

DERECHO DE AUTOR PARA BIBLIOTECARIOS

Escuela Universitaria de Bibliotecología

Traducción y adaptación:
Prof. Adj. Graciela Dacosta
Prof. Adj. Hugo Valanzano

COMISIÓN SECTORIAL DE EDUCACIÓN PERMANENTE



EDUCACION PERMANENTE
Universidad de la República



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA

ÁREA SOCIAL

AS

DERECHO DE AUTOR PARA BIBLIOTECARIOS

**Traducción y adaptación:
Prof. Adj. Graciela Dacosta
Prof. Adj. Hugo Valanzano**

**Comisión Sectorial de Educación Permanente,
Universidad de la República del Uruguay
Montevideo**

2013

Copyright de esta traducción y adaptación: Universidad de la República del Uruguay.

Escuela Universitaria de Bibliotecología. Emilio Frugoni 1427.

11200 Montevideo. Uruguay.

Teléfono: (598) 2401 0788

Web: www.eubca.edu.uy

Los materiales incluidos en esta publicación fueron creados por "The Berkman Center for Internet & Society", Harvard University y la "Electronic Information for Libraries" bajo una Licencia Creative Commons: Reconocimiento 3.0 Unported (CC BY 3.0).

ISBN: 978-9974-0-0902-8

Tabla de contenido

Introducción	9
1 Derecho de Autor para Bibliotecarios: Presentación del curso	11
1.1 Objetivos	11
1.2 Cómo usar este Curso	11
1.3 Autorizaciones	12
1.4 Responsabilidad legal	12
1.5 Colabore en la mejora del Curso	13
2 Introducción a la teoría del Derecho de Autor	15
2.1 Justicia	15
2.2 Bienestar	17
2.3 Paternidad	19
2.4 Cultura	20
2.5 Recursos adicionales	21
2.6 Colaboradores	23
3 El Derecho de Autor y el Dominio Público	25
3.1 Objetivo del aprendizaje	25
3.2 Estudio de caso	25
3.3 ¿Qué es el Derecho de Autor?	25
3.4 ¿Qué es el Dominio Público?	26
3.5 ¿Quién redacta la legislación de Derecho de Autor?	27
3.6 ¿Qué cubre la legislación de Derecho de Autor?	28
3.7 ¿A quién se le otorga el Derecho de Autor?	30
3.8 ¿Qué derechos incluye el Derecho de Autor?	31
3.9 Los límites del Derecho de Autor	32
3.10 Licencias de Derecho de Autor	34
3.11 De regreso al estudio de caso	35
3.12 Recursos adicionales	35
3.13 Colaboradores	37
4 El marco teórico internacional	39
4.1 Objetivo del aprendizaje	39
4.2 Estudio de caso	39
4.3 El fundamento para el Sistema Internacional	39
4.4 Instrumentos Internacionales	40
4.4.1 Convención de Berna	42

4.4.2 La Convención Universal sobre Derecho de Autor	45
4.4.3 La Convención de Roma (1961)	46
4.4.4 Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)	47
4.4.5 Tratado de la OMPÍ sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas	49
4.4.6 Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC	49
4.4.7 El Acuerdo propuesto contra la Falsificación Comercial (ACTA)	51
4.5 Acuerdos Regionales	51
4.6 Acuerdos de Libre Comercio y Tratados de Inversión Bilaterales	54
4.7 La Prueba de los Tres Pasos	55
4.8 Perspectivas para los Países en vías de Desarrollo	59
4.9 De regreso al estudio de caso	63
4.10 Recursos adicionales	64
4.11 Colaboradores	67
5 El alcance del Derecho de Autor	69
5.1 Objetivo del aprendizaje	69
5.2 ¿Qué es lo que protege el Derecho de Autor?	69
5.3 ¿Qué es un autor?	75
5.3.1 Reglas para el derecho de propiedad: cómo determinar el titular original de los derechos	75
5.3.2 Obras de autores múltiples: Reglas para autoría compartida y colaboradores	76
5.3.3 Obras derivadas	77
5.3.4 Obras Colectivas y Compilaciones	78
5.3.5 Empleados y Obras por encargo	79
5.3.6 Funcionarios públicos, investigadores y académicos	80
5.4 La relación entre la violación del Derecho de Autor y otras actividades no autorizadas	81
5.5 Duración del Derecho de Autor	83
5.6 Extensiones en el alcance de la protección del derecho de autor	84
5.6.1 Obras Audiovisuales/Cinematográficas	85
5.6.2 Programas de computación	86
5.6.3 Transmisión, grabación, interpretación	86
5.7 Recursos adicionales	87
5.8 Colaboradores	89

6 Derechos, Excepciones y Limitaciones	91
6.1 Objetivo del aprendizaje	91
6.2 Estudio de caso	91
6.3 Derechos Económicos	91
6.3.1 Derechos relacionados con la reproducción y distribución de un trabajo	91
6.3.2 Derechos relacionados con la Comunicación de una obra al Público	94
6.4 Derechos Morales	96
6.5 Derechos Conexos y "Sui Generis"	98
6.6 Derechos de Alquiler y Préstamo	99
6.7 Excepciones y Limitaciones	101
6.8 Excepciones para Bibliotecas	108
6.8.1 Permiso a usuarios de bibliotecas para utilizar la fotocopidora u otro equipo de copiado de la biblioteca	108
6.8.2 Materiales protegidos accesibles en las computadoras de la biblioteca	109
6.8.3 Realización de copias para usuarios de la biblioteca	110
6.8.4 Copias digitales con fines de preservación y reposición	110
6.8.5 Creación de Cursos para Estudiantes	111
6.8.6 Adaptación de materiales para ciegos, personas con discapacidad visual y otras discapacidades para la lectura	112
6.8.7 Préstamos Interbibliotecarios	112
6.9 Licencias Obligatorias	113
6.10 De regreso al estudio de caso	114
6.11 Recursos Adicionales	114
6.12 Colaboradores	117
7 Gestión de Derechos	118
7.1 Objetivo del aprendizaje	118
7.2 Estudio de caso	118
7.3 Gestión individual	119
7.4 Licencias y Asignaciones	119
7.4.1 Licencias en el Entorno Digital	122
7.4.2 Contenidos de una Licencia típica: El Ejemplo de una Base de Datos en Línea	123
7.5 Gestión Colectiva	130
7.5.1 Propósito y Funciones de las Organizaciones de Gestión Colectiva	130
7.5.2 Gestión Colectiva Obligatoria	132
7.6 Medidas de Protección Tecnológica	134

7.7 Obras Huérfanas	136
7.8 De regreso al estudio de caso	139
7.9 Recursos Adicionales	140
7.10 Colaboradores	142
8 Creative Commons y otras alternativas	143
8.1 Objetivo del aprendizaje	143
8.2 Estudio de caso	143
8.3 El Bien Común Físico y Digital	143
8.4 Licencias de Software Libre	145
8.5 Creative Commons	146
8.6 Otros proyectos Creative Commons	151
8.7 Implicancias para Autores y Usuarios	152
8.8 El Movimiento de Acceso Abierto (Open Access)	154
8.9 De regreso al estudio de caso	156
8.10 Recursos adicionales	156
8.11 Colaboradores	158
9 Aplicación de las normas	159
9.1 Objetivo del aprendizaje	159
9.2 Estudio de caso	159
9.3 ¿Qué infringe los Derechos de Autor?	159
9.4 Procedimientos y Sanciones	165
9.5 Las complejas responsabilidades de los Bibliotecarios	171
9.6 De regreso al estudio de caso	172
9.7 Recursos adicionales	172
9.8 Colaboradores	173

Introducción

El presente trabajo es una traducción y adaptación del curso: "Copyright for Librarians", realizado por The Berkman Center for Internet & Society, Harvard University¹ y la Electronic Information for Libraries.² Este currículo aparece en línea como recurso educativo abierto el 24 de marzo del 2010³. Originalmente escrito en inglés, ya se ha traducido al rumano, árabe, francés, ruso y chino hasta el mes de noviembre 2012.

Las instituciones comprometidas con el proyecto, lograron que diversos especialistas en el área, elaboraran una obra académica y amena sobre la problemática del Derecho de Autor y destinada especialmente para los bibliotecarios. La misma se encuentra bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento 3.0 Unported (CC BY 3.0)⁴.

Esta traducción y adaptación presenta las siguientes características:

- Intenta ser una aproximación amigable al tema que facilite la comprensión por parte del colectivo que trabaja en la Ciencia de la Información y Comunicación. Desde ya nuestras disculpas por cualquier error involuntario que podamos incurrir en áreas donde el lenguaje jurídico sea de una profundidad o exactitud tal que haya pasado inadvertida para nosotros como bibliotecarios.
- No incluye los dos últimos módulos del curso ni su Glosario.
- Todos los hipervínculos fueron revisados y en este caso se tomaron las siguientes decisiones: 1) hipervínculos rotos, se eliminaron o se indica que el hipervínculo no

1 <http://cyber.law.harvard.edu/>

2 <http://www.eifl.net/>

3 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Main_Page

4 http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/deed.es_ES

funciona, 2) se realizaron algunas actualizaciones en cuanto a leyes o tratados que se encontraban a estudio en ese momento y hoy no, 3) se buscó si los tratados y leyes mencionados tenían un equivalente en idioma español, y se sustituyeron en la bibliografía que recomiendan los autores.

La traducción y adaptación fue financiada con fondos provenientes del Programa "Fortalecimiento Institucional" otorgados a la EUBCA⁵ en 2011 y 2012. Este material fue utilizado en un curso de Educación Permanente que se realizó en 2012 por la Escuela Universitaria de Bibliotecología a través del programa anual de la Unidad Central de Educación Permanente de la Universidad de la República del Uruguay.⁶

La UCEP otorgó el apoyo económico para su edición a través del Programa: Apoyo a la creación de material didáctico generado como producto de las actividades de Educación Permanente.

Prof. Adj. Graciela Dacosta
gratia13@gmail.com

Prof. Adj. Hugo Valanzano
hvalanzano@fmed.edu.uy

5 <http://www.eubca.edu.uy/>

6 <http://www.eduper.edu.uy/>

1 – Derecho de Autor para Bibliotecarios: Presentación del curso

1.1 Objetivos

“Derecho de Autor para Bibliotecarios” es un proyecto conjunto entre el Berkman Center for Internet & Society ⁷ y la Electronic Information for Libraries (eIFL)⁸, un consorcio de bibliotecas de 50 países de África, Asia y Europa. El objetivo de este proyecto es brindar a los bibliotecarios en países emergentes y en vías de desarrollo, información concerniente a la legislación sobre Derecho de Autor. Específicamente, este curso espera informar a los bibliotecarios sobre:

- la legislación sobre derecho de autor en general
- los aspectos de la legislación sobre derecho de autor que afectan mayormente a las bibliotecas
- cómo en un futuro, los bibliotecarios podrían participar más eficazmente en los trámites donde se interpreta y aplica la legislación sobre derecho de autor.

1.2 Cómo usar este Curso

Los materiales pueden ser utilizados en tres formas diferentes. La primera establece las bases para un curso de auto-aprendizaje. Un bibliotecario puede leer los módulos en forma secuencial o concentrar su atención en los temas que le son de mayor interés.

En la segunda forma, los textos pueden servir de base en un curso tradicional de aula. En ese contexto, el docente determinará la secuenciación y el ritmo en que las lecturas deben ser abordadas y seleccionará los temas a debatir. El docente puede encontrar útil las “Actividades” que se han in-

7 <http://cyber.law.harvard.edu/>

8 <http://www.eifl.net/>

cluido en cada módulo pero también podrá incorporar otras que se ajusten a sus necesidades.

Por último, los materiales pueden servir para un curso a distancia. Cada docente podrá utilizar las vías de comunicación y participación de la plataforma de E-Learning que disponga su institución o los medios que integre una página Web para esos fines. Para aquellos que quieran seguir el curso en inglés, o realizar sus comentarios en el curso original, sus creadores han desarrollado un instrumento llamado "Rotisserie".⁹

1.3 Autorizaciones

Los materiales diseñados por el presente proyecto fueron realizados bajo la licencia Creative Commons Attribution license.¹⁰ Se alienta a los bibliotecarios y el público en general a usar, distribuir, traducir, modificar y desarrollar trabajos en base a estos materiales en tanto que atribuyan a eIFL y el Berkman Center, el crédito correspondiente.

1.4 Responsabilidad legal

Este curso no ofrece consejo legal. El mismo brinda información general sobre los principios que subyacen en el sistema de derecho de autor e indica cómo se resuelven varios problemas concretos en la mayoría de los países. No es una guía confiable sobre cómo una corte en un determinado país puede responder ante cierta situación. Por ello, si Ud. cree que se encuentra cerca de los límites legales descritos en los textos, debería consultar un abogado en la jurisdicción de su competencia.

9 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Information_about_the_Rotisserie_Session

10 <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/>

1.5 Colabore en la mejora del curso

Los equipos de trabajo de EIFL y Berkman desean actualizar y perfeccionar estos materiales en forma periódica. Para ello solicitan la colaboración de los lectores, indicando si encuentran errores o información desactualizada en los módulos o si tienen sugerencias tanto en el contenido como en la forma que se presentan los módulos. Finalmente, los autores alientan especialmente a los lectores para que les hagan saber cómo todos estos asuntos se dirimen en sus países de origen y así incluir sus sugerencias en futuras versiones.

Los autores reciben sus comentarios a través de dos formas. Una de ellas ingresando al curso en inglés a través de la opción "Discussion" que se ubica en la parte superior del módulo pertinente. En segundo lugar, los lectores pueden dirigirse por mail a: cfl-feedback@cyber.law.harvard.edu.

2 – Introducción a la teoría del Derecho de Autor

Antes de profundizar en los detalles de la teoría sobre derecho de autor, algunos lectores pueden considerar útil tener presente las teorías en las que se sustenta el derecho de autor. ¿Cuál es el propósito del derecho de autor? La forma en la que se responda esta pregunta no sólo puede afectar su actitud general hacia este conjunto de leyes, sino sus concepciones sobre cómo deben interpretarse o modificarse las normativas individuales.

Los académicos han desarrollado cuatro teorías sobre el derecho de autor que no son mutuamente excluyentes. Por cierto, tanto las cortes de justicia como los legisladores, apelan con frecuencia a dos o más de estas teorías que tienen diferentes interpretaciones sobre cómo la ley debería concebirse. Por lo tanto, al menos con el propósito de su análisis, es mejor abordarlas separadamente.

2.1 Justicia

El centro de la primera teoría es el principio que los autores de literatura, arte y otros trabajos originales, merecen el control de sus creaciones o una recompensa por sus esfuerzos. En otras palabras, los autores tienen derechos morales que la ley debe reconocer y hacer cumplir. Para indicarlo en forma diferente, negar la protección legal a los autores, sería injusto.

Existen muchas variantes sobre este enfoque general. La más desarrollada es la teoría conocida como “bienes de trabajo”, que se origina en los escritos del filósofo John Locke. En el capítulo V de su obra “Los dos tratados sobre el gobierno civil” (1690), Locke argumentaba que una persona que trabaja una parcela de tierra que se posee “en común”, adquiere un derecho natural sobre esa tierra -un derecho

que un gobierno, una vez conformado, tiene el deber de fijar y respetar.

Gran parte de la fuerza que tiene el argumento de Locke se debe al recurso intuitivo en que se basa la historia. Yo me tropiezo con una parcela de tierra agreste y no cultivada que no pertenece aún a persona alguna. Trabajo muchísimo para retirar las piedras, los árboles o las hierbas de la pradera. Cultivo la tierra y planto semillas. Cuido las plantas hasta que maduran. Por último, cosecho lo cultivado y lo uso para mantenerme yo y mi familia. Seguramente sería un error que un intruso que no ha realizado trabajo alguno para hacer la tierra productiva, ahora me expulsara de ella. Locke ha ofrecido argumentos más formales – algunos de ellos basados en la teología Cristiana - para respaldar esta intuición moral, pero la historia misma le aporta a la teoría de Locke una fuerza imperecedera.

Un grupo importante de académicos, alega que los argumentos de Locke tienen aún mayor fuerza cuando se aplican a las obras del intelecto (literatura, arte, etc.) que cuando se aplican a la tierra. La materia prima para generar una novela (papel y lápices), tienen poco valor; el aporte más importante al valor de la novela culminada es, por lejos, la tarea intelectual del novelista. El derecho moral del novelista para controlar su novela es aún mayor que el derecho moral del granjero que cultivó la tierra. Aún más, a diferencia de las cosechas, las novelas no se pudren. De esta forma podemos quedarnos tranquilos que al proporcionar el derecho de propiedad al novelista, no provocaremos que los productos de valor social se desaprovechen.

Seguramente, los académicos que encuentran persuasivos los argumentos de Locke, tienen algunas dificultades cuando lo aplican al derecho de autor. Por ejemplo, ¿qué tipo de “trabajo” intelectual da lugar a derechos morales? ¿El sentarse frente a un escritorio por horas intentando escribir? ¿Únicamente el “trabajo” altamente creativo? El hecho

que un novelista ame su trabajo, ¿fortalece o debilita sus derechos morales? ¿Es posible que al otorgar al novelista un extenso conjunto de derechos legales (por ejemplo prohibir que otros escriban novelas con argumentos similares), podamos reducir las oportunidades creativas disponibles a otros novelistas potenciales? Si es así, ¿perjudica eso los reclamos morales del primer novelista? Los académicos se han concentrado en estos y otros problemas y posiblemente lo hagan en un futuro. (Como veremos luego, esta teoría de la justicia no es única en este aspecto. Todas las teorías sobre derecho de autor se enfrentan a problemas y complicaciones).

Otra variante al enfoque de justicia, se la denomina a veces "teoría de la equidad". Es menos elaborada pero de acuerdo a psicólogos sociales, disfruta aún de mayor atractivo. El principio de la teoría de la equidad es la noción que cada colaborador de un emprendimiento colectivo merece una parte de los frutos de ese emprendimiento, en forma proporcional a la magnitud de su contribución. Esto tiene importantes connotaciones para el derecho de autor. Por ejemplo, sugiere que la ley debería garantizar que cada una de las personas que intervienen en la realización de una película de cine –desde los actores principales a los encargados de utilizarla- obtenga una parte proporcional a su contribución. Como veremos luego, no es del todo claro que la legislación actual tenga este efecto.

2.2 Bienestar

El segundo de los cuatro argumentos nace de la tradición filosófica del Utilitarismo. El principio fundamental de esa tradición es que la ley debería organizarse para maximizar el bienestar total de ser humano. (En esta simple afirmación acechan muchas ambigüedades pero las haremos a un lado).

La forma en que ese principio se aplica más frecuentemente al derecho de autor es la siguiente:

Las novelas y otras creaciones intelectuales caen en una pequeña pero importante categoría de productos que los economistas refieren como "bienes de interés público". Lo que caracteriza a los bienes de interés público es que no son "exclusivos" (queriendo decir que pueden ser disfrutados por un número ilimitado de personas) y no "excluíbles" (o sea que luego que se encuentran disponibles para los consumidores, es muy difícil evitar que otros consumidores tengan acceso a ellos). Estas características hacen a los bienes públicos socialmente valiosos, pero además pueden crear un peligro: los potenciales productores pueden discontinuarlos por temor a no obtener ganancias monetarias. Por ejemplo, un novelista potencial puede decidir no escribir una novela porque se anticipa al hecho que una vez que su primera copia se venda, otros editores harán millones de copias adicionales y las venderán a centavos, evitando que el novelista gane dinero. Para enfrentar este peligro, el novelista puede decidir convertirse en un banquero, y el mundo será privado por siempre de los beneficios de las novelas que hubiera escrito. Para maximizar el bienestar social, el gobierno debe de alguna forma crear un incentivo para que el novelista escriba. Existen muchas formas en que el gobierno realice esto pero una técnica es otorgar al novelista derechos exclusivos para reproducir y vender sus novelas. Si el novelista está protegido de la competencia, puede cobrar suficiente dinero por sus libros que le permita vivir y seguir escribiendo. Eso es, brevemente, lo que hace el derecho de autor.

Visto desde esta perspectiva, el derecho de autor tiene importantes beneficios sociales pero también un costo social. Al autorizar al novelista a aumentar el precio de sus libros por encima de los precios más bajos que se hubieran generado a través de la libre competencia, el derecho de autor provoca que los lectores que no pueden costear

un precio más alto, no accedan ni puedan leer esta novela. Como resultado, se debería reducir la protección de esos consumidores y así reducir en parte, el bienestar social general. La implicancia de esta posición es que la protección del derecho de autor debería extenderse únicamente a tipos de productos intelectuales que no se producirían en ausencia de los incentivos financieros que proporciona el sistema de derecho de autor.

Si aplicamos estas directivas concientemente, ¿qué tipo de trabajos deberían protegerse? Es difícil de establecer porque los motivos de los creadores pueden variar. Pero básicamente deberíamos considerar especialmente, extender la protección del derecho de autor a los productos que son costosos de producir, fáciles de copiar, y que beneficien a muchas personas además de los consumidores directos. Las películas de cine y el software pueden ser un ejemplo. Por el contrario, deberíamos por lo menos dudar antes de otorgar el derecho de autor a los tipos de productos que son baratos de producir o cuyos creadores son especialmente susceptibles a incentivos no pecuniarios (tales como el deseo de obtener fama o la esperanza de lograr la titularidad del cargo en una universidad), que no dependen del derecho de autor.

2.3 Paternidad

La tercera teoría se deriva de los escritos de Kant y Hegel. Es más débil en los sistemas legales donde se practica el "derecho común" (tales como el Reino Unido, los EE. UU., Canadá y Australia) que en aquellos sistemas legales donde se aplica el "Derecho Civil" (países continentales de Europa y países de África y América Latina cuyos sistemas legales tomaron como modelos los vigentes en países continentales de Europa).

La idea central de esta teoría es que los productos intelectuales son manifestaciones o extensiones de las persona-

lidades de sus creadores. Un pintor o novelista se define a sí mismo en y a través de su arte. El sistema legal, sensible a este fenómeno, debería garantizar a los artistas el poder de controlar el uso o las modificaciones de sus creaciones. ¿Por qué? Una respuesta es que los perjuicios a esas creaciones provocan sus correspondientes daños a sus creadores – a los cuales la ley debería proteger o compensar-. También porque darles este control a los creadores es necesario para establecer un ambiente social general donde los artistas pueden fijar y mantener sus identidades.

Esta teoría apoya especialmente los aspectos del derecho de autor conocidos como “derechos morales”. Como se observará, los derechos morales incluyen el derecho a recibir crédito por aquello que el autor ha creado (y no ser culpado por cosas que no ha creado) y el derecho a evitar la mutilación o destrucción de sus obras.

2.4 Cultura

La cuarta de las teorías es la menos influyente pero parece ganar fuerza. Su idea clave es que la naturaleza humana hace que la gente prospere más bajo ciertas condiciones que bajo otras, y que las instituciones políticas y sociales deberían organizarse para facilitar la prosperidad. ¿Cuáles son las condiciones que permitan que la gente prospere? La lista brindada por filósofos y psicólogos que trabajan con esta tradición puede variar, pero las siguientes podrían recibir la aprobación de la mayoría de ellos:

- Vida
- Salud
- Integridad física – protección contra amenazas físicas y contra asalto físico y sexual
- Autonomía – en el sentido de ser capaces de elegir libremente nuestras propias vocaciones y pasatiempos

- Competencia – la habilidad para enfrentar y solucionar problemas
- Compromiso – Participación activa en actividades profesionales y de esparcimiento, en contraposición a un consumo pasivo de bienes y servicios
- Libertad de expresión – la capacidad de expresar nuestro pensamiento y nuestros impulsos creativos
- Relaciones – participación en comunidades elegidas libremente
- Privacidad – acceso a zonas de intimidad en las cuales nuestras relaciones puedan ser cultivadas y desarrolladas

El derecho de autor, conformado apropiadamente, puede ayudar a estimular una cultura que permita a la mayoría de la gente vivir una vida de este tipo. Por ejemplo, puede ayudar a promover la rica tradición artística, apoyar un fuerte sistema educativo accesible para todos, alentar a la gente a modificar los productos culturales que consumen y por último, aunque no menos importante, incrementar el acceso al conocimiento a través de un sistema bibliotecario sólido y universalmente accesible.

Mal construido, el derecho de autor puede dañar todos estos valores –frenar la innovación artística, frustrar los esfuerzos de los docentes para diseñar y distribuir materiales educativos de calidad, desalentar las modificaciones en el uso de bienes culturales y hacer el trabajo de las bibliotecas más difícil y costoso. En gran medida, todo esto depende en la forma que se formula y aplica el derecho de autor.

2.5 Recursos adicionales

La bibliografía sobre derecho de autor es extensa pero desafortunadamente, muy poca de ella está disponible en línea. Las siguientes referencias son una muestra representativa de los temas. Un número mayor de fuentes pueden encontrarse en las notas al pie de página de estos artículos.

Generales

William Fisher, "Theories of Intellectual Property," ¹ in Stephen Munzer, ed., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (Cambridge University Press, 2001) (Chinese translation, by Haifeng Huang, in *Chinese Intellectual Property Review* 1 (2002): 1.) ²

Seanna Shiffrin, *Intellectual Property*, ³in *A Companion to Contemporary Political Philosophy* (edited by Robert Goodin, Philip Pettit, and Thomas Pogge, Blackwell, 2007).

Teoría de la justicia

Robert Merges, "Locke for the Masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity (2009) ⁴

Alfred C. Yen, "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession," *Ohio State Law Journal* 51 (1990): 517 ⁵

Teoría del bienestar

Peter Menell and Suzanne Scotchmer, "Intellectual Property," chapter in *Handbook of Law and Economics*, edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell (2007) (with S. Scotchmer) ⁶

William Landes and Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (Harvard University Press 2003) ⁷

1 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>

2 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheorychinese.pdf>

3 <http://cdn.law.ucla.edu/SiteCollectionDocuments/faculty/shiffrin-intellectual%20property.pdf>

4 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323408

5 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916110

6 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=741424

7 Este link se encuentra roto.

Joseph E. Stiglitz, "Economic Foundations of Intellectual Property Rights" (2003)⁸

Steven Shavell and Tanguy Van Ypersele, "Rewards versus Intellectual Property Rights" (1999) ⁹

Teoría de la paternidad

Margaret Jane Radin, Property and Personhood (1993) ¹⁰
Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property,"
77 Georgetown Law Review 287 (1988)

Teoría cultural

Neil Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society,"
106 Yale Law Journal 283 (1996) ¹¹

William Fisher, "The Implications for Law of User Innovation,"
Minnesota Law Review, Vol. 94, No. 5, 2010 ¹²

2.6 Colaboradores

Este módulo fue redactado por William Fisher.

8 <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=dj>

9 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=226404

10 El link está roto.

11 <http://ecohist.history.ox.ac.uk/readings/ip/netanel.htm>

12 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1601484

3 – El Derecho de Autor y el Dominio Público

3.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo explora los conceptos básicos de la legislación sobre derechos de autor. Proporciona una introducción general a los elementos del derecho de autor que son de importancia para los bibliotecarios. Otros módulos presentarán estos temas en detalle.

3.2 Estudio de caso

“Quiero confeccionar un curso para mis estudiantes. ¿Qué materiales puedo incluir?”

Ángela, una profesora de música, visita la biblioteca de su escuela para organizar un curso para sus estudiantes. Le gustaría incluir extractos de libros, recursos electrónicos y partituras musicales. También quisiera publicar selecciones musicales y videograbaciones on line, con sus comentarios.

Nadia, la bibliotecaria, le explica a Ángela lo que puede y no puede hacer, según la legislación de derechos de autor.

3.3 ¿Qué es el Derecho de Autor?

El **DERECHO DE AUTOR** es un concepto legal que concede a los autores y artistas el control sobre ciertos usos de sus creaciones durante períodos de tiempo definidos. Limita quién puede copiar, cambiar, ejecutar o compartir esas creaciones.

Como se vio en la Introducción, existen varios puntos de vista referidos a los propósitos de las leyes del derecho de autor. Uno de ellos es que la legislación fomenta la creatividad al permitir a sus creadores beneficiarse de su trabajo.

Este objetivo del derecho de autor se ve reflejado en el texto de muchas leyes referidas al tema. Por ejemplo, la

“Copyright Clause”¹ de la Constitución de EE.UU. especifica que el Congreso puede conceder a los autores protección de derecho de autor por sus trabajos durante un tiempo limitado, a fin “de promover el avance de la ciencia y las artes útiles” (Constitución estadounidense, Artículo 1, Sección 8, Cláusula 8).

De forma similar el propósito del Statute of Anne,² el primer estatuto de derecho de autor de Inglaterra, es el de “fomentar el aprendizaje” (8 Anne Chapter 19, 1710).

Otro punto de vista es el de que el derecho asegure que los autores reciban un pago justo por su esfuerzo. Un tercer punto de vista es que el trabajo creativo es una expresión de la personalidad de su creador, y por lo tanto debería protegerse contra el uso sin permiso de su autor.

Aunque las leyes del derecho de autor conceden muchos derechos a sus autores, también los limita de varias maneras. Muchas de estas limitaciones son específicas pero otras son amplias. Varias de ellas, como veremos, permiten a los bibliotecarios utilizar o difundir materiales, que tienen derecho de autor, con mayor libertad.

3.4 ¿Qué es el Dominio Público?

El dominio público es el nombre dado al conjunto de los trabajos creativos que no están protegidos por la legislación de los derechos de autor – ya sea porque no están cubiertos por los términos delimitados por la legislación, porque sus creadores no cumplieron con requerimientos formales en el pasado, o porque sus creadores donaron voluntariamente al público en general los derechos que pudieron generar.

Como ejemplo, supongamos que en el país ficticio Boktonia, el derecho de autor tiene un plazo de vigencia de 20 años. Si una publicación fue escrita en 1980, la protección

1 http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Clause

2 http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne

de derecho de autor para el libro en Booktonia habría finalizado 20 años después, en el 2000. Una vez que el derecho de autor de un trabajo expira, se dice que el trabajo cae en el dominio público. Y una vez que el trabajo está en el dominio público, las restricciones de la legislación del derecho de autor no se aplican más y cualquiera puede copiar, volver a utilizar o compartir ese trabajo como lo desee.

El dominio público funciona como un fondo común de material creativo al que cualquiera puede acceder. Proporciona a los autores la materia prima a partir de la cual puede confeccionarse la siguiente generación de libros, películas, canciones y conocimiento. Tal como escribió el poeta inglés Chaucer en el siglo XIV (cuyo trabajo está ahora en el dominio público): "For out of the old fields, as men say, Comes all this new corn, from year to year; And out of old books, in good faith, Comes all this new science that men learn." (De los campos usados, como dicen los hombres, viene el maíz nuevo, año a año. Y de lo mejor de los libros antiguos, proviene la nueva ciencia que los hombres aprenden").

3.5 ¿Quién redacta la legislación de Derecho de Autor?

Varios tratados internacionales³ fijan normas que todos los países firmantes deben cumplir en el momento de adoptar o cambiar sus legislaciones de derecho de autor. Sin embargo, dentro de esa limitación, cada nación establece su propio conjunto de leyes.

Esas normas determinan quién puede acceder al derecho de autor, qué derechos tiene el titular del derecho de autor y cuál es la duración de ese derecho. Como resultado, la legislación del derecho de autor varía significativamente de un país a otro.

3 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Module_2:_The_International_Framework

En todos los países, la legislación del derecho de autor está confeccionada en parte por legislaturas que adoptan y a veces, modifican los estatutos sobre derecho de autor, y tribunales que ajustan y clarifican las provisiones de los estatutos cuando se aplican a casos particulares.

En los países donde se practica el derecho común, los tribunales desempeñan un papel más importante que en los países donde rige el derecho civil, pero la diferencia no es grande. En algunos países, los sistemas legales religiosos también afectan las leyes de derecho de autor. Un debate sobre los tres tipos principales de sistemas legales, así como listas de los sistemas legales de los diferentes países, pueden encontrarse en el vínculo al pie de página.⁴

Sin embargo, y sin importar cuál sea el sistema legal, la legislación referente a derecho de autor cambia constantemente para afrontar nuevos desafíos creativos, tecnológicos y sociales. Estos cambios, a menudo están fomentados por grupos de interés que buscan beneficiar a sus miembros. La comunidad bibliotecaria siempre ha desempeñado un rol importante en la confección de leyes de derecho de autor, y puede ser aún más importante en el futuro.

3.6 ¿Qué cubre la legislación de Derecho de Autor?

Las leyes de Derecho de Autor cubren “todos los trabajos de autoría original”. Esta autoría original se presenta en muchas formas. Por ejemplo, en casi todos los países, los siguientes ítems están protegidos por leyes de derecho de autor:

- trabajos literarios (libros, artículos, cartas, etc.)
- trabajos musicales,
- trabajos dramáticos (operas, obras de teatro)
- artes gráficas (fotografías, esculturas, pinturas, etc.)

4 http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_systems_of_the_world

- imágenes en movimiento y trabajos audiovisuales (películas, videos, programas televisivos, etc.)
- trabajos arquitectónicos, y
- programas de computación

En algunos países, las grabaciones sonoras también están cubiertas por las leyes de derecho de autor. En otros países, las grabaciones sonoras están protegidas por normas relacionadas y separadas, conocidas como "derechos conexos". En algunos países, los trabajos gubernamentales, como mapas, informes oficiales y opiniones judiciales, están protegidos por leyes del derecho de autor, en otros, se consideran parte del dominio público.

Es importante recordar que **el derecho de autor nunca se aplica a ideas o hechos**. Sólo cubre "**expresiones originales**", es decir la manera característica como se transmiten las ideas. Por lo tanto, a manera de ejemplo, la información incluida en un libro de texto científico no está protegida por las leyes del derecho de autor. Después de leer el libro de texto, el lector tiene la libertad de escribir y publicar un nuevo libro que transmita la misma información con palabras diferentes. De igual manera, después de leer un trabajo de historia, se tiene la libertad de escribir una novela que incorpore hechos históricos.

Unos pocos países (muy especialmente los Estados Unidos) requieren que la expresión original esté presentada en un **medio tangible**, por ejemplo papel o un formato de grabación digital, para poder beneficiarse de la legislación sobre derecho de autor. En esos países, las actuaciones improvisadas, por ejemplo de jazz o bailes, no se protegen a menos que sus autores las graben.

La legislación sobre derecho de autor cubre trabajos que no han sido publicados o no se han hecho públicos. De esta forma, por ejemplo, las cartas privadas, diarios personales

y los mensajes de correo electrónico están todos protegidos por esas leyes.

Algunos países solían exigir a las obras publicadas, registrarse en una oficina central, o tener un aviso de derecho de autor con el nombre del autor y el año de publicación para beneficiarse de la ley de derecho de autor. Estas **formalidades** ya no son necesarias para que un trabajo esté cubierto por la legislación de derecho de autor. Sin embargo, el trámite para su registro, puede ayudar a probar una autoría o a identificar a quién debe contactarse para solicitar el permiso antes de que un trabajo pueda ser utilizado. En algunos países, es necesario registrar un trabajo antes que se le permita al autor demandar a alguien por alguna infracción relacionada con el tema. (Los autores extranjeros, sin embargo, están exentos de este requisito). Además, algunos países continúan solicitando a los editores que depositen una copia de cada nuevo trabajo en una oficina específica, tal como una biblioteca nacional.

3.7 ¿A quién se le otorga el Derecho de Autor?

El derecho de autor, se le otorga normalmente al autor de un trabajo. Si se escribe una novela, se pinta un cuadro o se compone una canción, se obtiene el derecho de autor por la creación.

La situación es más complicada si se trata de un empleado que es autor de un trabajo como parte del empleo. Hay muchísimas variantes entre los países que tratan estas situaciones. Frecuentemente, en países que siguen la tradición del derecho común, el derecho de autor de un trabajo preparado por un empleado dentro de las funciones de su empleo, recae en el empleador. Contrariamente, en los países que siguen la tradición del derecho civil, el derecho recae en el empleado. Sin embargo, en los países que tienen derecho civil, los contratos de empleo o aún la legislación

sobre derecho de autor a menudo le dan a los empleadores derechos sobre las creaciones de sus empleados, que son similares (pero no idénticos) a los derechos de autor que disfrutaban los empleadores en los países que utilizan el derecho común.

Finalmente, en Estados Unidos y algunos otros países, cuando se crean tipos de trabajo específicos en circunstancias especiales por contratistas independientes, los contratistas y las organizaciones que ofrecen los trabajos pueden acordar por escrito que se les otorguen los derechos.

3.8 ¿Qué derechos incluye el Derecho de Autor?

Los derechos que surgen del Derecho de Autor se dividen en dos categorías: derechos económicos y derechos morales.

Los Derechos Económicos buscan que los autores tengan la oportunidad de usar sus trabajos para obtener un beneficio económico. Esto es algo que únicamente el titular del derecho de autor puede hacer, a menos que ceda el permiso a otros. (A continuación se discuten las excepciones importantes al requerimiento de obtener el permiso del titular del derecho de autor, tales como el uso legítimo y licencias obligatorias).

Los derechos económicos primarios son:

- el derecho de reproducir el trabajo – es decir, realizar copias del mismo,
- el derecho a crear trabajos derivados – tales como traducciones, copias abreviadas o adaptaciones,
- el derecho a distribuir el trabajo, por ejemplo, a través de venta o alquiler de las copias,
- el derecho a ejecutar o exhibir el trabajo públicamente.

Los Derechos Morales están previstos para proteger los intereses de los autores en sus creaciones, que no refieren a lo económico. Los derechos morales no existen en todos los países. En general, éstos son ampliamente reconocidos y se cumplen con mayor firmeza en los países que aplican el derecho civil que en los de derecho común.

Los derechos morales primarios son:

- el derecho a la integridad, por ejemplo el derecho a evitar la destrucción o mutilación de una pintura o escultura,
- el derecho al reconocimiento – es decir, el derecho a recibir el crédito que corresponda a la creación y no ser inculpado por algo que no haya creado,
- el derecho a la divulgación – el derecho a determinar cuándo y si un trabajo se hará público,
- el derecho a la supresión – el derecho (en algunas circunstancias limitadas) a retirar de circulación las copias de un trabajo que su autor lamenta haber realizado.

Derechos Conexos, a veces llamados derechos relacionados, son parientes cercanos de los derechos de autor. Los derechos conexos más antiguos y conocidos son los derechos económicos otorgados a personas que no son autores de un trabajo pero que contribuyen a su creación – tales como intérpretes, productores y asociaciones de difusión.

Algunos países también tienen derechos relacionados con la privacidad y la publicidad que complementan los derechos de autor. Por ejemplo, algunos países impiden la distribución pública de trabajos que contienen información personal identificable, a menos que la persona mencionada haya concedido el permiso.

3.9 Los límites del Derecho de Autor

Los derechos que se describen anteriormente están sujetos a importantes limitaciones. En primer lugar, como se

mencionó anteriormente, muchos libros antiguos, artículos, grabaciones y otros trabajos son parte del **dominio público**. Estos materiales pueden ser utilizados por cualquier persona para cualquier propósito.

Lamentablemente, no es siempre sencillo averiguar cuándo un trabajo en particular está dentro del dominio público. El directorio que aparece al pie de página⁵ contiene información de utilidad referida al plazo de duración del derecho de autor en diferentes países del mundo. También tiene sugerencias útiles sobre cuándo un trabajo es considerado en el dominio público.

A veces, el titular de un derecho de autor entrega un trabajo al dominio público antes que el derecho de autor expire, de forma similar a un propietario de tierras que a veces dona la propiedad a una ciudad para que se transforme en un parque. En estos casos, el trabajo puede ser usado libremente de forma inmediata.

De forma similar, la legislación de derecho de autor de cada país incluye **excepciones y limitaciones** a los derechos de autor. Y éstas identifican actividades que los usuarios pueden realizar sin temor a infringir los derechos de autor.

Si bien estas excepciones varían según los países, algunos ejemplos comunes incluyen la copia para uso personal, la cita de párrafos cortos de trabajos literarios con fines de crítica, el fotocopiado por razones de archivo por parte de las bibliotecas, y la conversión de trabajos en formatos accesibles para personas discapacitadas. Otras excepciones son más amplias y no tan bien definidas como la **doctrina del uso legítimo** de Estados Unidos y del **trato justo** que se emplea en algunos países africanos.

Finalmente, la mayoría de los países tienen sistemas de **licencias obligatorias** para ciertos tipos de trabajos. En el

5 http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Copyright_situations_by_country

sistema de licencias obligatorias, los titulares del derecho de autor tienen que permitir ciertos usos de sus trabajos, con la condición que el usuario pague una tarifa fijada por una entidad gubernamental o por un tribunal. Este régimen se está convirtiendo en algo cada vez más común.

3.10 Licencias de Derecho de Autor

Si no se aplican estas excepciones o limitaciones, aún es posible el uso de un trabajo con derecho de autor. Para eso, el usuario debe obtener una **licencia** del titular del derecho que le permitirá usar el contenido en una forma particular. El titular puede solicitar una remuneración por ese uso, o puede permitir el uso libre del mismo. La licencia debe ser específica y por escrito, a fin de evitar confusiones.

No es siempre necesario contactar directamente al titular del derecho de autor para obtener una licencia de uso. Muchos países tienen **sociedades de gestión colectiva** (también conocidas como organizaciones de administración colectiva), que actúan como agentes para grandes números de titulares de derecho de autor. Estas organizaciones administran permisos pertenecientes a una amplia variedad de usos de materiales de propiedad intelectual. Los ejemplos incluyen la difusión de composiciones musicales y el uso de tecnología moderna variada para reproducir trabajos gráficos o literarios.

Otro grupo de organizaciones asisten y alientan a aquellos titulares de derecho de autor dispuestos a ceder algunos de sus derechos de una forma gratuita. Los más conocidos son Creative Commons ⁶ y Free Software Foundation,⁷ pero están surgiendo otros.

6 <http://creativecommons.org/>

7 <http://www.fsf.org/>

3.11 De regreso al estudio de caso

Nadia (la bibliotecaria) ayudará a Ángela (la docente) a organizar los materiales que ha recopilado haciéndole una serie de preguntas:

¿Están algunos de estos materiales en el dominio público?

¿Algunos de los materiales restantes tienen permiso a través de una licencia Creative Commons o una normativa similar, que permiten su uso?

¿Algunos de los materiales restantes tienen uso gratuito a través de excepciones estatutarias contenidas en la legislación de derechos de autor de la nación?

¿Posee la biblioteca una licencia de uso de materiales en la forma en que Ángela propone?

Si los materiales están en el dominio público, tienen permiso de uso libre a través de una licencia Creative Commons, están cubiertos por un estatuto de exención, o están incluidos en las licencias existentes, pueden usarse. Si no, Ángela necesitará obtener permisos de los titulares del derecho de autor o de una organización de gestión colectiva de derechos.

3.12 Recursos adicionales

Se puede encontrar un debate sobre los aspectos de la legislación de derecho de autor que afecta a los bibliotecarios y, en particular, a los bibliotecarios de los países en desarrollo en: eIFL Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries.⁸

Carol H. Henderson, "Libraries as Creatures of Copyright: Why Librarians Care about Intellectual Property Law and Policy," 1998⁹. Ex-directora ejecutiva de la oficina de Washing-

8 <http://www.eifl.net/eifl-handbook-copyright-and-related-issues>

9 <http://www.ala.org/advocacy/copyright/copyrightarticle/librariescreatures>

ton de la Asociación de Bibliotecas Estadounidenses, expone los roles que desempeñan los bibliotecarios en el mantenimiento del equilibrio de los derechos de autor.

Un breve debate entre los Profesores William Fisher and Justin Hughes,¹⁰ organizado en mayo del 2009, por la revista the Economist, examina las ventajas y desventajas del sistema de derecho de autor.

El Research Center for the Legal System of Intellectual Property (RCLIP),¹¹ en cooperación con el Center for Advanced Study & Research on Intellectual Property (CASRIP)¹² de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, está confeccionando una base de datos de decisiones judiciales¹³ que involucra la propiedad intelectual (incluyendo la legislación de derecho de autor) en cada país del mundo. La base de datos no está completa todavía, pero ya constituye una herramienta de investigación de alto valor, particularmente para países asiáticos.

Un mapa, preparado por William Fisher, en el que se describen las principales características de la legislación de derecho de autor en EE.UU. y, a menor escala, en otros países, está disponible en el vínculo que se encuentra a pie de página.¹⁴

A Fair(y) Use Tale¹⁵ es un cortometraje del 2008 sobre derecho de autor y uso justo en EE.UU. Según la sinopsis, el profesor Eric Faden de la Universidad Bucknell creó esta reseña humorística e informativa de los principios del derecho de autor a través de las palabras de los creadores de la terminología.

10 <http://www.economist.com/debate/overview/144>

11 http://www.21coe-win-cls.org/rclip/e_index.html

12 <http://www.law.washington.edu/casrip/>

13 http://www.21coe-win-cls.org/rclip/db/search_form.php

14 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/IP%20Maps.htm>

15 <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2007/03/fairy-use-tale>

Los documentales *Steal This Film Part I* ¹⁶ (2006) and *Steal This Film Part II* ¹⁷ (2007), producidos por The League of Noble Peers, ofrece un punto de vista entretenido y altamente crítico de las tendencias recientes hacia el fortalecimiento de los derechos de los titulares de derechos de autor, en particular con respecto al intercambio no autorizado de música y películas.

Un artículo que sirve para determinar qué trabajos se encuentran en el dominio público en los EE. UU.,¹⁸ ha sido proporcionado por Michael Brewer y la oficina de la Asociación de Bibliotecas Estadounidenses para la Política Tecnológica de la Información.

A *Librarian's 2.0 Manifesto* ¹⁹ proporciona una concepción incitante de las responsabilidades de los bibliotecarios, particularmente en un ambiente caracterizado por los vertiginosos cambios tecnológicos.

Casos

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican alguno de los principios presentados en este módulo:

Telegraph Group, Ltd. v. Ashdown, Part 10 Case 13 (Court of Appeal, England & Wales, 2001) ²⁰ (las relaciones entre la libertad de expresión, el interés público y los derechos de propiedad intelectual).

3.13 Colaboradores

Este módulo fue creado por Melanie Dulong de Rosnay. Luego fue editado por un equipo que incluye a Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia y Chris Peterson.

16 <http://www.stealthisfilm.com/Part1/>

17 <http://www.stealthisfilm.com/Part2/>

18 <http://www.librarycopyright.net/resources/digitalslider/>

19 <http://www.youtube.com/watch?v=ZblrRs3fkSU>

20 <http://www.ipsofactoj.com/international/2001/Part10/int2001%2810%29-013.htm>

4 – El marco teórico internacional

4.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo explica cómo funciona la legislación internacional sobre derecho de autor, de qué manera afecta a los países en vías de desarrollo y cómo los países en desarrollo pueden influir.

4.2 Estudio de caso

Ángela está preocupada por las restricciones que la legislación sobre derecho de autor establece sobre su capacidad para reunir y distribuir materiales para el curso. Está considerando escribir un breve artículo argumentando que la legislación sobre derecho de autor de su país debería reformarse para darle a los docentes y estudiantes más libertad. Sin embargo, le informaron que los acuerdos internacionales pueden restringir la libertad que cada país tiene para definir sus propias leyes sobre derecho de autor. Antes de redactar su artículo, solicita la ayuda de Nadia para determinar qué acuerdos internacionales, si los hubiere, se aplican en su propio país.

4.3 El fundamento para el Sistema Internacional

Como se mencionó anteriormente, cada país del mundo tiene sus propias normas de derecho de autor. Sin embargo, la flexibilidad que la mayoría de los países tiene para ajustar y aplicar sus propias leyes, está limitada por una serie de tratados internacionales.

¿Por qué necesitamos una gestión internacional en este tema? Hay dos respuestas tradicionales a esta pregunta. La primera, sin una normalización internacional, las naciones

podrían promulgar leyes que protejan a sus propios ciudadanos, dejando desprotegidos a los extranjeros. Esta discriminación era común previamente a la regulación internacional. Al haber crecido el interés de los titulares de derechos de autor por una protección mundial de sus creaciones, el mutuo reconocimiento, en términos justos, de los derechos fuera de las fronteras, se vuelve aún más importante.

En segundo lugar, algunos titulares de derecho de autor consideran que los países en vías de desarrollo no adoptarían la adecuada protección de sus derechos, a menos que fueran obligados a hacerlo a través de un tratado. Los representantes de los países en desarrollo cuestionan enérgicamente este argumento.

4.4 Instrumentos Internacionales

La forma más sencilla de lograr estos objetivos sería a través de un único tratado firmado por todos los países. Lamentablemente, la situación actual es más complicada. En lugar de un tratado, existen en la actualidad seis acuerdos **multilaterales** principales, cada uno de ellos con un grupo diferente de países miembros.

Cada uno de los seis acuerdos fue negociado – y está actualmente administrado – por una organización internacional. Cuatro de ellos están administrados por la World Intellectual Property Organization (WIPO), uno por la United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) y el último por la World Trade Organization (WTO).

Los seis acuerdos han sido creados e implementados de forma similar, pero no idéntica. Típicamente, el proceso comienza cuando los representantes de países consideran que debería existir una normativa internacional para administrar ciertos temas. Comienzan las **negociaciones**, que pueden durar varios años. Durante las negociaciones, se presentan proyectos de propuestas a las delegaciones de cada país, las

cuales son discutidas y pueden ser enmendadas en sus contenidos a fin de llegar a un consenso. Este "consenso" puede reflejar un acuerdo genuino entre todos los países participantes en el sentido de que el convenio propuesto es el deseable, o puede resultar en una presión ejercida por países más poderosos sobre países menos poderosos. Una vez que se llega al consenso, los países concluyen el tratado a través de **la firma** del documento. A partir de ese momento, los gobiernos de los países participantes **ratifican** el tratado, y **entra en vigor**. Los países que no firmaron el acuerdo cuando fue inicialmente concluido, pueden integrarse más adelante por **adhesión**.

En muchos países – especialmente los que tienen una tradición de derecho civil – los tratados se consideran "de aplicación directa". Es decir, una vez ratificados, terceras partes pueden confiar en él, y si fuera necesario, interponer una demanda contra terceros en base a haber infringido las provisiones del tratado. Sin embargo, en otros países – especialmente los que están influenciados por las tradiciones constitucionales británicas o escandinavas – los tratados no presentan esta "aplicación directa". En su lugar, las legislaturas nacionales deben adoptar estatutos para implementarla, a partir de los cuales las entidades privadas confiarán en la implementación de la legislación, más que en los mismos tratados.

Ninguno de los seis tratados que pertenecen a la legislación de derecho de autor contiene un amplio conjunto de reglas o normas para un sistema de derecho de autor. En su lugar, cada uno exige que los países miembros traten temas particulares de forma específica, pero dejando a los países firmantes un considerable margen de apreciación para implementar sus requisitos.

Se brinda en notas un sitio Web dónde obtener más información sobre los pasos para un acuerdo internacional.¹

A continuación se presentan breves descripciones de los seis tratados principales, con especial atención a su impacto en los países en vías de desarrollo.

4.4.1 Convención de Berna

En 1886, diez estados europeos firmaron el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (que se mencionará a continuación como el "Convenio de Berna"), para evitar que se confunda con la legislación de derecho de autor internacional. A partir de esa fecha, un total de 164 países se han adherido a este Convenio. Sin embargo, ha habido varias revisiones del Convenio de Berna y no todos los países ratificaron la versión más reciente. Cualquier país puede incorporarse. Se puede verificar en el siguiente link si su país es miembro de la Convención de Berna².

El Convenio de Berna estableció tres principios fundamentales. El primero y más conocido es el principio del "trato nacional", que exige que los países miembros le otorguen a los residentes de otros países miembros los mismos derechos de las leyes de derecho de autor, que le otorgan a sus propios ciudadanos. Por lo tanto, una novela escrita en Bolivia por un ciudadano boliviano tendrá la misma protección en Ghana, que una novela escrita en Ghana por un ciudadano de ese país.

El segundo es el principio de la "independencia" de protección. Establece que cada país miembro debe otorgar a los trabajos extranjeros la misma protección que se le otorga a los trabajos nacionales, aún cuando los trabajos extranjeros pueden no estar protegidos por la legislación de derecho de

1 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Stages_of_an_international_agreement

2 http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

autor en los países en los cuales se originaron. Por ejemplo, aunque una novela escrita en Bolivia por un ciudadano boliviano no estuviera protegida por la legislación boliviana, estaría protegida en Ghana si se ajusta a los requisitos de protección de la legislación de Ghana.

El tercero es el principio de la "protección automática". Este principio prohíbe a los países miembros exigir a personas de otros países integrantes de la Convención de Berna, formalidades legales como prerrequisito para la protección de derechos de autor. (Pueden exigir tales requisitos a sus propios ciudadanos, pero generalmente no ocurre). El efecto de este principio es que el autor boliviano de una novela no tiene que registrarla o declararla en Ghana, India, Indonesia o cualquier otro estado integrante de la Convención de Berna. Su novela quedará automáticamente protegida en todos estos países desde el momento en que sea escrita.

Además de estos principios básicos, la Convención de Berna también exige a los países integrantes, una serie de requisitos más específicos. Por ejemplo, deben aplicar el derecho de autor por un período mínimo de tiempo. El plazo mínimo para países que han ratificado la versión más reciente de la Convención de Berna es la vida del autor más 50 años para todos los trabajos, excepto fotografías y películas. La Convención de Berna también requiere que sus miembros reconozcan y apliquen un limitado subconjunto de los "derechos morales" mencionados anteriormente.

La Convención de Berna desarrolla un marco teórico para países miembros para adoptar excepciones a las protecciones de derecho de autor estipuladas. La conocida "prueba de los tres pasos" incluida en el Artículo 9 (2), define la libertad de los países integrantes para crear excepciones o limitaciones para los derechos de los autores, a fin de controlar las reproducciones de sus trabajos. Otras disposiciones de la Convención de Berna otorgan a los países miembros la libertad de crear más excepciones específicas.

Cuando la Convención de Berna fue revisada en París en 1971, los países firmantes agregaron un Anexo³ que contiene disposiciones especiales relativas a los países en vías de desarrollo. En particular, los países en vías de desarrollo pueden, para ciertos trabajos y bajo ciertas condiciones, apartarse de las normativas mínimas de protección con referencia al derecho de traducción y el de reproducción de trabajos protegidos. Más específicamente, el Apéndice permite a los países en vías de desarrollo conceder licencias obligatorias no exclusivas y no transferibles para traducir trabajos con fines de enseñanza, becas o investigación, y reproducir trabajos para uso en relación con actividades de instrucción sistemática.

Mientras la Convención de Berna define normas generales para la protección de derecho de autor, también promulga algunas reglas específicas. Como resultado, la legislación en cada país miembro, tiene una considerable flexibilidad para implementar los requisitos. Por ejemplo, en la Ley de Implementación de 1988, de la Convención de Berna, el Congreso de EE.UU. adoptó un punto de vista "minimalista" de implementación, realizando únicamente los cambios de la ley de derecho que sean absolutamente necesarios para calificar como miembro.

La Convención de Berna no contiene un mecanismo de ejecución. Esto significa que los estados miembros tienen poco poder para castigar a otro estado que no cumpla con los lineamientos de la Convención de Berna. Como veremos más adelante, esta situación se modificó parcialmente para los miembros de la Convención de Berna que también se adhirieron al WTO.

3 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P406_81047

Para tener mayor información sobre la Convención, puede leer el texto que se ubica al pie de página ⁴ o consultar un breve tratamiento de la historia de la Convención. ⁵

4.4.2 La Convención Universal sobre Derecho de Autor⁶

La **Convención Universal sobre Derecho de Autor** (CUDA, en inglés UCC: Universal Copyright Convention) fue desarrollada por la **UNESCO** y adoptada en 1952. Fue creada como una alternativa a la Convención de Berna. La Convención expresó el deseo de varios países (incluidos EE.UU. y la Unión Soviética) de tener protección de derechos de autor sin adherirse a la Convención de Berna.

Lo previsto en ella es más flexible que en la Convención de Berna. Este aumento en la flexibilidad tuvo la intención de adaptarse a los países en diferentes etapas de desarrollo y países con diferentes sistemas económicos y sociales. Al igual que la Convención de Berna, la Convención Universal sobre Derecho de Autor incorpora el principio del trato nacional y prohíbe cualquier discriminación contra autores extranjeros, pero contiene un número menor de requisitos para los países miembros.

La **CUDA** ha disminuido en importancia ya que la mayoría de los países son actualmente integrantes de la Convención de Berna o de la WTO (World Trade Organization=Organización Mundial del Comercio) o de ambas. Las obligaciones de derecho de autor de los integrantes de la OMC⁷ están administradas por el Acuerdo sobre Aspectos Comerciales de los Derechos de la Propiedad Intelectual: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) que se tratará a continuación. (Conocido este en español como ADPIC: Aspectos

4 http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html

5 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Berne_Convention

6 http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15241&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

7 <http://www.wto.org/indexsp.htm>

de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)

Se puede verificar qué países son miembros de la CUDA en el link que se encuentra al pie de página.⁸ Si desea información adicional sobre la CUDA, consulte los textos en los sitios Web que se indican aquí.^{9 10}

4.4.3 La Convención de Roma (1961)

(Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión)¹¹

En 1961, la tecnología había progresado de forma significativa desde que se firmó la Convención de Berna. Algunas invenciones, tales como los grabadores de cinta, facilitaban la copia de trabajos grabados. La Convención de Berna únicamente se aplicaba a trabajos impresos y por lo tanto no ayudaba a los titulares de derecho de autor a defenderse contra las nuevas tecnologías.

Para tratar la necesidad de una legislación más firme para los fonogramas (trabajos grabados), la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Protección de Artistas, Productores de Fonogramas y Organizaciones de Transmisión) fue firmada por los integrantes de la OMPI (WIPO), el 26 de octubre de 1961. Se extendió la protección de derecho de autor, a creadores y productores de las diversas formas de realización física y particulares de ese trabajo. Estas "fijaciones" incluyen medios tales como los casetes de audio, CD y DVD.

8 http://portal.unesco.org/culture/en/files/7816/11642786761conv_71_e.pdf/conv_71_e.pdf

9 <http://archive.ifla.org/documents/infopol/copyright/ucc.txt>

10 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Examination_of_the_UCC

11 <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/index.html>

La Convención de Roma exige que sus países miembros otorguen protección a los trabajos a intérpretes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Sin embargo, también permite a los países miembros crear excepciones para esa protección – por ejemplo, permitir usos no autorizados de una grabación con fines de enseñanza o investigación científica.

Un total de 91 países firmaron la Convención de Roma.¹² La adhesión a la Convención de Roma está abierta únicamente a los países que ya integran la Convención de Berna o la Convención Universal sobre Derecho de Autor (de Derecho de Autor Universal). Al igual que muchos tratados internacionales, la adhesión a la Convención de Roma presenta un efecto incierto en la legislación nacional.

Los países miembros de la convención pueden “reservar” sus derechos en relación a ciertas disposiciones del tratado. En la práctica, esto ha permitido a los países evitar la aplicación de normativas que requerirían importantes cambios en su legislación nacional.

Para mayor información sobre la Convención de Roma, acceder a los vínculos indicados al pie de página.^{13 14}

4.4.4 Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

La manera como los titulares de derecho de autor reproducen, distribuyen y comercializan sus trabajos ha variado en la era digital.

Las grabaciones sonoras, artículos, fotografías y libros se conservan normalmente en formato electrónico, circulan vía Internet y se compilan en bases de datos. Lamentablemente, la misma tecnología que permite un almacenamiento y

12 http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17

13 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/trtdocs_wo024.html

14 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Rome_Convention_provisions

distribución más eficiente, también ha facilitado la copia generalizada de trabajos con derechos de autor.

Preocupados sobre los efectos de estas nuevas tecnologías los gobiernos de países desarrollados recomendaron y finalmente aseguraron dos tratados: El tratado de Derecho de Autor de la OMPI y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WIPO y el Tratado de Ejecución y Fonogramas WIPO.)

El Tratado de Derecho de Autor de la OMPI es un acuerdo especial bajo la Convención de Berna que entró en vigor el 6 de marzo, 2002. Es el primer tratado internacional que exige que los países proporcionen protección de derecho de autor para programas de computación y bases de datos (compilaciones de datos u otros materiales).

El tratado (WCT) también exige a sus miembros la prohibición de que se eludan las tecnologías impuestas por los titulares de derechos para evitar el copiado y distribución de sus trabajos. Estas tecnologías incluyen la codificación o la "información de administración de derechos" (datos que identifican trabajos o sus autores y que son necesarios para la administración de sus derechos).

En la actualidad, 89 países son miembros de la OMPI¹⁵. Para mayor información sobre WCT, puede acceder a los vínculos que se indican al pie de página.^{16 17}

15 http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16

16 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html

17 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Examination_of_the_WCT

4.4.5 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas¹⁸ (WIPO Performances and Phonograms Treaty=WPPT).

Este Tratado fue firmado por los estados integrantes (WIPO) el 20 de diciembre de 1996. El WPPT amplía los derechos de la propiedad intelectual de artistas y de productores de **fonogramas**. Los fonogramas incluyen discos de vinilo, cintas, discos compactos, cintas digitales de audio, MP3 y otros medios empleados para el almacenamiento de registros sonoros.

El WPPT otorga a los artistas derechos económicos en sus interpretaciones que han sido grabadas en fonogramas.

También otorga derechos morales a los artistas por sus presentaciones. Por el contrario, a los productores de fonogramas se les otorga derechos económicos únicamente.

89 países forman parte del WPPT.¹⁹

Se incluye más información sobre WPPT en los vínculos al pie de página.^{20 21}

4.4.6 Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o TRIPS=The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)

El TRIPS es un acuerdo internacional administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), en inglés, World Trade Organization (WTO). Se incluye un mapa de los integrantes actuales de WTO.²²

18 <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>

19 http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=20

20 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html

21 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Examination_of_the_WPPT

22 http://en.wikipedia.org/wiki/World_Trade_Organization_accession_and_membership

El acuerdo TRIPS fue negociado y concluido en 1994 y establece normativas mínimas para muchas formas de protección de la propiedad intelectual en países integrantes de la WTO, incluyendo el derecho de autor.

Las disposiciones sustantivas de TRIPS no difieren mucho de la Convención de Berna. La principal diferencia es que TRIPS exige a los países miembros que otorguen protección de derecho de autor a los programas de computación y compilaciones de datos. Sin embargo, TRIPS no requiere la protección de derechos morales de los autores, que la Convención de Berna exige.

Las innovaciones más importantes de TRIPS se refieren a las soluciones que exige. Contrariamente a la Convención de Berna, TRIPS requiere que los países miembros estipulen sanciones efectivas cuando se infringen los derechos de autor. Además, crea un mecanismo de resolución de controversias por el cual los países miembros de WTO pueden obligar a otros participantes a cumplir con las obligaciones del tratado. Se dice a veces que, contrariamente a la Convención de Berna, TRIPS tiene "dientes".

TRIPS permite cierta flexibilidad en su implementación. Esta flexibilidad está pensada para permitir que las naciones en desarrollo equilibren la incorporación de los principios generales de TRIPS con los problemas del desarrollo. Se pueden estudiar información adicional sobre la flexibilidad de TRIPS para las naciones en desarrollo en el vínculo que aparece a pie de página.²³ El texto del Acuerdo TRIPS también está disponible.²⁴

23 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Information_concerning_the_flexibilities

24 http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm0_s.htm

4.4.7 El Acuerdo propuesto contra la Falsificación Comercial (ACTA)

Los seis tratados multilaterales que se describieron anteriormente se fusionarán muy pronto a través de un séptimo. En octubre del 2007, Los EE.UU., la Comunidad Europea, Suiza y Japón, simultáneamente, anunciaron que negociarían un nuevo tratado de cumplimiento de la propiedad intelectual, el Acuerdo contra la Falsificación Comercial (ACTA). Australia, la República de Corea, Nueva Zelanda y México se han unido a las negociaciones.

Hubo varias rondas de negociación. Los participantes han declarado públicamente que esperan finalizarlas en el 2010.

Entre otros temas, ACTA incluirá disposiciones para hacer frente a la "distribución por Internet y a la tecnología de la información", tales como autorizar a funcionarios para la búsqueda de música descargada ilegalmente en dispositivos de uso personal en los aeropuertos, u obligar a los Proveedores de Servicios de Internet a proporcionar información sobre posibles infractores de derechos de autor, sin autorización legal.

4.5 Acuerdos Regionales

Los acuerdos multilaterales que se describieron anteriormente, incluyen las disposiciones que limitan en cada país la libertad de determinar su propia legislación sobre derecho de autor. Pero algunos países también pertenecen a organizaciones regionales que tienen el poder de influir en las leyes sobre derechos de autor de sus integrantes.

La más importante de esas organizaciones regionales es la **Unión Europea (UE)**. Directiva de la Unión Europea so-

bre derecho de autor (o EUCD, del inglés, *European Union Copyright Directive*)²⁵

Un mapa que muestra los miembros actuales de la UE, así como los candidatos para ser admitidos, se encuentra en el siguiente vínculo.²⁶

Desde 1991, la UE adoptó varias directivas relacionadas con la legislación de derechos de autor. (Una directiva obliga a los países miembros a legislar en conformidad con sus requerimientos a partir de una fecha específica, pero deja librada a la discreción de cada país cierta flexibilidad para lograr ese objetivo).

Por ejemplo, la Directiva de Programas de Computación exige a los países miembros otorgar protección de derecho de autor a los autores de programas (software), sin considerar el nivel de creatividad que tienen esos programas.

La Directiva de Derechos de Alquiler²⁷ exige a los países miembros a que autoricen o prohíban el alquiler y préstamo de originales y copias de trabajos con derechos de autor...” (Los antecedentes de esta innovación y su significación para los bibliotecarios se discutirán en otro módulo). La Directiva de Extensión de Derechos de Autor,²⁸ requiere que los países integrantes extiendan la protección del derecho de autor a toda la vida del autor, más 70 años (20 años más que el plazo requerido por la Convención de Berna).

La polémica Directiva de la Sociedad de Información,²⁹ llamada también la Directiva del Derecho de Autor, fue adoptada en el 2001 para implementar el WCT, mencionado anteriormente. Las disposiciones principales de la Directiva de la Sociedad de la Información se discutirán en módulos

25 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/consleg/2001/L/02001L0029-20010622-es.pdf>

26 http://www.ezilon.com/european_maps.htm

27 http://en.wikipedia.org/wiki/Rental_Directive

28 http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Duration_Directive_%2893/98/EEC%29

29 http://en.wikipedia.org/wiki/Directive_on_the_harmonisation_of_certain_aspects_of_copyright_and_related_rights_in_the_information_society

siguientes. Y la Directiva de Reventa de Derechos ³⁰ obliga a los estados miembros a otorgar a los creadores de trabajos originales de arte, un derecho a remuneración cuando esos trabajos son revendidos.

Igualmente importante para muchos países africanos es el Acuerdo Bengui revisado, efectuado en 1999 y que entró en vigor en el 2002) que rige a los países miembros de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual, OAPI. (Benin, Burkina Faso, Camerún, África Central, Congo, Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Mauritania, Nigeria, Senegal, Chad y Togo).

Los artículos 8 y 10 del Anexo VII del Acuerdo especifican una lista especial de derechos morales (que reflejan su origen en la legislación francesa de derechos de autor), mientras que el Artículo 9 enumera una lista similar de derechos económicos, incluido el derecho de alquiler. Los artículos 11 a 21 extraen de esos derechos una larga lista de excepciones y limitaciones (que se comentarán en los Módulos 4 y 5).

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) entre Canadá, EE.UU. y México en 1994, limita la libertad de esos tres países para definir sus leyes de propiedad intelectual. Sin embargo, con respecto a la legislación de derecho de autor, en particular, NAFTA se corresponde con el Tratado TRIPS, presentado anteriormente, y de esta forma tiene poca significación independiente. ³¹

Otras organizaciones regionales que podrían influir en los sistemas de derecho de autor de sus países miembros, pero que no lo han hecho todavía, incluyen La Comunidad Andina ³² (**Bolivia, Colombia, Ecuador, y Perú**), el Mercosur ³³ (**Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay**, y probablemente pronto **Venezuela**), y la Organización Africana de la Propie-

30 http://en.wikipedia.org/wiki/Resale_Rights_Directive

31 En el mundo hispanoparlante, este tratado se conoce también como Tratado de Libre Comercio (TLC).

32 <http://www.comunidadandina.org/index.aspx>

33 <http://www.mercosur.int/msweb/Portal%20Intermediario/>

dad Intelectual Regional (African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) (**Botswana, Gambia, Ghana, Kenia, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, Sierra Leona, Somalia, Sudan, Swazilanda, Tanzania, Uganda, Zambia, y Zimbabwe**).

4.6 Acuerdos de Libre Comercio y Tratados de Inversión Bilaterales

Los tratados multilaterales como el TRIPS pueden proporcionar una fuerte protección global para los titulares de derecho de autor porque establecen una normativa mínima de protección de derechos de autor asociadas a un gran número de países. Sin embargo, los titulares de derechos de autor a veces tratan de obtener protecciones mayores a través de tratados bilaterales entre países u organizaciones de países. Los tratados bilaterales sobre legislación de derecho de autor generalmente refieren a temas específicos entre las dos partes. Tales acuerdos son conocidos como **acuerdos de libre comercio (FTA)** o **Tratados de Inversión Bilateral (BIT)**.

Estos tratados, generalmente reducen la flexibilidad a la que tiene acceso un país en vías de desarrollo a través del TRIPS o impone normas más severas para la protección de derechos de autor. Por ejemplo, el gobierno de EE.UU. incluyó obligaciones anti-elusión en sus tratados bilaterales con Jordania, Singapur, Chile, Marruecos, Bahrain y Omán.

De igual forma, la Unión Europea ha negociado recientemente tratados de libre comercio con países en vías de desarrollo que limitan significativamente la libertad de estos países para ajustar sus legislaciones de derecho de autor.

Los acuerdos de libre comercio y los tratados de inversión bilateral son muy polémicos. Muchos eruditos y representantes de países en vías de desarrollo los consideran como abusivos del poder de los países desarrollados.

Los que se oponen a los acuerdos de libre comercio y tratados de inversión bilateral propuestos, a veces han podido evitar su adopción o la modificación de los mismos.

Encontrará más información sobre acuerdos de libre comercio en el vínculo siguiente.³⁴

4.7 La Prueba de los Tres Pasos

La mayoría de los acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales utilizan un instrumento que se conoce como la “prueba de los tres pasos” para definir la libertad que tienen los países miembros para crear “excepciones y limitaciones” a los derechos de autor. Esta prueba fue inicialmente creada en la revisión de la Convención de Berna de 1967 y establece que:

*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras [a] en determinados casos especiales, con tal que [b] esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra [c] ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*³⁵

La mayoría de los acuerdos internacionales sobre derecho de autor han incorporado, desde esa fecha, versiones de esta prueba. Por ejemplo, las versiones de esta prueba pueden encontrarse en los Acuerdos TRIPS (Artículo 13), el WCT (Artículo 10), en varias directivas de derecho de autor de la Unión Europea, y en varios acuerdos bilaterales.

En realidad, las pruebas de los tres pasos pueden encontrarse actualmente en la legislación nacional de muchos países, incluidos Francia, Portugal, China y Australia. Aún cuando la legislación nacional no incorpore explícitamente la

³⁴ http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Information_on_FTAs

³⁵ Art. 9 convenio de Berna: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trt-docs_wo001.html#P91_12057

prueba, los jueces a veces se basan en ella cuando redactan y aplican la legislación de sus países.

La cobertura de las diferentes versiones de la prueba varía. Por ejemplo, mientras en la Convención de Berna la prueba de los tres pasos se aplica a excepciones y limitaciones de los derechos de reproducción, la prueba de los tres pasos incluida en el Artículo 13 del Acuerdo TRIPS se aplica a las excepciones y limitaciones de cualquiera de los "derechos exclusivos" asociados con los derechos de autor. Además, el lenguaje empleado en las diferentes versiones varía.

Por ejemplo, mientras el tercer paso de la prueba de la Convención de Berna (citada anteriormente) requiere que una excepción o limitación "no perjudique excesivamente los intereses legítimos del autor", el tercer paso de la prueba de TRIPS requiere que una excepción o limitación "no perjudique excesivamente los intereses legítimos del titular de los derechos" – un cambio que desvía la atención de los intereses del creador hacia los intereses económicos de las compañías que adquieren los derechos de autor de sus creadores originales.

Considerando el predominio de la prueba de los tres pasos y el extenso período de tiempo desde su creación, se podría suponer que el significado de la prueba es claro, pero no es así.

La versión de la prueba incluida en la Convención de Berna nunca ha sido interpretada oficialmente. La versión del Artículo 13 del Tratado TRIPS únicamente fue interpretada una vez por un panel de resolución de controversias, y no queda claro hasta qué punto esa interpretación debería controlar a otros países en el futuro. Y los tribunales en los distintos países europeos han interpretado la prueba en forma inconsistente en casos de idéntico funcionamiento.

Considerando esta incertidumbre, no existe acuerdo sobre el nivel de restricción que realmente tiene la prueba de los tres pasos. Por un lado, algunos reivindican que la doc-

trina del uso justo de EE.UU. (que se discutirá en el Módulo 4) contraviene la prueba, y por lo tanto, EE.UU. debería derogar la doctrina del uso justo y que no es conveniente que los países en vías de desarrollo adopten normativas similares. Como William Patry demostró,³⁶ esta interpretación no tiene fundamentación, tal como quedó demostrado más claramente por el fracaso de cualquiera de los países involucrados - en la negociación del Acuerdo TRIPS o la adhesión de EE.UU. a la Convención de Berna - al objetar la doctrina de uso justo en EE.UU.

En el otro extremo, un grupo de eruditos prominentes e influyentes en el tema de derechos de autor, propuso una equilibrada interpretación de la prueba de los tres pasos en la ley de derecho de autor.³⁷

Argumentaron que una excepción o limitación que no satisface uno de los tres pasos, no necesariamente debería considerarse que contraviene la prueba. Más bien, los tres componentes de la prueba deberían ser considerados en conjunto en una "evaluación comprensiva total" que tenga en cuenta las amenazas que los niveles excesivos de protección de derecho de autor plantean a "los derechos humanos y las libertades fundamentales", "los intereses en la competencia", y "otros intereses públicos, especialmente en lo referente al desarrollo del progreso científico, cultural, social y económico." - además de los intereses importantes de los titulares de derecho de autor en justa compensación.

Esta propuesta tiene dos puntos fuertes. El primero, se ajusta al propósito subyacente del sistema de derecho de autor en su totalidad, el cual, como hemos visto, busca equilibrar los intereses del creador con los intereses de la sociedad en general, al maximizar el acceso a las ideas y a la información.

36 <http://williampatry.blogspot.com/2008/04/fair-use-three-step-test-and-european.html>

37 <http://www.ip.mpg.de/de/pub/aktuelles/declaration-threestepstest.cfm>

El segundo, deriva apoyo a partir de la referencia en todas las versiones de la prueba a los intereses “legítimos” de autores o titulares de derechos. Sin embargo, tiene una debilidad: prácticamente todas las cortes y tribunales que han considerado la prueba hasta la fecha, concluyeron que los tres “pasos” deben ser cumplidos.

Otra interpretación que no sufre por esta debilidad sino que preserva las fortalezas de la “Interpretación Equilibrada” propuesta, la ofrecieron los Profesores Hugenholtz y Okediji:³⁸ “Las limitaciones y excepciones que (1) no son excesivamente amplias, (2) no sustraen a los titulares de derecho una fuente real o potencial de ingresos económicos esenciales, y (3) no provocan daño desproporcionado a los titulares de derechos, pasan la prueba”.

Esta propuesta se basa en una discusión larga y detallada de la evolución de la prueba de los tres pasos y merece una consideración especial.

De esta situación puede derivarse una importante lección. El significado de leyes de derecho de autor de todo tipo, incluyendo los acuerdos de derechos de autor internacionales, es generalmente menos claro de lo que parece al principio. Muchas normativas no han sido todavía interpretadas con autoridad

Esto genera oportunidades para que bibliotecarios y otros representantes de los países en vías de desarrollo argumenten y tomen medidas a favor de interpretaciones que les ofrezcan más libertad cuando redactan sus propias leyes. En los módulos siguientes, analizaremos varias de estas oportunidades.

38 <http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf>

4.8 Perspectivas para los Países en vías de Desarrollo

Los Beneficios e Inconvenientes de la Legislación sobre Derecho de Autor para los Países en vías de Desarrollo.

Algunos observadores creen que los gobiernos deberían mejorar y armonizar la legislación sobre derechos de autor de una forma global, porque esto promueve las artes y premia a los creadores.

Se argumenta que el otorgamiento de un derecho exclusivo en la expresión creativa proporciona un incentivo necesario para los titulares de derecho de autor para que inviertan en la creación y distribución de trabajos expresivos. Esto estimula la expresión cultural y beneficia a los ciudadanos. La supresión de la competencia proveniente de “piratas”, consideran, es necesaria para permitir que prosperen las industrias creativas locales.

Sin embargo, otros objetan que la implementación de la misma ley de derecho de autor en todos los países generaría un efecto desproporcionado y negativo en los países en vías de desarrollo. La mayoría de las naciones desarrolladas tienen poderosas y lucrativas industrias de entretenimiento, educativas y de investigación que exportan trabajos con derechos de autor, y de esa forma se benefician de la sólida legislación sobre derecho de autor.

Los países en vías de desarrollo, por otra parte, generalmente importan trabajos que tienen derechos de autor. Por lo tanto, se argumenta, los residentes en países en vías de desarrollo tienen que pagar más regalías y tarifas como resultado de la protección de derecho de autor mejorada. También se considera que la legislación restrictiva sobre derechos de autor evita que muchos gobiernos dediquen su esfuerzo a necesidades sociales importantes – tales como proporcionar una buena educación a sus ciudadanos – porque la información necesaria está restringida por la ley.

El último grupo de consideraciones ha generado en países en vías de desarrollo, el crecimiento de grupos que resisten la imposición de normas mínimas de protección de derecho de autor, establecidas por el Acuerdo TRIP y las más severas impuestas por los acuerdos de libre comercio para los países en vías de desarrollo. Requieren un mejor equilibrio entre, por una parte, el proporcionar incentivos a los creadores y recompensar su actividad creadora y, por otra parte, promocionar el acceso al conocimiento y la investigación, para estimular el crecimiento económico y promover la innovación en los países en vías de desarrollo.

La Agenda de Desarrollo OMPI (WIPO)

La **OMC** (WTO) firmó un acuerdo con **OMPI (WIPO)** para aconsejar a los países en vías de desarrollo sobre la implementación de TRIPS. Algunos, en estos países, consideran que el consejo proporcionado por **OMPI** está demasiado sesgado a favor de los intereses de los titulares de derechos de autor. En el 2004, Brasil y Argentina elevaron a la Asamblea General de la OMPI, una propuesta de "agenda para el desarrollo". La propuesta³⁹ solicitaba a la OMPI que prestara mayor atención al impacto que la protección de la propiedad intelectual tenía en el desarrollo social y económico, la necesidad de salvaguardar la flexibilidad diseñada para proteger los intereses públicos, y la importancia de promover la cooperación y asistencia técnica "orientada al desarrollo".

Se elevaron propuestas adicionales en apoyo a la Agenda de Desarrollo de la OMPI a través de otros países y organizaciones que la integraban, tales como las de Chile, el Grupo de Amigos del Desarrollo y el Grupo de África.

La iniciativa logró progresos considerables. La Asamblea General de la OMPI del 2004 acordó mantener una serie de encuentros intergubernamentales para examinar las pro-

39 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_31/wo_ga_31_11.pdf

puestas de una agenda ampliada. Se aprobaron importantes propuestas de reformas (a los efectos de establecer una agenda para el desarrollo) durante la Asamblea General de la OMPI (Wipo) del 2007. La actual Agenda para el Desarrollo contiene 45 recomendaciones para que la Asamblea General las considere.⁴⁰

Las organizaciones que representan a bibliotecarios han tenido una voz importante en las negociaciones de la Agenda. Las declaraciones conjuntas de la International Federation of Library Associations (IFLA), la Library Copyright Alliance (LCA), y la Electronic Information for Libraries (EIFL) pueden leerse en el siguiente vínculo.⁴¹

El Tratado de la Propuesta de Acceso al Conocimiento (A2K)

La propuesta de Argentina-Brasil para la agenda de desarrollo inspiró un debate sobre si la OMPI debería trabajar para asegurar una transferencia tecnológica efectiva desde los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo. Organizaciones no gubernamentales, académicas e investigadores compartieron la preocupación expresada por los países en vías de desarrollo en el sentido que algunos sistemas de derecho de autor estaban impidiendo la innovación y creaban desventajas para estos países. Esta reacción hacia las políticas actuales de la OMPI, tomó la forma de un movimiento que pregonaba la igualdad entre los ciudadanos de los países desarrollados y en vías de desarrollo en lo referente al acceso al conocimiento, y se conoció como el "acceso al conocimiento o el movimiento **"A2K"**".⁴²

Las organizaciones de bibliotecarios, tales como la eIFL, fueron las pioneras en la defensa de un "derecho al conoci-

40 <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/recommendations.html>

41 <http://www.eifl.net/development-agenda-wipo>

42 En inglés: Access to Knowledge

miento” y requirieron de la IMPO que estableciera excepciones y limitaciones mínimas para la protección de derechos de autor.

Una consecuencia de la acción del movimiento fue la propuesta de un tratado de Naciones Unidas.⁴³ Este tratado está dirigido a “proteger y mejorar el acceso al conocimiento y facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en vías de desarrollo”. Incluye una lista de circunstancias en las cuales los titulares de derechos de autor podrían no evitar el uso libre de sus contenidos, incluyendo:

- el uso de trabajos para propósitos de preservación en bibliotecas y archivos, o migrar los contenidos a un nuevo formato.
- Los esfuerzos de bibliotecas, archivos o instituciones educativas para realizar copias de trabajos que no están dirigidas a la explotación comercial, para propósitos de preservación, educación o investigación.
- El uso de extractos, selecciones y citas de trabajos protegidos por derechos de autor para explicar e ilustrar en relación con la enseñanza sin fines de lucro.
- El uso de trabajos con derechos de autor por parte de instituciones educativas como materiales primarios de instrucción, en el caso de que no se tuviera acceso a esos materiales protegidos a precios razonables.

Además, el tratado propuesto establecería una **Doctrina de la Primera Venta** para **Uso en Bibliotecas**, declarando que “un trabajo que ha sido legalmente adquirido por una biblioteca puede ofrecerse en préstamo a otros, sin tener que pagar una tarifa de transacción adicional por parte de la biblioteca”.

Finalmente, el tratado A2K introduce disposiciones para apoyar la educación a distancia, así como para resolver sobre derechos de personas con discapacidades.

43 http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf

Las bibliotecas y usuarios no son los únicos que se pueden beneficiar del tratado A2K. La propuesta incluye normativas que protegen a los **Proveedores de Servicios de Internet** de responsabilidades referidas a derechos de autor y también atenúa las estrictas prohibiciones sobre la elusión de encriptación (codificación) que aparece en varios tratados internacionales sobre derechos de autor. En el tratado propuesto, los trabajos **que no son originales** y las obras **huérfanas** (es decir, las que sus titulares de derechos de autor no se pueden identificar después de una búsqueda razonable), quedarían dentro del **dominio público**.

El tratado también garantizaría el acceso a los trabajos de investigación realizados con fondos públicos, trabajos gubernamentales, y archivos de difusión pública. Finalmente, la propuesta del tratado A2K también incluye estipulaciones sobre protección de patente, prácticas anti-competitivas y la transferencia de tecnología hacia los países en vías de desarrollo.

4.9 De regreso al estudio de caso

Para aconsejar a Ángela, Nadia repasará las listas de los países miembros incluidos en todos los acuerdos internacionales presentados en esta lección, para comprobar si su país integra cualquiera de esos acuerdos. A continuación repasará los términos de cualquier acuerdo aplicable para determinar si existe la extensión de los derechos a docentes y estudiantes para usar material protegido sin permiso. Esa indagación probablemente requerirá que Nadia considere cuáles de las variadas interpretaciones de la prueba de los tres pasos es más razonable, y hasta qué punto la prueba limita la libertad de un país para reconocer excepciones y limitaciones para propósitos educativos.

Ese análisis será complicado y requerirá consultas con colegas bibliotecarios.

4.10 Recursos adicionales

Un tratamiento profundo de la legislación internacional de los derechos de autor puede encontrarse en Paul Edward Geller, ed., *International Copyright Law and Practice* (2 volúmenes, Matthew Bender), aunque la cobertura de los países en vías de desarrollo y en transición es escasa. También es prohibitivamente costoso.⁴⁴

Otros tratados útiles e impresos incluyen los siguientes: Paul Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (Oxford University Press) and Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy* (Oxford University Press 2008).⁴⁵

Un compendio excelente sobre las leyes del derecho de autor en más de 100 países ha sido recopilado por UNESCO.⁴⁶

Como se indicó anteriormente, un componente especialmente importante de la mayoría de los acuerdos internacionales sobre derecho de autor es la prueba de los tres pasos. El examen más completo y accesible de la historia y el significado de esa prueba puede encontrarse en: P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright: Final Report, March 06, 2008*.⁴⁷

Otro buen análisis de la prueba de los tres pasos disponible en formato impreso pero no "on line", incluye los siguientes: Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test* (Kluwer Law Int'l 2004); and Jane C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Ex-

44 <http://www.lexisnexis.com/store/catalog/booktemplate/productdetail.jsp?pageName=relatedProducts&prodId=10440>

45 <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780199207206.do#.UKBnhGfr8dM>

46 http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=14076&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

47 <http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf>

emptions,” 187 *Revue internationale Du Droit D’Auteur* 3, 49 (2001).

Una revisión exhaustiva de las principales excepciones y limitaciones del derecho de autor, reconocidas por los principales acuerdos multilaterales – combinada con un argumento que aclara y amplía esas excepciones y limitaciones, que enfatiza “la importancia del acceso a las obras creativas para los países en vías de desarrollo”, puede encontrarse en:

Ruth L. Okediji, “The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries, International Centre for Trade and Sustainable Development and United Nations Conference on Trade and Development,” Issue Paper No. 15 (2006). Incluye un excelente tratamiento del Apéndice de la Convención de Berna. ⁴⁸

Para un estudio de OMPI más escéptico del valor de esas excepciones y limitaciones, véase: Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el entorno digital, 9ª. Sesión, junio 23-27, 2003. ⁴⁹

Un estudio excelente del proceso de implementación del Acuerdo TRIPS (que incluye una detallada discusión de los procesos complejos que llevaron a la revisión del Acuerdo Bangui entre los países de OAPI) puede encontrarse en:

Carolyn Deere, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries* (Oxford UP 2009). La Introducción, que esquematiza el argumento de la publicación, puede verse en línea en el siguiente vínculo al pie de página.

⁵⁰

48 <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/ruth%202405.pdf>

49 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf

50 http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=1405224

Para una información actualizada referente a la implementación de las Directivas de la Sociedad de Información de la Unión Europea por parte de los países, en forma individual, que incluye una buena bibliografía de estudios ilustrados sobre el proceso de implementación, véase: Instituut voor Infomatierrecht (IVIR), Report on the Implementation of the Information Society Directive (2008).⁵¹

Casos

Las siguientes opiniones y extractos judiciales de decisiones emitidas en resoluciones de procedimientos de disputas WTO, exploran y aplican algunos de los principios presentados en este módulo:

Joined Cases C-92/92 and C-326/92, Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH; Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Another v EMI Electrola GmbH (1993) (Applicability of the EEC Treaty to IP rights)⁵²

Sarah E. Henry, "The First International Challenge to U.S. Copyright Law: What Does the WTO Analysis of 17 U.S.C. § 110(5) Mean to the Future of International Harmonization of Copyright Laws Under the TRIPS Agreement?," 20 Penn State International Law Review 301 (2001). (EU vs. US)⁵³

Jan Bohanes & Adrian Emch, "WTO Panel Report on China IPR: A Mixed Result," China Law & Practice, pp. 19-20, March 2009 (US vs. China)⁵⁴

51 http://www.ivir.nl/files/implementation_2001_29_EC/index_eng.html

52 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0092:EN:HTML>

53 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/Henry%202001.pdf>

54 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1516907

4.11 Colaboradores

Este modulo fue redactado por Petroula Vantsiouri. Fue posteriormente editado por un grupo conformado por Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

5 – El alcance del Derecho de Autor

5.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo discute los distintos tipos de creaciones y actividades que puede o no contemplar la ley de derecho de autor.

5.2 ¿Qué es lo que protege el Derecho de Autor?

La definición de obra literaria o artística.

El derecho de autor regula la realización de copias de trabajos literarios o artísticos. El artículo 2, Sección 1 del Convenio de Berna¹, define “obras literarias y artísticas” como sigue:

“Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.”

1 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P94_12427

Para obtener la protección, un trabajo que se encuentre en esta amplia categoría, debe satisfacer dos requerimientos básicos: originalidad y fijación.

El concepto de originalidad.

Ni la Convención de Berna² ni el acuerdo TRIPS³, exigen expresamente la originalidad de un trabajo para ser protegido por la ley de derecho de autor. Sin embargo, la mayoría de los países solicitan que el trabajo posea algún tipo de originalidad para obtener la protección. Lamentablemente, no existe un estándar mínimo internacional para el concepto de originalidad. Cada país establece el estándar de originalidad que requiere una obra. En algunos países tales como los EE. UU. y Canadá, la originalidad exige únicamente una "concepción independiente" y lo "estrictamente necesario" de creatividad. En otros países tales como Francia, España y países en desarrollo, influenciados por la tradición del derecho civil, la originalidad es definida como la "impronta/sello de la personalidad del autor" en la obra.

En la mayoría de los países, la autoría no necesita ser original, ingeniosa o tener méritos estéticos para satisfacer los requerimientos de originalidad. Por ejemplo, la Corte Suprema de los EE. UU. en *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), definió la originalidad como único requisito que la obra sea creada independientemente por el autor y que posea "como mínimo, un exiguo nivel de creatividad". Según esa Corte, el nivel exigido de creatividad es extremadamente bajo y un trabajo sólo requiere tener una chispa de creatividad, sin importar cuán rudimentario, humilde u obvio parezca.

2 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Module_2:_The_International_Framework#Berne_Convention

3 http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm0_s.htm

Fijación

El Convenio de Berna permite que los países miembros decidan si las obras de autor deben ser o no "fijadas" en algún medio físico. El artículo 2, sección 2 de la Convención establece: *"queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material."*

Muchos países no exigen que para que una obra sea protegida, sea producida en una forma en particular. Por ejemplo España, Francia y Australia no exigen la fijación para la protección del derecho de autor. Los EE. UU. y Canadá por otra parte, requieren que la obra sea "fijada en un medio tangible de expresión" para obtener la protección del derecho de autor. La legislación de los EE. UU. exige que la fijación sea estable y lo suficientemente permanente para ser "percibida, reproducida o comunicada por un período igual o mayor a la duración transitoria". En forma similar, las cortes canadienses exigen que la fijación de la obra se exprese hasta cierta forma, en al menos una forma material, capaz de ser identificada y tener una mayor o menor duración.

La definición de "fijación" en los EE. UU. excluye lo "puramente evanescente o reproducción efímera tales como las proyecciones breves sobre una pantalla, exhibidas electrónicamente en la televisión u otros tubos de rayos catódicos, o capturadas momentáneamente en la memoria de una computadora". Muchas cortes, incluidas aquellas en los EE. UU., han considerado como fijación a los programas de computación que han sido almacenados en un chip de silicona. Los efectos audiovisuales de los juegos de computación son comúnmente considerados fijados ya que su repetitividad los hace "suficientemente permanentes y estables".

Los requerimientos de fijación pueden representar un problema cuando se aplican a representaciones en vivo. Por

ejemplo, la ley de los EE. UU. especifica que una obra debe ser fijada "por, o bajo la autorización del autor". Esta ley produce algunos efectos sorprendentes. Si un coreógrafo contrata a alguien para realizar el video del espectáculo, el coreógrafo no recibiría la protección del derecho de autor porque esa representación no fue fijada bajo su autoría. Los países que otorgan el derecho de autor sin importar la fijación, están exentos de estos problemas.

El acuerdo TRIPS exige que todos los miembros de la OMC protejan las representaciones en vivo. Esto significa que aún los países que exigen la fijación, deben promulgar estatutos para asegurar la protección de representaciones musicales que no tienen fijación. Los EE. UU. sin embargo, promulgaron una prohibición especial prohibiendo la "fijación o transmisión de espectáculos musicales en vivo sin el consentimiento de los intérpretes, y prohibiendo la reproducción de copias o grabaciones sonoras de una ejecución musical en vivo sin autorización para su fijación". Advierta sin embargo que esta provisión se limita a ejecuciones "musicales" y no se aplica a otro tipo de representaciones.

La exclusión de las ideas en la protección del derecho de autor.

Como se discutió en un módulo anterior, el derecho de autor no protege ideas ni hechos. En cambio, la ley de derecho de autor solamente protege la expresión de esas ideas o hechos. El estatuto de derecho de autor de los EE. UU es un ejemplo típico. El mismo dice que en ningún caso la protección del derecho de autor de una obra de autor original se aplicará a una idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio, o descubrimiento, sin importar la forma en la que sea descripta, explicada, ilustrada o plasmada en tal obra. (17 U.S.C. Section 102 (b))

El mismo principio puede encontrarse en los tratados de derecho de autor más importantes. El Convenio de Berna por ejemplo establece que la protección “no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.” Tanto el acuerdo TRIPS como el tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor, establecen que mientras las expresiones son sujetas al derecho de autor, las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos, no lo son.

El excluir hechos e ideas de la protección, ayuda a promover el interés público en la libertad de expresión. Si se extendiera el derecho de autor para proteger las ideas y hechos, inhibiría el debate público al permitir a los titulares de derecho de autor, controlar los usos de los conceptos o la información contenida en sus obras. Tanto la libertad política como el progreso del conocimiento, se resentirían. Además, al excluir de la protección a los hechos y los pilares fundamentales de la información (tales como las noticias del día), asegura que no se menoscaben los procesos básicos de la producción cultural.

En ocasiones, una idea y su expresión pueden no ser fácil de distinguir. Si existe una única forma de expresar una idea en particular, se dice que la idea y la expresión se “**fusionan**”. La “doctrina de fusión”⁴ en el derecho de autor, fue desarrollada para enfrentar tales casos, removiendo del alcance de la protección del derecho de autor, aquellas expresiones que constituyen la única forma de comunicar una idea. ¿Qué sucede en las situaciones donde una idea únicamente puede ser expresada en un número limitado de formas? Las cortes de algunos países tratan esas situaciones, otorgando una limitada protección de derecho de autor a esas expresiones, dicho de otra forma, prohibiendo únicamente copias literales o virtualmente idénticas.

4 “Merger doctrine”

Tener una copia versus tener el Derecho de Autor

La propiedad de una copia física de una obra es distinta a poseer el derecho de autor de la obra. Tan solo porque se posee una copia de un libro, no significa que se es libre de copiarlo.

Normalmente, cuando un creador vende o transfiere una copia de su obra a otra persona, no renuncia al derecho de autor a menos que acuerde expresamente hacerlo. Por lo tanto, el autor de una carta o un correo electrónico, retiene el derecho de autor de su carta aún luego de haberlo enviada al destinatario.

Aún cuando el propietario de una copia material que posee derecho de autor no está autorizado a copiarla sin permiso, él o ella es por lo general libre de venderla o alquilarla a otras personas. La regla que genera este privilegio es conocida como la doctrina de la "primera venta". Como luego veremos, la misma está sujeta a ciertas excepciones que involucran el alquiler comercial de algunos tipos de materiales.

Por lo general, el propietario legítimo de una copia cuya obra posee derecho de autor, es también libre de destruirla y mutilarla. Sin embargo, algunos tratados y sistemas legales nacionales reconocen los "derechos morales" que imponen límites al propietario para actuar de esta manera. El Convenio de Berna, por ejemplo, especifica que: *"Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación."*

5.3 ¿Qué es un autor?

5.3.1 Reglas para el derecho de propiedad: cómo determinar el titular original de los derechos.

La Convención de Berna proporciona a los países miembros una amplia flexibilidad para determinar quién es considerado un autor (y por lo tanto el titular original del derecho de autor) de una obra artística o literaria. El artículo 15(1) de la Convención indica: *"Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor"*.

En la mayoría de los países donde se aplica el **derecho civil**, se estipula que únicamente las "personas" comunes y corrientes califican como autores. La legislación de derecho de autor de España por ejemplo, especifica que serán considerados autores las personas físicas que crean cualquier obra literaria, artística o científica. En forma similar, la legislación de derecho de autor francesa establece que a no ser que se pruebe otra cosa, la autoría pertenecerá a la persona o personas bajo cuyo nombre se divulga la obra. En los países donde se aplica el derecho anglosajón, en contraste, se permite más frecuentemente a las organizaciones (incluyendo las corporaciones), calificar como "autores".

El **autor** por lo general se define como la persona que concibe y da expresión a una idea. Sin embargo, en algunos casos, esta determinación se convierte en algo más complicado. Puede depender en quién asista en la producción de la obra o quién supervisa y dirige el arreglo de los detalles de la

obra. En tales casos, la determinación de autoría dependerá en los hechos del caso específico.

5.3.2 Obras de autores múltiples: Reglas para autoría compartida y colaboradores.

La autoría compartida existe cuando dos o más personas crean una obra protegida por el derecho de autor. El derecho de autor en la mayoría de los países otorga a cada colaborador una participación indivisa del derecho de autor de la obra. El Convenio de Berna reconoce la autoría compartida pero no especifica los requerimientos para la misma, creando significativas variantes entre las naciones.

Algunos países en Europa continental, estipulan que la autoría compartida no requiere que cada autor contribuya a la obra de la misma forma. Sin embargo, exigen que la contribución de cada autor muestre un mínimo de creatividad u originalidad necesarias en la jurisdicción competente, para que amerite la protección del derecho de autor en su justa parte. En aplicación de este enfoque, la corte suprema de Holanda, en la decisión *Kluwer v. Lamoth*, 169 R.I.D.A. 129 (1996), le otorgó a un artesano el status de coautoría por acomodar creativamente un trabajo de bordado y costura para un fotógrafo.

En algunos países, la autoría compartida únicamente surge cuando la contribución de cada autor no puede ser separada y explotada comercialmente en forma independiente de la obra como un todo. Por ejemplo, la legislación japonesa define los trabajos compartidos como obras que "son creadas por dos o más personas en la que la contribución de cada una no puede ser explotada separadamente". Si las obras pueden separarse, por ejemplo cuando un autor contribuye con la música y otro con la letra de una canción, a cada contribución se le otorga un derecho de autor independiente para su contribución. En otros países como los EE. UU., es

necesario que cada uno de los colaboradores consientan que los demás se conviertan en coautores.

En suma, las reglas en este asunto varían considerablemente de país a país. Sin embargo, en todos los países, es posible que dos o más personas puedan compartir el derecho de autor.

5.3.3 Obras derivadas

Las obras derivadas consisten en adaptaciones o modificaciones de obras preexistentes. Ejemplos comunes incluyen versiones resumidas o adaptaciones de novelas al cine. El Convenio de Berna no se refiere explícitamente a las obras derivadas. En su lugar, brinda una lista de ciertos usos de obras protegidas para los cuales los estados miembros deben proporcionar protección en materia de derecho de autor. Específicamente, el Convenio de Berna en el artículo 2, sección 3 consigna: *"Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística."* Esta disposición está incorporada al Acuerdo TRIPS.

Aunque este principio protege tipos específicos de obras derivadas, no especifica cuán diferente debe ser una obra de su original para ameritar la protección del derecho de autor. Como resultado, por lo general no queda clara la originalidad que se requiere para obtener un nuevo derecho de autor. Suponga por ejemplo que un escultor crea un modelo a escala de la famosa obra de Rodin "El pensador" la que por su edad, ha caído en el dominio público. ¿Qué tan diferente debe ser la escultura a escala del original para asegurarse la protección del derecho de autor? Las cortes tienen que lidiar con este asunto y han emitido decisiones inconsistentes.

¿Qué sucede si la obra original utilizada para hacer la obra derivada no ha caído en el dominio público, y el reali-

zador de la obra derivada no logra obtener una licencia del titular de los derechos de la obra original? En algunos países como los EE. UU., una obra derivada no autorizada no obtiene la protección del derecho de autor. En otros países como Francia y Holanda, una obra derivada no autorizada, sí es protegida. Esto no significa que el realizador de la obra derivada es libre de confeccionar y vender copias de su creación. Más bien, significa que otras personas (incluyendo el propietario del derecho de autor en la obra original), debe obtener un permiso del creador de la obra derivada, antes de hacer o distribuir copias de esa obra derivada.

5.3.4 Obras Colectivas y Compilaciones

Las compilaciones son otro ejemplo donde el derecho de autor se obtiene a través del uso y la manipulación de obras existentes. Las compilaciones son obras formadas a través del armado, selección o compaginación de obras preexistentes tales como las que resultan en una obra original de un compilador.

Las obras colectivas representan un tipo especial de compilación donde un número de contribuciones independientes y separadas son ensambladas en una sola obra. Un trabajo colectivo es entonces, una obra de dos o más autores que no tiene suficiente cohesión para calificar como una obra realizada por coautores propiamente dichos. El artículo 2, sección 5 del Convenio de Berna, únicamente requiere la protección de obras colectivas: *"Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones."*

Por otro lado, el artículo 10, sección 2 del Acuerdo TRIPS, requiere que los países miembros de la Organización Mundial

del Comercio, extiendan la protección a todas las compilaciones: *“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos.”*⁵

La última oración de esta disposición debe enfatizarse. A menos que una base de datos sea creada en un país miembro de la Comunidad Económica Europea (la única área donde se ha creado una protección sui generis para las bases de datos), otras personas son libres de extraer y copiar los contenidos de esa base de datos. Lo único que no se puede realizar, es el reproducir la forma original en la que esos contenidos son seleccionados y ordenados.

5.3.5 Empleados y Obras por encargo

Los empleados son por lo general contratados por el empleador para crear una obra artística o literaria. Esta relación a veces confunde la adjudicación de los derechos de autor.

Por defecto, los países donde se aplica el derecho civil, confieren la autoría y los derechos que esto conlleva, a los empleados, no a los empleadores. Este enfoque exige que el contrato de los empleadores con los empleados, exija los derechos de autor de sus obras. Por ejemplo, en el Código de la Propiedad Intelectual de Francia, se estipula que el derecho de autor se confiere al autor de la obra y no a su empleador. Hay una excepción en el código francés para algunas categorías de obras tales como el software, donde los derechos se asignan inmediatamente al empleador. Por otro lado, en algunos países donde se practica el derecho civil, in-

5 http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04_s.htm

cluyendo a Alemania, automáticamente se asigna el derecho de autor del empleado al empleador.

En los países donde existe el derecho común, tales como los EE. UU., Canadá y el Reino Unido, por defecto se otorga el derecho de autor de la invención de un empleado a su empleador. Por ejemplo, la legislación sobre derecho de autor de Canadá establece que si una obra es creada en el ámbito del trabajo, la persona que otorgó el empleo, será el primer titular del derecho de autor en caso de no existir otro acuerdo entre las partes. Bajo el derecho de autor británico, lo que se conoce como: Designs and Patents Act of 1988, si se confecciona una obra protegida por el derecho de autor en el transcurso de ese empleo, el derecho de autor es automáticamente otorgado al empleador como "obra por encargo". Los EE. UU. tienen una norma similar, pero también manifiestan que una obra puede convertirse en un "obra por encargo" aún si es creada por un contratista independiente (en lugar de un empleado que actúa dentro del ámbito de su trabajo), en tanto que la obra a) caiga dentro de una lista limitada de tipos de trabajos elegibles y b) que las partes acuerden por escrito que será clasificada como obra por encargo.

5.3.6 Funcionarios públicos, investigadores y académicos

En algunos países, los miembros de escuelas universitarias y facultades, han sido exceptuados de la doctrina de "**obra por encargo**".

En algunos países, las obras realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, también son excluidas de la doctrina "obra por encargo", porque se les niega la protección del derecho de autor. En otros países, esto no es así. Por ejemplo, el derecho de autor en la República Checa contiene una presunción que una obra creada por un funcionario público es una obra por encargo, y el derecho de autor y la autoría se otorgan al empleador.

5.4 La relación entre la violación del Derecho de Autor y otras actividades no autorizadas

La violación del derecho de autor es el uso no autorizado de una obra protegida por el derecho de autor de forma que viola los derechos exclusivos del titular de los derechos y no cae en algunas de las excepciones o limitaciones impuestas al titular del derecho. Se examinarán esos derechos y limitaciones en detalle, en el módulo: "Derechos, Excepciones y Limitaciones". Debe enfatizarse que la violación del derecho de autor cubre únicamente un conjunto de situaciones en las que las obras protegidas pueden utilizarse sin permiso.

Algunos usos de las obras protegidas no infringen el derecho de autor pero pueden violar otras reglas legales. Otros usos pueden violar reglas que no son legales. Aún otros casos pueden comprender usos lícitos que tienen aprobación social. Explicaremos algunos de ellos en el módulo "Aplicación de las normas".

"Plagio" es el uso de ideas o palabras de otra persona sin citar adecuadamente la fuente. Esto se encuentra totalmente separado de la ley de derecho de autor. El plagio no es una violación de normas legales sino de normas sociales. Las sanciones comunes para el plagio son la expulsión o la suspensión de la institución, el despido de un trabajo y la desaprobación social.

Las costumbres y actitudes en lo que concierne al plagio, varían de alguna forma en cada país. Por ejemplo, se encontró que una joven novelista alemana copió sin permiso y sin citar la fuente, importantes pasajes de otras novelas. Ella⁶ fue tratada con mayor benevolencia que un autor estadounidense que tuvo un comportamiento similar⁷. Las actitudes frente al plagio varían incluso entre las disciplinas

6 http://www.nytimes.com/2010/02/12/world/europe/12germany.html?_r=2

7 http://www.nytimes.com/2006/04/28/books/28author.html?_r=1

académicas. Por ejemplo, la definición de plagio adoptada por la American Historical Association⁸ no es exactamente la misma que el estándar adoptado por la Modern Language Association.⁹ Finalmente, el plagio realizado por ejecutivos corporativos es por lo general tratado en forma mucho más grave que el plagio de los novelistas, académicos y periodistas.¹⁰

La **"Piratería"** no tiene una definición estricta dentro (o fuera) del derecho de autor. En años recientes, el término se ha convertido en una forma corriente de algunos, para referirse a grabaciones de audio y video reproducidas sin autorización y sin justificación. Sin embargo, las leyes de derecho de autor no hacen referencia a "piratería". Desde que el vocablo se asocia con la violencia que acompaña la toma de naves en alta mar, muchos argumentan que el término es engañoso cuando se utiliza en conexión con los usos de obras de creación en forma no autorizada.

La **"Falsificación"** se define de varias maneras. Por lo general, el término hace referencia a la creación o distribución de imitaciones de obras originales con la intención de engañar al público sobre su autenticidad. La falsificación en este sentido, está gobernada principalmente por el derecho de marcas y la ley de competencia desleal, y no por la legislación de derecho de autor. Sin embargo, el ACTA (Acuerdo Comercial contra la Falsificación), requerirá cuando finalicen las negociaciones, que los países miembros amplíen la cobertura del derecho de autor en esta área.

8 <http://www.historians.org/pubs/free/professionalstandards.cfm#Plagiarism>

9 Este link se encuentra roto al momento de salir la traducción.

10 http://www.nytimes.com/2006/05/03/business/media/03leonhardt.html?_r=2

5.5 Duración del Derecho de Autor

La Convención de Berna exige para todos los trabajos, un plazo de protección del derecho de autor por el término de la vida del autor más 50 años adicionales luego de su muerte, exceptuando las fotografías y las producciones cinematográficas. Los países miembros son libres sin embargo de adoptar plazos más extensos sujetos a una limitación: *"En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra."* (Artículo 7, sec. 8).

Muchos países han ejercido la discreción dispuesta en la Convención de Berna. El resultado es que la duración varía substancialmente de país a país, creando un complejo mosaico internacional donde las duraciones del derecho de autor están determinadas por la categoría de la obra, la naturaleza de la autoría, y la fecha de creación o publicación de la obra.

La República Checa y Holanda por ejemplo, otorgan la protección del derecho de autor durante la vida del autor más 70 años para las obras literarias en general, pero para su duración, toman en cuenta la muerte del coautor más longevo (más los 70 años adicionales), en obras de autoría compartida. Esta interpretación es aparentemente simple porque se aplica únicamente a obras creadas durante y después del 7 de abril 2000 y 29 de diciembre 1995 respectivamente. Las obras creadas antes de esas fechas están sujetas a diferentes y más complejos términos en la duración del derecho de autor.

En forma similar, la mayoría de los trabajos artísticos y literarios están sujetos a una duración mínima del derecho de autor durante su vida más 50 años bajo el Acuerdo TRIPS. En contraste, TRIPS únicamente estipula que el derecho de

autor para las grabaciones sonoras se reconozca por un mínimo de 50 años luego de su fijación. Así, por ejemplo, el plazo de protección para una grabación sonora en los EE. UU. se aplica durante la vida del autor más 70 años para las obras fijadas durante o luego del 1 de enero 1978. En Australia, la protección para las grabaciones sonoras se extiende por 70 años luego de su fijación. En Brasil, todas las grabaciones sonoras fijadas luego de 1998 están protegidas bajo derechos conexos por 70 años, comenzando el año después que la obra fue fijada. En China, las grabaciones sonoras están protegidas bajo los derechos conexos por 50 años a partir del año en que la obra fue fijada.

Como lectura adicional sobre el tema, puede consultar: Case of the Canadian Online Repositories of Public Domain¹¹ y Recent Term Extensions Controversies (Eldred v. Ashcroft)¹².

5.6 Extensiones en el alcance de la protección del derecho de autor

En los últimos años el derecho de autor se ha ampliado para acompañar más tipos de obras, extenderse por un período mayor de tiempo y para brindar mayores protecciones a las obras protegidas. Como vimos en el Módulo 2, la Convención de Berna, el Acuerdo TRIPS y el Tratado de Copyright de la OMPI, establecen todo un conjunto de estándares de protección que los países deben cumplir y amplían, además, la protección del copyright en todos los países. Por ejemplo, la legislación de derecho de autor (o el conjunto relacionado de derechos conexos) se ha ampliado para cubrir las grabaciones fonográficas, las obras de arquitectura y los programas de computación. La duración del derecho de autor se ha am-

11 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Case_of_the_Canadian_Online_Repositories_of_Public_Domain

12 http://cyber.law.harvard.edu/copyrightforlibrarians/Recent_Term_Extensions_Controversies_%28Eldred_v._Ashcroft%29

pliado a través de los años, desde 14 años bajo el “Estatuto de Anne” al plazo mínimo de la vida del autor más 50 años, para la mayoría de las obras. Tratados recientes han incluido además provisiones que contemplan la prohibición de eludir mecanismos de protección, para controlar la reproducción o la distribución de obras protegidas.

Es discutible que algunas de estas ampliaciones estimulen la creación adicional al incentivarla. Sin embargo, la ampliación del derecho de autor a un número mayor de obras y durante un período más extenso de duración, ha resultado en una reducción de la cantidad de material disponible en el dominio público. Como resultado, materiales que de otra forma podrían usarse en la creación de nuevas obras artísticas o literarias, no pueden ser utilizados.

Así como el derecho de autor se ha ampliado, también se ha fragmentado. En otras palabras, se han elaborado normas especiales para manejarse con tipos particulares de obras. Algunas de esas normas especiales se describen a continuación.

5.6.1 Obras Audiovisuales/Cinematográficas

Las obras audiovisuales o cinematográficas son proyectos de obras colectivas que involucran contribuciones de diferentes autores individuales. En virtud de la amplia gama de personas que se involucran en su creación, el tratar a cada colaborador como coautor de la obra, traería problemas prácticos. Por ejemplo, cada colaborador sería libre de otorgar una licencia de uso a la persona que eligiera, resultando que el uso potencial de la obra podría ser objetada por otros colaboradores.

Muchos países han tratado de solucionar este problema en formas diferentes. El Código de Propiedad Intelectual de Francia trata a los colaboradores de un film como coautores pero incluye en la relación autor-productor, la explotación de

los derechos materiales al productor. Países tales como el Reino Unido y los EE. UU, en cambio, otorgan la autoría y la titularidad de estas obras a una sola persona u organización. Por ejemplo, el Copyright, Designs and Patent Act de 1988 en el Reino Unido, básicamente otorga los derechos de explotación al productor. Por el contrario, como se indicó antes, la Copyright Act de los EE. UU. trata las colaboraciones de una obra audiovisual o cinematográfica como obras por encargo, otorgando por lo tanto la autoría y la titularidad de los derechos de autor a una entidad, generalmente el productor. La Convención de Berna reconoce y respeta las diferencias entre los países en el otorgamiento de los derechos a una obra audiovisual o cinematográfica. Este fenómeno se describe luego en otro módulo.

5.6.2 Programas de computación

Los programas de computación constituyen otra categoría especial de obras. Aunque el Convenio de Berna no se refiere a los programas de computación, el Acuerdo TRIPS requiere que los países miembros de la OMC protejan los programas de computación como obras literarias. De la misma forma que las obras audiovisuales, los programas de computación son por lo general el producto del esfuerzo de varios individuos. Aquí también, los países difieren en la forma que manejan el otorgamiento de los derechos de autor. La legislación de derecho de autor alemana le otorga los derechos exclusivos de la obra al empleador.

5.6.3 Transmisión, grabación, interpretación

El Convenio de Berna requiere que al autor de una obra protegida se le otorgue los derechos exclusivos para autorizar:

"la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida."

La Convención de Berna permite que los países en forma individual, determinen cuáles de estos derechos van a ejercer y en qué circunstancias. Sin embargo, exige que su aplicación no se realice en una forma que sea perjudicial para los derechos morales del autor.

5.7 Recursos adicionales

Tratados de importancia que abarcan una exhaustiva cobertura sobre el derecho de autor, incluyen a Nimmer on Copyright¹³ (un trabajo serio pero excesivamente caro) y Goldstein on Copyright¹⁴ (más breve y también más económico).

Un debate más conciso sobre cómo el alcance del derecho de autor se ha ampliado a lo largo del tiempo, puede encontrarse en William Fisher, "Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten," en Eigentum im internationalen Vergleich (Vandenhoeck & Ruprecht, 1999), 265-91 (La versión en inglés está disponible en: The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States)¹⁵.

13 <http://www.lexisnexis.com/store/catalog/booktemplate/productdetail.jsp?pageName=relatedProducts&prodId=10441>

14 <http://www.amazon.com/Goldstein-Copyright-Paul/dp/0735544859>

15 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>

Un trabajo más reciente y ampliado sobre el mismo tema, es la obra de James Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind* (Yale University Press 2008 y disponible también en línea en forma gratuita)¹⁶.

Los mejores comentarios sobre el derecho de autor y su alcance en general, se encuentran en un libro publicado en 1967 por Benjamin Kaplan: *An Unhurried View of Copyright*¹⁷. Lamentablemente, únicamente está disponible en versión impresa.

Un buen debate sobre el concepto de originalidad en el derecho de autor, yuxtaponiendo las versiones del concepto usado en los EE. UU. y la Unión Europea, puede encontrarse en el Software Freedom Law Center, *Originality Requirements under U.S. and E.U. Copyright Law*¹⁸

Una profunda discusión sobre la génesis de la doctrina del "trabajo de alquiler" puede ubicarse en Peter Jaszi, "Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of 'Authorship,'" 1991 *Duke L.J.* 455.

Casos

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios tratados en este módulo:

Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)¹⁹ (originalidad)

Beckingham v. Hodgens, High Court of Justice (Civil Division), 2 July 2002²⁰ (autoría compartida)

Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730 (1989) (employment relationships)²¹

16 <http://www.thepublicdomain.org/>

17 <http://www.lexisnexis.com/store/catalog/booktemplate/productdetail.jsp?pageName=relatedProducts&prodId=57038>

18 <http://www.softwarefreedom.org/resources/2007/originality-requirements.html>

19 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/1991%20Feist.pdf>

20 <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/>

21 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1989%20CCNV.pdf>

Case C-240/07, Sony Music Entertainment (Germany) GmbH v. Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (2007) ²²
Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003) (duración) ²³
Computer Associates v. Altai, 982 F.2d 693 (2nd Cir. 1992) (software para computadoras) ²⁴

5.8 Colaboradores

Este módulo fue creado por Inge Osman. Fue luego editado por un equipo que incluyó a Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

22 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0240:EN:HTML>

23 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/2003%20ELDRED%20V.%20ASHCROFT%20Abridged.html>

24 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/IP/1992%20Altai.pdf>

6 – Derechos, Excepciones y Limitaciones

6.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo trata sobre los derechos del titular de derechos de autor y sobre las excepciones y limitaciones de esos derechos.

6.2 Estudio de caso

María, la tía de Ángela, colecciona partituras musicales. Muchos de los documentos de su colección son manuscritos y algunos son únicos. Ha decidido donar la colección completa a la biblioteca de la universidad. Ángela se encuentra con Nadia para comentar la mejor forma en que la biblioteca hará uso de la colección. En particular, Ángela solicita que se hagan copias digitales de todas las composiciones de la colección y que esas copias estén disponibles a nivel mundial a través de los servidores de la biblioteca.

6.3 Derechos Económicos

6.3.1 Derechos relacionados con la reproducción y distribución de un trabajo

El núcleo central de la legislación de derechos de autor es el derecho a realizar copias de un trabajo protegido. A esto se le denomina **“derecho de reproducción”**.

El titular del trabajo tiene el derecho exclusivo de realizar o autorizar la realización de dichas copias. La realización de una copia sin la autorización del titular, infringe la normativa sobre derecho de autor, a menos que exista un permiso a través de una excepción o limitación del derecho de reproducción.

Como se observó en otro módulo, el derecho de reproducción es ampliamente reconocido por los acuerdos internacionales. Sin embargo, como se presentará a continuación, esos mismos acuerdos también permiten a los países miembros redactar excepciones y limitaciones a este (y otros) derecho(s). Los estatutos sobre derecho de autor de prácticamente todos los países reconocen el derecho de reproducción.

¿Qué significa "reproducción"? Lo más evidente comprende la realización de una copia en el sentido literal – por ejemplo, fotocopiar un libro o un artículo. También incluye convertir un trabajo protegido a un nuevo formato – utilizando un grabador para copiar un álbum de vinilo, por ejemplo. Algo menos evidente incluye la realización de un nuevo trabajo que es "substancialmente similar" a un trabajo ya existente, mientras se tiene ese trabajo existente en la mente. Por lo tanto, a manera de ejemplo, un estudiante de arte que se para frente a una pintura y realiza una réplica fiel de la misma, infringiría el derecho de reproducción original del autor (a menos que el estudiante apele a una de las excepciones o limitaciones comentadas anteriormente).

Como puede imaginarse, el tema de hasta qué punto un trabajo puede considerarse "substancialmente similar" a otro es muy polémico y a menudo es base de litigios.

Muy relacionado con el derecho de reproducción está el **derecho de adaptación**, que proporciona a los titulares el derecho a adaptar un trabajo protegido, de una forma de expresión a otra, o de autorizar a otra persona a hacerlo. Ejemplos de adaptaciones incluyen la transformación de un libro en una película o una canción en un musical. El derecho de adaptación también se encuentra en prácticamente todos los sistemas de derecho de autor. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención de Berna¹ requiere que los países miembros concedan a los autores el derecho de autorizar

1 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P168_31376

“adaptaciones, arreglos y otras transformaciones” de trabajos protegidos. El derecho de adaptación también incluye el derecho a traducir un trabajo a otros idiomas. El Artículo 8 de la misma Convención requiere que los países miembros reconozcan este derecho de traducción. En algunos sistemas legales, el derecho de adaptación se expresa como el derecho a realizar “trabajos derivados” que emplean la obra original como punto de partida pero que no son copias directas del trabajo original.

En la mayoría de los países, los derechos de reproducción y de adaptación están muy relacionados. Es decir, la mayoría de las actividades que infringen el derecho de adaptación también lo hacen con el derecho de reproducción. Sin embargo, hay excepciones. Por ejemplo, recortar una foto para incluirla en un collage puede infringir el derecho de adaptación (a menos, por supuesto, que esté especificado en una de las excepciones o limitaciones). Pero, debido a que esa actividad no incluye la realización de una nueva copia, no infringe el derecho de reproducción.

Sin embargo, el grado de superposición de estos dos derechos varía según el país. Cuál de los dos derechos está implicado en un caso particular, puede a veces hacer la diferencia, por ejemplo si el titular otorgó una licencia para uno de los derechos, pero no para el otro.

¿Cuál es el alcance de estos derechos? El derecho de autor únicamente protege la expresión de ideas, no las ideas o los hechos mismos. De esta forma, un trabajo inspirado por las ideas contenidas en otro trabajo pero que no utiliza ninguna de las expresiones protegidas en el trabajo inicial, no constituye ni reproducción ni adaptación, y no infringe los derechos del titular.

Nótese también que el Artículo 2(3) de la Convención de Berna antes mencionada, prevé que las adaptaciones autorizadas están protegidas por su propio derecho de autor in-

dependiente, además de la protección del derecho de autor que se le otorga al trabajo original.

Finalmente, el titular de los derechos de autor tiene el derecho exclusivo de distribuir su trabajo y el derecho de importar copias de la obra sujeto a ciertas excepciones. El derecho a distribuir incluye el derecho a vender o autorizar la venta inicial de la copia de una obra.

6.3.2 Derechos relacionados con la Comunicación de una obra al Público

Otro importante derecho económico del titular de derechos de autor es el de comunicar la obra al público. En muchos países, este derecho está expresado como el **derecho de representación y de exposición pública**.

El derecho de representación pública se relaciona con la exhibición de obras dramáticas, musicales y cinematográficas. El derecho de exposición pública está referido a la exposición de obras de arte, tales como pinturas y esculturas. El Artículo 11 de la Convención de Berna ² exige a los países miembros que concedan a los titulares de derechos de autor de "obras dramáticas y musicales", el derecho de controlar la interpretación pública de esos trabajos "por cualquier medio o procedimiento que se utilice" (incluido, por ejemplo, una actuación en vivo o la ejecución de una grabación de una representación). El Art. 11 también extiende el derecho de representación pública a las traducciones de un trabajo protegido. También requiere que se les otorgue a los titulares el derecho de autorizar la transmisión o la comunicación pública de los trabajos protegidos vía cable, altavoz, "o cualquier instrumento análogo de transmisión por señales, sonidos o imágenes".

Como lo indica su nombre, los derechos de representación y de ejecución pública únicamente controlan las actividades

2 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P160_31421

que son públicas. Por lo tanto, las personas que poseen copias autorizadas de trabajos protegidos pueden interpretar o transmitir los trabajos en ambientes que no son públicos, sin riesgo de infringir la normativa. Por ejemplo, una persona que posee una copia de una película puede mostrarla a un grupo de invitados en su hogar, sin infringir el derecho de representación pública. De manera similar, una persona que posee una pintura o escultura puede exhibir el trabajo en su casa, sin infringir el derecho a la exposición pública.

El derecho del titular a controlar la representación pública de su trabajo se extiende a muchas comunicaciones que inicialmente podrían no parecer "representaciones". Por ejemplo, como se indicó anteriormente, concede al titular el derecho de autorizar transmisiones de su trabajo. Esto incluye la transmisión televisiva, por cable, distribución satelital y la retransmisión de una obra. Puede también incluir transmisiones digitales a pedido y transmisiones de pago por ver (pay-per-view). Por lo menos en algunos países, el derecho también se extiende a representaciones en ambientes que no son estrictamente "públicos", por ejemplo, en escuelas, hogares de ancianos y prisiones.

El Tratado de Derecho de Autor (WCT) de la OMPI (WIPO) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), presentados anteriormente, alteran este grupo de normas de una forma sutil – y de una manera que no ha sido completamente resuelta. El Artículo 8 del WCT y los Artículos 10 y 12 de la WPPT requieren que los países miembros reconozcan el derecho a que un trabajo protegido esté disponible al público. EE.UU. adoptó la posición de que estas disposiciones del tratado no requieren cambios en la forma en que ese país ha formulado y puesto en vigor el derecho a la representación pública. No todos los países están de acuerdo. La Unión Europea, por ejemplo, consideró que el derecho a que "sea accesible" agrega un elemento nuevo.

La circunstancia principal en la que este desacuerdo podría hacer la diferencia es cuando alguien publica un documento protegido en un sitio Web, pero que nadie ha descargado todavía. El tratamiento de tales casos puede variar según el país.

6.4 Derechos Morales

Muchos países proporcionan **derechos morales** a los autores, además de **derechos económicos**. Contrariamente a los derechos económicos, los morales generalmente no pueden ser transferidos a otras personas, aunque muchos países permiten que la norma no sea exigida – ya sea en su totalidad (por ejemplo en EE. UU.), o en conjunción con licencias específicas de derechos económicos (por ejemplo en Francia). Los límites sobre la transferencia de derechos morales refleja la fundamentación de los mismos, en especial, que los trabajos producidos por un autor son una extensión de su propio ser y constituyen una marca de su personalidad. Por lo tanto, los derechos morales protegen a ciertos trabajos con derecho de autor de la destrucción o mutilación, en parte para proteger la expresión de la personalidad del autor, y en parte para protegerlo de un daño a su reputación. Los derechos morales están reconocidos ampliamente en países con tradiciones de derecho civil.

El reconocimiento de un subconjunto limitado de derechos morales se observa en el Artículo 6bis de la Convención de Berna.³ El Artículo 6bis requiere que el autor de un trabajo tenga por lo menos dos tipos de derechos morales. El primero es comúnmente conocido como el "**derecho de atribución**". Incluye no solamente el derecho de un autor a que su nombre esté asociado con sus trabajos, sino también el derecho a que su nombre no se asocie con trabajos que le son ajenos. El derecho de atribución también concede al

3 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P132_23079

autor el derecho a publicar un trabajo con un pseudónimo. El segundo derecho moral requerido mediante el Artículo 6bis es el derecho del autor a objetar la destrucción o modificación de su trabajo, si atenta contra su honor o reputación. Este se conoce comúnmente como el **“derecho de integridad”**.

Aunque el Artículo 6bis recomienda que estos derechos morales permanezcan vigentes después del fallecimiento del autor, por lo menos hasta que venzan los derechos patrimoniales, también permite a los países miembros limitar los derechos morales a la vida del autor. Sin embargo, las protecciones del Artículo 6bis no son tan sólidas como parecen, porque es la única disposición de la Convención de Berna que no se incorporó al Acuerdo TRIPS.

Además del derecho de atribución y de integridad, muchos países también reconocen el derecho de divulgación y el de retiro. El primero concede al autor el derecho exclusivo de determinar cuándo se realizará el lanzamiento al público. Este derecho tiene prioridad aún sobre un compromiso contractual del autor para transferir el trabajo a un cliente o patrocinador. El derecho de retiro permite a un autor retirar trabajos de la publicación o circulación si considera que no desea estar representado o asociado con esos trabajos específicos. Este derecho es mucho menos fuerte en la práctica que lo que parece, debido a que el autor tendría que pagar a las personas a quien le retira las copias y además porque el derecho de retiro choca contra el derecho de un comprador a mantener la mercadería que adquirió. Como resultado, casi nunca se recurre a él.

Es importante verificar las disposiciones del país relativas a los derechos morales. Las naciones varían considerablemente en los derechos que reconocen, la duración de los mismos, si pueden ser ignorados, etc. Por ejemplo, en España, se reconocen siete derechos morales: el derecho de divulgación, el de publicar con el nombre real del autor

o con un pseudónimo, el derecho a ser reconocido como el autor del trabajo, el de la integridad del trabajo (que incluye evitar la distorsión o modificación de la obra), el de modificar el trabajo (limitado por otras disposiciones estatutarias), el derecho a retirar el trabajo y el de acceder a una copia única o exclusiva de la obra, aún si esa copia es propiedad de un tercero (aunque el ejercicio de este derecho por parte del autor está limitado por ciertas consideraciones para el propietario de la copia).

6.5 Derechos Conexos y “Sui Generis”

Los “**derechos conexos**” refieren a los derechos de quienes colaboran con el autor de un trabajo protegido por derecho de autor, pero que no califican para tener el derecho de autor. Incluyen los derechos de las organizaciones de radiodifusión en sus transmisiones de programas (a diferencia de los derechos de los propios programas), el derecho de un artista a la interpretación de un tema (a diferencia del derecho de autor del tema en sí) y el derecho del productor de un disco (a diferencia del derecho de la composición musical que incluye la grabación). Es importante tener en cuenta estos derechos conexos, además de los derechos del titular, cuando se consideran qué usos de un trabajo están permitidos.

Además de los derechos conexos que tienen las representaciones, algunos países han reconocido recientemente derechos en bases de datos, diseños de chips semiconductores, diseños de cascos de barco, etc. Estos derechos son conocidos comúnmente como derechos **sui generis**, aunque la distinción entre “derechos conexos” y “sui generis” es muy arbitraria. De estos nuevos derechos, el único que podría afectar de una manera significativa las actividades de los bibliotecarios es el de la protección de bases de datos. Como se indicó anteriormente, la mayoría de los países

emplean la normativa del derecho común para proteger las maneras originales en la que los datos de una base de datos se seleccionan o clasifican. Pero, hasta el momento, únicamente en los países de la Unión Europea se protegen los **contenidos** de una base de datos.

El sistema de protección de bases de datos de la Unión Europea es muy polémico. Los críticos afirman que es innecesario proporcionar incentivos para la creación de bases de datos y simplemente impide la circulación de información objetiva. Sin embargo, los esfuerzos para verificar esta crítica en la práctica, comparando la proporción de innovación en las bases de datos en los países con o sin leyes de protección para las mismas, no han sido concluyentes hasta el momento. Hasta que esto se resuelva, la protección de las bases de datos es improbable que se difunda hacia los países en vías de desarrollo.

6.6 Derechos de Alquiler y Préstamo

Además de los derechos mencionados anteriormente, en algunos países los titulares de derechos de autor en ciertos tipos de trabajos, tienen derechos de distintos tipos, en situaciones donde sus trabajos están disponibles de manera temporal para otras personas. Se deben distinguir dos tipos de derecho diferentes. El **derecho de alquiler** que rige en situaciones en la cual una copia de un trabajo protegido se alquila a otra persona para obtener una ventaja comercial.

El **derecho de préstamo público** que rige para situaciones en las cuales una copia de un trabajo protegido es proporcionada de manera gratuita por una institución a un usuario. Esta práctica de préstamo de casi todas las bibliotecas públicas y académicas estaría dentro de este ítem.

Ambos derechos son relativamente nuevos y son muy polémicos. El acuerdo TRIPS (en el Artículo 11), el WCT (en el Artículo 7) y el WPPT (en los Artículos 9 y 13) requieren

que los países miembros reconozcan los derechos de alquiler – pero únicamente con referencia a tres categorías precisas de trabajos: programas de computación, películas y fonogramas. Ninguno de estos acuerdos, ni tampoco otros acuerdos multilaterales, exige a los países firmantes reconocer los derechos de préstamo público. Hasta el momento, únicamente un acuerdo regional exige a los países miembros el establecimiento de derechos de préstamo público: Las Directivas de la Unión Europea sobre Derechos de Renta y Préstamo de 1992.⁴ En sus artículos 1 y 2 se requiere que los miembros extiendan los derechos de renta y préstamo no solamente a los intérpretes, productores de fonogramas y productores de cine, sino también a los “autores”. El artículo 5 de la directiva permite a los países miembros limitar el derecho de préstamo, pero únicamente si los autores son indemnizados, o eximir a categorías de instituciones de esa cobertura, pero solamente si la exoneración no alcanza a todas las instituciones. La directiva es extremadamente polémica y fue necesario efectuar procedimientos formales para obligar a varias miembros de la Unión Europea a acatarla.

De acuerdo a la cobertura tan incompleta de los derechos de alquiler y préstamo público en los acuerdos supranacionales, no sorprende que muchos países no los reconozcan en la actualidad. De especial importancia para las bibliotecas es el hecho de que actualmente únicamente 29 países establecieron sistemas de derechos de préstamo público. La mayoría de esos países son europeos. EE.UU. no lo tiene, como tampoco ningún país de América Latina, África o Asia.

Muy pronto se citará a los bibliotecarios de los países en vías de desarrollo a participar en debates relacionados a si sus países adoptarán un sistema de derecho de préstamo público. ¿Qué postura adoptarán? The International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA)⁵ ofrece

4 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126887

5 <http://www.ifla.org/>

dos recomendaciones razonables. La primera es que los bibliotecarios no deberían aceptar cualquier propuesta legislativa que requiera que las bibliotecas tengan que pagar a autores, intérpretes y productores. Las únicas maneras que las bibliotecas podrían hacer tales pagos sería cobrándoles a los usuarios u obtenerlos de los escasos recursos de otros programas. Cualquiera de las dos estrategias estaría en contra de la misión central de las bibliotecas. En resumen, la única versión aceptable de un sistema de préstamo público sería una en la que el gobierno, y no las bibliotecas, hiciera efectivo el pago, como ocurre en la mayoría de los países europeos.

En segundo lugar, la IFLA argumenta que aún en un sistema en el que el gobierno pagara esos montos, sería imprudente en los países en vías de desarrollo, porque reduciría el dinero que el gobierno podría emplear en funciones sociales o culturales más esenciales – tales como proporcionar a los ciudadanos un sistema de salud adecuado o una educación básica.

Este tema seguramente requerirá especial atención por parte de los bibliotecarios en un futuro cercano.

6.7 Excepciones y Limitaciones

Como se mencionó anteriormente, todos los acuerdos internacionales de derecho de autor permiten a los países realizar ciertas excepciones a los derechos ya descritos. Cada país ya ha realizado tales excepciones. El propósito de estas excepciones varía. Algunas se justifican por la necesidad de respetar la libertad de expresión o la privacidad. Otras están dirigidas a prevenir que una ley de derecho de autor provoque una frustración en vez de la promoción de la creatividad. Y aún otras, reconocen la imposibilidad de controlar y recaudar por algunos usos. La lista de excepciones es muy extensa. En general, las excepciones deberían considerarse tan

importantes como los derechos a los que se refieren. Conjuntamente, están dirigidas a establecer un equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses de los usuarios y del público en general. Por esta razón, se dice a veces que las excepciones crean "derechos de usuarios".

Las excepciones pueden presentarse en dos formas. Las del primer tipo identifican actividades específicas permitidas. Un ejemplo de este enfoque es el Artículo 5 de la Directiva de Derechos de Autor de la Unión Europea ⁶ que en su Sección 2 autoriza a los países miembros de la Unión Europea a considerar las siguientes excepciones al derecho de reproducción:

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;

c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;

d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>

conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;

e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

La Sección 3 autoriza a los estados miembros a crear cualquiera de las siguientes excepciones al derecho de reproducción y al de comunicación, o realizar trabajos accesibles al público:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;

c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del

nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;

f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;

h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;

i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;

j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;

k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;

l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;

m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;

n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;

o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos

y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente Artículo.

Muchas de estas excepciones benefician claramente a las bibliotecas (y sus usuarios) en los países de la Unión Europea que las han reconocido. Especialmente se destacan las excepciones para "actos específicos de reproducción para el acceso del público, realizados por bibliotecas", siempre que no sean para obtener una "ventaja económica o comercial" y "usos para beneficio de personas con discapacidad."

Según esto, las excepciones contenidas en el Artículo 5 de la Directiva de Derecho de Autor de la Unión Europea no es, seguramente, el único ejemplo de la lista mencionada. La prueba de los tres pasos, presentada en otro módulo, le da a los países individualmente, mayor libertad para seleccionar excepciones y limitaciones que la dispuesta por la Unión Europea. Algunos países han llegado mucho más lejos.

El segundo enfoque es establecer lineamientos generales para usos permitidos y posteriormente trasladar a los tribunales la responsabilidad de aplicar esos puntos a casos individuales. El ejemplo más destacado de este punto de vista es la doctrina del uso justo de EE.UU., que aparece en la sección 107 de la Ley de Derechos de Autor de EE.UU.:

No obstante las (disposiciones estatutarias que conceden derechos exclusivos a los titulares de derechos de autor), el uso justo de una obra protegida, incluyendo ese uso en la reproducción de copias o fonogramas o cualquier otro medio especificado en esa sección, para propósitos tales como la crítica, el comentario, la información de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), becas, o investigación, no constituye una infracción del derecho de autor. Para determinar si el uso que se hizo de un trabajo en un caso particular es un uso justo, se considerarán los

siguientes factores: (1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si es de naturaleza comercial o por propósitos educativos sin fines de lucro; (2) la naturaleza del trabajo protegido; (3) la cantidad y substancialidad de la parte utilizada en relación con la totalidad del trabajo protegido; y (4) el efecto del uso en el mercado potencial o el valor del trabajo protegido. El hecho de que una obra no haya sido publicada no excluye la investigación sobre el uso justo, si dicha investigación se realiza considerando los factores mencionados.

Los tribunales en EE.UU. han confiado en esta disposición para reconocer excepciones en una amplia gama de actividades, incluyendo la parodia de una obra protegida, la reproducción de parte de un trabajo protegido con propósitos académicos, y el uso de un videograbador para grabar un programa de televisión o una película para verlo en otro momento.

Entre estos dos enfoques generales existe una estrategia conocida a veces como "trato justo". Un buen ejemplo es el sistema utilizado en Australia. La Ley de Derecho de Autor australiana (según la enmienda del 2006) identifica algunas circunstancias en las cuales el uso no autorizado de un trabajo protegido podría considerarse justo: investigación, crítica o análisis, información de noticias, consejo legal y parodia o sátira. Si se trata de algo relacionado con estos temas no significa, sin embargo, que se considerará justa una actividad en particular. El tribunal considerará los casos individuales consultando una serie de factores que se aproximan a los utilizados en el sistema de EE.UU. En general, los tribunales excusan las conductas que caen en esta clasificación si consideran que existió un "juicio apropiado a través del criterio responsable de una persona honesta."

El enfoque australiano generalmente se considera menos impredecible – pero también menos flexible – que el de EE.UU.

Una excepción aparte y casi universal a los derechos de un titular de derechos de autor es la **doctrina de la primera venta**. Se refiere a que una vez que un consumidor ha adquirido legalmente una copia de un trabajo protegido, el titular ya no puede controlar esa copia. Por esta razón, la reventa, préstamo o alquiler de una obra protegida y legalmente adquirida, es generalmente permitida.

Sin embargo, los países pueden imponer ciertas limitaciones a estos derechos. Pueden restringir o exigir licencias obligatorias para ciertos usos de trabajos protegidos. Por ejemplo, como se indicó anteriormente, un país puede prohibir el alquiler de artículos que se puedan copiar fácil y frecuentemente, como los programas de computadoras o las grabaciones. Además, un país puede exigir que se le pague al autor del trabajo una compensación económica cuando se realice una reventa de un trabajo protegido. (Este caso, conocido como "derecho de participación" _"droit de suite"_ únicamente existe en unas pocas jurisdicciones, y se aplica solamente a trabajos de arte únicos).

El funcionamiento de la doctrina de la primera venta es menos intuitivo cuando se trata de trabajos digitales. Esto se debe a que lo que puede parecer uso normal desde el punto de vista de un consumidor, podría realmente involucrar la realización de copias digitales adicionales. Esto, a su vez, podría estar prohibido por el derecho de reproducción exclusivo del autor. Por ejemplo, si un consumidor adquiere un CD, puede escucharlo en cualquier equipo sin preocuparse de estar infringiendo el derecho del autor. Puede también, debido a la doctrina de la primera venta, prestarle el CD a un amigo para que lo escuche y lo devuelva, sin estar tampoco infringiendo los derechos del autor.

Sin embargo, si ese mismo consumidor adquiere en línea un programa de grabación sonora, escucha la grabación y la envía por correo electrónico a un amigo, estará infringiendo la ley de derecho de autor (aún si borrara la copia original)

porque la grabación original ha sido “reproducida”. Aquí surge un tema serio referido a si la doctrina de la primera venta regula estos casos, pero hasta el momento no ha ocurrido.

6.8 Excepciones para Bibliotecas

Por último, las leyes de derecho de autor de muchos países incluyen excepciones o limitaciones diseñadas para permitir que los bibliotecarios utilicen materiales protegidos para que puedan progresar en su misión. Estas disposiciones varían ampliamente según el país. Una reseña completa de las excepciones para bibliotecas en el tema limitaciones, para 128 países, se encuentra en el trabajo de Kenneth Crews. (Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos).⁷

Se establecen a continuación descripciones de algunas situaciones comunes en las que los bibliotecarios necesitan flexibilidad en el uso de materiales protegidos, además de resúmenes sobre las maneras en que muchos países tratan estas situaciones.

6.8.1 Permiso a usuarios de bibliotecas para utilizar la fotocopidora u otro equipo de copiado de la biblioteca

Los usuarios frecuentemente desean hacer copias de extractos de materiales de la biblioteca. A menos que el libro o el artículo que el usuario quiera copiar sean de dominio público, el acto de la copia está regulado por la legislación sobre derecho de autor del país.

Si el copiado excede el máximo fijado por otras excepciones y limitaciones, el usuario estará infringiendo el derecho de autor. En algunas situaciones, ante la ausencia de estatutos u otros puertos seguros, la biblioteca podría indirectamente o secundariamente ser responsable de permitir la in-

⁷ http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf

fracción, proporcionando el equipo. (El concepto de responsabilidad secundaria e indirecta se tratará en otro módulo).

Afortunadamente, muchos países han promulgado disposiciones específicas que protegen a bibliotecarios y bibliotecas de la responsabilidad de caer en infracción por concepto de derechos de autor, a través de los usuarios que utilizan fotocopiadoras u otros equipos de copiado que la biblioteca proporciona. Para calificar para la exención estatutaria, las bibliotecas deben colocar un aviso y responsabilidad legal, declarando que la realización de fotocopias u otras reproducciones está regulada por la legislación de derecho de autor, y que la persona que utiliza el equipo es responsable por cualquier infracción.

6.8.2 Materiales protegidos accesibles en las computadoras de la biblioteca

A veces las bibliotecas ponen materiales a disposición del público a través de computadoras. Por ejemplo, con frecuencia tienen sitios Web y publican materiales a los que el público en general puede acceder vía Internet. Si esos materiales están protegidos, y si la biblioteca no tiene el permiso para su difusión, puede estar sujeta a responsabilidad.

Sin embargo, muchos países han promulgado las conocidas excepciones "puerto seguro" para limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea. Teniendo en cuenta que las universidades y bibliotecas pueden ser considerados proveedores, están protegidos de la responsabilidad, con la condición de cumplir con los procedimientos establecidos en la normativa de cada país.

6.8.3 Realización de copias para usuarios de la biblioteca

Los usuarios de bibliotecas a menudo solicitan a los bibliotecarios que realicen copias de material protegido para uso personal. Muchos países tienen excepciones que permiten a los bibliotecarios realizar copias limitadas para este propósito. Algunos permiten tales reproducciones únicamente para cierto tipo específico de trabajos tales como publicaciones periódicas, mientras otros no realizan distinciones. Además, algunos países solamente permiten el copiado para fines de investigación, mientras que otros no tienen esa limitación.

A manera de ejemplo, el Reino Unido permite a los bibliotecarios que realicen copias de artículos en publicaciones periódicas, pero limita el copiado a un único artículo por ejemplar, y exige que el usuario pruebe que la copia es para investigación o estudio privado sin fines comerciales. Canadá, por el contrario, no tiene esa restricción a un único ejemplar, pero limita la excepción de reproducción a artículos publicados en revistas académicas, científicas o técnicas. Canadá también excluye a los trabajos de ficción, poesía, etc. de los tipos de obras que pueden ser copiadas.

6.8.4 Copias digitales con fines de preservación y reposición

Los bibliotecarios, en ciertos casos, pueden hacer copias de los materiales de la biblioteca para su preservación o reposición. Estas circunstancias están estrictamente reguladas por estatutos locales de derecho de autor. Muchos países permiten el copiado siempre que:

- la biblioteca posea la obra original
- el trabajo sea accesible al público
- la obra original esté en riesgo de daño o deterioro, tenga un formato obsoleto o no pueda verse por las condiciones en las cuales debe conservarse.

La reproducción permitida está frecuentemente limitada a un pequeño número de copias. Si una copia apropiada es accesible comercialmente, el derecho de reproducción para la preservación o el reemplazo generalmente está limitado. Además, el copiado está generalmente limitado a la reproducción en papel y las copias en formato digital no son típicamente accesibles al público fuera de las instalaciones de la biblioteca.

6.8.5 Creación de Cursos para Estudiantes

A veces, se solicita a los bibliotecarios de universidades que preparen "sets para cursos". Se trata de una colección de extractos de revistas, artículos, capítulos, etc. que un docente asigna a sus estudiantes que se inscriben en un curso determinado.

En EE.UU. muchas universidades solían armar sets para cursos sin solicitar el permiso a los titulares de derechos de autor de los artículos, en la creencia que el copiado de ese material estaba dentro del privilegio del "uso justo" para propósitos académicos. Sin embargo, las decisiones de los tribunales en los años 1990, establecieron que la preparación y venta de los mencionados sets para cursos por parte de "establecimientos comerciales de copiado" no constituía uso justo. No es seguro que esas decisiones se apliquen a las universidades, pero los abogados que asesoran a muchas de estas instituciones aconsejan ser cuidadosos en este tema. A instancia de estos consejos, la mayoría de las universidades estadounidenses han adoptados sistemas para la obtención de licencias de todos los materiales incluidos en los sets para cursos.

Es posible que un país que, a diferencia de EE.UU., confíe en una lista de excepciones y limitaciones específicas, más que en una doctrina general de uso justo para fijar límites de protección de derechos de autor, pueda tener disposiciones específicas que autoricen la creación de sets para cursos. De

otra manera, los bibliotecarios de esos países deben obtener una licencia escrita de los titulares del derecho de autor para crear sus materiales de clase. Para reducir la carga administrativa que implica la búsqueda de permisos de varios titulares, los bibliotecarios preferirán contratar los servicios de organizaciones de gestión colectiva, como las mencionadas en otro módulo.

Estos servicios privados entran en contacto con editores académicos y obtienen autorizaciones de licencias para el catálogo completo del editor, o acuerdan con organizaciones de gestión colectiva que representan a los editores.

6.8.6 Adaptación de materiales para ciegos, personas con discapacidad visual y otras discapacidades para la lectura

En la mayoría de los países, hay exenciones específicas que permiten a los bibliotecarios proporcionar copias modificadas de trabajos para cumplir con las necesidades de usuarios con discapacidad visual. Puede encontrarse un detallado estudio de las excepciones de derechos de autor para personas con discapacidad visual en el informe de Judith Sullivan.⁸ Esta situación puede cambiar pronto si se adopta un tratado que se está considerando en WIPO.

6.8.7 Préstamos Interbibliotecarios

Los estatutos sobre derecho de autor de algunos países incluyen excepciones para los préstamos interbibliotecarios. Esto permite a la biblioteca realizar una copia de un trabajo con el propósito de préstamo a un usuario de otra biblioteca. A veces, la norma de excepción para préstamos interbibliotecarios requiere que la biblioteca pague una cuota por licencia para realizar la reproducción, cuyo monto está generalmente determinado por el gobierno o una sociedad de

⁸ http://www.wipo.int/meetings/en/html.jsp?file=/redocs/mdocs/copyright/en/sccr_15/sccr_15_7.html#P421_37845/

gestión colectiva. En algunos países, como Australia, Nueva Zelanda y Singapur, un bibliotecario debe establecer que el artículo o el trabajo no pueden obtenerse comercialmente antes de que se solicite la excepción por concepto de préstamo interbibliotecario.

De forma similar, existen los llamados estatutos de “suministro” que permiten a una biblioteca realizar una copia de una obra para otra biblioteca, pero no requieren que el propósito de la copia sea para uso privado de un usuario. Los estatutos de suministro varían entre las jurisdicciones. Algunos países (por ejemplo, Fiji) exigen que el bibliotecario primero intente adquirir la obra al precio del mercado. Otros (por ejemplo, Antigua) permiten la copia únicamente cuando no es posible adquirir la obra. Y aún otros (por ejemplo, Irlanda) permiten la copia solamente cuando la solicitud de permiso al titular está fuera de los límites razonables.

En algunos casos, un país puede no tener una excepción específica para biblioteca. Sin embargo, las bibliotecas pueden tener derecho a participar en muchas de las actividades mencionadas anteriormente, si esos países tienen disposiciones más amplias que permiten a cualquier ciudadano, que incluiría a los bibliotecarios y usuarios de bibliotecas, a realizar esas actividades. Esto es así, por ejemplo, en Irak y Namibia. Algunos países limitan sus excepciones a una lista de bibliotecas designadas, en otros países, dichas excepciones son válidas para todas las bibliotecas que cumplen con ciertos requerimientos, como estar abiertas al público y funcionar sin fines comerciales.

6.9 Licencias Obligatorias

Además de las excepciones y limitaciones presentadas anteriormente, muchos países limitan los derechos de los titulares de derechos de autor con las denominadas “licencias obligatorias”. Generalmente se las considera como compro-

misos entre los intereses económicos de los titulares y los intereses del público que utiliza el material protegido. Por ejemplo, el Artículo 13 de la Convención de Berna,⁹ otorga a los países la autoridad de imponer licencias obligatorias para el uso de composiciones musicales. Los ejemplos de licencias obligatorias existentes en algunos países incluyen el derecho al préstamo público por parte de las bibliotecas, y el derecho del copiado para uso privado de grabaciones a cambio de un impuesto al comprar un CD sin grabar. Esto se tratará en el módulo: Gestión de Derechos.

6.10 De regreso al estudio de caso

Lamentablemente, y a menos que las composiciones de la colección de Ángela estén en dominio público, no existe una respuesta simple a la interrogante de Ángela. Nadia se verá obligada a repasar los detalles del sistema particular de excepciones y limitaciones de la normativa sobre derechos de autor de su país, para asegurarse, en primer lugar, si puede realizar una copia digital de cada partitura y, en segundo lugar, si la biblioteca tiene permiso para publicar la copia digital en los servidores de la institución. Es más probable que la primera de estas actividades sea permitida, a que lo sea la segunda, pero ninguno de ambos usos quedará resuelto sin consultar la legislación del país.

6.11 Recursos Adicionales

En el año 2001, Siva Vaidhyanathan publicó: *Copyrights and Copywrongs: the Rise of Intellectual Property and How It Threatens*. Para consultar una entrevista con Vaidhyanathan en donde aporta una síntesis de su argumento, consulte: *Copyrights and Copywrongs*.¹⁰

9 http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P179_35223

10 http://www.stayfreemagazine.org/archives/20/siva_vaidhyanathan.html

Un estudio también disponible que considera un más favorable punto de vista sobre la evolución de los derechos y excepciones asociados con los derechos de autor, fue realizado por Paul Goldstein: *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (2003), que puede verse impreso¹¹ o a través de una descarga de audio-.¹²

Keneth Crews, autor de *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives*,¹³ ofrece el examen más completo de las disposiciones de cada país sobre derechos de autor que proporciona flexibilidad a los bibliotecarios.

Otro estudio de mucha utilidad es *Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Environment: An International Library Perspective* de IFLA.¹⁴

Hay dos estudios útiles de WIPO: *WIPO Study on Copyright Limitations and Exceptions for the Visually Impaired*¹⁵ y *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*.¹⁶

Una información sobre las excepciones en derechos de autor en el Reino Unido se encuentra en *Copyright Exceptions in the UK*¹⁷

Un estudio muy accesible sobre la libertad que tienen los productores de cine (especialmente en EE.UU.) cuando citan material protegido, se puede encontrar en *Recut, Reframe, Recycle* (Center for Social Media 2008), de Pat Aufderheide y Peter Jaszi.¹⁸

11 <http://www.amazon.com/Copyrights-Highway-Gutenberg-Celestial-Jukebox/dp/0804747482>

12 <http://www.learnoutloud.com/Catalog/Business/Entrepreneurship/Copyrights-Highway/1365>

13 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192

14 <http://archive.ifla.org/III/clm/p1/ilp.htm>

15 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=75696

16 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16805

17 El vínculo no está disponible.

18 <http://www.centerforsocialmedia.org/fair-use/best-practices/online-video/recut-reframe-recycle>

CASOS

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este módulo:

Larrikin Music v. Men at Work ¹⁹ (Australia 2010) (Derecho de reproducción).

Case C-5/08, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening ²⁰ (Derecho de reproducción).

Gilham v. R, Court of Appeal of England and Wales (Court of Appeal of England and Wales), 2009) ²¹(Derecho de reproducción).

J.K. Rowling v. RDR Books, 575 F.Supp.2d 513 (2009) ²²(Obras derivadas)

Case C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v. Rafael Hoteles SA (Significado de Comunicación al Público) ²³

Case C-479/04, Laserdisken ApS v. Kulturministeriet (Agotamiento de los derechos de propiedad) ²⁴

Case C-245/00, Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS) (Derechos de alquiler - Remuneración equitativa) ²⁵

Cour de cassation (1re ch. civ.), 28 février 2006, Studio Canal, Universal Pictures video France et SEV c/ S. Perquin et Ufc que Choisir (Copias privadas-Protecciones tecnológicas) ²⁶

19 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/8497433.stm>

20 <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=1842704>

21 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2009/2293.html>

22 http://en.wikipedia.org/wiki/Warner_Bros._and_JK_Rowling_vs._RDR_Books

23 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0306:EN:HTML>

24 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0479:EN:HTML>

25 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0245:EN:HTML>

26 <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/4/article20.en.html>

Sweden: B 13301-06, 17 April 2009 (Pirate Bay Case) (Lo que significa «poner a disposición del público») ²⁷

Buffet v. Fersig, Judgment of May 30, 1962, Cour d'appel, Paris, 1962 Recueil Dalloz [D. Jur.] 570 (narrado en Merryman, *The Refrigerator of Bernard Buffet*, 27 *Hastings L.J.* 1023 (1976)) (Derechos morales) ²⁸

Campbell v. Acuff Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) (Uso justo) ²⁹

Germany: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17. Februar 1998, - 1 BvF 1/97 (Derecho a emitir resúmenes breves ³⁰)

6.12 Colaboradores

Este módulo fue redactado por Emily Cox. El texto fue posteriormente compaginado por un equipo conformado por: Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

27 http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/04/piratebayverdicts.pdf

28 <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/hastlj27&div=45&id=&page=>

29 <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZO.html>

30 <http://merlin.obs.coe.int/iris/1998/3/article10.en.html>

7 – Gestión de Derechos

7.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo describe las normas legales que refieren a la capacidad de los titulares de derechos de autor de cobrar por concepto de ingresos por la utilización de sus trabajos y cómo los bibliotecarios pueden lograr la mejor aplicación de esas normas o buscar la manera de cambiarlas.

7.2 Estudio de caso

Nadia ayudó a Ángela a identificar varios ítems permitidos para incluir en el set de materiales de curso que prepara para sus estudiantes. Ángela ahora necesita que Nadia la ayude a obtener los permisos del material restante. En particular, le pide a Nadia que le informe:

- qué actividades pueden estar protegidas por licencias que la biblioteca ya posee provenientes de editores o sociedades de gestión colectiva,
- qué cláusulas debe negociar para las actividades que requieran una licencia específica, y
- cómo debe tratar el tema de materiales cuyos autores no pueden identificarse o localizarse.

7. 3 Gestión individual

7.4 Licencias y Asignaciones

Nota de los traductores.

El contrato de **LICENCIA** es un acuerdo formal por el cual el titular de un derecho (licenciante), reteniendo su propiedad, autoriza a un tercero (licenciatario) a usar o explotar ese derecho en las condiciones previstas en el propio contrato.

LICENCIANTE o LICENCIADOR. Persona o entidad que otorga la licencia. En el texto se utilizará el término LICENCIANTE.

LICENCIATARIO o CONCESIONARIO. Toda persona o entidad, de cualquier naturaleza, que tenga un convenio con el Licenciante por el que, este último, le otorgue una licencia de acceso y uso de sus contenidos bajo términos y condiciones específicas. En el texto se utilizará el término LICENCIATARIO.

Es importante recordar que un derecho de autor otorga derechos exclusivos a su titular, en lo referente a la obra protegida. Es común que los titulares utilicen **licencias** para autorizar a otras personas a realizar actividades que estén cubiertas por esos derechos. A menudo, aunque no siempre, el titular reclamará una remuneración al otorgar dicha licencia. Una licencia típica especificará los puntos siguientes:

- el uso autorizado (por ejemplo, reproducción, preparación de trabajos derivados, interpretación pública),
- el plazo de la autorización (por ejemplo, un año),
- el tipo de autorización (por ejemplo, exclusiva o no),
- la remuneración por los derechos (por ejemplo, una tarifa plana o una proporcional al número de copias o sus usos),

- el formato o tipo de medio de comunicación (por ejemplo, impreso solamente, o también digital; texto únicamente o también en otro tipo de soporte, tal como una grabación sonora o una película de cine),

- la audiencia a quién está dirigida y su localización (por ejemplo, en un país específico, las instalaciones de una biblioteca, el salón de clase, un curso de enseñanza a distancia).

A veces, el titular y el potencial licenciatarario negocian la licencia directamente. En otros casos, el titular puede ofrecer a los potenciales usuarios, una licencia en formato estándar. En este caso el usuario puede tener muy poco o ningún margen de negociación de posibles modificaciones de los términos.

Algunas licencias son exclusivas. Es decir, el que otorga la licencia, el licenciante, acuerda no permitir a un tercero realizar actividades que cubre la licencia. Otras no son exclusivas, lo que significa que el licenciante tiene la libertad de permitir a terceros realizar las mismas actividades.

Se produce una **cesión** cuando el titular del derecho de autor transfiere a otro con carácter permanente, alguno o todos sus derechos exclusivos. Por ejemplo, históricamente los contratos de publicación para libros y artículos exigían al autor que cediera todos los derechos al editor. (Más recientemente, muchos autores se han resistido a esto como parte de un acuerdo de publicación. La Scholarly Publishing & Academic Resources Coalition (SPARC) elaboró un apéndice adicional para contratos de publicación que permite a los autores retener los derechos de sus obras, y otorgar una licencia a los editores para usos específicos de esos trabajos).³¹

Algunos países permiten a los autores de ciertos tipos de obras, "recobrar" los derechos que han sido cedidos u otorgados a través de una licencia, después de un período fijo

31 <http://www.arl.org/sparc/author/addendum.shtml>

de tiempo, sujeto a ciertas limitaciones. Para recobrar el derecho, el autor o sus herederos deben cumplir con requisitos de notificación formal. Por ejemplo, la ley estadounidense contiene dos disposiciones dirigidas a recobrar los derechos de autor (17 U.S.C. sections 203, 304.). Cuándo y cómo un derecho de autor puede recobrase depende de un número de factores, incluido cuándo fue realizada la obra, quién firmó el acuerdo otorgando licencia o realizando la cesión, cuándo fue firmado el acuerdo y si la obra fue publicada. Creative Commons introduce un instrumento ³² para ayudar a los autores y sus herederos a determinar cuándo, o si es posible, que un derecho de autor pueda recobrase. Canadá y Australia tienen sistemas de recuperación que difieren sustancialmente en sus detalles pero incorporan el mismo principio general. Bélgica y Suecia utilizan un enfoque diferente; en esos países, ciertos tipos de cesiones caducan si los derechos otorgados no se ejercen.

Generalmente se permite a los titulares de derechos de autor dividir y otorgar licencias de los derechos para diferentes usos de sus trabajos, si lo desean. Sin embargo, la normativa en ciertos países limita la libertad de realizar contratos en obras protegidas o incorporan disposiciones específicas que regulan las transacciones que se refieren a obras protegidas. Por ejemplo, algunos países exigen que las licencias o cesiones se realicen por escrito y que describan específicamente los términos de uso, si no fuera así la licencia o la asignación no tendría validez.

El grado en que los términos de una licencia son negociables, depende del tipo de obra que se trate y el poder de negociación del licenciante y el licenciataria. Los potenciales licenciataria pueden a veces aumentar su poder de negociación actuando colectivamente. Por ejemplo, un consorcio como la red eIFL, al agrupar los recursos de muchas biblio-

32 <http://labs.creativecommons.org/demos/termination/>

tecas, tiene mucho más poder que sus miembros actuando individualmente.

7.4.1 Licencias en el Entorno Digital

En la actualidad, muchos recursos en línea y electrónicos están sometidos a licencias electrónicas. Una forma común de licencia electrónica se denomina licencia **unilateral o de envoltura** porque incorpora términos prescritos y rara vez se someten a modificaciones. Las licencias unilaterales son frecuentemente utilizadas por los licenciantes de productos de software.

(El término "empaquetado o envoltura", "shrinkwrap" en inglés) proviene de la envoltura plástica que se encuentra frecuentemente en las cajas de programas de computadoras; las licencias de envoltura originales estipulaban que el hecho de romper el envoltorio constituía la aceptación de los términos de la licencia impresa en la caja o dentro de la misma).

Otra forma común es el llamado Acuerdo de Licencia de Usuario Final (EULA o "End User License Agreement") o licencia de **"browsewrap"**³³. La EULA la emplean frecuentemente los licenciantes de contenido en línea. EULA permite a los potenciales licenciarios que lean los términos de la licencia en el sitio Web del licenciante. Si deciden que desean usar el producto o el servicio del licenciante, aceptan la licencia al presionar un botón que indica: "Estoy de acuerdo" (I agree). Algunas licencias ni siquiera requieren un „clic“, el acto de „pulsar una tecla“ (la declaración electrónica de una firma), sino que en su lugar suponen que la utilización del sitio Web del licenciante es suficiente para demostrar una aceptación tácita y por lo tanto constituye una licencia.

Las licencias de "empaquetado" y las EULA están frecuentemente limitadas a un usuario específico del material, y no se amplía a una organización a la cual pueda pertenecer. Ambas incluyen términos prefijados y son, casi siempre, no negociables.

33 No se encontró traducción para este término.

Mientras muchos sistemas legales no se han ocupado totalmente de los efectos de estos tipos de licencias, los tribunales en algunos países han determinado que puede constituir consentimiento válido, dando lugar a contratos de responsabilidad legal. En la mayoría de los países, sin embargo, los términos de estos acuerdos están sometidos a normativas de protección al consumidor y otras limitaciones en base a disposiciones consideradas abusivas.

7.4.2 Contenidos de una Licencia típica: El Ejemplo de una Base de Datos en Línea

Se examinan a continuación los términos de la licencia más detalladamente. Si imaginamos el caso de un bibliotecario negociando los términos de una licencia, por ejemplo, para una base de datos en línea ¿qué aspectos contemplará o debería considerar la licencia?

Identificación de las Partes del Acuerdo

Es importante no solamente identificar las partes de un acuerdo, sino también confirmar que las personas que intervienen en la negociación realmente tienen autoridad legal para realizar acuerdos en nombre de su organización. Si una biblioteca es parte de una institución educativa u obtiene sus fondos de un gobierno local, por ejemplo, no cualquier bibliotecario puede tener esta potestad. Un licenciante podría solicitar una prueba de que la persona que se presenta para negociar en nombre del licenciataria, está en realidad autorizada a obligar al licenciataria a través de un contrato. El bibliotecario puede querer asegurarse de lo mismo con respecto a la persona que realiza la negociación en nombre del licenciante, y que éste puede ejercer los derechos del titular. Este punto debe quedar claramente expresado e incluido en el acuerdo.

Definición de los Términos que se emplearán en el Acuerdo

Considerando que las bibliotecas a menudo obtienen licencias de titulares de otros países y de industrias variadas, puede ocurrir que términos similares tengan diferentes significados para las partes negociadoras.

Por ejemplo, un término importante en los acuerdos de licencias es "incumplimiento de contrato". Se produce cuando una de las partes del acuerdo realiza una acción que permite a la otra parte finalizar la relación contractual. Debido a la importancia y ambigüedad del término, el bibliotecario debería especificar en el acuerdo qué acciones de una de las partes corresponderían a esta figura legal.

Por ejemplo, suponiendo que la biblioteca fuera a negociar una licencia para acceder a materiales de una base de datos en línea. En este caso, sería un incumplimiento o terminación de contrato el hecho de que sea imposible acceder a dicha base de datos por períodos largos de tiempo. De igual forma, el personal debería considerar qué fallas potenciales por parte de la biblioteca podrían considerarse legítimamente causas de incumplimiento o terminación de contrato.

Tema del Acuerdo

Las partes intervinientes en un acuerdo deben ser muy específicas sobre a qué obra protegida se está concediendo la licencia.

Si se trata de una base de datos de investigación en línea, por ejemplo, un licenciatario debe asegurarse que la licencia permitirá a los usuarios acceder a los textos completos de los artículos, y no sólo a los resúmenes o extractos. Si el recurso es algo que debería contener una tabla de contenido, índice o imágenes, el licenciatario debería asegurarse que estos es-

tán también incluidos en la licencia. Si hay imágenes, habría que determinar si pueden ser vistas y/o impresas en blanco y negro o en color.

Utilización de Derechos en el Acuerdo

Los acuerdos de licencia a menudo incluyen cláusulas que reservan al licenciante los derechos exclusivos de todos los usos de las obras protegidas que no están específicamente mencionadas en el acuerdo. Un licenciataria debería, por lo tanto, considerar todos los usos posibles que podría querer en la obra protegida, antes de la negociación. Estas disposiciones del uso de derechos son la parte más importante del acuerdo de licencia porque controlan lo que el acuerdo realmente le permite hacer al licenciataria.

Cuando se trata de un recurso electrónico, algunos derechos de uso básicos incluyen: búsqueda y navegación en la base de datos, ver y descargar material, reenviar artículos a otros, imprimir materiales e incluir un listado de los trabajos y posiblemente sus resúmenes en el catálogo propio de la biblioteca. Una biblioteca afiliada con una institución educativa puede querer asegurarse que una licencia permita a los docentes y funcionarios realizar reservas electrónicas de materiales, incluirlos en sets de cursos y distribuirlos y/o exhibir partes del material en conferencias y otras presentaciones orales.

Además, mientras en algunas jurisdicciones está implícita la práctica legal de préstamo de materiales a otras bibliotecas o el compartir una cantidad razonable de material con colegas para propósitos educativos, un licenciataria no puede normalmente compartir materiales protegidos para usos comerciales. Si deseara hacer esto, tendrá que negociar ese derecho e incluirlo en el acuerdo. Si es necesario modificar un trabajo con el propósito de cumplir con normas locales,

una biblioteca debería asegurarse que dicha modificación no entre en conflicto con los derechos morales del autor.

Los licenciatarios deben ser especialmente cuidadosos en un punto final. Muchos acuerdos de licencias tienen el efecto de reemplazar el conjunto de excepciones y limitaciones (módulo: Derechos, Excepciones y Limitaciones) correspondiente a las obras referidas en la licencia. De esta forma, el licenciatario no debería suponer que continuará disfrutando los derechos de uso incorporados en esas excepciones y limitaciones. Si el licenciatario desea retenerlos, se debe insistir en la inclusión en el acuerdo, de una cláusula que mantenga esos derechos.

Otras Condiciones sobre Usos Autorizados

Un licenciante podría querer limitar ciertos usos relativos a ubicación o frecuencia de acceso. A cambio del derecho a imprimir en forma ilimitada el material protegido, por ejemplo, un licenciante podría querer una compensación adicional. En este caso, un licenciatario puede negociar el derecho a cobrar a sus usuarios una tarifa para compensar los costos del copiado o de la impresión. Una biblioteca debería también determinar quiénes serán sus usuarios y dónde podrán tener acceso a un recurso determinado. Por ejemplo, podría querer que sus usuarios puedan acceder al material protegido desde cualquier computadora o únicamente desde las que están ubicadas en la biblioteca. También debería decidir si el acceso al material protegido, o algunos usos del mismo, requieren una contraseña o será accesible al público.

Obligaciones del Licenciante

Las obligaciones del licenciante se refieren a los compromisos que éste tiene con su licenciatario. Esta cláusula es muy importante cuando se trata de recursos electrónicos.

Por ejemplo, para un suscriptor de una revista en línea, base de datos u otros recursos, es razonable esperar que el material pueda ser accesible casi las 24 horas del día, todos los días. Si la biblioteca tiene una licencia de software, probablemente considere negociar el derecho a tener una copia de respaldo de ese programa.

En cualquiera de los casos, los acuerdos de licencia para materiales electrónicos generalmente incluyen algún tipo de obligación por parte del licenciante para proveer de soporte técnico al licenciatario. Considerando que el licenciante y el personal de soporte técnico pueden estar en otro país, un licenciatario debería asegurarse que ese apoyo técnico estará disponible durante las horas pico de la biblioteca.

En relación a esto, la mayoría de los recursos en línea tienen períodos de inactividad durante los cuales el personal técnico del licenciante actualiza los materiales en línea. Es conveniente que el licenciatario se asegure que esto no se realiza normalmente durante las horas pico de la biblioteca. Cuando un servicio en línea u otro recurso electrónico no está disponible por un período de tiempo importante, los acuerdos de licencias generalmente incluyen una cláusula de multa que exige al licenciante, reembolsar parcialmente la cuota de suscripción del licenciatario.

Con frecuencia, los licenciantes están obligados a proporcionar una "auditoría de uso" a los licenciatarios, en forma periódica. Se trata de un informe que notifica al licenciatario, cómo sus usuarios están haciendo uso de la licencia del programa o de la base de datos. Estos informes pueden asistir al personal de biblioteca en las futuras negociaciones sobre licencias, y les permite determinar mejor qué características y uso de materiales con licencia son considerados más valiosos por parte de los usuarios de la biblioteca. Al realizarse auditorías de uso, las partes podrían incluir reembolsos al licenciatario por períodos de tiempo que el material se utiliza

poco, y tarifas adicionales para el licenciante por períodos de uso excesivo.

Por último, un licenciatario debería asegurarse que la licencia incluye una **garantía** y una **cláusula de indemnización**. Estas cláusulas determinan que el licenciante garantiza que tiene la autoridad para otorgar los derechos incluidos en la licencia y acepta la responsabilidad por cualquier reclamación realizada por personas u organizaciones que en el futuro pudieran presentar una demanda por vulnerar los derechos.

Términos, Finalización y Renovación de una Licencia

Las partes negociantes deben especificar la duración deseada de la licencia. Si la biblioteca quisiera tener acceso a una base de datos a perpetuidad, por ejemplo, debe asegurarse de incluir una cláusula que lo indique en el acuerdo de licencia.

Como se expresó anteriormente, las partes también deben redactar una lista de las condiciones que conducirían a la terminación de la relación de licencia. Esto podría requerir que las partes redactaran un acuerdo de finalización de contrato, que especificaría el procedimiento a seguir en el caso de la terminación, incluidos los costos que cada parte podría cobrar. Si un acuerdo queda finalizado porque el licenciante no pudo ofrecer el material acordado al licenciatario, por ejemplo, las partes redactarán una fórmula para compensar a este último.

Si bien la mayoría de los acuerdos de licencia incluyen una disposición que estipula una renovación automática de la relación de licencia, muchas no garantizan que se mantendrán los mismos términos en el siguiente período de suscripción. Un licenciatario debería asegurarse que, si los términos de la suscripción del periodo anterior cambian, la cláusula de renovación incluya una obligación por parte del licenciante a

notificar al licenciatarario sobre dichos cambios, antes de comenzar el nuevo período de suscripción.

Finalmente, es esencial comentar sobre los derechos de la biblioteca si la licencia no es renovada. Por ejemplo, si la licencia corresponde a una colección de revistas académicas, ¿la biblioteca continuará teniendo acceso a los ejemplares anteriores, o se interrumpirá el acceso a todas esas revistas?

Si ocurre esto último, y el licenciante se rehúsa a ceder en este punto, la biblioteca podría considerar seriamente la adquisición de la versión impresa de las revistas en lugar de (o posiblemente, además de) la suscripción en versión en línea.

Tarifas

Las tarifas por concepto de suscripciones a revistas, bases de datos en línea u otros recursos se pagan, generalmente, anual o mensualmente. Cuando se otorgan licencias a bibliotecas u otras grandes instituciones educativas, los licenciantes normalmente consideran el tamaño de la institución, el número de usuarios y el número de páginas que se descargan de Internet para determinar la tarifa de suscripción apropiada.

Los licenciantes de revistas en línea y bases de datos electrónicas varían ampliamente en cuanto a su flexibilidad para llegar a un acuerdo. Algunos están dispuestos a negociar las tarifas, otros presentan varios ofrecimientos, y otros ofrecen únicamente una sola forma. Una tarifa de suscripción podría incluir el uso ilimitado de los materiales ofrecidos, un uso limitado para un propósito particular, un acuerdo de pago por uso, o una combinación de estos.

El acuerdo de pago por uso podría fijar una tarifa para cada acceso al sitio, cada vez que un usuario busca información, o podría permitir acceso ilimitado pero cobrando a los

usuarios o a las instituciones suscriptas cada vez que se baja información. Las universidades frecuentemente adquieren lo que se denomina una **licencia de sitio Web**, que otorga a todos los miembros de la comunidad universitaria acceso al material por una tarifa fija.

7.5 Gestión Colectiva

7.5.1 Propósito y Funciones de las Organizaciones de Gestión Colectiva

El sistema de licencias individuales detallado en la sección anterior es sencillo: el titular del derecho de autor autoriza el uso de una obra a un licenciataria bajo condiciones específicas. Sin embargo, debido a que la licencia de derecho de autor generalmente incluye trabajos de amplia distribución, las licencias individuales pueden resultar complicadas y prohibitivamente costosas.

No sería práctico, por ejemplo, para el titular del derecho de autor de una canción popular, intentar responder a las miles de solicitudes de licencia provenientes de estaciones de radio de todo el mundo.

Como resultado, los titulares generalmente permiten a **organizaciones de gestión colectiva** (también conocidas como sociedades de gestión colectiva) que otorguen licencias, controlen el uso de material protegido y recauden y compartan en su nombre, las compensaciones procedentes de licenciarios.

Esto permite a los titulares ejercer sus derechos de la forma más eficaz posible, ya que otorgan muchas más licencias que en el caso del sistema individual. También se benefician del poder de negociación de una organización que realiza la transacción en nombre del titular y de muchos otros autores y pueden iniciar demandas por concepto de infracciones contra personas u organizaciones que utilicen obras protegidas sin autorización.

Los licenciarios pueden también beneficiarse a través del servicio de las organizaciones de gestión colectiva porque proporcionan a los usuarios un acceso conveniente a grandes colecciones de materiales. Una estación de radio que en su programación diaria desee transmitir música de todas partes del mundo, no podría hacerlo si tuviera que buscar y adquirir los derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos de cada pieza musical, pero puede hacerlo fácilmente a través de un número reducido de organizaciones de gestión colectiva. Sin embargo, los licenciarios deben considerar que la mayoría de estas organizaciones actúan como agentes para los titulares; su principal objetivo es maximizar los ingresos de los titulares. No deben considerarse como una especie de árbitros neutrales.

Un titular de derechos de autor que utiliza una organización de gestión colectiva para algunos, pero no todos sus derechos, se compromete a una gestión colectiva parcial. Nuevamente, los derechos exclusivos de un titular significan que puede por sí mismo decidir si autoriza o prohíbe cualquier uso que cubra sus derechos. En principio, esto le da al titular flexibilidad en la decisión, si decide utilizar los servicios de una organización de gestión colectiva, sobre exactamente qué funciones realizará en su nombre. En la práctica, sin embargo, algunas organizaciones de gestión colectiva exigen al titular participante que ceda a la organización, sus derechos sobre una obra protegida. En estos casos, los autores no podrán realizar contratos de licencias sobre esas obras con otras personas, excepto a través de dicha organización.

Las organizaciones de gestión colectiva pueden también proporcionar beneficios de bienestar social a sus miembros, además de la retribución por concepto de regalías, como por ejemplo seguros médicos y planes de retiros jubilatorios. Pueden también utilizar parte de la retribución que recaudan como fondos para festivales de teatro, competencias musicales, o la producción o exportación de trabajos nacionales.

7.5.2 Gestión Colectiva Obligatoria

Los sistemas de gestión colectiva obligatorios aseguran que los beneficios de la gestión colectiva realmente se cumplan. Si una organización de gestión colectiva no tiene los derechos de un número importante de trabajos dentro de su área específica, entonces no sirve al valioso propósito social de realizar acuerdos de licencias para un número importante de obras en un solo contrato.

Como resultado, algunos países deciden que la gestión colectiva para ciertos tipos de obras sea obligatoria. Esto ocurre normalmente cuando su uso está dirigido a un propósito público importante o los trabajos se emplean principalmente para propósitos que no son comerciales. En tales situaciones, la recaudación por derechos se realiza a través de impuestos al equipo de copiado, o una tarifa predeterminada que abonaran los usuarios (como compañías, bibliotecas o universidades) a las sociedades de gestión colectiva. Esa recaudación se distribuye posteriormente entre los titulares del derecho de autor, de acuerdo a la frecuencia de uso de la obra. Las organizaciones de gestión colectiva, y las organizaciones de gestión colectiva obligatoria son a veces criticadas por sus complejas normativas y falta de transparencia en la recaudación y distribución de regalías.

Las áreas en las que normalmente se realiza la gestión colectiva obligatoria son:

- derechos conexos en interpretaciones públicas, radiodifusión y transmisión por cable de grabaciones sonoras
- derechos de préstamo público
- derechos de reproducción reprográfica para obras literarias

El segundo y tercero de los mencionados anteriormente resultan especialmente importantes para las bibliotecas. El

tema de los derechos de préstamo público se abordó en otro módulo. Como se describió, estos derechos son actualmente reconocidos en muy pocos países fuera de Europa, y representan un riesgo para el objetivo esencial de las bibliotecas en los países en vías de desarrollo. La gestión colectiva de esos derechos, en particular si las tarifas por concepto de licencias las paga el gobierno, reduce esos riesgos, pero sería probablemente mejor si los derechos de préstamo público no se extendieran a los países en vías de desarrollo.

Los derechos de reproducción, por el contrario, están reconocidos en todos los países. La gestión colectiva de esos derechos pueden resultar beneficiosas, especialmente para las bibliotecas, a quienes les sería difícil negociar licencias individuales para todos los casos en los cuales tuvieran que reproducir materiales de sus colecciones, y no puedan apelar a las excepciones o limitaciones. A las organizaciones que cumplen esta función se las denomina comúnmente Organizaciones de Derechos de Reproducción (RRO – Reproduction Rights Organizations). Sus funciones se presentan en detalle en el siguiente manual: EIFL Handbook on Copyright and Related Issues for Libraries.³⁴

Algunos reformadores han propuesto la utilización de la gestión colectiva obligatoria para la distribución de trabajos en Internet a través de las redes entre pares (peer-to-peer Networks), argumentando que este sistema beneficiaría a los usuarios (legalizando la posibilidad de compartir archivos de material protegido – algo ilegal en la mayoría de los países), y a los autores (proporcionándoles una fuente de recaudación confiable).

Una importante y a veces atractiva variante del modelo de gestión colectiva obligatoria se la conoce como “gestión colectiva extendida”. Un sistema de este tipo permite a una organización acordar licencias de obras de todos los titulares de cierta clase de autoría si representa a un amplio porcentaje de miembros de esa clase. Esto generalmente incluye titulares extranjeros y quienes no son miembros.

34 <http://www.eifl.net/eifl-handbook-copyright-english>

Las organizaciones de gestión colectiva a menudo acuerdan con organizaciones colegas de otros países representando a sus colecciones. A veces, estas organizaciones están establecidas en forma de redes internacionales. Ejemplos de esto son la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y la Federación Internacional de Organizaciones de Reproducción Reprográfica (IFROO). Estas redes normalmente participan activamente en las negociaciones sobre nueva legislación de derechos de autor a nivel nacional e internacional.

7.6 Medidas de Protección Tecnológica

Últimamente, los titulares de derechos de obras que se distribuyen en formato digital, como software, grabaciones sonoras digitales, videograbaciones digitales y libros electrónicos, están muy disconformes con los derechos que la legislación sobre derechos de autor les otorga y buscan mejorarlos con Medidas de Protección Tecnológica (TPM). Una manera simple de lograrlo es a través de un control de copia – una tecnología, que a menudo combina hardware y software, y evita la reproducción de la misma a quien la posea.

Una forma más compleja es un control regional – por ejemplo, un mecanismo que limita las partes del mundo en las cuales un DVD puede reproducirse. Y últimamente se han diseñado formas más elaboradas de estas medidas de protección tecnológica.

La invención de estas medidas mejora mucho los derechos de los titulares. Pero se descubrió que los usuarios empleaban otras tecnologías para burlar las medidas de protección tecnológica, haciéndolas inútiles. Para reprimir lo que sucedía, recurrieron una vez más al sistema legal.

En la WCT de 1996, se logró un instrumento importante: la exigencia de que todos los países miembros adoptaran prohibiciones a las acciones en contra de las medidas de protección

tecnológica. Esta exigencia fue reforzada por acuerdos regionales. Por ejemplo, la Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea del 2001 y el Acuerdo Bangui revisado (Anexo VII, Título I, Parte Cinco), que regula a 15 países francófonos de África, incluyen disposiciones de este tipo.

Muchos países que están obligados por uno u otro de estos acuerdos han incorporado a sus leyes nacionales, prohibiciones sobre actitudes en contra de las medidas de protección tecnológica. Los términos de estas disposiciones varían considerablemente, especialmente en lo referente a las multas impuestas y a las excepciones que se reconocen. Actualmente, 26 países tienen disposiciones que específicamente eximen a las bibliotecas de la responsabilidad de esas medidas en circunstancias específicas. En otros países, los bibliotecarios están obligados a confiar en exenciones más generales.

Las medidas de protección tecnológica y las normativas para reforzarlas tienen muchas desventajas desde el punto de vista de las bibliotecas y de la sociedad, en general:

- evitan la realización de muchas actividades que las legislaciones sobre derecho de autor permiten. Como resultado, hacen fracasar políticas sociales importantes amparadas por las excepciones y limitaciones presentadas en otro módulo.

- Debido a que las medidas de protección tecnológica son generalmente de uso privado, impiden la interoperabilidad de obras creativas y productos electrónicos de consumo que se obtienen de distintas fuentes.

- Cuando las tecnologías en las cuales se basan, se vuelven obsoletas, frustran el acceso de los usuarios a las obras protegidas.

Para un tratamiento más extenso de las medidas de protección tecnológica y los riesgos para las bibliotecas, ver el manual de EIFL.³⁵

35 <http://www.eifl.net/eifl-handbook-copyright-english>

7.7 Obras Huérfanas

A veces ocurre que un licenciatario quisiera tener una licencia de una obra en particular pero no puede localizar al titular del derecho de autor. Esto puede ocurrir por varias razones. El nombre del autor no aparece en el documento. El documento se pudo haber publicado en forma anónima. El autor puede haber fallecido y no se sabe quién es la persona que heredó sus derechos. O el autor puede haber cedido sus derechos al editor, quien se retiró del negocio sin un sucesor. En tales casos, se dice que se trata de una **obra huérfana**.

Un número reducido de países han implementado sistemas que hacen posible la utilización de obras huérfanas. Por ejemplo, en Canadá, quienes deseen usar trabajos así, tienen que solicitar una licencia al Comité de Derechos de Autor.

Los solicitantes deben primero demostrar que el esfuerzo razonable para localizar al titular fue infructuoso. Si la obra fue publicada previamente, el Comité de Derechos de Autor otorgará al solicitante una licencia de no exclusividad (con vigencia únicamente en Canadá), para utilizar la obra. La licencia está limitada a tipos de usos específicos, y requiere que el solicitante realice el pago de una cuota asignada por concepto de regalías. Este pago puede ser reclamado por el titular del derecho de autor, dentro del plazo de 5 años después de la transacción, en el caso de que éste apareciera.

Los países nórdicos de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia también promulgaron normas que regulan las licencias de obras huérfanas. En Dinamarca, por ejemplo, se realiza a través de una organización de gestión colectiva. La ley de Derechos de Autor en Dinamarca estipula que un interesado en el uso de una obra huérfana puede arreglar el pago con una organización de gestión de derechos, con la condición que la organización represente a un "número importante" de titulares de derechos de autor daneses.

Los pagos que se efectúan a estas organizaciones pueden ser reclamados por el titular, en un plazo de cinco años, y las regalías no reclamadas referidas a obras huérfanas, se donan a programas de obras públicas.

Japón es otro país que implementa un régimen de licencia para el uso de obras huérfanas, incorporando un sistema de licencia obligatoria para este tipo de obras, codificadas en la Sección 8, Artículo 67 de su legislación sobre derechos de autor. Japón exige que un usuario eventual realice las "debidamente etapas" para intentar localizar al titular, pero no explica cuáles son las "debidamente etapas". Al igual que Canadá, Japón requiere que la obra haya sido previamente publicada, y permite al gobierno otorgar una licencia al usuario mediante el pago de regalías. Lo recaudado forma parte de un fondo que pueden recibir los titulares como compensación, si posteriormente descubren y objetan ese uso. Es de destacar que el titular puede solicitar al gobierno un aumento en la tarifa por concepto de derecho de autor, dentro de los tres meses de haber sido otorgada, si se entera de este uso y considera que el monto no le satisface.

Otros países no tienen actualmente disposiciones legales que traten el tema de obras huérfanas, pero podrían promulgarlas en un futuro próximo. La legislación estadounidense³⁶ trató este tema en el Congreso. La propuesta limitaba los recursos referidos a demandas civiles sobre el uso de obras protegidas, siempre que: (1) el usuario haya hecho esfuerzos razonables, pero infructuosos, para localizar e identificar al titular, y (2) la obra fuera atribuida al titular (si se identifica pero no se localiza). Esta propuesta fue muy criticada por muchos académicos³⁷ y se opusieron los representantes de fotógrafos.

En abril del 2008, el Grupo de Expertos de Alto Nivel de la Comisión Europea publicó un informe sobre conservación

36 <http://www.govtrack.us/congress/bills/110/s2913>

37 http://lessig.org/blog/2007/02/copyright_policy_orphan_works.html

digital, obras huérfanas y agotadas³⁸, que recomendaba medidas para establecer sistemas de licencia en los estados miembros de la Unión Europea, referidas al problema de las obras huérfanas. Al mismo tiempo, un gran número de titulares de derechos y representantes de bibliotecas y archivos firmaron un Memorándum de Entendimiento³⁹ sobre obras huérfanas que expresaba el compromiso de estas organizaciones para facilitar y fomentar el otorgamiento de licencias para obras huérfanas para ciertos propósitos. Este Memorándum no es una norma legal y, por lo tanto, no es obligatorio.

Los bibliotecarios, en la mayoría de los países que actualmente carecen de un sistema para el tratamiento de obras huérfanas, presentan un marcado interés en colaborar con otros interesados en crear un sistema así. Esto es particularmente evidente en bibliotecarios que desean iniciar proyectos digitalizados para la conservación y distribución de obras antiguas que no están en formato digital y se encuentran en proceso de deterioro.

Aunque las excepciones y limitaciones presentadas en otro módulo podrían permitir a las bibliotecas realizar los mencionados proyectos de digitalización, por motivos específicamente de conservación, generalmente no les permiten que los trabajos digitalizados estén accesibles al público. Debido a esto, las bibliotecas normalmente necesitan licencias, que son imposibles de obtener cuando se trata de obras huérfanas. Es esencial encontrar una solución justa y factible.

38 Este link se encuentra roto.

39 http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/mou.pdf

7.8 De regreso al estudio de caso

Nadia y Ángela han identificado los trabajos que Ángela desea utilizar, que tienen derecho de autor y no están en el dominio público. Necesitan el permiso de los titulares para el uso que no está cubierto por las excepciones y limitaciones.

En primer lugar, tienen que identificar a los titulares. Los autores originales pueden haber acordado licencias o cedido sus derechos a un editor o a una sociedad de gestión colectiva, o la obra podría ser un trabajo para rentar. Por las razones antes, los derechos de otras personas pueden estar involucrados, tales como intérpretes musicales o personas que aparecen en fotografías (que están protegidas por el derecho de publicidad contra ciertos usos de su imagen), además del fotógrafo o la entidad que posee los derechos de autor.

Cuando no es posible obtener la información de contacto del titular de la obra, podría existir la posibilidad de localizarlo a través de oficinas nacionales de derechos de autor u organizaciones de gestión colectiva.

Una vez que los titulares sean identificados y localizados, Nadia y Ángela solicitarán el permiso para el uso de las obras. Si bien un primer contacto por correo electrónico o teléfono puede resultar de utilidad para explicar el uso que estén considerando, es probable que les soliciten una solicitud escrita que describa exactamente la obra protegida (título, autor, titular de los derechos, URL), el propósito del uso (una descripción de la utilización en el set para el curso), y las condiciones del permiso (a través de una pequeña cuota, gratuitamente, etc.). Si se deciden por una licencia amplia para una base de datos que contenga las obras consideradas, deben ser cuidadosas al evaluar los lineamientos de la negociación para tales licencias que se presentan en este módulo.

Finalmente, si no les fuera posible identificar a los titulares de los derechos de autor para algunos de los materiales, deberían consultar la legislación sobre derechos de autor en su país para comprobar si contiene alguna disposición referida a "obras huérfanas".

7.9 Recursos Adicionales

Una visión resumida de sistemas colectivos de licencia por WIPO puede verse en "Collective Management of Copyrights and Related Rights".⁴⁰

Un análisis mucho más profundo de organizaciones de gestión colectiva de derechos voluntarios puede verse en el trabajo de Robert Merges, "Contracting Into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations," 84 Calif. L. Rev.1293 (1996).⁴¹

Un examen exhaustivo de organizaciones de gestión colectiva en Europa puede encontrarse en KEA Study- Collective Management of Rights in Europe: A Quest for Efficiency (2006).⁴²

Puntos de vista favorables de licencias de gestión colectiva obligatorias, en especial como una solución al problema de obras protegidas en el sistema de redes entre pares, puede encontrarse en el trabajo de Neil Netanel "Impose a Non-commercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing," 17 Harvard Journal of Law & Technology 1 (2003),⁴³ y William Fisher, Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment (2004).⁴⁴ Un enfoque mucho más escéptico lo expresa Robert Merges en "Compulsory Li-

40 http://www.wipo.int/freepublications/es/copyright/450/wipo_pub_l450cm.pdf

41 <http://www.law.berkeley.edu/7937.htm>

42 http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/study-collective-management-rights-/study-collective-management-rights-en.pdf

43 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468180

44 <http://www.tfisher.org/PTK.htm>

censing vs. the Three “Golden Oldies” Property Rights, Contracts, and Markets” (Cato Policy Analysis No. 508, Jan. 15, 2004).⁴⁵

Un análisis serio de las ventajas y desventajas de los sistemas de gestión colectiva en Japón, puede verse en el trabajo de Salil K. Mehra, “The iPod Tax: Why the Digital Copyright System of American Law Professors’ Dreams Failed in Japan,” 79 U. Colo. L. Rev. 421 (2008).⁴⁶

Una guía esencial para bibliotecarios interesados en este tema es el trabajo de Emanuella Giavarra , “Licensing Digital Resources: How to Avoid the Legal Pitfalls.

Casos

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este módulo:

UK: *Grisbrook v. MGN Limited*, High Court Chancery Division (High Court Chancery Division) (Licencias Implícitas)⁴⁷

Case C-169/05, *Uradex SCRL v. Union Professionnelle de la Radio and de la Télédistribution (RTD) and Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (BRUTELE)* (Sociedades de Gestión Colectiva. Derechos Conexos)⁴⁸

France: Decision of the French Constitutional Council no. 2006-540 DC of 27 July 2006 (Gestión de Derechos Digitales)⁴⁹

Davidson v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005) (Medidas de Protección Tecnológica)⁵⁰

45 <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-508es.html>

46 http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=1010246

47 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/2520.html>

48 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0169:EN:HTML>

49 http://www.ecln.net/documents/Decisions-France/cc_2006-07-27_no_2006-540_dc_information_english.pdf

50 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/2005%20Blizzard%20Abridged.pdf>

UK: Gilham v. R, Court of Appeal of England and Wales (Court of Appeal of England and Wales), 2009 (Medidas de Protección Tecnológica) ⁵¹

Case C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU (Obligaciones de los proveedores de servicios) ⁵²

7.10 Colaboradores

Este módulo fue elaborado por David Scott y Emily Cox. Fue posteriormente compaginado por un equipo conformado por Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

51 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2009/2293.html>

52 <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=573796>

8 – Creative Commons y otras alternativas

8.1 Objetivo del aprendizaje

La gestión tradicional de derechos de autor por lo general involucra un otorgamiento exclusivo de todos los derechos asociados con el derecho de autor, del autor al editor. El editor entonces realiza copias y las distribuye al público por un precio.

En cambio, los modelos conocidos como gratis, libre y acceso abierto (Open Access u OA en inglés), difunden las obras a ningún costo para el usuario. Este módulo describe estos enfoques alternativos, enfocándonos en la licencia Creative Commons y la política de Open Access para las publicaciones científicas.

8.2 Estudio de caso

Ángela le escribe a Nadia el siguiente mensaje: “Un profesor en nuestra universidad es el autor de uno de los artículos que quiero incluir en mi bibliografía para el curso. Sin embargo, cuando lo contacté para solicitar su permiso, contestó que ya había transferido todos sus derechos a un editor y por lo tanto no podía permitirme que copiara su trabajo. ¿Cómo puede ser posible que una persona no pueda incluso autorizar el uso de su propia obra? ¿Qué podría hacerse para evitar esta situación en el futuro?

¿Cómo debería responder Nadia?

8.3 El Bien Común Físico y Digital

Los objetos físicos son por lo general escasos y no rivalizan. Eso significa que hay un número limitado de tales objetos y que su uso, disminuye la cantidad total que puede con-

sumirse. Por ejemplo una manzana puede ser ingerida por una sola persona y al hacerlo, un número menor de manzanas está disponible para el consumo de otras personas.

En cambio, los productos intelectuales regulados por la legislación de derecho de autor, habitualmente **no generan competencia**. Una novela por ejemplo, puede ser leída y disfrutada por un número ilimitado de personas.

La tecnología digital ha reducido bruscamente los costos de realizar copias materiales de los productos intelectuales y de esa forma ha destacado el carácter no competitivo de esos productos. Para continuar con el ejemplo, si la novela se encuentra en un formato electrónico, un número ilimitado de copias pueden realizarse y distribuirse a bajo costo.

La amplia distribución de productos intelectuales es beneficiosa para la sociedad. Si esa distribución generalizada puede llevarse a cabo a precios reducidos, ¿por qué la ley no lo permite? Como vimos en otros módulos, la respuesta convencional es que la prohibición para realizar copias es necesaria y así en primera instancia, preservar los incentivos para que los novelistas escriban novelas.

En un creciente número de contextos, los reformistas están desafiando esta respuesta. Los autores de las obras -o algunos tipos de obras-, puede que no necesiten todos los derechos que les brinda la legislación de derecho de autor para estar motivados a producir obras creativas. En tales escenarios, la legislación de derecho de autor puede hacer más daño que bien. Para lidiar con este tipo de situaciones, los reformistas han desarrollado varios sistemas que faciliten una difusión más amplia de los usos de las obras creativas que los que contempla el sistema de derecho de autor. Este módulo describe esos sistemas.

8.4 Licencias de Software Libre

La mayoría de los programas de software se distribuyen bajo rigurosos términos de uso. Es más, su código fuente _el código que permite que funcione el programa_, es **cerrado**. Como resultado, los programadores no pueden estudiar el código para entender cómo funciona, para solucionar errores o para adaptarlo a sus necesidades.

Un enfoque radicalmente diferente del software fue desarrollado en primera instancia por Richard Stallman cuando era investigador en el Massachusetts Institute of Technology. Stallman se indignaba cuando no podía modificar el software de una impresora en su oficina que no estaba funcionando adecuadamente. Motivado por esto y otras experiencias, Stallman creó la Licencia General Pública GNU-GPL, que significa GNU no es Unix (Gnu is Not Unix-General Public Licence). Unix es el nombre de un popular sistema operativo "cerrado". Más específicamente, la GNU-GPL permite a los usuarios ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software a lo que se aplica. Más específicamente, la Licencia General Pública GNU le otorga a los usuarios cuatro tipos de libertades¹:

- Libertad 0. La libertad de usar el programa para cualquier propósito.

- Libertad 1. La libertad de estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a tus necesidades. El acceso al código fuente es un prerequisite para esto.

- Libertad 2. La libertad de redistribuir copias del programa y así ayudar al prójimo.

- Libertad 3. La libertad de mejorar el programa y dar a conocer sus mejoras al público (y las versiones modificadas en general), para el beneficio de toda la comunidad. Acceso al código fuente es un prerequisite para esto y las modi-

¹ <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

ficaciones deben ser compartidas con el mismo grado de libertad.

¿En qué sentido, exactamente, se otorga en estos términos el acuerdo de licencia en forma "libre"? Stallman sugiere que una claridad analítica podría mejorarse al diferenciar dos significados de "libre" -- uno que aparece en la frase "libre expresión"; y otro que aparece en la frase "cerveza gratis". Algunos especialistas distinguen estos conceptos al usar el término francés **libre** (queriendo significar libertad) y **gratis** (que significa a ningún costo). Confiando en esta distinción, Stallman argumentaba que el software libre era "libre" en el primer sentido pero no necesariamente en el segundo. En otras palabras, algún "software libre" se vende por una tarifa. En la práctica, la mayoría del software libre es "libre" en las dos acepciones, en otras palabras, es a la vez libre y gratis.

Existen muchos incentivos que llevan a la creación de software libre. Un desarrollar de software puede hacerlo por entretenimiento. Puede ser llevado por el deseo de contribuir al dominio público. Puede querer forjarse una reputación como programador. Puede distribuir gratuitamente el software pero cobrar a los usuarios para adaptarlo a sus necesidades. Los economistas continúan discutiendo si diferentes incentivos de este tipo son suficientes para sustentar un negocio viable. Mientras tanto, los negocios que se basan en este enfoque son florecientes.

8.5 Creative Commons

Introducción

Creative Commons es una organización no lucrativa creada en 2001 por un grupo de académicos y activistas. Fue fundada y dirigida durante mucho tiempo, por el reconocido especialista en ciber derecho Lawrence Lessig.²

2 <http://lessig.org/>

Creative Commons brinda a los autores formas convenientes de autorizar usos específicos de sus trabajos al mismo tiempo que retiene el control sobre sus usos. En otras palabras, les permite crear fácilmente sus propias licencias, minimizar el problema de las obras huérfanas, y contribuir a la cultura y la libre expresión.

Licencias

Creative Commons (CC) confiere un conjunto de 6 licencias que los autores pueden elegir en línea.³

Las licencias CC son una combinación de una, dos o tres de los siguientes 4 elementos:

- Reconocimiento (BY): Ud. permite que otros usen su obra únicamente si citan la obra en la forma que Ud. solicita. Esta condición es requerida para todas las licencias Creative Commons.

- No Comercial (NC): Ud. permite que otros utilicen su obra únicamente para fines no comerciales. Esto no significa que las obras no puedan usarse con fines comerciales, pero para ello se debe obtener una licencia por separado, que permita el uso comercial de la obra.

- Obras No Derivadas (ND): Ud. permite a otros copiar, exhibir, y ejecutar únicamente copias textuales de la obra, no obras derivadas basadas en ella. El derecho de hacer adaptaciones puede acordarse a través de una licencia separada.

- Compartir bajo la misma licencia (SA): Ud. permite que otros hagan obras derivadas de su obra original pero las obras derivadas únicamente se pueden distribuir bajo los mismos términos que la licencia que regula la obra original, o una licencia que es compatible con esos términos. SA se usa para evitar que la gente tome algo de un bien común y

3 <http://creativecommons.org/choose/>

luego tome el control de ello usando una licencia más restrictiva.

Las licencias del tipo “obras no derivadas” y “compartir bajo la misma licencia”, no son compatibles y no pueden encontrarse en el mismo documento. Esto es debido a que no tiene sentido decirle a alguien que puede incorporar su obra derivada a otro trabajo y compartirlo, y decirle al mismo tiempo, que no puede hacer copias derivadas del mismo.

Todas estas licencias son no exclusivas. En otras palabras, los autores son libres de llegar a otro acuerdo con determinados usuarios. Por ejemplo es posible, para los titulares del derecho de autor quienes han otorgado licencias CC, iniciar tratativas para otorgar licencias pagas no contempladas en la licencia CC en cuestión. De esta forma, un letrista puede liberar su música en forma gratuita en Internet y aún cobrarle a una compañía por usar su obra en un comercial.

Las licencias Creative Commons no tratan los derechos morales del autor en país alguno excepto Canadá. Por lo tanto, una obra que esté protegida por la licencia Creative Commons más liberal, puede aún estar sujeta a ciertas restricciones de uso, de acuerdo con las provisiones de derecho de autor que tenga su país concerniente a los derechos morales.

Creative Commons, al igual que el régimen de derecho de autor en su totalidad, no cuenta con un sistema de registro; meramente les brinda información a los autores que desean licenciar sus trabajos en formas no tradicionales.

El sitio Web de Creative Commons brinda un simple cuestionario para que los creadores respondan cuáles de las libertades quisieran otorgar sobre sus obras. Luego les proporciona a los creadores una elección de las licencias adecuadas a elegir. El cuestionario permite además que el autor especifique las leyes del país que regularán las licencias. Actualmente, la licencia Creative Commons ha sido traducida o

“trasladada” a las leyes de 52 países y en muchos países se encuentra en desarrollo.

Una vez que un autor ha seleccionado una licencia, él puede adjuntar la misma a las copias de su obra, advirtiendo así a los usuarios sobre lo que pueden hacer, o no. Si una obra es (o se ofrece a través de) un sitio Web, el autor puede adjuntar la licencia a través de un código en HTML, código que se genera con la creación del logo de Creative Commons que reenvía al link de la licencia correspondiente.

Formatos de Licencias Creative Commons

Cada una de las licencias CC está disponible en tres formatos convenientes para su uso en línea:

- Una versión legible por máquina o código digital que está embebido en el logo de Creative Commons e informa a otras computadoras sobre la licencia.

- Un código legible por el ser humano, o el texto de la licencia (un sumario explicando los principales derechos y libertades, junto con íconos que corresponden a los elementos seleccionados), disponible a través del link incrustado en el logo.

- El código jurídico (una licencia de varias páginas escrita en lenguaje legal, detallando las cláusulas que están representadas por los íconos), disponible a través del vínculo al final del código legible por el ser humano.

Las licencias Creative Commons pueden usarse para trabajos realizados y distribuidos también “off line”. Por ejemplo, una obra creada en el mundo físico puede tener una licencia física adjunta que exprese: “Este trabajo está licenciado bajo la licencia Creative Commons BY-SA. Para ver una copia de esta licencia, visite el sitio Web de Creative Commons”. Lamentablemente, los trabajos “off line” no pueden ser incluidos en el buscador de Creative Commons, que cataloga las obras gratuitas disponibles en el sitio Web.

Hay una extensa explicación sobre cómo adjuntar las licencias Creative Commons a las obras en el sitio Web.⁴

El alcance de la Licencia.

Una licencia Creative Commons únicamente se aplica a los materiales que tenga los derechos del licenciante. No se aplica al material que el licenciante haya adquirido de otras fuentes y de los cuales no tenga los derechos.

Supongamos que un profesor prepara una presentación en PowerPoint, la cual piensa usar para la enseñanza en clase. Él descarga algunas fotos de Internet para ilustrar sus argumentos y las inserta en su presentación, creyendo, plausiblemente, que el uso de fotografía para la enseñanza cae dentro de algunas de las excepciones y limitaciones contenidas en la legislación de derecho de autor de su país. Él adjunta una sencilla licencia CC de "Reconocimiento" para cada una de sus diapositivas. En otras palabras, le otorga a cualquiera, el permiso de usar sus diapositivas para cualquier fin en tanto que le de crédito. Uno de sus alumnos obtiene una copia digital de la presentación y la envía a un amigo que trabaja para una compañía con fines de lucro. El amigo encuentra útiles las transparencias y distribuye copias de ellas en un evento comercial de ventas. Muy probablemente, el amigo habrá violado la legislación de derecho de autor del país. ¿Por qué? Porque la licencia Creative Commons no se aplica a las fotos y su reproducción para fines comerciales probablemente no cae dentro de las excepciones y limitaciones.

Este principio no es ampliamente entendido y la misma versión formal de la licencia Creative Commons no es muy clara en este punto. Para evitar confusiones, lo mejor es que los licenciantes que usan las licencias Creative Commons, especifiquen qué es lo que cubren o no esas licencias.

4 <http://wiki.creativecommons.org/Marking>

8.6 Otros proyectos Creative Commons

Creative Commons Internacional

El equipo Creative Commons International (CCi)⁵ coordina el proceso de traducir las licencias Creative Commons a otros idiomas y adaptarlas a otros sistemas legales. Esto es un proceso complejo y desafiante. CCi proporciona además personal para trabajar con las comunidades de usuarios locales y los gobiernos, a los efectos de incrementar la comprensión y uso de las licencias CC. Los equipos locales también trabajan en conjunto con el staff de CC para mejorar las cláusulas de la licencia y el material.

Bienes Comunes Creativos en Educación y Ciencia

Otras dos divisiones del Creative Commons también se involucran en áreas especializadas: ccLearn⁶ para recursos educativos abiertos (REA en español, OER en inglés) y Science Commons⁷ para acceso abierto en ciencia.

Nuevos Protocolos en Bienes Comunes Creativos

Además de las seis licencias, Creative Commons ha desarrollado recientemente dos nuevos protocolos: CC+ y CC0.

CC+ (CC "Plus")⁸ no es una licencia sino una tecnología que ofrece a los usuarios otros derechos que no otorga la licencia CC, por ejemplo, derechos comerciales u otras garantías adicionales

CC0 (CC "Zero")⁹ es una renuncia de los derechos de autor, derechos conexos y relacionados, y de derechos sui

5 http://wiki.creativecommons.org/CC_Affiliate_Network

6 <http://creativecommons.org/education>

7 <http://creativecommons.org/science>

8 <http://wiki.creativecommons.org/CCPlus>

9 <http://creativecommons.org/publicdomain/>

generis. Una CC0 por lo tanto permite a los autores colocar sus obras en el dominio público. CC0 es a veces conocido como la opción “ningún derecho reservado”. Bajo las leyes de ciertos países sin embargo, no es posible que un autor otorgue una exención en blanco a sus derechos morales sobre su obra. Tampoco puede un autor dar una exención de derechos que otros puedan tener en relación al uso de una obra (por ejemplo, los derechos de divulgación que el sujeto de una fotografía pueda tener).

Una posible implementación para un modelo de bibliotecas digitales sería el proponer una combinación de:

Licencias CC para obras creadas por bibliotecarios: abstracts, comentarios, fotografías, mapas, otros elementos sujetos a derechos de autor con una estructura editorial;

Licencias CC para obras creadas por los usuarios: comentarios, abstracts, críticas, participación en blogs;

Licencias CC0 para bases de datos de obras en el dominio público a las cuales las bibliotecas les hayan agregado materiales potencialmente sujetos a derecho de autor.

8.7 Implicancias para Autores y Usuarios

Los autores que consideren solicitar licencias Creative Commons para sus creaciones, deberían considerar lo siguiente:

Las licencias están basadas en el derecho de autor y por ello, se aplican únicamente a obras protegidas por los derechos de autor.

En muchos países, las sociedades de gestión colectiva requieren que sus miembros asignen todos sus derechos presentes y futuros de las obras, a las sociedades. Por ello, los miembros no pueden usar licencias Creative Commons, incluso para algunos de sus trabajos o algunos de sus derechos.

Muchos autores no entienden por qué los dos sistemas son incompatibles, especialmente en la industria musical.

Ellos quisieran licenciar sus derechos no comerciales en forma gratuita bajo una licencia Creative Commons, y asignar la administración de sus derechos comerciales a una sociedad de gestión colectiva. Este modelo es posible para algunas sociedades de gestión colectiva en algunos países, tales como los EE. UU., los Países Bajos o Dinamarca. Pero otras sociedades de gestión colectiva no utilizan las mismas categorías legales como Creative Commons. Por ejemplo, pueden no reconocer la distinción entre usos comerciales y no comerciales. En esos países, los autores son obligados a elegir entre uno u otro sistema.

El staff de Creative Commons y sus afiliados internacionales han estado trabajando con las sociedades de gestión colectiva con la esperanza de poder resolver estas incompatibilidades. Lamentablemente, algunas sociedades de gestión colectiva y otros interesados en el derecho de autor, son escépticos de las licencias Creative Commons y por lo tanto reacios a un avance al respecto. Sus críticas del modelo propuesto por Creative Commons incluyen:

- CC no ofrece a los autores formas para recaudar dinero; los autores deben por ello organizar por sí mismos, una forma de cobro por las actividades que caen fuera de los términos de la licencia Creative Commons.

- Creative Commons no rastrea las infracciones y no está autorizado a representar a los licenciantes en litigios o ayudarlos a aplicar las licencias.

- Las licencias Creative Commons son no revocables y el otorgamiento de la licencia es perpetuo. Los autores que emplean las licencias CC no pueden por ello luego cambiar su opinión. Pueden por supuesto, cesar la distribución de las obras o distribuirlas bajo condiciones diferentes, pero esto no afectará los derechos asociados a las copias que ya se encuentran en circulación.

- Determinar qué constituye o no un uso comercial es una cuestión difícil, y las respuestas pueden variar entre los individuos y las comunidades de usuarios.

- Es cuestionable si las licencias para jurisdicciones específicas, que han sido adaptadas para los sistemas legales nacionales, son compatibles unas con otras. Por ejemplo, algunas versiones de las licencias CC incluyen derechos morales o derechos de las bases de datos, otras no.

8.8 El Movimiento de Acceso Abierto (Open Access)

El Movimiento de Open Access (OA) busca incrementar la disponibilidad pública de los trabajos académicos. El aumento constante en el precio de las revistas científicas, forzó a muchas bibliotecas a cancelar sus suscripciones. El movimiento reclama que los autores deberían ser capaces de brindar a sus colegas, acceso gratuito para su investigación en beneficio de la ciencia y el público en general.

Las revistas OA ofrecen al público, artículos en línea en forma gratuita. Por lo general utilizan licencias en línea muy amplias, tales como la licencia de "Reconocimiento" de Creative Commons. Esta estrategia se conoce algunas veces como el "Acceso Abierto Dorado" (Gold Open Access). Debido a que renuncian a las fuentes tradicionales de ingresos, las revistas OA deben idear modelos comerciales alternativos. Algunas les cobran a los autores para publicar sus obras. Otras confían totalmente en el trabajo de voluntarios.

Algunas revistas no son OA, pero autorizan a los autores que publican sus artículos, a archivar versiones de sus artículos en repositorios institucionales implementados por sus universidades. Esta estrategia es algunas veces denominada "Acceso Abierto Verde" (Green Open Access). Algunos revistas de "Acceso Abierto Verde" también permiten a sus autores subir su obra gratuitamente, a repositorios públicos de una disciplina específica, como el Social Science Research

Network,¹⁰ en lo que concierne a políticas de derecho de autor sobre el autoarchivo, que son analizadas por el proyecto Sherpa RoMEO.¹¹ Más del 50% de las revistas con políticas de pago, les permiten a sus autores archivar los “pre-prints” de sus artículos en repositorios de acceso abierto.

Algunas revistas no permiten por lo general a los autores, subir copias de acceso abierto de sus artículos, en sus propios sitios Web. En estas situaciones, los autores deben solicitar formalmente a los editores que su contrato les permita hacer eso. Varios modelos de anexos están disponible en “SCAE,” el Science Commons Scholars’ Copyright Addendum Engine,¹² que genera un formulario para esto.

Las Instituciones de financiación pueden facilitar o imponer el uso de una o más de estas estrategias –fomentando o solicitando a los beneficiarios que hagan disponible públicamente los resultados de su investigación. Actualmente, el National Institutes of Health en los EE. UU., el European Research Council, y el Wellcome Trust en el Reino Unido, exigen a sus becarios que sus trabajos estén accesibles al público.

Las Universidades también pueden colaborar. La Universidad de Harvard ha marcado el camino en este sentido. A partir de 2008, algunos institutos dentro de Harvard les han solicitado a los integrantes de su cuerpo académico, proporcionar a la universidad una licencia internacional, no exclusiva e irrevocable, para distribuir sus trabajos universitarios para usos no comerciales. Sin embargo, un integrante de la Facultad, puede anular esta norma general obteniendo una exención para un determinado artículo.

10 <http://www.ssrn.com/>

11 <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/>

12 <http://sciencecommons.org/projects/publishing/scae/>

8.9 De regreso al estudio de caso

Ángela se queja a Nadia que no puede incluir en la bibliografía de su curso, el artículo de su colega porque él transfirió sus derechos al editor. Nadia le informa a Ángela que algunos editores tienen políticas muy estrictas, pero algunas veces los contratos editoriales son de hecho menos restrictivos de lo que los autores puedan pensar.

Juntas, consultarán la política de la revista y averiguarán así, si el artículo puede ser o no incluido. Ambas, revisarán el Sherpa RoMEO porque “brinda una lista con las condiciones del derecho de autor de las editoriales, en lo que se relaciona con el archivo de sus obras en línea”.

Finalmente, Nadia le sugerirá a Ángela que juntas, pueden proporcionar a sus colegas información sobre Creative Commons, Acceso Abierto y otros sistemas que han sido desarrollados recientemente, y que podrían en un futuro, permitirle a su colega, que el acceso a su producción sea más abierto.

8.10 Recursos adicionales

Un extenso conjunto de materiales de enseñanza sobre Software Libre y Software de Código Abierto, puede encontrarse en el sitio Web del curso original: The Internet: Issues at the Frontier. ¹³

Otras fuentes valiosas sobre software libre incluyen:

Joseph Feller et al., Perspectives on Free and Open Source Software (2007) ¹⁴

Josh Lerner and Jean Tirole, “The Simple Economics of Open Source” (2000) ¹⁵

13 http://cyber.law.harvard.edu/iif/Encouraging_the_Intellectual_Commons

14 <http://mitpress.mit.edu/catalog/item/default.asp?tttype=2&tid=11216&mode=toc>

15 <http://www.people.hbs.edu/jlerner/simple.pdf>

Eben Moglen, Faculty Presentation on Open Source, September 11, 2008 ¹⁶

Christopher Kelty, Two Bits: The Cultural Significance of Free Software (2008) ¹⁷

Wendy Seltzer, Open Source as Open Law (Presentación en powerpoint) ¹⁸

El sitio web principal de Creative Commons es: <http://creativecommons.org/>

Un amplio repositorio de fotografías disponible bajo licencias Creative Commons está disponible a través de Flickr. ¹⁹

Una completa discusión preparada en 2007 por Peter Suber sobre las diferentes dimensiones del Movimiento Open Access puede encontrarse en Open Access Overview.²⁰

El documento más importante sobre el movimiento OA es la Iniciativa del Movimiento OA de Budapest. Su historia e impacto son discutidos en el sitio Web de la Fundación Soros²¹.

Un directorio de publicaciones Open Access (DOAJ) puede ubicarse en este hipervínculo: <http://www.doaj.org/>

Una muestra de publicaciones de acceso abierto en Ciencias Médicas es la siguiente:

The Open Dentistry Journal <http://www.benthamscience.com/open/todentj/>

International Journal of Dentistry <http://www.hindawi.com/journals/ijd/>

PLoS Medicine <http://www.plosmedicine.org/home.action>

16 <http://moglen.law.columbia.edu/911/>

17 <http://twobits.net/pub/Kelty-TwoBits.pdf>

18 http://www.google.com/url?sa=U&start=1&q=http://cyber.law.harvard.edu/~wseltzer/openlaw.ppt&ei=bvqMSemGB9WDtweirqWqCw&usg=AFQjCNG-5tUD8K5tZuQFhNL6BTV_z_8LgQ

19 <http://www.flickr.com/creativecommons/>

20 Este link se encuentra roto.

21 Este link se encuentra roto. Ver link general: <http://www.soros.org/>

BioMed OA Medical Journals <http://www.biomedcentral.com/journals>

BioLine International OA Journals <http://www.bioline.org.br/journals>

Open Access Medical Journals <http://www.la-press.com/>

Open Access Emergency Medicine Journal <http://www.dovepress.com/open-access-emergency-medicine-journal>

South African Family Practice <http://www.safpj.co.za/index.php/safpj>

African Journal of Primary Health Care and Family Medicine <http://www.phcfm.org/index.php/phcfm/about>

Casos

Las siguientes opiniones judiciales examinan y aplican algunos de los principios discutidos en este módulo:

Curry v. Weekend (District Court of Amsterdam, March 9, 2006) (Licencia Creative Commons) ²²

GPL-Violations.org v. D-Link (District Court of Frankfurt 2006) ²³

Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373 (CAFC 2008) (Licencias de Código Abierto) ²⁴

8.11 Colaboradores

Este módulo fue creado por Melanie Dulong de Rosnay. Luego fue editado por un equipo que incluyó a Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

²² <http://creativecommons.org/press-releases/entry/5822>

²³ http://gpl-violations.org/news/20060922-dlink-judgement_frankfurt.html

²⁴ <http://www.law.berkeley.edu/bclt.htm>

9 – Aplicación de las normas

9.1 Objetivo del aprendizaje

Este módulo dará una visión general de lo que significa infringir el derecho de autor de otra persona y explicará las diversas formas en que puede ocurrir la infracción. También describirá algunos puntos que surgen cuando un titular decide iniciar una demanda, y cómo se inicia y concluye el procedimiento en estos casos. Se analizarán algunas disposiciones presentadas en módulos anteriores que proporcionan exenciones de responsabilidad para proveedores de servicios, incluidas las bibliotecas.

Finalmente, se considerarán las funciones apropiadas de los bibliotecarios con referencia al derecho de autor y a la aplicación de las normas.

9.2 Estudio de caso

Ángela le envía a Nadia un mensaje urgente: “recibí de un editor una carta de cese y desistimiento, reclamando que, al incluir alguna de sus obras en mi set de curso, estoy infringiendo sus derechos. ¿Qué debo hacer?

¿Cómo debería responderle Nadia?

9.3 ¿Qué infringe los Derechos de Autor?

Acciones que pueden infringir los Derechos de Autor

Como se vio anteriormente, el ejercicio sin autorización de un derecho exclusivo de un titular de derecho de autor es una infracción, a menos que el uso esté cubierto por una de las excepciones o limitaciones presentadas en el Módulo 6. Por ejemplo, la realización de una copia de un libro o una

grabación, implica el derecho exclusivo de reproducción y, si se hace sin el correspondiente permiso de una forma que no está cubierta por una de las excepciones, se estaría infringiendo el derecho del titular.

Una infracción también puede ocurrir cuando se contravienen cualquiera de los derechos morales reconocidos por la legislación de derecho de autor de un país específico. Esto puede incluir el derecho de un autor a evitar la distorsión o mutilación de su obra, el derecho a ser reconocido como el autor de un trabajo o que no se le atribuya una falsa autoría.

Infracción Directa e Indirecta

El derecho de autor distingue normalmente dos tipos de infracciones.

La infracción directa se produce cuando se ejerce uno de los derechos exclusivos del titular sin autorización o justificación legal. Como se manifestó en la sección anterior, esto incluiría la copia de un libro o una grabación sin autorización.

Sin embargo, muchos sistemas de derechos de autor también reconocen formas de infracción indirecta o "secundaria". En ciertos casos, alguien puede ser responsable por los actos de otro. Por ejemplo, en EE.UU., se puede ser responsable por "infracción indirecta" en el caso que alguien tenga conocimiento de que se está realizando la infracción y hace algo para inducir, causar o contribuir materialmente a la infracción. Se puede ser responsable de "infracción indirecta" en base a lo actuado por otra persona, aún sin un conocimiento real de la infracción, si tiene el derecho y la posibilidad de controlar los actos de la otra persona y se beneficia directamente de la infracción.

El simple hecho de proporcionar un dispositivo capaz de cometer una infracción directa, no es generalmente suficien-

te como para incurrir en responsabilidad en base a infracción indirecta. En general, si el dispositivo se utiliza para **usos que substancialmente no infringen la ley** – como una fotocopidora o una computadora, entonces el fabricante de ese dispositivo no será responsable por los actos que realicen los usuarios de tal dispositivo.

Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, el fabricante del dispositivo utilizado por otros para cometer una infracción, puede resultar responsable por “inducir” a la infracción del derecho de autor. En el caso de Metro-Goldwyn-Mayer Studios versus Grokster Ltd., la Suprema Corte de EE.UU. declaró que el distribuidor de software para compartir archivos podría ser responsable de infracción de derecho de autor si el distribuidor tenía la intención de promover el uso del software que resultó en infracciones y adoptó “medidas afirmativas” para que eso ocurriera.

Otros países también aplican responsabilidad secundaria por la infracción de derecho de autor. Además de castigar la infracción directa, por ejemplo, el Reino Unido también aplica la responsabilidad de proporcionar los medios para realizar copias sin autorización, o suministrar grabaciones de sonido o películas para que se produzca una infracción. De igual forma, en la legislación de Sudáfrica, la infracción se produce cuando se practica uno de los derechos exclusivos del titular sin la licencia correspondiente (u otra justificación legal), o se es el causante de que otra persona lo haga.

La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea

Muchos países han promulgado disposiciones “de puerto seguro” que protegen a los proveedores de servicios en línea, tales como buscadores, proveedores de servicio en Internet, bibliotecas o universidades, de la responsabilidad por infracciones a los derechos de autor cometidos por sus

usuarios. A fin de ser incluidos en estas exenciones, los proveedores de servicios deben cumplir con ciertas normas.

Algunos países le exigen a los proveedores de servicios que cumplan con la disposición denominada "**notificación y baja**" para estar debidamente protegidos. Por ejemplo, en EE.UU., si un titular considera que un archivo ofrecido por un proveedor de servicios infringe su derecho de autor, el titular puede notificar al proveedor solicitándole que el archivo sea retirado. La notificación generalmente incluye el nombre de la parte que efectúa la reclamación y una lista de los materiales que están en infracción, incluida la **URL**. También incluirá una declaración de buena fe por parte del titular en la que se destaca que los materiales contravienen sus derechos. La notificación debe concluir con una declaración jurada de la autenticidad de la notificación y de la autorización del proveedor para actuar en nombre del titular.

Al recibir esta notificación, el proveedor deberá retirar inmediatamente el material en infracción o desactivar el acceso al mismo. También se informará al responsable de la infracción sobre el retiro del material. Para el envío de esta notificación no es necesario que el titular obtenga una decisión judicial que declare que el material, en realidad, está infringiendo sus derechos.

Las disposiciones de salvaguarda permiten al individuo responsable por el contenido del archivo interponer lo que se denomina una **contra-notificación** para impugnar la notificación de baja. Si la contra-notificación asegura que el material retirado no está infringiendo los derechos de autor, el proveedor de servicios lo notificará al titular. Si el titular no presenta una demanda en el plazo de dos semanas, el proveedor puede reestablecer el acceso al material.

La Unión Europea creó un sistema de baja similar, aunque más abierto, en la Directiva 2000/31EC (Directiva sobre Comercio Electrónico) (presentada en el Módulo 2). Esta Directiva contiene diferentes normas para distintos tipos de

proveedores de servicio. Los simples "conductos" o servicios que solamente encaminan o almacenan en caché el tráfico en línea, están eximidos por completo de responsabilidad. Los proveedores que realmente organizan datos, sin embargo, están exentos únicamente si no tienen "conocimiento real" o "son concientes" de las actividades ilegales, y si - al ser notificados - actúan rápidamente para retirar o desactivar el acceso a los materiales en infracción.

Sin embargo, la pregunta de qué constituye "conocimiento real" al hospedar materiales en infracción ha permanecido por largo tiempo sin respuesta. Esto crea serios problemas. No queda claro si un proveedor de servicios que recibe una notificación de un titular por estar administrando material en infracción, puede considerarse que tiene "conocimiento real" de los materiales administrados. De igual forma, no se especifica claramente qué evidencia, si la hubiera, deben incluir esas notificaciones, y si la persona que la envía debe identificarse e incluir una declaración de buena fe sobre lo que considera infracción, y bajo qué circunstancias un proveedor de servicios está obligado a retirar el contenido para acogerse a las disposiciones de salvaguarda. El criterio de "estar conciente" de las actividades ilegales es igualmente impreciso, y no queda nada claro de qué forma los proveedores deben auto-regular y controlar los datos que administran o proporcionan acceso a los mismos a fin de ser considerados dentro de las disposiciones de puerto seguro.

La directiva de la Unión Europea es más amplia que el enfoque estadounidense en el sentido que no proporciona un enfoque paso a paso y claramente articulado para iniciar y responder a un aviso de "notificación y baja". Debido a esta falta de claridad, los proveedores de servicios cuentan con incentivos para responder firmemente a las notificaciones de baja. Además, según la Directiva, parece no existir un procedimiento fijo para que el usuario se oponga al retiro del material, ni se les exija a los proveedores que notifiquen

al usuario cuándo el material será retirado o no se podrá acceder a él.

Los criterios utilizados por otros países relativos a la responsabilidad de los proveedores con respecto a infracciones cometidas por usuarios, pueden variar substancialmente.

La legislación de Australia, por ejemplo, incluye una exención que es similar a la estadounidense. Sin embargo, no le exige a los proveedores de servicios que notifiquen a la persona que publicó el material que éste ha sido retirado.

De la misma forma, Israel posee un procedimiento de notificación y baja como parte de sus normas de puerto seguro. A diferencia de EE.UU., no exige a los proveedores de servicio retirar el material inmediatamente después de recibida la reclamación. En cambio, ofrece un plazo de tres días a los usuarios para responder a la reclamación, antes del retiro del material. Algunos países, como India, no reconocen disposiciones de salvaguarda para los proveedores de servicios por Internet, y pueden considerarlos responsables por infracciones sobre derecho de autor cometidas por sus usuarios, aún si el proveedor no está involucrado de una manera activa o directa en la infracción.

Es sorprendente cómo estas normas pueden afectar a algunas bibliotecas en los países en vías de desarrollo. La razón se basa en que algunas bibliotecas pueden contribuir a administrar o controlar las redes en universidades a las cuales están afiliadas. En estos casos, es posible que algunas de las actividades de la biblioteca puedan satisfacer los requisitos de protección de las disposiciones de salvaguarda. Si es así, los bibliotecarios deben estar atentos a los detalles de los sistemas de notificación y baja (si los hubiera), incluidos en la legislación sobre derechos de autor de sus respectivos países.

9.4 Procedimientos y Sanciones

Procedimientos Legales y Recursos

Un titular de derecho de autor puede decidir iniciar una demanda por infracción de derechos si considera que existe una transgresión a uno de sus derechos exclusivos. En general, únicamente el titular de los derechos exclusivos o un beneficiario de esos derechos, puede realizar una reclamación.

El titular puede decidir demandar a la persona o personas que cometieron la infracción directamente y/o a cualquier otra que pueda encontrarse responsable según las diversas teorías de infracción secundaria o indirecta presentadas anteriormente. En muchos países, el titular debe realizar la reclamación dentro de un cierto plazo de tiempo después de haber ocurrido la infracción, o será desestimada a través de la normativa de limitaciones. El plazo de la normativa de limitaciones varía según el país. Por ejemplo, en EE.UU. el estatuto de limitaciones para acciones que infringen el derecho de autor es de tres años, y en Australia es de seis (17 U.S.C. section 507(b); Section 134(1) of the Australian Copyright Act.)

Al comienzo del litigio, el acusado, que puede ser un usuario individual, un bibliotecario o una biblioteca, debería considerar si una conciliación es mejor alternativa que ir a juicio. Debido a que los puntos tan sutiles de un litigio en base a infracción por derechos de autor son a menudo tan complejos, la defensa contra un alegato de infracción puede resultar muy costosa. Además, debido a que algunos países permiten a los demandantes que tienen éxito en sus reclamaciones, cobrar por concepto de daños y perjuicios según lo estipula su legislación, en lugar de tener que probar los daños reales, lo que se obtiene por concepto de infracciones de derecho de autor puede ser mucho. Finalmente, la legis-

lación o tribunales, pueden también incluir los honorarios del abogado y otros costos del demandante, si éste gana el litigio.

En base a estas consideraciones, el demandado puede decidir que es mejor llegar a un arreglo con el demandante, que enfrentar unos potenciales e inciertos gastos de litigio. En un procedimiento de conciliación, una vez que las partes acordaron los términos y el demandado cumple con esos términos, el demandante retira la acción judicial. Los términos del arreglo pueden variar de modo significativo. En algunos casos, el demandante puede quedar conforme si el demandado simplemente retira el material del sitio Web. En otros casos, el demandante puede solicitar el pago de una suma de dinero, además del retiro del material en infracción. Frecuentemente, como parte del convenio, las partes acuerdan un requerimiento permanente que prohíbe al demandado incurrir en acciones similares en el futuro.

En otros casos, sin embargo, el demandado puede considerar que la conciliación no procede, y por lo tanto continuar con el litigio. A fin de ganar un pleito por concepto de infracción de derecho de autor, el titular debe probar:

- que la obra tiene derechos de autor
- que es el titular de esos derechos
- que el demandado utilizó el trabajo del demandante
- y que se ejerció el uso no autorizado de uno o más de los derechos exclusivos

Cada una de estas exigencias se comentó ampliamente en los módulos anteriores, y se repasan brevemente a continuación.

El copiado y la reproducción no autorizados es la manera más común de infracción de derechos de autor. El copiado puede demostrarse por prueba directa, pero generalmente no se puede acceder a ese tipo de evidencia. El copiado también puede demostrarse indirectamente, presentando evidencia de una similitud importante entre el trabajo original y

el trabajo copiado, y demostrando que el demandado tenía acceso a la obra del titular. El acceso puede probarse por hechos que demuestren específicamente cómo el demandado pudo haber obtenido la obra protegida. Alternativamente, puede demostrarse por el hecho de que la obra protegida era generalmente accesible y de amplia distribución. Las exigencias de similitudes sustanciales y el acceso a la misma, están interconectadas en el sentido de que cuanto más similares sean las obras, menor será la evidencia que el demandante necesitará presentar en cuanto a que el infractor tuvo acceso a la obra original.

Para la defensa contra una reclamación por infracción de derechos de autor, el demandado puede reivindicar varios puntos en su defensa y excepciones, tales como uso justo, estatutos de limitaciones, la ausencia de derechos de autor de la obra original, dominio público, la doctrina de la primera venta, disposiciones de salvaguarda, creación independiente y otras exenciones estatutarias. Se examinaron estas Excepciones y Limitaciones en otro módulo.

La mayoría de los sistemas de derecho de autor de los países proporcionan un amplio margen de compensaciones para las infracciones. Esto está estipulado en varios acuerdos internacionales. El titular generalmente puede solicitar un desagravio permanente o temporal, daños reales sufridos como resultado de la infracción, reembolso de los costos del juicio y honorarios de abogado. Finalmente, en circunstancias extremadamente excepcionales, que involucran una infracción evidente, la parte infractora puede resultar penalmente responsable y ser sancionada con multas y prisión.

Es de destacar que las demandas en base a infracciones sobre derecho de autor que resultan exitosas, son inusuales. La inmensa mayoría de los titulares se conforman con una conciliación en la cual los demandados acuerdan no continuar con lo que venían haciendo y, tal vez, abonar una moderada suma de dinero por concepto de daños. Es poco

probable que las bibliotecas sean el blanco de demandas exitosas por infracciones sobre derecho de autor. Se conocen unos pocos fallos judiciales en cualquier país, en los que una biblioteca académica o pública resultó responsable por la infracción de la legislación sobre derecho de autor. Por lo tanto, es importante que los bibliotecarios tomen conciencia de las sanciones potenciales por este tipo de infracciones, en particular para que puedan brindar un consejo confiable a los parlamentarios. Las bibliotecas en sí, no deberían sentirse demasiado preocupadas por la posibilidad de verse involucradas en una demanda.

Infracción fuera de fronteras, Extraterritorialidad, Conflicto de Leyes y Limitaciones Jurisdiccionales.

A pesar de los intentos de lograr una uniformidad en la legislación internacional sobre derechos de autor, los procedimientos legales nacionales, la obligación de presentar pruebas y la validez y cantidad de los daños varían considerablemente entre los países. Debido a estas diferencias, la decisión por parte del demandante sobre qué país y magistratura elegir para la demanda, resulta importante. Sin embargo, al decidirse por un tribunal en particular, es probable que se vea limitado por la jurisprudencia substantiva sobre derecho de autor y las doctrinas de extraterritorialidad, la elección de la legislación y el conflicto de leyes.

Por ejemplo, un titular no puede generalmente demandar en un país por actividades de infracción al derecho de autor que ocurrieron en un país diferente. Esto es debido a que, con algunas excepciones, la doctrina de extraterritorialidad significa que las leyes de un país solamente se aplican dentro de los límites geográficos de ese país. Al aplicar esta doctrina, los tribunales de EE.UU. han rechazado – casi de manera uniforme – los intentos de aplicar la legislación de

derechos de autor de EE.UU. fuera de ese país. La mayoría de los otros países han adoptado la misma posición.

La doctrina de extraterritorialidad se ha complicado, sin embargo, por las tecnologías digitales y el auge de Internet. Cuando se trata de bienes físicos, es generalmente sencillo identificar "dónde" ocurrió una infracción. Sin embargo, la infracción en el entorno digital puede implicar varias etapas que ocurren en diferentes países regulados por distintos sistemas de legislación sobre derecho de autor. Esto provoca confusión ante la pregunta de dónde tuvo lugar una infracción.

En EE.UU., los tribunales que enfrentan este tipo de problemas generalmente deciden que las leyes estadounidenses únicamente se aplican cuando el demandado está involucrado en una actividad concreta dentro del territorio de EE.UU. Pero la mayoría de los países aún tienen que enfrentar casos de este tipo. Y de qué forma los tribunales en esos países responderán, es algo incierto todavía.

Si se alega que una infracción en particular se produjo parcialmente en más de un país, un tribunal puede verse envuelto en el análisis de "conflicto de leyes" al tener que determinar la legislación de qué país regulará la infracción. Debido a que el mismo acto de infracción puede producirse en varios países diferentes, es posible que los tribunales en diferentes países puedan aplicar distintas legislaciones para la misma acción. A veces, un tribunal dictaminará que la legislación aplicable es la del país en donde ocurrió la infracción. Como tal, la ley considerará todos los elementos de la acción, sin tener en cuenta la nacionalidad del autor, el país de origen de la obra protegida, o el lugar de la primera publicación de dicha obra. Sin embargo, este criterio ha sido criticado por algunos comentaristas porque esto resultaría en la aplicación de diferentes legislaciones, cada vez que la obra cruce la frontera de un país.

Un punto de vista alternativo es el de aplicar distintas legislaciones a los asuntos relativos a originalidad, autoría e infracción – los diferentes elementos de un acto de infracción. En este enfoque, un tribunal de EE.UU. tendría que aplicar la legislación estadounidense para resolver cuestiones de originalidad de la obra, si el trabajo fue publicado por primera vez en EE.UU. La normativa aplicable por concepto de autoría, probablemente sería la ley del país que tiene la relación más importante con la obra protegida y con las partes involucradas. Finalmente, considerando el principio general de *lex loci delicti* (la ley del lugar del delito), la legislación aplicable a la infracción real probablemente sea el país en donde se produjo la infracción.

El punto de vista dominante parece ser el que los tribunales deberían aplicar la ley del lugar donde realmente se produjo la infracción. Este criterio es compatible con las limitaciones territoriales de la legislación de derechos de autor, y también con el consenso general referente a que la protección ofrecida por el derecho de autor es principalmente a nivel nacional. También es compatible con el Artículo 5 (2) de la Convención de Berna, que dispone que la protección por derecho de autor tenga que estar “regida exclusivamente por las leyes del país donde se reclama la protección”. Al mismo tiempo, la aplicación de este criterio en actos de infracción digital puede producir dificultades de aplicación legal importantes y aumentar enormemente la complejidad del caso, considerando que la distribución y reproducción facilita la difusión de obras protegidas a personas de diferentes países con distintos sistemas de legislación de derechos de autor.

En resumen, en la actualidad resulta incierto saber qué legislación regirá en qué aspectos de las querellas por concepto de derechos de autor que implican a más de un país. Estas querellas se hacen cada vez más frecuentes. Se hace

inevitable darle más atención a este tema, con la esperanza que redundará en una mayor claridad.

9.5 Las complejas responsabilidades de los Bibliotecarios

Las bibliotecas son los grandes consumidores de obras protegidas y hacen que estos trabajos lleguen al público. Aunque los bibliotecarios generalmente buscan evitar la infracción por concepto de derecho de autor en relación a sus materiales, la responsabilidad final de los bibliotecarios es la de proporcionar acceso a los materiales y a los servicios de información, y no la de aplicar la legislación sobre derechos de autor. Varias organizaciones de bibliotecas han intentado proporcionar una guía con respecto al adecuado equilibrio existente entre la protección de los derechos de los autores y servir las necesidades de los usuarios de la biblioteca.

Por ejemplo, el Código de Ética de la American Library Association (ALA), destaca que el reconocimiento y respeto por los derechos de propiedad intelectual es uno de los principios que deberían guiar la toma de decisiones éticas de los bibliotecarios. Sin embargo, el Código también enfatiza que la ALA se compromete a la defensa de los principios de la libertad intelectual y resistir los esfuerzos para censurar los recursos de la biblioteca.

El Chartered Institute of Library and Information Professionals (CILIP) del Reino Unido, respalda valores similares en su Código de Práctica Profesional. Su código exige a los miembros *“defender las legítimas necesidades e intereses de información de los usuarios, salvaguardando los derechos legales y morales de los autores y distribuidores de la propiedad intelectual.”*

Finalmente, la International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) ha hecho pública su posición con respecto a derechos de autor. La IFLA reconoce que los

bibliotecarios tienen, desde hace mucho tiempo, la función de informar y educar a los usuarios sobre la importancia de la legislación en derechos de autor y su cumplimiento. Sin embargo, también enfatiza que la sobreprotección de estos derechos conduce a restricciones insensatas con respecto al acceso al conocimiento. Se ha propuesto que la legislación sobre derechos de autor debería establecer limitaciones claras sobre la responsabilidad de terceros, tales como bibliotecarios, en casos donde el cumplimiento no puede llevarse a cabo en la práctica o de una manera razonable.

9.6 De regreso al estudio de caso

Nadia y Ángela deberían comprobar en primer lugar, si el reclamo del editor es válido. Por ejemplo, deberían verificar si el derecho de autor de la obra está vigente o si la inclusión de una copia de la obra en el set del material de curso está protegida por alguna de las excepciones y limitaciones de la legislación de su país. Si tuvieran alguna duda sobre esto, deberían consultar a un abogado. El profesional les aconsejará no solamente con respecto a si su conducta está permitida, sino también en lo referente a sanciones que podrían enfrentar si no pudieran resolver amigablemente la querrela con el editor. Con la ayuda del abogado, decidirán si tienen que retirar el material en cuestión, del set de curso.

9.7 Recursos adicionales

En “Secondary Liability for Copyright Infringement in the US”, la Prof. Jane Ginsburg aporta un buen análisis de la legislación que rige las infracciones de derecho de autor indirectas y vicarias.¹

1 http://www.law.columbia.edu/law_school/communications/reports/winter06/facforum1

El Stanford Technology Lay Review examina el mismo tema en "Interpreting Grokster: Limits on the Scope of Secondary Liability for Copyright Infringement"²

Otro buen tratamiento del mismo tema lo ofrece Jay Dratler "A Theory of Secondary Liability for Copyright Infringement" (2005).³

Un sagaz estudio con visión de futuro de las doctrinas con responsabilidad secundaria, especialmente referidas a compartir archivos, lo presenta Guy Pessach, "An International-Comparative Perspective on Peer-to-Peer File-Sharing and Third Party Liability in Copyright Law: Framing the Past, Present, and Next Generations' Questions," 40 Vanderbilt Journal of Transnational Law⁴

Casos

Las siguientes opiniones judiciales exploran y aplican algunos de los principios presentados en este módulo:

Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) (responsabilidad secundaria)⁵

CBS Songs Limited & Others v. Amstrad Consumer Electronics Plc and Anor., House of Lords, 12 May 1988 (responsabilidad secundaria)⁶

9.8 Colaboradores

Este módulo fue redactado por Dmitriy Tishyevich. Fue posteriormente compaginado por un equipo conformado por Sebastian Diaz, William Fisher, Urs Gasser, Adam Holland, Kimberley Isbell, Peter Jaszi, Colin Maclay, Andrew Moshirnia, y Chris Peterson.

2 <http://stlr.stanford.edu/pdf/CDT-grokster.pdf>

3 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=872903

4 http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=924527

5 <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/1984%20Sony%20Abridged.pdf>

6 <http://www.ipo.gov.uk/ipcass/ipcass-legislation/ipcass-legislation-copyact-1956/ipcass-cbs.htm>



Marzo, 2013. Depósito Legal N° 361.278/13
www.tradinco.com.uy

AS

El presente trabajo es una traducción y adaptación del curso: "Copyright for Librarians", realizado por The Berkman Center for Internet & Society, Harvard University y la Electronic Information for Libraries. Este currículo aparece en línea como recurso educativo abierto el 24 de marzo del 2010. Originalmente escrito en inglés, ya se ha traducido al rumano, árabe, francés, ruso y chino hasta el mes de noviembre 2012.

Las instituciones comprometidas con el proyecto, lograron que diversos especialistas en el área, elaboraran una obra académica y amena sobre la problemática del Derecho de Autor y destinada especialmente para los bibliotecarios. La misma se encuentra bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento 3.0 Unported (CC BY 3.0).

