

Limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de las bibliotecas y archivos: nuevas tendencias en el derecho comparado

Astrid Uzcátegui Angulo*

10 de enero de 2015

Homenaje

Cuando el Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez me invitó a participar en las Cuadragésimas Jornadas José María Domínguez Escovar sobre “La Propiedad Intelectual como herramienta de competitividad. Retos en una economía globalizada”, en memoria del Dr. Ricardo Antequera Parilli, no dudé en aceptar tal compromiso, sintiéndome obligada por respeto y admiración a quien fuera mi profesor en el postgrado de propiedad intelectual de la Universidad de Los Andes.

Seleccioné un tema que constituye motivo de especial atención para el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, que viene trabajando con el propósito de lograr acuerdos equilibrados sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor, entre ellos los que guardan relación con las bibliotecas y archivos, mediante un instrumento jurídico internacional adecuado, que se ajuste a la diversidad de las realidades económicas, sociales y culturales de sus Estados miembros y que no solo sirva para el momento actual, sino también para el futuro previsible.

Sumario

* Abogada, Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad de Los Andes (1996), y Doctora en Derecho en el área de Relaciones Internacionales por la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis – Brasil (2006). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (FACIJUP) de la Universidad de Los Andes (ULA); Coordinadora General de la Unidad de Gestión de Intangibles de la Universidad de Los Andes (UGIULA); Investigadora fundadora y responsable del Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas de Propiedad Intelectual (G3PI) y colaboradora en Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI), adscritos al Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL- FACIJUP-ULA). Contacto: ula.astrid@gmail.com

Introducción. 1. La incorporación de la regla de los tres pasos a la legislación venezolana. 2. Situación de Venezuela en relación con la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos. 3. Las limitaciones y excepciones en favor de las bibliotecas y archivos en el derecho comparado en desarrollo. 4. Manejo de la información en formato digital por bibliotecas y archivos. Conclusiones.

Introducción

El derecho de autor, como cualquier otro tipo de derecho de propiedad intelectual, se encuentra limitado en su duración, en su alcance y en su ejercicio, a pesar de que es frecuente tropezar con la afirmación impropia de que “el derecho de autor tiene carácter ilimitado, salvo las excepciones legalmente establecidas”, enunciado que tiene como pretensión ampliar indebidamente la dimensión de la regla y reducir a su mínima expresión las excepciones. Desde los primeros tiempos en la historia del derecho de autor se ha reconocido que éste no tiene carácter absoluto, no dura de manera indefinida, no se aplica a ciertas categorías de obras y, en ciertos casos, se limita también su ejercicio. La razón fundamental para tales limitaciones se concentra, de una parte, en la necesidad de proteger el interés público de los ciudadanos en dotarse de información y conocimiento, así como fomentar tanto el aprendizaje como el progreso de la ciencia. Y de la otra, el atender de una forma equilibrada tales necesidades frente a la obligación de remunerar a los autores por sus obras y de estimularlos para que continúen en la producción de material creativo.¹ Se ha hecho un lugar común afirmar que en la gestación y producción de las obras hay una indudable participación de la sociedad que ha proporcionado formación y medios al autor, como en la propia naturaleza del objeto protegido -la obra intelectual-, que debe quedar incorporada al acervo cultural de la humanidad, sin que ello signifique que se desconozcan los derechos morales y patrimoniales del autor.

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor varían de un país a otro. No obstante, la adaptación permitida según el orden internacional está orientada, fundamentalmente, por los criterios reconocidos en la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas; la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WCT); y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (también llamados los Tratados Internet de la OMPI).

¹ Lung, Geidy. “Excepciones de derecho de autor para bibliotecas para discapacitados visuales – Perspectiva internacional”, en *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Eduardo Salles Pimenta (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

Venezuela cuenta desde 1993 con una legislación adaptada a la orientación del Convenio de Berna, legislación que fue redactada por el Profesor Ricardo Antequera Parilli. El dinamismo impuesto por los desarrollos tecnológicos ha obligado a pensar en una revisión de las soluciones manejadas para precisar el alcance de las excepciones y limitaciones al derecho de autor. De todos es conocida la preocupación de las organizaciones internacionales vinculadas al derecho de autor sobre esta materia, especialmente los trabajos que se llevan a cabo en el seno de la OMPI y de la *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA). Estos son trabajos que se encuentran en pleno desarrollo. Las organizaciones internacionales reflejan las posiciones ideológicas y las contraposiciones de intereses que existen sobre esta materia y las cuales oscilan entre el extremo de un reclamo al “libre acceso al conocimiento” (Declaración de Berlín 2003) y una protección radical del derecho autoral, una de cuyas derivaciones ha sido la creación de las licencias “*creative commons*” que pretenden ofrecer una alternativa al régimen legal interno e internacional existente mediante un sistema contractual que permita el uso de licencias de varios tipos². También reflejan la contraposición entre los centros y países predominantemente productores de conocimiento y los centros y países predominantemente receptores del mismo.

El enfoque legislativo del derecho de autor, como un derecho ilimitado que solo tiene como linderos las limitaciones y excepciones establecidas legalmente, es un enfoque tradicional que debe ser objeto de revisión. En efecto, la elevación del derecho de autor a un rango constitucional coloca a éste en la misma jerarquía de otros derechos fundamentales de gran transcendencia, como son el derecho a la cultura, el derecho a la creación científica y humanística, el derecho a la información y el derecho a la educación, entre otros. Una situación de estas características requiere un ejercicio de ponderación, de modo que la regulación del derecho de autor deje de partir de la enunciación de un principio general y el ejercicio del resto de los derechos dejen de ocupar un puesto de excepción o limitación. La regulación constitucional venezolana ya le da al derecho de autor y a los derechos amparados por las limitaciones y excepciones una igual jerarquía, de modo que como derechos de igual naturaleza deben ser regulados.

Con el objetivo de hacer frente a la situación creada por la irrupción de nuevas tecnologías, tanto los países como los organismos internacionales se encuentran trabajando en un proceso de reforma y actualización de la legislación de derecho de autor. La primera de estas iniciativas la puso en marcha en 1996 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con la aprobación de su Tratado de Derecho de Autor

² Sin mayor rigor terminológico, la expresión *creative commons* es utilizada para indicar cuatro cosas distintas: (i) la organización norteamericana *Creative Commons Corporation*; (ii) el proyecto mundial *creative commons*; (iii) las licencias *creative commons*; (iv) las obras licenciadas como *creative commons*. Tridente, Alessandra. “Direito Autoral. Paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier Editora/ Campus Jurídico, 2009, pp. 120-122.

(OMPI, 1996), que debía ser el modelo a seguir por parte de los países para la reforma de sus legislaciones nacionales. A continuación, se fueron aprobando diferentes leyes nacionales y regionales con ese objetivo, destacando la estadounidense *Digital Millennium Copyright Act* (Estados Unidos, 1998), la australiana *Digital Agenda Act* (Australia, 2000) y la directiva europea (Unión Europea, 2001). Estos tres nuevos instrumentos, especialmente el estadounidense, han hecho el papel de pioneros, por lo que están siendo utilizados como guías por parte de numerosos países en los proyectos de reforma de su legislación nacional.

El desarrollo de nuevas tecnologías ha tenido como consecuencia que las bibliotecas hayan superado el papel tradicional de colección, preservación y provisión de material impreso, para convertirse en grandes bancos de datos (almacenes digitales) y proveedores de materiales en formatos alternativos, bien a círculos cerrados de usuarios en sus propias sedes o a personas e instituciones conectadas a distancia. Al mismo tiempo las bibliotecas universitarias, como intermediarias que son en el conflicto tradicional que se presenta entre las actividades de enseñanza, investigación y difusión cultural y la protección de los derechos de autor, están obligadas a cumplir un delicado papel de equilibrio entre pretensiones y fuerzas opuestas.

Por la trascendencia que el asunto tiene para las bibliotecas universitarias, el presente estudio se refiere al examen de las limitaciones y excepciones que a ellas les concierne desde el punto de vista de la legislación venezolana. Partiendo de los enunciados legislativos, pensados para supuestos ubicados principalmente en la era pre digital, se analiza la posibilidad de una interpretación que aplique el principio de equivalencia que se deriva de las declaraciones concertadas presentes en los Tratados Internet de la OMPI, según las cuales al entorno digital son aplicables los mismos principios y reglas que se aplican al entorno analógico. Con tal propósito, se revisan algunas de las orientaciones que se han hecho presentes en el derecho comparado, por su eventual naturaleza de principios generales de derecho, aplicables a la interpretación jurídica de conformidad con el artículo 4° del Código Civil venezolano.

1. La incorporación de la regla de los tres pasos a la legislación venezolana

El denominado “test de los tres pasos” o regla de las tres condiciones, establecido por primera vez en el artículo 9.2 del Convenio de Berna de 1886; recogido posteriormente por el acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio (OMC, 1994) y por el nuevo tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dedicado a los derechos de autor en el entorno digital (OMPI, 1996), consiste en permitir la reproducción de una obra, sin permiso del autor, siempre y cuando se cumplan tres condiciones concurrentes. Estos tres pasos o condiciones, de carácter acumulativo, son: a) la reproducción es permitida en casos especiales; b) la aplicación de la excepción no debe entrar en conflicto con la explotación normal de la obra; y c) no se deben perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del autor. Antequera Parilli afirma que la

orientación contenida en esa regla aparece en la frase final del artículo 44.2 de la Ley sobre Derecho de Autor, que aunque aparentemente está referida a la reproducción lícita allí explicada, “debe inspirar a las demás fijaciones o duplicaciones permitidas por la ley, cuando señala que *“se equipara a la reproducción ilícita, toda utilización de las piezas reproducidas para un uso distinto del personal que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra”*.”³

La reproducción por parte de bibliotecas y archivos es un supuesto que en el Convenio de Berna se encuentra más que como una limitación explícita, como parte de la regla general conocida como la “regla de los tres pasos”, según la cual los países podrán prever la libre reproducción en “ciertos casos especiales”, cuando dichos actos no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Si bien es cierto que el Convenio de Berna no es necesariamente un tratado autoaplicable, por lo que la referida regla de los tres pasos podría no estar contemplada en las legislaciones nacionales de los países miembros, en la actualidad, tal artículo 9.2 es obligatorio para los países miembros por la inclusión del Convenio de Berna en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, además de haber sido incorporado en otros instrumentos, como los Tratados Internacionales WCT y WPPT de la OMPI.

2. Situación de Venezuela en relación con la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos

Las disposiciones relativas a las limitaciones y excepciones que involucran a las bibliotecas y archivos se dividen en dos partes; una de ellas les conciernen directamente, a la posibilidad de que procedan a realizar una copia para sus propios archivos o para los archivos de otras bibliotecas; y otras guardan relación con la posibilidad de que atiendan el derecho de los usuarios a obtener copia de las obras protegidas.

2.1. Con respecto al primer supuesto, la Ley sobre Derecho de Autor vigente en el país dispone en su artículo 44:

Son reproducciones lícitas:

4. La reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos que no tengan fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservar dicho ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

³ Antequera Parilli, Ricardo. El nuevo régimen de Derecho de autor en Venezuela. Tomo I, 2ª ed., revisada y actualizada. Caracas: Editorial Venezolana C.A., 1998, p. 461.

De la primera parte del artículo se infiere que las bibliotecas y archivos pueden copiar una obra, libremente, siempre que no persigan fines de lucro, como medida de cautela, de modo que si el original llegare a faltar por cualquier motivo, pueda ser utilizada la copia. Asimismo, la biblioteca o el archivo pueden realizar la copia de una obra cuyo original se conserve en su colección permanente, para destinarla a otra biblioteca, siempre y cuando a ésta no le sea posible adquirir un ejemplar que se haya perdido, destruido o inutilizado, y que no le resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

Con la aparición de los sistemas de digitalización de las obras escritas se plantea el problema de saber si las bibliotecas pueden hacer una copia digital de la obra y almacenarla en el disco duro de sus computadoras (almacenamiento electrónico) o transformar el soporte analógico que posean (discos, libros o videocasetes) en un soporte de otro tipo: magnético (disketes), óptico (CD, DVD), electrónico (pendrives, discos duros externos). No hay duda de que la copia digital es una reproducción, en los términos del artículo 9.1 del Convenio de Berna (el derecho de reproducción se extiende a “cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”); y como observa Antequera Parilli, el artículo 9.3 del mismo instrumento internacional aclara que “toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción” en el sentido del Convenio, *“de modo que el almacenamiento electrónico es una forma de reproducción”*⁴. Sin embargo, en los supuestos de copia digital hecha por la propia biblioteca para sí misma o para su entrega a otra biblioteca, se está ante una reproducción que ha de entenderse amparada en la excepción del artículo 44. 4 de la ley venezolana. Lo que sí no está permitido es la reproducción en el sentido de difusión de la obra. Antequera Parilli cita la declaración concertada del artículo 1.4 del Tratado WCT que afirma que queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna. Ello es cierto, pero la declaración concertada también comienza por aclarar que “El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital”. Lo que no pueden hacer las bibliotecas es distribuir su copia digital sin autorización del titular de los derechos de autor.

2.2. En cuanto concierne a las reproducciones o copias que soliciten los usuarios de bibliotecas y archivos, la Ley sobre Derecho de Autor permite en el artículo 44.2:

2. Las reproducciones fotomecánicas para el exclusivo uso personal, como la fotocopia y el microfilme, siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o a obras agotadas, y sin perjuicio de la remuneración equitativa que deban

⁴ Antequera Parilli, Ricardo. “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, en *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Universidad Javeriana/Temis, 2009, p. 609.

abonar las empresas, instituciones y demás organizaciones que presten ese servicio al público, a los titulares del respectivo derecho de reproducción.

Se equipara a la reproducción ilícita, toda utilización de las piezas reproducidas para un uso distinto del personal que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra.

Antequera Parilli comenta: a) La reproducción es legítima si está destinada al exclusivo uso personal y siempre que se trate de pequeñas partes de una creación protegida, o a obras agotadas. En caso contrario se atenta contra los “usos honrados”, pues se perjudica la normal explotación de la obra, ya que se elude la adquisición del ejemplar de circulación lícita; b) Las duplicaciones también son lícitas si son efectuadas por empresas u organizaciones dedicadas a ese servicio.⁵ En lugar de la fotocopia y el microfilme, las bibliotecas pueden entregar al usuario que lo solicite una versión digital de los fragmentos de la obra protegida o agotada, aplicando el principio de equivalencia entre las reproducciones fotomecánicas y las electrónicas.

2.3 El artículo 44.3 de la Ley sobre Derecho de Autor permite indirectamente a las bibliotecas y archivos acceder a la petición de reproducción de obras protegidas para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas. La norma reconoce la legalidad de:

*3. La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos, breves extractos de obras u obras breves lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados.*⁶

Antequera Parilli comenta sobre esta disposición: a) El derecho de reproducción enunciado no se extiende al fotocopiado en serie y muchas veces sustancial o total de obras impresas -verdaderas ediciones reprográficas-, que mediante venta se realiza en

⁵ Antequera Parilli, Ricardo. El nuevo régimen de Derecho de autor en Venezuela. Ob. Cit., p. 463.

⁶ El Congreso de los Estados Unidos de América logro que se firmara un acuerdo entre un grupo de editores, autores e instituciones educativas, que fue publicado bajo el título de “Acuerdo sobre Criterios para Copias Destinadas a los Salones de Clase en Instituciones Educativas sin Fines de Lucro”. Excepcionalmente la guía permite múltiples copias, así como también permite a las bibliotecas eximirse de responsabilidad por las violaciones de derecho de autor, mediante una aviso que indique que el fotocopiado puede estar sujeto a las leyes de derecho de autor. Ver: Miller, Arthur R.; Davis, Michael H. Intellectual Property. Patents, Trademarks, and Copyright in a nutshell. 4th. edition. St. Paul, MN USA: Thomson/West, 2007, pp. 378-379.

muchas instituciones docentes... que tipifican el delito de “piratería”; b) la reproducción reprográfica debe destinarse a la enseñanza o a la realización de exámenes, en ambos casos, dentro de la propia institución docente; c) la duplicación no se puede realizar sobre textos íntegros, a menos que se trate de artículos u obras breves; d) se excluye el ánimo de lucro en el fotocopiado; e) no se pueden realizar duplicaciones innecesarias o excesivas.⁷ Se debe entender que las bibliotecas pueden entregar versiones electrónicas de los textos que pueden entregar en medios reprográficos.

Por lo que respecta a las copias de la obra que pueden realizar los propios interesados, dispone el artículo 44.1 de la Ley sobre Derecho de Autor que está permitida:

1. La reproducción de una copia de la obra impresa, sonora o audiovisual, salvo en el programa de computación que se regirá por el numeral 5 de este artículo, siempre que sea realizada para la utilización personal y exclusiva del usuario, efectuada por el propio interesado por sus propios medios.

Comenta Antequera Parilli que no se puede encargar la realización de la copia a terceros y que cuando se trate de obras impresas la reproducción permitida es la realizada por medios manuales o mecanográficos “ya que la reprográfica, a través de la fotocopia u otras técnicas análogas, está regulada en el numeral siguiente”. Ante el avance de los medios tecnológicos, que han hecho desaparecer algunas máquinas, como la máquina de escribir a través de la cual se ejecutaba la mecanografía, y la aparición de instrumentos comunes a la disposición de la generalidad de las personas, como la máquina fotográfica adherida a las “tabletas” (iPads) y a los teléfonos celulares, pareciera obvio que una copia con ellos deba ser considerada una copia realizada “con sus propios medios”. Como las bibliotecas son los principales repositorios de los textos escritos, surge el problema de si ellas podrían permitir al usuario que realiza una copia por sus propios medios la utilización de los teléfonos celulares y tabletas con cámaras fotográficas incorporadas. En la práctica, es lo que está ocurriendo en las bibliotecas.

Hay una opinión muy extendida en la doctrina según la cual las excepciones y limitaciones al derecho de autor deben ser interpretadas en sentido estricto. De esta opinión participa Antequera Parilli. En efecto, conforme a una regla general de derecho de común aceptación, las prohibiciones y restricciones son de derecho expreso y deben ser interpretadas en sentido estricto⁸. Coincide Antequera Parilli con la opinión de otros autores como Delia Lipszyc para quien “las limitaciones están sujetas a *numerus clausus*. No afectan el derecho moral del autor (solo restringen sus derechos patrimoniales- sus facultades exclusivas de explotación de la obra-), razón por la cual solo se pueden aplicar

⁷ Antequera Parilli, Ricardo. El nuevo régimen de Derecho de autor en Venezuela. Ob. Cit., p. 465.

⁸ Ibídem, p. 453.

después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor (es decir, luego que éste ha ejercido su derecho moral de divulgación), se debe mencionar el nombre del autor y la fuente y no se pueden introducir modificaciones. Como el derecho de autor es reconocido con carácter genérico, las limitaciones se deben interpretar y aplicar en forma restrictiva”.⁹ En la materia de derecho de autor y limitaciones a éste se produce un enfrentamiento entre dos intereses opuestos de igual jerarquía: por una parte está la protección del derecho humano intelectual del autor; y por la otra está el interés del resto de la sociedad a la información, a la creación y a la cultura, que son también derechos fundamentales. Por ello, parece recomendable hacer una interpretación que se aparte de los métodos hermenéuticos tradicionales y recurrir a la conciliación propia de las colisiones constitucionales.¹⁰ Así parece aceptarlo el propio Antequera Parilli al rechazar la pretensión de jerarquizar los derechos humanos, colocando los derechos civiles y políticos en una primera categoría y los económicos sociales y culturales (a los cuales pertenece el derecho de autor) en una segunda posición.¹¹ Por otra parte, la declaración concertada respecto del artículo 10 del WCT manifiesta que queda entendido que las partes contratantes pueden aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna; y que también queda entendido que el artículo 10.2 no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna. A este respecto ha observado Lipszyc, que se ha planteado “que las limitaciones tradicionales del derecho de autor relativas al derecho de reproducción—salvo algunas pocas, como el derecho de cita—tienen un significado muy distinto en el mundo digital que en el analógico, y su alcance debe ser evaluado mucho más estrictamente, razón por la cual deben ser reconsideradas y, eventualmente, adaptadas cuando se trata de su aplicación o transposición al entorno digital, como sucede —entre otras— con las relativas a actos de reproducción por parte de bibliotecas, centro de enseñanzas o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan fines de lucro

⁹ Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Reimpresión de la edición de 1993 Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA, 2006, pp. 219-220.

¹⁰ Uzcátegui Angulo, Astrid. “Función Social de la Propiedad Intelectual”, en *Estudios en Homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*, t. II. Propiedad Intelectual. Astrid Uzcátegui Angulo (compiladora). Mérida: Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Talleres Gráficos Universitarios (ULA), 2011, pp. 12-16.

¹¹ Antequera Parilli, Ricardo. “El Derecho de autor y el Derecho a la cultura en el marco de los Derechos humanos”, en *Legislación Cultural*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992, pp. 49 -51.

directo o indirecto”.¹² Para concluir, afirma Lipszyc que es imposible considerar que la puesta a disposición del público de obras a través de sistemas de intercambio de archivos o de prácticas comunes como la de distribuir obras por correo electrónico a grandes grupos de personas, puedan ampararse en alguna limitación o excepción a los derechos de autor.¹³

3. Las limitaciones y excepciones en favor de las bibliotecas y archivos en el derecho comparado en desarrollo

Las limitaciones y excepciones tradicionales al derecho de autor, relacionadas con los obras escritas, han sido fuente de preocupación y conflictos conocidos, ignorados en algunos pocos países, resueltos parcialmente en otros, regulados por instrumentos internacionales de armonización y nunca totalmente resueltos. Estos conflictos se agudizan cuando la cuestión se traslada al ambiente digital, por las dificultades de hacer compatible la regla de los tres pasos con los supuestos de este tipo de utilización,¹⁴ en virtud de la potencialidad de diseminación incontrolada que tiene la reproducción digital, lo cual podría afectar el mercado o el valor de la obra protegida por derecho de autor, así como dañar el legítimo interés de los titulares de derechos.¹⁵

En algunos países, el uso de las obras en el ambiente digital ha adoptado la forma de una utilización libre o está sujeto a un sistema de licencia, bien sea de licencias obligatorias o voluntarias. La utilización libre de las versiones digitales de las obras ha sido considerada

¹² Lipszyc, Delia. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Argentina: UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 2004, pp. 143-144.

¹³ Ibídem, 2004, pp. 144-145.

¹⁴ Las limitaciones y excepciones en favor de bibliotecas y archivos, en el ámbito digital, deben también superar la regla de los tres pasos, tal y como lo establece el Convenio de Berna: el primer paso estaría cubierto si la excepción se aplica a ciertos casos especiales limitados a grupos específicos de usuarios (por ejemplo, profesores o investigadores de una universidad o centro de investigación) y a ciertos tipos de obras y usos. El segundo paso debe ser satisfecho en el sentido de que tales usos no deberían presentar un potencial conflicto con la explotación normal de la obra. Finalmente, para atender el tercer paso, se requiere considerar la ausencia de un perjuicio injustificado para determinar si la excepción debería estar sujeta al requerimiento de pago de una remuneración equivalente o, si cabe calificar la excepción como una utilización libre. Ver: Hugenholtz, P. Bernt & Okediji, Ruth L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright: Final Report* Amsterdam: Instituto para el Derecho de la Información, 2008. Disponible en: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/937> Acceso en 2 de enero de 2015.

¹⁵ Lung, Geidy. Ob. Cit., pp. 120-121.

como un sistema injusto, debiendo establecerse condiciones estrictas sobre los usos digitales no autorizados, a fin de limitar los efectos adversos que pudiera causar la destrucción del valor del material protegido por derecho de autor, en virtud de la posibilidad de distribución electrónica mundial que las versiones digitales concentran.¹⁶ La Declaración de Berlín sobre el Acceso Abierto en las Ciencias y Humanidades aprobada el 22 de octubre de 2003, ocupa un lugar representativo de las posiciones extremas existentes en esta materia. La Declaración afirma que se propone promover la Internet como el instrumento funcional que sirva de base global del conocimiento científico y la reflexión humana, y para especificar medidas que deben ser tomadas en cuenta por los encargados de las políticas de investigación, y por las instituciones científicas, agencias de financiamiento, bibliotecas, archivos y museos. Según la Declaración de Berlín, para establecer el acceso abierto se requiere: a) El (los) autor(es) y depositario(s) de la propiedad intelectual de tales contribuciones deben garantizar a todos los usuarios por igual, el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a un trabajo erudito, lo mismo que licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y exhibirlo públicamente, y para hacer y distribuir trabajos derivativos, en cualquier medio digital para cualquier propósito responsable, todo sujeto al reconocimiento apropiado de autoría (los estándares de la comunidad continuarán proveyendo los mecanismos para hacer cumplir el reconocimiento apropiado y uso responsable de las obras publicadas, como ahora se hace), lo mismo que el derecho de efectuar copias impresas en pequeño número para su uso personal; b) Una versión completa del trabajo y todos sus materiales complementarios, que incluya una copia del permiso del que se habla arriba, en un conveniente formato electrónico estándar, se deposita (y así es publicado) en por lo menos un repositorio online, que utilice estándares técnicos aceptables (tales como las definiciones del Acceso Abierto), que sea apoyado y mantenido por una institución académica, sociedad erudita, agencia gubernamental, o una bien establecida organización que busque implementar el acceso abierto, distribución irrestricta, interoperabilidad y capacidad archivística a largo plazo¹⁷. Debe quedar claro que la Declaración de Berlín propone el establecimiento de un nuevo sistema que requiere, como es natural, la adopción de un acuerdo internacional al cual se suscriba un número mínimo de países para que entre en vigencia o en su lugar la sanción de leyes nacionales que recojan las que hasta el momento son simples declaraciones de principios.

Varias universidades venezolanas y la IFLA se han adherido a la Declaración de Berlín. La IFLA está trabajando con los Estados miembros de la OMPI para obtener apoyo para

¹⁶ Lung, Geidy. Ob. Cit., p. 122.

¹⁷ Ver: http://campus.usal.es/gabinete/comunicacion/Declaracion_de_Berlin.pdf

un instrumento internacional de limitaciones y excepciones del *copyright*. Junto con otras instituciones han producido una propuesta de Tratado (TLIB)¹⁸.

1. Los trabajos de la OMPI en relación con las limitaciones y excepciones en favor de las bibliotecas y archivos

La OMPI, a partir de la adopción de los Tratados Internet (1996), viene trabajando en la resolución de ciertos temas relacionados con las medidas tecnológicas de protección; el *fair use* y las limitaciones y excepciones, incluyendo aquellas en beneficio de bibliotecas y de personas discapacitadas; y el derecho de acceso a la información, en especial por parte de los usuarios de bibliotecas.

En el marco de la decimoséptima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR, en sus siglas en inglés) de la OMPI, celebrada en noviembre de 2008, fue presentado el estudio que sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos, elaboró Kenneth Crews a solicitud de la OMPI, en el cual se examinan de forma analítica la naturaleza y diversidad de las disposiciones legales en beneficio de bibliotecas y archivos abarcando cuestiones como: la reproducción de obras protegidas por derecho de autor para objetivos como investigación y estudio personal; la preservación y sustitución de materiales; el suministro de documentos y el préstamo inter bibliotecario; y la prohibición de elusión de

¹⁸ IFLA. Limitaciones y Excepciones de derecho de autor (copyright) para bibliotecas y archivos. Disponible en: <http://www.ifla.org/ES/copyright-tlib> Acceso 2 de enero de 2015.

las medidas tecnológicas de protección, contenidas en la legislación de derecho de autor de los países miembros de la OMPI.¹⁹

Los resultados del referido estudio muestran las grandes variaciones entre las disposiciones legales de un país a otro y los diferentes modelos adoptados (el modelo regional adoptado por los países africanos y el modelo de cooperación regional de la Unión Europea) y la existencia de una escasa armonización a nivel internacional entre las disposiciones relativas a las excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Muestra además que las variaciones son en casi todos los aspectos, desde el tipo de bibliotecas a las que son aplicables y las actividades específicas incluidas; en el caso de reproducción de materiales con fines de investigación, las divergencias entre los diferentes tipos de materiales que pueden copiarse, las condiciones y los requisitos para efectuar las copias, la posibilidad de aplicación de formatos digitales, y las circunstancias en las que las copias pueden entregarse a investigadores individuales, y posteriormente utilizarse. Revela, también, que las excepciones en beneficio de las bibliotecas contempladas en algunos países tienen su origen en el contexto cultural, histórico, económico y político, y de las relaciones existentes entre la legislación de derecho de

¹⁹ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Decimoséptima sesión. Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Ginebra, 3 al 7 de noviembre de 2008. SCCR/17/2, 26 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=16828 Acceso el 05 del diciembre de 2014. También pueden ser consultado el estudio que sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos en beneficios de la enseñanza en Africa fue preparado por Joseph Fometeu y presentado en el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI en la decimonovena sesión Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009. SCCR/19/5, 26 de octubre de 2009; el estudio sobre las excepciones con fines docentes en los países Árabes elaborado por Victor Nabhan y presentado al Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI en la decimonovena sesión Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009. SCCR/19/6, 26 de octubre de 2009; y el estudio de la OMPI sobre las excepciones al derecho de autor con fines docentes en Asia y Australia preparado por Daniel Seng, presentado al Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI en la decimonovena sesión Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009. SCCR/19/7, 26 de octubre de 2009.

autor y los servicios bibliotecarios.²⁰ De los 184 países miembros de la OMPI para el año 2008, el estudio recae sobre 149 países²¹.

Señala Crews, además, que los rápidos cambios en la tecnología y las comunicaciones están poniendo a prueba la idoneidad y la viabilidad de las excepciones en favor de las bibliotecas. Por ejemplo, si en algunos países, la ley permite claramente las tecnologías digitales, en otros la ley puede interpretarse en ese sentido o en otro diferente. En ciertos países la copia digital está prohibida expresamente, y en otros la tecnología digital sólo está permitida si se satisfacen restricciones adicionales. Las sutilezas de la legislación están poniendo a prueba la capacidad de los bibliotecarios de operar dentro del marco

²⁰ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Decimoséptima sesión. Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Ob. Cit., pp. 7-28.

²¹ 128 países cuentan con excepciones en beneficio de las bibliotecas y 21 países no prevén excepciones en favor de las bibliotecas, los países en los que no se prevén excepciones se encuentran agrupados en tres partes del mundo: África; Oriente Medio, América Central y América del Sur. Entre estos países figuran: África: Burkina Faso, Burundi, Camerún, Côte d'Ivoire, Guinea, Jamahiriya Árabe Libia, Namibia, República Democrática del Congo, Senegal, Seychelles, Swazilandia y Togo; Oriente Medio: Iraq, Kuwait y Yemen; América Central y América del Sur: Argentina, Brasil, Chile y Costa Rica; además de Haití y San Marino; De los 184 países, 79 cuentan con una prohibición legal contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección, y 26 países cuentan con una excepción a la prohibición de elusión que es aplicable explícitamente a las bibliotecas; De los 26 países que prevén una excepción en favor de las bibliotecas y a las medidas contra la elusión, 21 países son miembros de la Unión Europea, además de Australia, Croacia, Estados Unidos de América, Noruega y Singapur; 27 países han establecido disposiciones amplias que permiten a las bibliotecas hacer copias de las obras para servicios bibliotecarios no especificados; 74 países han establecido disposiciones que permiten a las bibliotecas hacer copias de las obras para sus usuarios; las excepciones legales en favor de las bibliotecas más comunes son: 40 de estos países permiten a las bibliotecas hacer copias para los usuarios de la biblioteca sin limitación en cuanto la finalidad de la copia, mientras que en los demás países se especifica que la copia ha de ser para fines de estudio o investigación del usuario de la biblioteca; En 72 países hay disposiciones que permiten hacer copias con fines de preservación; En 77 países se permite a las bibliotecas hacer copias de las obras con fines de sustitución, y en 53 de ellos las excepciones permiten claramente a la biblioteca hacer la copia para su depósito en otra biblioteca; 17 países tienen excepciones relativas al suministro de documentos, mientras que en 6 se permite hacer copias para su envío en calidad de préstamo inter bibliotecario a otra biblioteca con el fin de suministrar la copia a un usuario; En 26 países tienen una excepción en favor de las bibliotecas que las exime de la prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección. *Ibidem*, pp. 31-74.

legal al prestar sus servicios, y también su disposición a hacerlo. Las restricciones legales reflejan además la competencia entre los intereses que motivan los detalles de la formulación de las excepciones en favor de las bibliotecas. Cuando el legislador decide promulgar una excepción, puede topar con la oposición de los titulares del derecho de autor. La norma legal resultante suele ser el fruto de un compromiso. La excepción se promulga en beneficio de las bibliotecas y sus usuarios, pero se atempera con condiciones y restricciones que atienden a los intereses de los titulares de derecho de autor y los editores. Esta dinámica legislativa puede dar lugar a la promulgación de numerosas excepciones legales, si bien, conforme a las tendencias generales de la legislación sobre derecho de autor, las excepciones tienden a ser restringidas y sus usuarios se ven obligados a examinar minuciosamente cada palabra para llegar a una conclusión jurídica sobre la posibilidad de aplicarlas. [...] recae sobre las bibliotecas la responsabilidad de tomar decisiones con arreglo a unas disposiciones cuya formulación se está haciendo cada vez más rigurosa, más minuciosa y más difícil a medida que evolucionan la legislación y la tecnología.²²

1.1. Actualización y propuestas sobre las limitaciones y excepciones en favor de bibliotecas y archivos en el seno de la OMPI

Una actualización y ampliación del estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de las bibliotecas y los archivos fue presentada por Kenneth Crews ante la OMPI en el año 2014.²³ En este último estudio se señala que de los 187 Estados miembros que actualmente conforman la OMPI, la mayoría de los países consideran que resultan fundamentales para la legislación de derecho de autor, las excepciones en favor de las bibliotecas. Solo 33 de los 186 países estudiados carecen de excepciones al derecho de autor en sus legislaciones. Se observa que, 153 países cuentan con una o más leyes que constituyen una “excepción en favor de las bibliotecas”. El alcance de las excepciones contempladas en la legislación en favor de bibliotecas están referidas principalmente a las siguientes cuestiones: 1. Reproducción de obras protegidas con fines de investigación o estudio personal; 2. Conservación y sustitución de materiales; 3. Suministro de documentos; y 4. Préstamo inter bibliotecario.

El estudio resalta de una parte, que luego del año 2008, un número cada vez mayor de países han instituido una disposición que procede de la Unión Europea relativa a la capacidad de las bibliotecas para poner a disposición del público copias digitales de obras a efectos de estudio personal a través de terminales especializados instalados en sus

²² Ibídem, pp. 77.

²³ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Resumen del estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de las bibliotecas y los archivos (SCCR/29/3). Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=290457 Acceso el 08 de diciembre de 2014.

locales. De la otra, que muchos países han adoptado leyes que prohíben la neutralización de las medidas tecnológicas de protección, y la incorporación de excepciones a favor de las bibliotecas.

Resalta el estudio algunos pocos casos como el del Reino Unido que en el año 2014 revisó su legislación incorporando una amplia serie de excepciones al derecho de autor, entre ellas, las excepciones en favor de las bibliotecas comprendiendo los conceptos conocidos de la conservación y la copia con fines de investigación, pero amplía de forma más clara y detallada a distintos materiales, y de modo más explícito a las tecnologías digitales. Otro caso es la Federación de Rusia, la cual entre las principales modificaciones en relación a su legislación de derecho de autor en 2014, figuran las disposiciones que la amplían a los nuevos usos y nuevas tecnologías; los servicios bibliotecarios en beneficio de las personas ciegas; y algunos dispositivos que autorizan de forma indirecta la concesión de “licencias abiertas” para el uso de obras protegidas por derecho de autor con fines públicos. El caso de Francia y Japón son mencionado en virtud de que otorgan a sus bibliotecas nacionales amplios derechos para digitalizar muchas obras descatalogadas y poner archivos digitales a disposición de los lectores en muchas bibliotecas de cada país.

Finalmente, Crews presenta los resultados del estudio del 2008 y la actualización y ampliación del 2014 en una tabla que en virtud de lo ilustrador sobre la actualidad en el tema que nos ocupa creemos interesante incorporarla seguidamente.

Excepciones y limitaciones en favor de las bibliotecas y los archivos en las legislaciones nacionales de derecho de autor			
Excepción	Número de países <i>Estudio de 2008 (de 149 países estudiados)</i>	Número de países <i>con información actualizada en 2014 (de 186 países estudiados)</i>	Condiciones y variantes
Ninguna	21	33	
Copias generales efectuadas por las bibliotecas	27	34	• Necesidades de la biblioteca • Copia con fines administrativos de la biblioteca • Número limitado de copias • Reproducción y otros usos

Copias con fines de investigación o estudio	74	93	• Copias para usuarios • Limitadas a la investigación o al estudio • Se deben probar los fines del usuario • Tipos limitados de obras • Obras no publicadas • Puesta a disposición en los locales • Disponibilidad de licencias
Copias para conservación o sustitución	<i>Conservación:</i> 72 <i>Sustitución:</i> 67	<i>Conservación:</i> 100 <i>Sustitución:</i> 89	• Una copia o múltiples copias • Daños a la obra o condición de la obra • De la colección permanente de la biblioteca o destinada a esa colección • Depósito en otra biblioteca • Disponibilidad de la obra en el mercado para su adquisición • Formatos digitales
Suministro de documentos o préstamo inter bibliotecario	<i>Suministro de documentos:</i> 17 <i>Préstamo inter bibliotecario</i> 6	<i>Suministro de documentos:</i> 19 <i>Préstamo inter bibliotecario:</i> 9	• Artículos de publicaciones periódicas u otras obras • Disponibilidad para su compra • Sustitución de la compra

Neutralización de las medidas tecnológicas de protección	<i>Se prohíbe la neutralización:</i> 81 <i>Excepción en favor de las bibliotecas:</i> 26	<i>Se prohíbe la neutralización:</i> 107 <i>Excepción en favor de las bibliotecas:</i> 40	• Limitación del objeto de la neutralización • Condiciones y restricciones • Neutralización a los fines de ejercer otras excepciones • Derecho de los usuarios a solicitar el acceso
--	---	--	---

Fuente: Crews, Kenneth D. Resumen de los resultados de un estudio realizado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 2008 con información actualizada en 2014. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=290457

Los países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) están conscientes de que la protección del derecho de autor es necesaria para que los establecimientos de enseñanza en cualquier parte del mundo tengan acceso a obras de excelente calidad, para utilizarlas como material docente. Dentro del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se sigue trabajando en una propuesta de instrumento jurídico internacional adecuado, en el que se logre un equilibrio justo y sostenible entre la protección del derecho de autor, por una parte, y el logro de los objetivos de interés público, por la otra.²⁴ Existe un documento de trabajo –provisional– al que se puede tener acceso en la página web de la OMPI, preparado por la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, con ocasión de su vigésima sexta sesión celebrada en Ginebra del 16 al 20 de diciembre de 2013.²⁵

²⁴ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Documento de trabajo provisional acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre limitaciones y excepciones para las instituciones educativas, docentes y de investigación y las Personas con otras discapacidades, en el que figuran comentarios y propuestas de textos. Vigésima sexta sesión. Ginebra, 16 a 20 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_28/sccr_28_ref_sccr_26_4_prov.pdf Acceso el 05 de diciembre de 2015.

²⁵ Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Documento de trabajo provisional acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre limitaciones y excepciones para las instituciones educativas, docentes y de investigación y las Personas con otras discapacidades, en el que figuran comentarios y propuestas de textos. Vigésima sexta sesión. Ginebra, 16 a 20 de diciembre de 2013, p. 21. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_28/sccr_28_ref_sccr_26_4_prov.pdf Acceso el 05 de diciembre de 2015.

Todavía no se ha llegado a un acuerdo sobre un proyecto de instrumento definitivo para regular la materia, de modo que habrá que esperar los resultados de futuros desarrollos en este campo. No obstante, es importante destacar los temas sobre los que se concentran las discusiones a fin de formular un instrumento internacional que regule las limitaciones o excepciones en favor de bibliotecas y archivos:

1. La preservación, permitir la reproducción sin la autorización del titular del derecho de autor, de obras publicadas e inéditas o material protegido por derechos conexos, independientemente de su formato, para ser utilizadas en lugar de la obra o del material original preservado o sustituido con fines como la enseñanza, la investigación y la preservación del patrimonio cultural, o para usos autorizados de conformidad con los usos honrados, efectuadas sin fines de lucro, y en el interés general de la sociedad y del progreso de la humanidad, sin que afecte a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Dicha actividad podrá ejercerse *in situ* o a distancia.
2. Reproducción y ejemplares de salvaguardia, se permitirá la reproducción y suministro, por el medio que sea, de cualquier obra o material protegido por derechos conexos que la biblioteca o el archivo hayan adquirido o se hayan procurado legalmente, a otra biblioteca o archivo con el propósito de suministrarlo a su vez a sus usuarios, con fines de enseñanza, estudio privado, investigación o suministro de documentos entre bibliotecas, siempre que dicha utilización sea conforme a los usos honrados a tenor de la legislación nacional. También se permitirá a las bibliotecas y los archivos reproducir y distribuir un ejemplar de una obra o de material protegido por derechos conexos, a un usuario de la biblioteca o del archivo en cualquier otro caso en que las limitaciones o excepciones previstas en la legislación nacional permitan al usuario efectuar dicha copia.
3. Depósito legal, determinadas bibliotecas y archivos, o cualquier otra institución, que cumplan la función de depositario designado en el que se deposite y se conserve permanentemente al menos un ejemplar de cada obra publicada en el país, sea cual sea su formato. También se permitirá al depositario o los depositarios de depósito legal designados reproducir, a los fines de la conservación, todo contenido que esté a disposición del público y exigir el depósito de reproducciones de obras protegidas por derecho de autor o por derechos conexos que hayan sido comunicadas al público o hayan sido puestas a disposición del público.
4. Préstamo bibliotecario, Se permitirá a una biblioteca o un archivo prestar obras protegidas por derecho de autor o material protegido por derechos conexos que la biblioteca o el archivo hayan adquirido o se hayan procurado legalmente, a un usuario o a otra biblioteca o archivo con el propósito de suministrarlo a su vez a uno de sus usuarios, por el medio que sea, incluida la transmisión digital, siempre que dicha utilización sea conforme a los usos honrados a tenor de la legislación nacional.
5. Importación paralela, se permitirá a las bibliotecas y archivos adquirir e importar legalmente obras publicadas para incorporarlas a sus colecciones, siempre y cuando no

se encuentre previsto el agotamiento internacional del derecho de distribución después de la primera venta u otra transferencia de la titularidad de la obra.

6. Usos transfronterizos, la copia de una obra o material protegido por derechos conexos, en el formato en que esté disponible, realizada en virtud de una limitación o excepción o conforme a la legislación nacional, podrá ser distribuida, prestada o puesta a disposición por una biblioteca o un archivo a otra biblioteca o archivo de otro estado miembro.
7. Obras huérfanas, obras objeto de retractación y retiradas, y obras no disponibles en el comercio, se permitirá a las bibliotecas o a los archivos reproducir, poner a disposición del público y usar de cualquier otro modo una obra, así como material protegido por derechos conexos, cuando no se pueda identificar o ubicar al autor o a otro titular de los derechos tras una indagación razonable. En el caso de que el autor u otro titular de los derechos se identifique posteriormente ante la biblioteca o el archivo, tendrá derecho a reivindicar una remuneración equitativa por cualquier uso futuro o exigir que se ponga fin al uso.²⁶

1.2. Las nuevas leyes de derecho de autor

Se consideran nuevas leyes de derecho de autor a aquellas que han sido inspiradas en el Tratado de Derecho de Autor (WCT) de 1996. Probablemente las más representativas, por la influencia que han ejercido, son la *Digital Millennium Copyright Act* de los Estados Unidos de América de 1998; la *Digital Agenda Act de Australia* de 2000, y la Directiva Europea del 2001.

A) Digital Millennium Copyright Act

El sistema norteamericano de excepciones y limitaciones al *copyright* se basa en una cláusula abierta, denominada *fair use* (sección 107) complementada por una enumeración casuística muy propia del *common law* (sección 108). Delia Lipszyc dice que el *fair use* es una excepción abierta del derecho estadounidense y “constituye una importante limitación general del derecho exclusivo del copyright que autoriza la utilización libre y

²⁶ Ver: Documento de trabajo en el que figuran los comentarios acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre excepciones y limitaciones para las bibliotecas y los archivos, y las sugerencias de contenido a ese respecto, del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Vigésima sexta sesión. Ginebra, 16 a 20 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=32094 Acceso 17 de diciembre de 2014; Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Consolidación de textos propuestos contenidos en el documento SCCR/26/3. SCCR/29/4. Vigésima novena sesión. Ginebra, 8 a 12 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=32094 Acceso 17 de diciembre de 2014.

gratuita para la realización de una copia para uso personal, para citas con fines docentes, de investigación o de crítica, para reseñas de prensa, etcétera. Agrega la autora que *fair use* puede traducirse como “uso leal”, “uso honesto”, “uso justo” o “uso honrado”, y aunque varias leyes de países latinoamericanos contienen esta última expresión –“usos horados”- la emplean para hacer referencias a ciertas condiciones que se deben cumplir cuando la utilización de una obra se hace al amparo de excepciones y *no como una excepción per se, como en el caso de los Estados Unidos de América.*”²⁷

La Ley estadounidense le dedica la sección 108 a los privilegios de las bibliotecas. La sección le permite a las bibliotecas hacer una copia de un artículo de revista o una pequeña porción de una obra (un capítulo de un libro, por ejemplo) a petición de sus usuarios o en respuesta a una petición de otra biblioteca dentro de un contexto de préstamo inter bibliotecario. También permite hacer copias de obras completas por razones de preservación y seguridad y con el propósito de sustituir una copia que se ha dañado, deteriorado, perdido o robado. Todo esto siempre que no haya propósito de conseguir ventaja comercial directa o indirecta.

Como ha sido observado, la sección 108 no sufrió cambios significativos con la aprobación de la *Digital Millennium Copyright Act*, salvo la parte dedicada a eximir de responsabilidad a las bibliotecas como ISP (*Internet Services Provider*) por las infracciones que puedan llevar a cabo sus usuarios. En la actualidad se es consciente de la necesidad de adaptación a la nueva realidad tecnológica, de manera que se ha creado un grupo de trabajo y proceso para analizar dicha posibilidad. Este grupo se ha creado bajo el patrocinio de la Biblioteca del Congreso y de la Copyright Office y tiene el objetivo de analizar los posibles cambios en la sección 108 de la ley, calculando que los resultados deberían estar disponibles para mitad de 2006. Estos resultados se convertirían en recomendaciones al Congreso estadounidense.²⁸

Refiere Delia Lipszyc que “[a]demás de las condiciones indicadas, en los Estados Unidos de América el artículo 108 también incluye el *uso leal*. A través de una prolija reglamentación se autoriza a las bibliotecas y servicios de archivos la reproducción, en una sola copia o en un solo fonograma, de una obra publicada, siempre que éstos o su personal no se obliguen a una reproducción o a una distribución *sistemáticas*. Se aclara que nada impedirá los acuerdos entre bibliotecas para el intercambio de copias a

²⁷ Lipszyc, Delia. Ob. Cit., 2004, pp. 503-504.

²⁸ Fernández-Molina, J. Carlos. El futuro de los límites a los derechos de autor que benefician y apoyan a la investigación, 2014, pp. 6-7. Disponible en: <http://enancib.ibict.br/index.php/enancib/vienancib/paper/viewFile/1801/942> Acceso 3 de enero de 2015.

condición de que no reciban las copias para su distribución ni en cantidades que puedan llegar a reemplazar las suscripciones o la compra de las obras.”²⁹

B) Digital Agenda Act de Australia

La ley Australiana dedica las secciones 48 a 53 a los privilegios de las bibliotecas y archivos. Se ha afirmado que estas disposiciones fueron introducidas para facilitar la educación y la investigación, especialmente debido a los problemas para acceder a materiales dadas las especiales características geográficas de Australia, considerando el importante papel de las bibliotecas como repositorios de copias de material de investigación,³⁰ y que gracias a ellas las bibliotecas pueden hacer copias de las obras para sus usuarios, para otras bibliotecas dentro un sistema de préstamo inter bibliotecario, de viejas obras no publicadas, por razones de preservación, etc. Se ha agregado que, además, la reforma realizada en el año 2000 mediante la *Digital Agenda Act* (Australia, 2000) ha actualizado estas disposiciones, permitiéndoles, en respuesta a las peticiones de los usuarios, copiar materiales en formato electrónico, pasar material en formato analógico a digital, y comunicar electrónicamente materiales que formen parte de su colección (Australia. Attorney-General’s Department, 2005).³¹

C) La Directiva Europea del 2001

En el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE de 22 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información,³² es del tenor siguiente en cuanto respecta a las bibliotecas y archivos:

Artículo 5

Excepciones y limitaciones

[...]

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

[...]

c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas,

²⁹ Lipszyc. Delia. Ob. Cit., 2006, p. 231.

³⁰ Fernández-Molina, J. Carlos. Ob. Cit., p. 7.

³¹ Idem.

³² Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001 p. 0010 – 0019. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES> Acceso 10 de diciembre de 2014.

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;

[...]

3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

[...]

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;

[...]

5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

Fernández-Molina ha observado que los privilegios de las bibliotecas e instituciones similares también están incluidos en esta directiva, en concreto en el artículo 5.2.c, en lo que se refiere a las reproducciones, y en el 5.3.n, en lo relativo a la comunicación pública. El primero de ellos permite actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas accesibles al público y siempre que no tengan intención de obtener beneficio económico o comercial directo o indirecto. Lo más destacable de esta disposición, dice Fernández-Molina, es que da lo mismo si las bibliotecas son públicas o privadas, lo importante es que estén accesibles al público, y que no se exige remuneración compensatoria para los titulares de los derechos. Además, está la ya mencionada referencia a la necesidad de que no haya beneficio comercial directo o indirecto.

En cuanto al artículo 5.3.n, afirma Fernández-Molina que es sin duda el más interesante para el entorno digital, ya que se refiere al derecho de comunicación pública, es decir, el afectado por los actos de transmisión digital a través de las redes, ya sean internas o externas. Permite los actos de comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición de las obras que componen su colección, a efectos de investigación o estudio personal, siempre que se haga a través de terminales especializados situados en sus instalaciones y dichas obras no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Sorprende que, al contrario que con las reproducciones, estos actos de comunicación pública estén limitados a fines de “investigación o de estudio personal”. Además, este límite tiene dos restricciones más: sólo se pueden mostrar obras “de sus colecciones”, lo que excluye por ejemplo a las obras conseguidas mediante préstamo inter bibliotecario; y sólo se pueden consultar las obras que no sean objeto de condiciones de adquisición o licencia, es decir, obras que no están en el mercado, lo que anula prácticamente la utilidad de esta excepción. También resulta decepcionante, dice Fernández-Molina, que no se prevea nada para la transmisión de obras a través de

Internet, ya sea a otras instituciones o bibliotecas o a estudiantes o profesionales de otras instituciones, es decir, no está incluido lo que podríamos denominar como préstamo inter bibliotecario digital.³³

Con ocasión de la labor emprendida por las bibliotecas, los centros de enseñanza, los museos, accesibles al público, así como los archivos, los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión establecidos en los Estados miembros, en relación con la digitalización a gran escala de sus colecciones o archivos con el objeto de crear bibliotecas digitales europeas, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea ha dictado un marco jurídico que facilite la digitalización, el acceso legal transfronterizo y en línea de las obras y otras prestaciones consideradas “fuera del circuito comercial”, que estén protegidas por el derecho de autor o derechos afines a los derechos de autor y cuyo titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido, conocidas como obras huérfanas. La Directiva 2012/28/UE sigue los planteamientos establecidos en el Memorando de Acuerdo sobre Directrices de Búsqueda Diligente, que establece los principios clave en materia de digitalización y oferta de obras huérfanas, firmado en el año 2011 por los representantes de bibliotecas, autores, editores y entidades de gestión colectiva europeos. La Directiva 2012/28/UE, sin perjuicio de lo establecido en el referido Memorando de Acuerdo, invita a los Estados miembros y a la Comisión a garantizar que los acuerdos voluntarios suscritos entre los usuarios, los titulares de derechos y las entidades de gestión colectiva de derechos para el uso de obras huérfanas, se haga sobre la base de los principios recogidos en el Memorando de Acuerdo de modo que se beneficien de la necesaria seguridad jurídica en un contexto nacional y transfronterizo.³⁴

D) El Acuerdo de Bangui

El Acuerdo de Bangui por el que se establece la Organización Africana de la Propiedad Intelectual, suscrito por 17 países africanos, se le considera como precursor en materia de excepciones en favor de bibliotecas, ya que algunos de sus Estados miembros al momento de revisar su legislación sobre derecho de autor han incorporado ciertas

³³ Fernández-Molina, J. Carlos. Ob. Cit., pp. 8-9.

³⁴ Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0028&rid=1> Acceso 2 de enero de 2015; Sobre esta materia consultar Serrano Fernández, María. “Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas”, en *Propiedad intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*. Colección de Propiedad Intelectual. Isabel Espín Alba (Coord.), Madrid: Editorial Reus, S. A./Fundación AISGE, 2014, pp. 143-169.

disposiciones paralelas sobre utilización de las obras por parte de las bibliotecas, en relación con la conservación y las copias con fines de investigación, a partir del contenido del contenido que sobre reproducción reprográfica por bibliotecas y servicios de archivo se contempla en el artículo 14 del Anexo VII de Propiedad Literaria y Artística:

Artículo 14. Reproducción reprográfica por las bibliotecas y los servicios de archivos
No obstante lo dispuesto en el Artículo 9, sin autorización del autor o de cualquier otro titular del derecho de autor, las bibliotecas o los servicios de archivos cuyas actividades no estén destinadas directa o indirectamente a la obtención de un beneficio comercial podrán realizar por reproducción reprográfica ejemplares aislados de una obra:

- i) cuando la obra reproducida sea un artículo o un breve extracto de un escrito distinto de un programa informático, con o sin ilustración, publicado en una colección de obras en un diario o periódico y cuando el objetivo de la reproducción sea responder a la solicitud de un particular;*
- ii) cuando la reproducción del ejemplar esté destinada a conservarlo y, de ser necesario, a sustituirlo en caso de que se hubiese extraviado, destruido o fuese inutilizable o a sustituir un ejemplar extraviado, destruido o inutilizable de una colección permanente de otra biblioteca o de otro servicio de archivos.³⁵*

4. Manejo de la información en formato digital por bibliotecas y archivos

Todas las bibliotecas tienen bases de datos a cuya consulta se puede acceder por vía electrónica. La riqueza de la información suministrada por las bibliotecas depende de los recursos empleados para prestar servicios a usuarios que se conectan a través de la red.

Muchas bibliotecas ofrecen consulta y acceso a las obras de modo indiscriminado cuando éstas pertenecen al dominio público. Alternativamente, suelen ofrecer la posibilidad de obtener traslado o copia de las obras mediante el pago de una remuneración, que viene a ser el equivalente del precio de venta de la obra. Para hacer esto último, las bibliotecas tienen convenios con los titulares de los derechos de autor.

La copia digital ofrecida por las bibliotecas es una reproducción y comunicación pública que debe ser autorizada por el autor de la obra. La biblioteca no puede ofrecer este servicio sin autorización del autor.

³⁵ Acuerdo de Bangui, de 2 de marzo de 1977, por el que se establece una Organización Africana de la Propiedad Intelectual. Revisado en 1999 y en vigor desde el 28 de febrero de 2002. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=227 Acceso en 10 de diciembre de 2014.

Las bibliotecas ocupan un lugar especial en el manejo y aplicación de los otros sistemas de protección de los derechos de autor, distintos a los provenientes de la legislación sobre la materia, específicamente la protección tecnológica y la protección contractual.

Como es sabido y a cada instante es comprobado por cualquier usuario de la red, la tecnología digital no sólo permite que los usuarios copien, modifiquen y distribuyan las obras con derecho de autor con gran facilidad, sino que también refuerza la capacidad de los propietarios de los derechos de controlar el uso de tales obras.³⁶ De esta forma, cada vez es más frecuente que las obras digitales estén protegidas mediante dispositivos tecnológicos diseñados para impedir su acceso y/o uso no autorizados. Tal como lo registra Fernández-Molina estos dispositivos o sistemas tecnológicos, denominados genéricamente ECMS (Electronic Copyright Management Systems) o DRMS (Digital Rights Management Systems), tienen además protección legal contra su elusión, incluso aunque el uso que se pretenda hacer pudiera estar permitido por alguno de los límites a los derechos de autor. Las nuevas leyes de derecho de autor establecen que no está permitido ni eludir estos sistemas ni ayudar a que otros lo hagan (por ejemplo, proporcionando información o software que facilite dicha elusión). La legislación venezolana no contempla nada a este respecto.

Respecto a la protección contractual, los propietarios de los derechos de autor, generalmente, limitan la copia, la publicación pública o cualquier otro uso de la obra protegida en los contratos, generalmente tácitos, que resultan de la utilización de la obra por los usuarios individualmente. También existen cláusulas de protección contractual en las “licencias” que los autores conceden a ciertas instituciones, entre ellas las bibliotecas. Es así como, en ciertos casos, las bibliotecas o instituciones educativas o de investigación están firmando licencias en las que renuncian a los derechos y privilegios que les concede la ley, dificultando o impidiendo muchas de sus tareas habituales: préstamo inter bibliotecario, preservación, etc.³⁷ Por otro lado, si se trata de contratos internacionales también pueden especificar que la legislación aplicable y/o la jurisdicción competente es la un país extranjero, con los consiguientes problemas en caso de disputa.³⁸

Fernández-Molina ha observado que:

Ante esta situación, representantes del mundo educativo, investigador y bibliotecario han solicitado que se modifique la legislación de derecho de autor para asegurar que las cláusulas de las licencias que anulan determinados límites a los derechos de autor sean consideradas inválidas (Fernández-Molina, 2004). En el caso de Estados Unidos y de la Unión Europea no han tenido éxito hasta ahora, y las perspectivas tampoco

³⁶ Fernández-Molina, J. Carlos. Ob. Cit., pp. 9-10.

³⁷ Ibídem, pp. 10-11.

³⁸ Idem.

*son halagüeñas. Sólo parece esperanzador el caso australiano, ya que hay un informe elaborado por el Copyright Law Review Committee (2002) que recomendaba esta medida, aunque varios años después el gobierno australiano sigue analizándolo y no ha tomado ninguna decisión al respecto.*³⁹

Desde el punto de vista del derecho venezolano las renunciaciones a los privilegios de las bibliotecas, como se suele llamar a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor que benefician a esas instituciones, deben ser estimadas ilícitas, por ser contrarias al orden público. En efecto, tales limitaciones y excepciones al derecho de autor derivan del rango constitucional que tienen los otros derechos que amparan a las bibliotecas (el derecho a la información, el derecho a la cultura, el derecho a la investigación, el derecho a la educación).

4.1 Colisión de la actividad de las bibliotecas con los derechos morales y patrimoniales de los autores

Las bibliotecas, especialmente las bibliotecas universitarias, cooperan con el proceso de enseñanza-aprendizaje que se realiza en las aulas o a distancia. Necesariamente, se involucran en los conflictos inevitables que surgen entre los derechos de los autores de las obras y la utilización que de éstas hacen los docentes, investigadores y estudiantes. Las bibliotecas universitarias han de procurar que se respeten los derechos morales y patrimoniales de los autores.

De los derechos morales (la paternidad, la integridad y la divulgación), corresponde a las bibliotecas cuidar que la obra cuya copia suministra o cuyo acceso permite no entre en conflicto con los deseos del autor o no se esté ante una obra inédita. Para garantizar la paternidad y para el respeto de la integridad de la obra, la biblioteca debe aplicar las normas reglamentarias o los protocolos que haya dispuesto para ese propósito.

Los conflictos con los derechos de autor de carácter patrimonial (reproducción, distribución, comunicación al público y transformación), pueden presentarse en la actividad diaria de las bibliotecas. El derecho de reproducción que corresponde al autor no solo incluye las clásicas acciones de fotocopiar o microfilmear, sino las más modernas como digitalizar, escanear, descargar o bajar materiales (*download*), convertir a formato digital (por ejemplo, a DVD), o a cintas VHS. La biblioteca no puede cumplir estas funciones de reproducción sino en los casos estrictamente permitidos por la ley, es decir, cuando se trate de un uso honesto. Uno de los más frecuentes en el ámbito universitario es el de la reproducción para la enseñanza o la realización de exámenes (artículo 44.3 de la LSDA). En los restantes supuestos requiere autorización del autor. En cuanto al derecho de distribución que corresponde al autor, se ha entendido que este derecho consiste en poner a disposición del público la obra o copias de la misma en un soporte

³⁹ Idem.

tangible, mediante venta, alquiler, préstamo, donación, etc., y siempre se refiere a ejemplares tangibles en cualquier tipo de soporte: analógico (discos, libros o videocasetes), magnético (disketes), óptico (CD, DVD), electrónico (pendrives, discos duros externos)⁴⁰. El derecho de comunicación al público que corresponde al autor, no está permitido a las bibliotecas por la legislación venezolana. Los supuestos de comunicación pública son muy numerosos: proyección de películas, videos, documentales o cualquier obra audiovisual, exposición de obras de arte, radiodifusión, representaciones escénicas, disertaciones, ejecución de obras musicales, etc.. En el mundo de la enseñanza incluye actividades como poner información electrónica, fotografías o documentos a disposición de los usuarios en una intranet o en internet, poner contenidos en plataforma de enseñanza, bibliotecas o archivos digitales, tales como tesis, libros electrónicos, artículos, etc., pasar diapositivas, presentaciones digitales o transparencias en clases. Aquí, nuevamente, se está ante la ausencia de una regulación legislativa expresa que debe ser suplida por la interpretación, no partiendo del supuesto de que el derecho del autor siempre puede ser extendido a nuevas situaciones y que las excepciones o limitaciones son de derecho estricto, porque esto significa que el progreso de los medios electrónicos favorece al autor y perjudica los intereses generales. El asunto debe ser resuelto como se ha indicado en otras situaciones, partiendo de la equivalencia de los derechos fundamentales en conflicto.

Muriel-Torrado y Fernández-Molina han elaborado un cuadro sobre las actividades relacionadas con la enseñanza y los derechos a los que ésta afecta, el cual reproducimos por su interés para la actividad de las bibliotecas, especialmente las bibliotecas universitarias.

Actividad	Derecho relacionado
Transmisión de sonido o imágenes a través de la red, videoconferencias, podcasts, etc.	Comunicación pública
Descargar obras de una plataforma en línea o servicios de alojamiento como Dropbox, Rapidshare, etc.	Reproducción
Descargar material de una red p2p como Bittorrent, Emule, etc.	Reproducción y comunicación pública

⁴⁰ Muriel-Torrado, Enrique; Fernández-Molina, J. Carlos. “Enseñanza digital versus derechos de autor: el papel de la biblioteca universitaria en apoyo de profesores y alumnos”, en *Revista electrónica de biblioteconomía e ciência da informação*, v. 19, n. 39, jan./abr., 2014, p. 210. Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/viewFile/1518-2924.2014v19n39p205/26584>. Acceso 2 de enero de 2015.

Envíos por correo electrónico a los alumnos de clase	Comunicación pública
Uso de recursos electrónicos, bases de datos, publicaciones periódicas, etc.	Según licencias (si no tienen, igual que otras obras)
Subida a la red de materiales o trabajos de los alumnos	Reproducción y Comunicación pública
Facilitar programas de ordenador propietarios, shareware, etc.	Licencias (si no tienen, igual que otras obras)
Identificar correctamente el material que ponemos a disposición de los alumnos	Paternidad
Descargar de Internet, digitalizar, imprimir o copiar un archivo	Reproducción
Proyección de películas, documentales, vídeos de webs como YouTube, Vimeo, etc.	Comunicación pública
Pasar un documento de un formato a otro (p.ej. un archivo de texto a un archivo de audio)	Transformación
Tengo un blog de divulgación en el que hablo sobre mis investigaciones y en ocasiones “cuelgo” material protegido	Comunicación pública

2. Las licencias *creative commons*

La organización *Creative Commons Corporation* es una sociedad anónima sin fines de lucro (en el ordenamiento jurídico norteamericano es posible constituir sociedades anónimas sin fines de lucro) que fue establecida por iniciativa del profesor de la Universidad de Stanford Lawrence Lessig el año 2001, con el propósito de diseñar métodos y tecnologías que facilitaran compartir las obras científicas, las creaciones literarias o musicales y otras obras del intelecto con el público en general.

El proyecto mundial *creative commons* es un sistema por medio del cual las obras protegidas por el derecho de autor pueden ser licenciadas directamente por sus creadores a la sociedad en general. Su misión principal, según sus promotores, es crear una plataforma razonable de derechos autorales en contraposición a los extremos usuales. Parte de la premisa de que en el actual estadio del desarrollo tecnológico, el sistema de dosificación de las prerrogativas aseguradas a los creadores de obras artísticas por las leyes autorales es muchas veces excesivo y que los propios creadores pueden tener

interés en disminuirlas⁴¹. El sistema *creative commons* ofrece a los autores la posibilidad de renunciar públicamente a algunos de los derechos que le son conferidos legalmente, reteniendo alguna o algunas de las prerrogativas y renunciando a otras. Defiende y sostiene un ideal de moderación en materia de derecho de autor, estimando que el sistema legal existente tiende al establecimiento de una bipolarización entre dos alternativas radicales: en un extremo, la que reserva todos los derechos al autor (*All rights reserved*); y en el otro extremo el dominio público (*Public domain*). Se habla de contraposición entre *copyright* y *copyleft* (la palabra inglesa *left* se usa en el sentido de dejar –dejar copiar– y en el sentido de izquierda –por oposición a *right*, derecha). El sistema propone un término medio (algunos derechos reservados), el cual se imprime en forma gráfica con dos letras c colocadas en forma horizontal dentro de un círculo.

Las indicaciones sobre los derechos que se reservan o a los cuales renuncian los autores se expresan por medio de íconos y letras, para indicar (en el lenguaje de la adaptación parcial venezolana de la cual informa la página web venezolana): (i) **Atribución, identificada con la expresión by**: el autor permite la copia, distribución y exhibición de su obra, así como también permite la realización de trabajos derivados basados en su obra, siempre que se le de crédito de la manera indicada por él; (ii) **Compartir Igual, identificado con las letras s a (share alike)**: el autor permite que se realicen y distribuyan trabajos derivados si se adopta para éstos una licencia idéntica a la licencia que rige el trabajo original; (iii) **No Comercial, identificado con las letras n c (Non commercial)**: el autor permite a otros copiar, distribuir y exhibir su trabajo, y realizar trabajos derivados basados en el original, pero con fines no lucrativos; (iv) **Sin obras derivadas, identificado con las letras n d (No derivative works)**: el autor permite a otros copiar, distribuir y exhibir su trabajo, así como realizar sólo la copia literal del trabajo original, por lo cual no está permitida la generación de trabajos derivados basados en él.

Mezclando estos atributos o condiciones el sistema *creative commons* ofrece seis distintos tipos de licencias. En orden de menor a mayor grado de renuncia a derechos son: (i) Atribución-No comercial-Sin obras derivadas (**by-nc-nd**); (ii) Atribución-No comercial-Compartir igual (**by-nc-sa**); (iii) Atribución-No comercial (**by-nc**); (iv) Atribución-Sin obras derivadas (**by-nd**); (v) Atribución- Compartir igual (**by-sa**); (vi) Atribución (**by**).⁴²

El sistema *creative commons* tiene carácter contractual y no sustituye el registro de la obra intelectual a los efectos de la presunción que se deriva del artículo 104 de la Ley sobre Derecho de Autor, según el cual se presume, salvo prueba en contrario, que las personas indicadas en el registro son los titulares del derecho que se les atribuye en tal

⁴¹ Tridente, Alessandra. Ob. Cit., pp. 120-122.

⁴² Ibídem, pp. 126-127.

carácter. El uso de la licencia *creative commons* por parte de un autor puede servir de prueba de la titularidad. Tampoco ha sido creado todavía, a los efectos de las licencias *creative commons*, un sistema de depósito legal de las obras sustitutivo del previsto en el artículo 106 de la Ley sobre Derecho de Autor. El registro creado conforme a la Ley sobre Derecho de Autor sirve, además, para inscribir actos de transferencia de derechos o de constitución de gravámenes sobre las obras protegidas.

En el año 2009, Venezuela -a través del Centro Nacional de Tecnologías de Información (CNTI)- se afilió a la Organización Creative Commons y en 2009 firmó el memorando de entendimiento para adaptar las licencias *creative commons* a las leyes venezolanas. En noviembre de 2013 fueron “publicadas” las licencias, según informa el sitio web Creative Commons Venezuela. Sin embargo, la adaptación no ha llegado al nivel de la reforma legislativa para hacer compatible la Ley sobre Derecho de Autor con el sistema contractual *creative commons* ni para que el sistema funcione aisladamente a través de adhesiones al contrato. Para el momento en que concluye este estudio (10 de enero de 2015), los creadores venezolanos solo pueden obtener información parcial en el sitio web de Creative Commons Venezuela. Si desean utilizar el sistema *creative commons* de licencias se supone que deberían entrar en el sitio web de la organización mundial en inglés, seguir los pasos que les sean señalados y aceptar los términos, condiciones y modos del contrato de adhesión de Creative Commons Corporation. No existe todavía procedimiento legal ni contractual para hacerlo a través de la autoridad venezolana que se ha encargado de introducir el sistema al país de forma incompleta.

El sistema *creative commons*, como sus propios fundadores lo reconocen, es un punto intermedio y flexible entre los extremos contrapuestos de todos los derechos reservados y dominio público. A esta última corriente pertenecen los movimientos contraculturales que niegan todo derecho exclusivo y propugnan el libre e indiscriminado acceso a las obras intelectuales, en nombre del derecho a la información y del derecho colectivo de acceso a la cultura. *Copyleft* y *cultura libre* son expresiones que han dado nombre a algunos de esos movimientos, algunos de los cuales (no todos) han recibido la calificación de *alegales*⁴³. El movimiento de *software libre* de Richard Stallman utiliza una licencia pública general (GPL) y ha desembocado en el establecimiento de una fundación, la *Free Software Foundation*. Otros movimientos han sido llamados tribus de “totalitarios cibernéticos” o de “maoístas digitales”⁴⁴. Su modelo remoto es el de la extinta Unión Soviética, que no reconocía los derechos de autor, no el sistema de los Estados Unidos de América, de la Unión Europea, de la República Popular China y de la inmensa mayoría de los países del globo. Un observador europeo ha afirmado que las licencias *creative*

⁴³ Miserachs Sala, Pau. Estudios sobre la propiedad intelectual y sociedad de la información. Entre la ley y la utopía. Atelier, Barcelona 2014, pp. 18-19.

⁴⁴ García Aristegui, David. ¿Por qué Marx no habló de copyright? La propiedad intelectual y sus revoluciones; Barcelona: Enclave, 2014, p. 179.

commons se inspiraron directamente en el *copyleft*; que este es el mayor problema de la cultura libre hasta la fecha: tratar la producción cultural como si fuese desarrollo del software; que este tipo de licencias no logró el mismo éxito que logró el *copyleft*; y que a nivel profesional las licencias *creative commons* poco se utilizan, que solo hay algunos casos excepcionales⁴⁵. Por lo contrario otro observador europeo afirma que las licencias *creative commons* están teniendo una amplia aceptación entre determinados grupos de creadores en Internet⁴⁶.

Las expectativas de la implantación del movimiento de cultura libre mediante un instrumento internacional son muy remotas, por decir lo menos. Sin embargo, la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión en octubre de 2014 un Proyecto de Ley de Acceso Libre al Conocimiento que se orienta en esa dirección y que algunas publicaciones políticas afines en la red han calificado de *artillería* contra el *capitalismo cognitivo*. Según el artículo 1º de tal Proyecto de Ley, el conocimiento que se desarrolla con fondos otorgados por el Estado deberá “ser visible y estar disponible para ser consultado, usado, mejorado y transmitido a través de repositorios digitales, material impreso y espacios de socialización”, sin perjuicio del uso de otros medios que puedan surgir en el futuro. Entre las personas e instituciones que estarían sometidas a la Ley se encuentran las universidades públicas y cualquier otra institución del sector universitario de naturaleza pública; las personas naturales y jurídicas que generan conocimiento financiado con recursos públicos; todos los órganos, entes y personas del poder público nacional, estatal, distrital y municipal; las fundaciones, asociaciones, sociedades y empresas creadas con fondos públicos o aquellas en que participa el Estado a través de cualquier modalidad; las personas naturales que generan conocimiento en el marco de la relación de trabajo con la Administración Pública Nacional; y las instancias del Poder Popular. Los creadores o los titulares de derechos estarían obligados a otorgar *licencia libre*, por medio de la cual concederían permisos de uso de la obra tangible o intangible, preservando el reconocimiento moral del autor y estableciendo los modos por medio de los cuales la misma sería utilizada, modificada y distribuida. Las implicaciones del referido proyecto de ley para el derecho constitucional de creación y para los derechos de autor que es una de sus manifestaciones son enormes. Sin embargo, su examen escapa al objeto del presente estudio.

Para las bibliotecas, especialmente para las bibliotecas universitarias que manejan materiales digitales, la elección hecha por el autor conforme al sistema *creative commons* para la utilización de su obra simplificaría su tarea de colocar a la disposición de los

⁴⁵Ibídem, p. 169.

⁴⁶ Iglesias Rebollo, César. “Software libre y otras formas de dominio público anticipado”, en *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*. Carlos Rogel Vides (Coord.), Madrid: ASEDA/Escolha Galega de Administración Pública/Fundación Aisge, 2005, p. 212.

usuarios los más actuales materiales de investigación y de enseñanza-aprendizaje. Adaptándose a la inclinación de las nuevas generaciones por la novedad digital, por la velocidad de la transmisión y por la fijación de los resultados de sus trabajos en repositorios y sitios digitales adecuados y confiables. De ahí que se haya tratado este tema en el presente estudio por considerarlo relevante para los investigadores, para las universidades y para las bibliotecas universitarias como auxiliares del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Conclusiones

1. La legislación venezolana de derecho de autor contiene una regulación de los derechos morales y patrimoniales de los autores y del uso honrado de las obras protegidas por parte del público en general y de las bibliotecas en particular. Tal regulación arranca de la incorporación en 1993 en la Ley sobre Derecho de Autor (redactada por Ricardo Antequera Parilli) del sistema de las tres condiciones o de los tres pasos proclamado por el Convenio de Berna, según el cual, en casos especiales, se puede hacer una copia de la obra, siempre y cuando no se entre en conflicto con la explotación normal que corresponde al autor y sin que se perjudiquen los intereses legítimos de éste.
2. La regulación venezolana pertenece a la era pre digital. Los supuestos que contempla se refieren a la reproducción en formatos analógicos, con excepción de los programas de ordenador. Sin embargo, las soluciones que deben darse a la reproducción de las obras en formatos digitales deben derivarse del principio de equivalencia que proviene de las declaraciones concertadas de los Tratados de Internet de la OMPI. Los derechos de los autores siguen siendo los mismos y las limitaciones y excepciones también. Lo que procede es una adaptación del derecho y de la excepción al caso concreto considerado.
3. Mientras llega el momento de la adopción de un nuevo instrumento internacional que resuelva específicamente las dudas que han surgido con la irrupción de las nuevas tecnologías, las soluciones que han incorporado las nuevas leyes de derecho de autor (la norteamericana, la australiana y la directiva europea) pueden servir de guía para la interpretación de los ordenamientos jurídicos que todavía no han legislado específicamente sobre las nuevas situaciones. Esas soluciones pueden recibir el reconocimiento de principios generales de derecho a los cuales se puede acudir para la interpretación de las normas, de conformidad con el artículo 4° del Código civil venezolano.
4. La posibilidad de que se llegue a un acuerdo reflejado en un instrumento internacional para que sean eliminados los aspectos patrimoniales del derecho de autor luce remota. Sin embargo, en Venezuela ha sido aprobada en primera discusión en la Asamblea Nacional

en octubre de 2014 un Proyecto de Ley de Libre Acceso al Conocimiento que lo intenta con las investigaciones realizadas al amparo del Estado.

Referencias bibliográficas

- Antequera Parilli, Ricardo. “El Derecho de autor y el Derecho a la cultura en el marco de los Derechos humanos”, en *Legislación Cultural*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.
- Antequera Parilli, Ricardo. “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, en *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Universidad Javeriana/Temis, 2009.
- Antequera Parilli, Ricardo. El nuevo régimen de Derecho de autor en Venezuela. Tomo I, 2ª ed., revisada y actualizada. Caracas: Editorial Venezolana C.A., 1998.
- García Aristegui, David. ¿Por qué Marx no habló de copyright? La propiedad intelectual y sus revoluciones; Barcelona: Enclave, 2014.
- Iglesias Rebollo, César. “Software libre y otras formas de dominio público anticipado”, en *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*. Carlos Rogel Vides (Coord.), Madrid: ASEDA/Escolha Galega de Administración Pública/Fundación Aisge, 2005.
- Lipszyc, Delia. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Argentina: UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 2004.
- Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Reimpresión de la edición de 1993 Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA, 2006.
- Lung, Geidy. “Excepciones de derecho de autor para bibliotecas para discapacitados visuales – Perspectiva internacional, en *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. Eduardo Salles Pimenta (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 114-124.
- Miller, Arthur R.; Davis, Michael H. Intellectual Property. Patents, Trademarks, and Copyright in a nutshell. 4th. edition. St. Paul, MN USA: Thomson/West, 2007.
- Miserachs Sala, Pau. Estudios sobre la propiedad intelectual y sociedad de la información. Entre la ley y la utopía. Atelier, Barcelona 2014.
- Serrano Fernández, María. “Las obras huérfanas. Luces y sombras de la Directiva 2012/28 sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas”, en *Propiedad intelectual en el siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*. Colección de Propiedad Intelectual. Isabel Espín Alba (Coord.), Madrid: Editorial Reus, S. A./Fundación AISGE, 20014, pp. 143-169.
- Tridente, Alessandra. Direito Autoral. Paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier Editora/Campus Jurídico 2009.
- Uzcátegui Angulo, Astrid. “Función Social de la Propiedad Intelectual”, en *Estudios en Homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*, t. II. Propiedad Intelectual. Astrid Uzcátegui Angulo (compiladora). Mérida: Universidad de Los Andes, Facultad de

Ciencias Jurídicas y Políticas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Talleres Gráficos Universitarios (ULA), 2011.

Referencias electrónicas

Acuerdo de Bangui, de 2 de marzo de 1977, por el que se establece una Organización Africana de la Propiedad Intelectual. Revisado en 1999 y en vigor desde el 28 de febrero de 2002. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=227 Acceso en 10 de diciembre de 2014.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Decimoséptima sesión. Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Ginebra, 3 al 7 de noviembre de 2008. SCCR/17/2, 26 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=16828 Acceso el 05 del diciembre de 2014.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Resumen del estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de las bibliotecas y los archivos (SCCR/29/3). Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=290457 Acceso el 08 de diciembre de 2014.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Documento de trabajo provisional acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre limitaciones y excepciones para las instituciones educativas, docentes y de investigación y las Personas con otras discapacidades, en el que figuran comentarios y propuestas de textos. Vigésima sexta sesión. Ginebra, 16 a 20 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_28/sccr_28_ref_sccr_26_4_prov.pdf Acceso el 05 de diciembre de 2015.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Documento de trabajo en el que figuran los comentarios acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre excepciones y limitaciones para las bibliotecas y los archivos. Vigésima sexta sesión. Ginebra, 16 a 20 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=32094 Acceso 17 de diciembre de 2014.

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI. Consolidación de textos propuestos contenidos en el documento SCCR/26/3. SCCR/29/4. Vigésima novena sesión. Ginebra, 8 a 12 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=32094 Acceso 17 de diciembre de 2014.

Declaración de Berlín sobre el Acceso Abierto en las Ciencias y Humanidades Disponible en http://campus.usal.es/gabinete/comunicacion/Declaracion_de_Berlin.pdf Acceso en 2 de enero de 2015.

- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001 p. 0010 – 0019. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES> Acceso 10 de diciembre de 2014.
- Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0028&rid=1> Acceso 2 de enero de 2015.
- Fernández-Molina, J. Carlos. El futuro de los límites a los derechos de autor que benefician y apoyan a la investigación, 2014, pp. 6-7. Disponible en: <http://enancib.ibict.br/index.php/enancib/vienancib/paper/viewFile/1801/942> Acceso 3 de enero de 2015.
- Hugenholtz, P. Bernt & Okediji, Ruth L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright: Final Report* Amsterdam: Instituto para el Derecho de la Información, 2008. Disponible en: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/937> Acceso en 2 de enero de 2015.
- IFLA. Limitaciones y Excepciones de derecho de autor (copyright) para bibliotecas y archivos. Disponible en: <http://www.ifla.org/ES/copyright-tlib> Acceso 2 de enero de 2015.
- Muriel-Torrado, Enrique; Fernández-Molina, J. Carlos. “Enseñanza digital versus derechos de autor: el papel de la biblioteca universitaria en apoyo de profesores y alumnos”, en *Revista eletrónica de biblioteconomia e ciência da informação*, v. 19, n. 39, jan./abr., 2014, pp. 205-226. Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/viewFile/1518-2924.2014v19n39p205/26584> Acceso 2 de enero de 2015.