tribu: Vanini, P., GRAIN, Heinz F., Fiorito S., Riberido S., Rodríguez Cervantes S., Westermann, W. (2007). *Monopolios artificiales sobre bienes intangibles. Los procesos de privatización de la vida y el conocimiento*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf>

Busaniche, Beatriz. (2010) *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.vialibre.org.ar/el-ejercicio-de-los-derechos-culturales-en-el-marco-de-los-monopolios-del-derecho-de-autor/>

Busaniche, Beatriz. (2013). *Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Hacia un sistema. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales*. Recuperado el 04/02/2022

https://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2016/04/piydh_busaniche.pdf

Busaniche, Beatriz. (2013). *Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina*. Recuperado el 04/02/2022

<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8522/2/TFLACSO-2013MBB.pdf>

Celada, Vanina Laura (2020). *Acercas de las causas de deserción universitaria en Argentina a principios del siglo xxi, de las políticas implementadas y nuevas propuestas de retención de población estudiantil*. Recuperado el 04/02/2022

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/966-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4096-1-10-20200901.pdf

Copyright.gov (s.f.). *Sumariess Campbell v. Acuff.Rose Music, Inc, 510 U.S. 569 (1994)*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/campbell-acuff-1994.pdf>

Copyright.gov (s.f.). *Sumariess Fisher v. Dees, 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986)*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/fisher-dees-9thcir1986.pdf>

Copyright.gov (s.f.). *Sumariess Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992). Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/rogers-koons-2dcir1992.pdf>

Copyright.gov (s.f.). *Sumariess Warner Bros Entm`t, Inc, v. RDR Books*. 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008). Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/warnerbros-rdrbooks-sdny2008.pdf>

Copyright.gov (s.f.). *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973). Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/williams&wilkins-unitedstates-ctcl1973.pdf>

Coraggio, Jose Luis (2003). *La crisis y las universidades públicas en Argentina*. Recuperado el 04/02/2022

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101109020848/6coraggio.pdf>

Córdoba Marentes, Juan F. (mayo-agosto 2012). *El fin no justifica la excepción. propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. xlv, núm. 134, pp. 437-466 Universidad Nacional Autónoma de México. PDF Recuperado el 04/02/2022

<https://www.redalyc.org/pdf/427/42723288003.pdf>

De Simone, Martin (2021) *Argentina en el 2050: ¿hacia dónde va nuestra educación universitaria?* Recuperado el 04/02/2022

<https://www.agrositio.com.ar/noticia/215345-argentina-en-el-2050-hacia-donde-va-nuestra-educacion-universitaria>

Derechos Digitales (s.f.). *Fair use, fuente de creatividad y prosperidad*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.derechosdigitales.org/908/fair-use-fuente-de-creatividad-y-prosperidad/>

El Diario de las Universidades (14/05/2021). *¿Cuántas universidades públicas y gratuitas hay en argentina?* Recuperado el 04/02/2022

<https://eldiariodelasuniversidades.com.ar/2021/05/13/cuantas-universidades-publicas-y-gratuitas-que-hay-en-argentina/>

Fernández Lamarra, N., Pérez Centeno, C., Marquina, M., Aiello, M. (2018). *La Educación Superior Universitaria Argentina. Situación actual en el contexto regional.* Recuperado el 04/02/2022

<http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL006310.pdf>

Gimenez, G. y Del Bello, J. C. (2016). *La Ley 24.521 de Educación Superior. Su impacto modernizante y la necesaria nueva agenda de política pública universitaria.* Recuperado el 04/02/2022

http://www.afam.org.ar/textos/04_07_19/ley.pdf

Hernández Sampieri, Roberto (2014). *Metodología de la investigación.*

Recuperado el 15/11/2021

<http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>

INDEC. 30/09/2021. Informe Técnico. EPH: Incidencia de la Pobreza y de la Indigencia. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>

Kollmann Ibáñez, Carolina (2013). *Origen del Fair Use.* Revista Chilena de Derecho y Tecnología. ISSN 0719-2576. Vol. 2 Núm. 2 Pág. 165-212-DOI 10.5354/0719-2584.2013.30312. Recuperado el 04/02/2022

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/30312-1-100879-2-10-20140217.pdf

Kollmann Ibáñez, Carolina (2013). *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Repositorio de la Facultad de Derecho de Chile. Recuperado el 04/02/2022

https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113335/de-ibanez_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Lorenzetti, Ricardo (2000), Tratado de los Contratos, T. III Ed. Rubinzal Culzoni.

Marzetti, Maximiliano (s.f.) *Propuesta para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina. Estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público*. Recuperado el 04/02/2022

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20131118125549/Marzetti.pdf>

Memoria UNRN, (2018). Recuperado 04/02/2022

<https://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/2445>

Memoria UNRN, (2019). Recuperado 04/02/2022

<https://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/5355>

Morad Acero, Juliana (2021). Los medicamentos y las tutelas en salud. Recuperado el 04/02/2022

<https://gobierno.uniandes.edu.co/sites/default/files/books/DT/DT-83.pdf>

Morales, N. (2015). *Investigación exploratoria: tipos, metodología y ejemplos*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.lifeder.com/investigacion-exploratoria/>

Raymond, Colle (2022). *Sistémica del periodismo en un enfoque cognitivo*

Recuperado el 04/02/2022

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/121005/1/CMD_19_Sistematica_del_periodismo.pdf

Rich Stim (20 de Octubre de 2021). *¿Qué es el uso legítimo?* Recuperado el 04/02/2022 <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/>

Rivas Alex, Verona Batiuk, Claudia Composto, Florencia Mezzadra, Martín Scasso, Cecilia Veleda y Alejandro Vera, (2007) *El Desafío del Derecho a la Educación en Argentina*. Recuperado el 04/02/2022

https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/07/el_desafio_del_derec.pdf

Rodino, Ana María (2015). *La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social*. Revista IIDH, vol. 61. Recuperado el 04/02/2022 <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2833/revista-61webn.pdf>

Rojo, Facundo (2014). *FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOCTRINA DEL FAIR USE*. Recuperado el 04/02/2022

<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n41/n41a4.pdf>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Recuperado el 04/02/2022 <https://dpej.rae.es/>

SAIJ (s.f.) *Anejo Producciones SRL c/ Sociedad Anónima La Nación s/ daños y perjuicios*. Recuperado el 04/02/2022

<http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-anejo-producciones-srl-sociedad-anonima-nacion-danos-perjuicios-fa08020044-2008-05-22/123456789-440-0208-0ots-eupmocsollaf?q=%20titulo%3A%20anejo%20AND%20titulo%3A%20producciones&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia/Fallo%7CFecha%7COrganismo%7CTribunal%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Viencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=2>

Fallo completo, recuperado el 04/02/2022 disponible on-line en:

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/08020044.pdf

SAIJ (s.f.) *Katchadjian, Pablo s/ Procesamiento*. Recuperado el 04/02/2022

<http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-katchadjian-pablo-procesamiento-fa17060007-2017-05-15/123456789-700-0607-1ots-eupmocsollaf?>

Fallo completo, recuperado el 04/02/2022 disponible on-line en:

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/17060007%20(1).pdf

Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos. (1983) *Marcus vs. Rowley* 695 F.2d 1171. Recuperado el 04/02/2022

<https://fairuse.stanford.edu/case/marcus-v-rowley/>

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts. (1914). *MACMILLAN CO. v. KING*. 223 F. 862. Recuperado el 04/02/2022

<https://fairuse.stanford.edu/law/cases/macmillan-co-v-king/>

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts. (1992). *Penélope v. Brown*, 792 F. Supl. 132. Recuperado el 04/02/2022

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/792/132/1882894/>

Villalba, Federico A, y Palazzi, Pablo A, 2016, *El caso "Google Books". Análisis comparativo bajo el régimen de derecho de autor de Estados Unidos y de la Argentina*. Publicado en el sitio on-line de Thomson Reuters, el 04/02/2022

Ynoub, R. (2015). Revisión de algunos fundamentos lógico-metodológicos de la investigación cualitativa. Recuperado el 04/02/2022

<http://revistas.unla.edu.ar/epistemologia/article/view/768/822>

Zambrano Sánchez, Neida (2017). *Alcance del principio del "fair use" en la protección jurídica del software: Con especial referencia al caso Oracle América Inc. v. Google Inc.* Recuperado el 04/02/2022

https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170186/Alcance_del_principio_d_el_fair_use_en_la_proteccion_juridica_del_software.pdf?sequence=1&isAllowed=y

y

Referencia Normativa

Copyright.gov Oficina de derechos de autor de EE.UU. (s.f.). *Ley de derechos de autor*. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>

INFOLEG. *Constitución de la Nación Argentina*. 1994.B.O. N° 28.057. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

INFOLEG. *Ley N° 11.179 - Código Penal de la Nación*. 1921. B.O. N° 8.300. Texto ordenado en 1984. Modificada posteriormente por diferentes leyes y decretos. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

INFOLEG. *Ley N° 11.723 - Régimen legal de la propiedad intelectual*. 1933. B.O. N° 11.799. Modificada posteriormente por diferentes leyes y decretos. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

INFOLEG. *Ley N° 24.430 - Constitución Nacional Argentina*. 1995. B.O. N° 28.057. Modificada posteriormente por diferentes leyes y decretos. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

INFOLEG. *Ley N° 24.521 - Ley de Educación Superior*. 1995. B.O. N° 28.204. Modificada posteriormente por diferentes leyes y decretos. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25394/texact.htm>

INFOLEG. *Ley N° 26.206 - Ley de Educación Nacional*. 2006. B.O. N° 31.062. Modificada posteriormente por diferentes leyes y decretos. Texto actualizado de la norma recuperado el 04/02/2022

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123542/texact.htm>

Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 1948. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948. Recuperado el 04/02/2022

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s.f.). *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* Recuperado el 04/02/2022

<https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4528>