

Comentarios en relación al Proyecto de Ley S-3732/10

Buenos Aires, 10 de julio de 2011

Honorable Senado de la Nación Argentina
Comisión de Legislación General
Señora Presidente Senadora Negre de Alonso

De mi mayor consideración:

Como ciudadano particular potencialmente afectado por la proyectada norma y asimismo en calidad de profesor de Derecho y Economía de la Propiedad Intelectual en la Maestría de Propiedad Intelectual de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) – Argentina¹ tengo el agrado de remitirle a Ud. mis comentarios sobre la mentada reforma, con la esperanza de poder resaltar algunos puntos que creo merecen mayor atención y un debate parlamentario más profundo a fin de tutelar los legítimos derechos e intereses de la sociedad argentina toda, en aras del bien común.

Vale aclarar que éste autor no se opone, todo lo contrario, a una efectiva y eficiente tutela de los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, éste autor cree que los límites de los derechos de propiedad intelectual deben establecerse de acuerdo a una fundamentación jurídico-económica que tenga en cuenta la finalidad última de dichos derechos (incentivar la creación y disseminación de obras intelectuales) y la maximización del bienestar social neto (teniendo en cuenta tanto costos y beneficios de productores y consumidores).

En primer lugar quisiera destacar y aplaudir la inclusión, en el artículo 1º del proyecto de ley, de la copia privada como excepción *ex lege* al derecho exclusivo de reproducción. Dicha institución, que se circunscribe dentro de lo que la teoría extranjera conoce como excepciones de *fair use* o *fair dealing*, aún no se encuentra expresamente reconocida en la normativa argentina en la materia y hace al necesario balance entre “incentivos y acceso” que debe tutelar todo sistema de Propiedad Intelectual.

¹ Las expresiones aquí vertidas representan la opinión personal del autor y en modo alguno deben atribuirse a la institución educativa en la que se desempeña.

La crítica central al gravamen o canon propuesto en la reforma (*remuneración equitativa por copia privada*) radica en que cualquier comprador o adquirente de un soporte o aparato con aptitud de reproducir obras digitales tendrá que pagar una tasa que va del 1% al 75%, según el aparato o soporte elegido, sin que se pueda determinar de antemano y a ciencia cierta si con dicho aparato o soporte el usuario va a realizar o no copia privada de una obra protegida.

Existen infinidad de usos para los soportes o aparatos alcanzados por el gravamen propuesto que excluyen todo uso de obras protegidas por derecho de autor o derechos conexos. Resultaría injustificada la exacción (de acuerdo a la finalidad compensatoria - a favor de autores e intérpretes - según se desprende de la lectura de los “Fundamentos” del anteproyecto) en los casos en que el titular del aparato o soporte opte por utilizarlo para grabar y/o reproducir material generado por el propio usuario, para reproducir obras que ya han caído en el dominio público o se distribuyan con licencias gratuitas del tipo *Creative Commons* o *Copyleft*. Asimismo, puede que un usuario que compre determinado aparato que tenga aptitud para reproducir obras digitales protegidas no lo utilice jamás en tal sentido.

Semejante gravamen debería considerarse infundado en todos los casos en que el comprador o adquirente del soporte o aparato lo utilizare para reproducir obras que no están amparadas por el derecho de autor o derechos conexos. Recordemos que no se trataría de un impuesto general, sino de una especie de canon o gravamen compensatorio por derechos de reproducción pertenecientes a una categoría de productores (autores e intérpretes, representados a través de sus respectivas sociedades de gestión colectiva).

En síntesis, el eje de la crítica no pasa por la negativa al pretendido canon digital en sí, sino por el carácter indiscriminado de dicho gravamen que no permite la clara determinación *ex ante* del uso que dará cada usuario a los aparatos o soportes gravados con tal impuesto. En muchos casos sin duda el canon digital estará justificado, ya que los usuarios de aparatos o soportes suelen hacer con ellos copias privadas. Pero en otros no será así, pues los mismos aparatos se pueden utilizar también para reproducir obras por cuyo uso no se debe pagar compensación alguna, como las creadas por el usuario, las que han pasado ya al dominio público u han sido otorgadas bajo licencias *Creative Commons* o *Copyleft*. Un canon digital justificable, según la *ratio* compensatoria del anteproyecto, debería ser sólo aquél que recae efectivamente sobre quien reproduce contenido protegido.

Téngase en cuenta que la aplicación indiscriminada del canon digital en la legislación española (citada como antecedente de la pretendida reforma) ha sido recientemente declarada ilegal en Europa por tribunales comunitarios, *mutatis mutandis*, por la misma razón aludida en párrafos precedentes. El Tribunal de Justicia, Sala Tercera, (vía petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona *in re* “Padawan, S.L./Sociedad General de Autores y Editores”) manifestó que “la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29” ([Caso 467/08](#); Sentencia [del 18.12.2010](#)).

En síntesis si se impone un gravamen o canon por igual a todos los compradores de aparatos o soportes de medios digitales se estaría, al menos en algunos casos, haciendo pagar a “justos por pecadores” si se me permite la analogía. Soy consciente de las dificultades que un sistema que sea capaz de distinguir entre diferentes usos podría suponer, pero dicha dificultad no debería ser un argumento para justificar que muchos ciudadanos paguen gravámenes por derechos de reproducción de obras que efectivamente no reproduzcan.

Finalmente, es también dable analizar el efecto que dicho canon digital tendría sobre el consumidor. En términos económicos, el efecto de un gravamen, canon o impuesto es el mismo, genera una distorsión. En ausencia del gravamen más gente compraría el producto que si éste estuviera gravado. El canon propuesto hará que mucha gente que pudiendo pagar el costo de producción del soporte o aparato no acceda al mismo exclusivamente por el costo extra que representa el pago del gravamen (que, recordemos, en caso de CDs, DVDs y soportes similares asciende al 75% del valor del mismo). La sociedad y economía del conocimiento requieren cada vez más de soportes y aparatos a precios competitivos, ya que contar con discos rígidos, memorias USB, teléfonos celulares y demás soportes digitales son prerequisites para la educación y competencia en un entorno global.

El gravamen, más allá de sus efectos redistributivos a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual, impacta directamente en el bolsillo de los consumidores pudiendo agrandar la brecha digital, dificultando el acceso a la tecnología justamente de aquellos que menos tienen (sobre quienes el

gravamen impacta más fuertemente por no ser éste progresivo ni estar conmensurado a la capacidad contributiva de cada usuario).

Además, en perspectiva global, la asimetría legislativa de los distintos países podría crear desventajas competitivas en perjuicio del ciudadano argentino. A modo de ejemplo, si el consumidor argentino pagase un gravamen por utilizar ciertos aparatos o soportes digitales que su vecino brasileño no paga, el primero estaría en desventaja competitiva con respecto al segundo.

Creo también sobre éstos últimos puntos vale la pena detenerse, analizar y debatir por más tiempo.

Hasta aquí llega ésta breve digresión sobre el proyecto de ley mencionado. Espero mis comentarios sean de utilidad y sirvan para fomentar el debate circunscripto, inclusivo y en términos objetivos que la relevancia del tema merece.

Quedo a disposición de quien pudiera estar interesado para debatir y/o profundizar mis argumentos.

Sin otro particular, saludo a Ud. con mi más distinguida consideración.

Dr. Maximiliano Marzetti

maximiliano.marzetti@unibo.it

maximiliano.marzetti@cpacf.org.ar