

Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos

Vigésima sesión

Ginebra, 21 a 24 de junio de 2010

Segundo documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor

Documento preparado por la Secretaría

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIGOR	4
	a) Personas con discapacidad visual	4
	b) Bibliotecas y archivos	7
	c) Actividades educativas	9
III.	LOS DISTINTOS MODELOS LEGISLATIVOS	15
	a) Generalidades	15
	b) Disposiciones que autorizan la libre utilización	16
	c) Licencias no voluntarias	17
	d) Disposiciones que rigen la gestión de derechos	19
	e) Relación con los sistemas automatizados de gestión de derechos	19
	f) Soluciones no legislativas	23
IV.	DISPOSICIONES RELATIVAS AL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DE COPIAS	24
	a) Disposiciones específicas	24
	b) Agotamiento de los derechos	25
V.	CONVENIOS INTERNACIONALES	25
	a) Disposiciones generales, la prueba del criterio triple	25
	b) Disposiciones específicas	27
	c) Aplicación territorial, agotamiento de los derechos de distribución de copias físicas, importación de copias no autorizadas	27

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente documento pretende sintetizar los siguientes nueve estudios sobre el tema de las limitaciones y excepciones encargados por la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (OMPI) entre 2003 y 2009:

- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital, preparado por Sam Ricketson, Catedrático de Derecho de la Universidad de Melbourne y abogado, Victoria (Australia) (documento SCCR/9/7) (el estudio Ricketson)¹;*
- *Estudio sobre los Sistemas automatizados de gestión de derechos y limitaciones y excepciones al derecho de autor, preparado por Nic Garnett, Consultor Principal de Interight.com (documento SCCR/14/5) (el estudio Garnett)²;*
- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales, preparado por Judith Sullivan, Consultora en derecho de autor y asuntos gubernamentales (documento SCCR/15/7) (el estudio Sullivan)³;*
- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de bibliotecas y archivos, preparado por Kenneth Crews, Director, Oficina Asesora de Derecho de Autor, Universidad de Columbia (documento SCCR/17/2) (el estudio Crews)⁴;*
- *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe, preparado por Juan Carlos Monroy Rodríguez, Profesor en la Universidad Externado de Colombia (documento SCCR/19/4) (el estudio Monroy)⁵;*
- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos en beneficio de la enseñanza en África, preparado por Joseph Fometeu, Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Ngaunderé (Camerún) (documento SCCR/19/5) (el estudio Fometeu)⁶;*
- *Estudio sobre las excepciones con fines docentes en los países árabes, preparado por Victor Nabhan Presidente, Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) (documento SCCR/19/6) (el estudio Nabhan)⁷;*
- *Estudio de la OMPI sobre las excepciones al derecho de autor con fines docentes en Asia y Australia, preparado por Daniel Seng, Universidad Nacional de Singapur (Singapur), (documento SCCR/19/7) (el estudio Seng)⁸;*
- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del Norte, Europa, los países del Cáucaso, Asia central e Israel, preparado por Raquel Xalabarder, Profesora de Derecho Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona (España) (documento SCCR/19/8) (el estudio Xalabarder)⁹;*

1 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16805.
2 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=59952.
3 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=75696.
4 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192.
5 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130303.
6 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130241.
7 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130302.
8 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130249.
9 http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130393.

2. En la decimoctava sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR), celebrada en Ginebra en mayo de 2009, los Estados miembros decidieron solicitar a la Secretaría de la OMPI que “prepare documentos analíticos en los que se señalen las características más importantes de las limitaciones y excepciones aplicadas en los distintos ámbitos basándose en los estudios efectuados y en los que además se trate la dimensión internacional y se categoricen eventualmente las principales soluciones legislativas a ese respecto”. El documento SCCR/19/3 titulado “Documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor” fue preparado en respuesta a esa solicitud. Dicho documento contiene una reseña de los primeros cuatro estudios que figuran en la lista antes mencionada, a saber, los estudios de Rickeston, Garnett, Sullivan y de Crews.

3. En la decimonovena sesión del SCCR celebrada en diciembre de 2009, los Estados miembros expresaron su agradecimiento a la Secretaría por la preparación del documento SCCR/19/3 antes mencionado, y pidieron a la Secretaría que actualice el documento teniendo en cuenta la información y los análisis contenidos en los nuevos estudios sobre las limitaciones y excepciones en favor de la educación, a saber, los estudios de Monroy, Fometeu, Nabhan, Seng y de Xalabarder.

4. El presente documento resume y complementa los distintos estudios mediante un análisis global que reúne los siguientes elementos: primero, las distintas actividades autorizadas por las diferentes disposiciones previstas en la legislación nacional (Capítulo II); segundo, los distintos modelos legislativos utilizados a ese respecto, tales como las disposiciones sobre la libre utilización, las licencias obligatorias, las licencias legales, entre otras (Capítulo III); tercero, las disposiciones, que de forma general o específica, están relacionadas con las limitaciones y excepciones estudiadas, relativas a la importación de copias realizadas en el extranjero en virtud de limitaciones y excepciones, centrándose en particular en las excepciones en favor de las personas con discapacidad visual (Capítulo IV); y, cuarto, las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales que autorizan o restringen la flexibilidad de los legisladores nacionales (Capítulo V).

II. ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN VIGOR

a) Personas con discapacidad visual

5. Dos estudios abordan la cuestión de las limitaciones y excepciones en favor de las personas con discapacidad visual, a saber, el estudio Garnett y el estudio Sullivan. El estudio Garnett no efectúa un análisis global de las legislaciones nacionales en las esferas estudiadas, sino que presenta las disposiciones de cinco países seleccionados, a saber, Australia, la República de Corea, España, el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

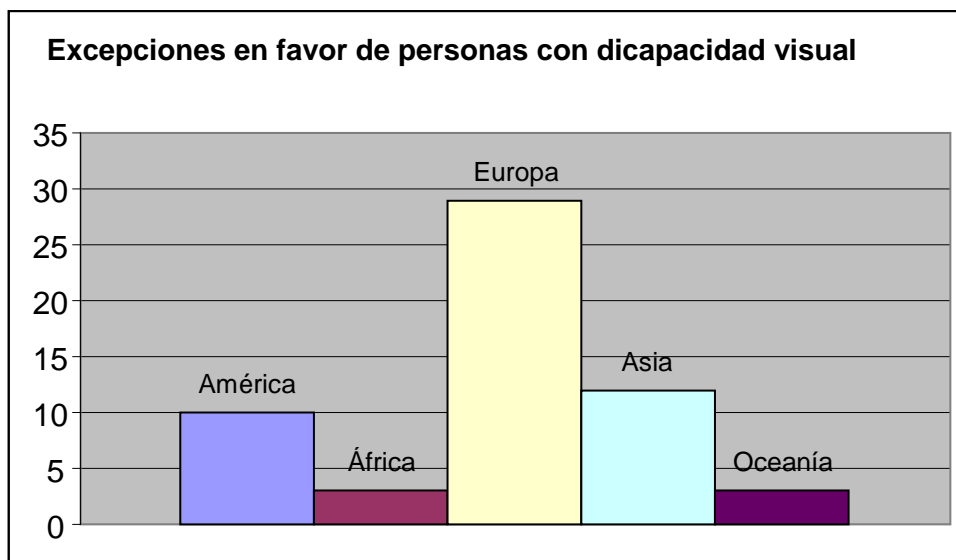
6. El estudio Sullivan examina las excepciones nacionales de una manera más exhaustiva. Identifica las disposiciones de las leyes nacionales de derecho de autor relacionadas con las necesidades de las personas con discapacidad visual y concluye que mucho menos de la mitad de los Estados miembros de la OMPI cuentan con tales disposiciones.

7. Entre las excepciones específicas descritas en sólo 57 legislaciones nacionales, el estudio identifica variaciones importantes respecto al número de factores, tales como i) beneficiarios finales, ii) tipo de obras que pueden copiarse, iii) naturaleza comercial de los actos, iv) actos autorizados, v) personas u organismos que pueden llevar a cabo esos actos, vi) tipos de copias accesibles que pueden realizarse, vii) condiciones particulares, y viii) derogación de las excepciones mediante contratos¹⁰.

¹⁰ Documento SCCR/15/7, pág. 31.

8. Respecto al *beneficiario final*, la mayoría de excepciones se refieren específicamente a las personas que no tienen capacidad para acceder a las obras, o que tienen dificultades para hacerlo. Algunos países tratan de definir claramente la terminología utilizada, ya sea con términos médicos o funcionales, de modo que se abarque un amplio espectro de discapacidades visuales. Algunas excepciones son aplicables a las personas con discapacidad en general, o a personas con una minusvalía sea física o psíquica.¹¹

9. En lo que se refiere a las *obras que pueden utilizarse*, las principales diferencias entre las disposiciones relativas a las obras que pueden hacerse accesibles para las personas con discapacidad visual dependen de si ésta ya ha sido publicada o ya ha sido presentada o difundida entre el público. Cerca de un tercio de las excepciones no requiere el cumplimiento de dichas condiciones, pero la mayoría lo exige y suele precisar que la publicación o la revelación de la obra deben ser legales. Asimismo, muchas excepciones requieren que la obra que vaya a usarse se haya publicado ya en un formato especial para las personas con discapacidad visual. Varias leyes excluyen ciertos tipos de obras, tales como los programas informáticos, bases de datos, obras teatrales o cinematográficas, de las disposiciones que autorizan la realización de copias accesibles¹².



Fuente: OMPI, 2009

10. En lo que se refiere a la *condición respecto a si la organización u organismo usuario tiene una actividad lucrativa o no*, al menos dos tercios de las excepciones excluyen las actividades comerciales o con ánimo de lucro de su ámbito de aplicación, y exigen de manera expresa que la actividad en cuestión no tenga fines lucrativos, comerciales, económicos ni similares¹³.

11. En lo que se refiere a los *actos autorizados*, cerca de la mitad de las excepciones especifican únicamente la reproducción de la obra. Sólo unas cuantas legislaciones prevén claramente la posibilidad de distribuir las copias en formato accesible realizadas y su comunicación al público, que en general son actividades posteriores necesarias para suministrar copias accesibles a las personas con discapacidad visual. Sólo cuatro países tienen excepciones que autorizan la interpretación o ejecución en público de una obra¹⁴.

¹¹ Ídem, pág. 33.

¹² Ídem, pág. 35.

¹³ Ídem, pág. 36.

¹⁴ Ídem, pág. 37.

12. Respecto a *la persona que puede llevar a cabo los actos*, en cerca de la mitad de los países que prevén excepciones no parece haber ninguna limitación con respecto a quién puede realizar la actividad autorizada en virtud de las excepciones. Sin embargo, en algunos países, existe una restricción respecto a quién puede realizar algunos tipos de formatos accesibles, en general formatos distintos del braille. Cabe suponer que esas diferencias se han establecido para llevar un seguimiento más adecuado de la realización de los tipos de formatos accesibles más vulnerables. En varios países toda actividad realizada en virtud de las excepciones, en general, está limitada a los organismos que han sido designados o autorizados oficialmente de alguna manera. En el caso de algunas excepciones, se establece que son los organismos que ayudan de manera específica y a menudo esencialmente a las personas con dificultades para leer los que pueden realizar la actividad autorizada en virtud de las excepciones, pero no parece que haya un proceso oficial de autorización.¹⁵

13. En lo que se refiere al *tipo de formatos accesibles* que pueden ser producidos en virtud de la excepción, el estudio resalta el hecho de que aunque algunas personas aprenden a leer formatos especializados mediante sistemas de caracteres como el braille, son muchas más las que no lo hacen. Ello puede depender del grado de discapacidad, la edad a la que dejaron de leer con comodidad las publicaciones comerciales disponibles, o de otros factores, pero esto significa que la producción de formatos accesibles sólo en braille muy probablemente no supondrá una solución completa al problema de acceso a la palabra escrita para las personas con discapacidad visual. Por tanto, entre los formatos accesibles adecuados para las personas con discapacidad visual figuran las publicaciones en caracteres grandes, las grabaciones sonoras y las ampliaciones fotográficas y también los formatos basados en tecnologías como el braille electrónico, las copias digitales compatibles con los programas informáticos de lectura de pantalla que leen en voz alta los mensajes de texto que aparecen en la pantalla del ordenador, o con los programas informáticos que amplían el tamaño del texto que aparece en la pantalla. El aumento de las soluciones tecnológicas propiciado por el mundo digital también ha dado lugar al libro digital hablado, como en el estándar DAISY¹⁶ que aborda de manera específica las necesidades de las personas con discapacidad visual, pero que puede ser utilizado por las personas no discapacitadas.

14. Seis excepciones parecen estar exclusivamente limitadas a la producción de copias en braille, mientras 21 países parecen prever excepciones que no están limitadas, o parecen no estarlo, a la producción de formatos especializados. De los demás países con excepciones específicas al derecho de autor en favor de las personas con discapacidad visual, 19 parecen limitarse a la producción en braille u otros formatos especializados que facilitan el acceso de las personas con discapacidad visual. No resulta claro si el hecho de realizar copias en otros formatos no hechos exclusivamente para las personas con discapacidad visual, tales como las copias en caracteres grandes que pueden ser leídos por cualquier persona o las grabaciones sonoras en soportes que pueden reproducirse en equipos de sonido estándar, están excluidas de tales excepciones. Once países tienen excepciones que contienen otro tipo de disposiciones o de formatos accesibles.¹⁷

15. En lo que se refiere a otras *condiciones particulares de las excepciones*, en poco menos que la mitad de las excepciones analizadas, existe el requisito de reconocer de alguna manera el origen de una obra. Esos países suelen definir la forma mínima que debe respetar estar mención. Lo más frecuente es que se exija el reconocimiento del nombre del autor y la fuente. Entre otros aspectos que se requieren de manera específica a veces figuran el título de la obra, el nombre de la editora, el artista intérprete o ejecutante (en el caso de los libros hablados), el lugar o la fecha en que la obra se dio a conocer al público por primera y el nombre del titular del derecho de autor, que podría no coincidir con el del autor.¹⁸

¹⁵ Ídem, pág. 38.

¹⁶ DAISY (acrónimo en inglés de Sistema digital de información accesible) www.daisy.org.

¹⁷ Ídem, pág. 43.

¹⁸ Ídem, pág. 45.

16. Aproximadamente uno de cada cinco países con excepciones específicas en favor de las personas con discapacidad visual sólo presenta el tipo de condiciones que ya se han examinado en los párrafos anteriores. Una de las condiciones adicionales más frecuentes es la que invalida todas las excepciones recogidas en la ley de derecho de autor del país, en particular una prueba complementaria, igual o similar a uno o varios de los criterios de la prueba del criterio triple estipulada en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (el Convenio de Berna) y otros tratados (estudiados en el Capítulo V *infra*). Un total de 27 países han incorporado una excepción con criterios iguales o similares a la prueba del criterio triple estipulada en el Convenio de Berna que parece ser aplicable junto con las demás condiciones a las excepciones de dichos países en favor de las personas con discapacidad visual.¹⁹

17. Por último, el estudio Sullivan investiga en qué medida se pueden *invalidar por contrato* las excepciones específicas al derecho de autor en favor de las personas con discapacidad visual recogidas en las legislaciones nacionales. Constata que dos legislaciones nacionales parecen estipular que los contratos serán nulos en caso de que invaliden las excepciones al derecho de autor. Por el contrario, en una legislación nacional claramente se indica que las excepciones al derecho de autor no afectarán a ningún otro derecho u obligación que limite la realización de cualquiera de los actos indicados. En teoría, otros derechos u obligaciones podrían abarcar un contrato que impida el disfrute de las excepciones establecidas en favor de las personas con discapacidad visual.²⁰

b) Bibliotecas y archivos

18. El estudio Crews sobre las limitaciones y excepciones en favor de las bibliotecas y archivos se basa en el examen de las leyes de derecho de autor de 149 países, y concluye que una amplia mayoría tiene una o más limitaciones y excepciones específicamente relacionadas con las bibliotecas o archivos (“excepciones en favor de las bibliotecas”), y que sólo 21 de las legislaciones examinadas no contienen dichas disposiciones.²¹ De los 128 países en los que se identificaron limitaciones o excepciones, 27 cuentan con una disposición que autoriza a las bibliotecas realizar copias de las obras para los usuarios sin limitar explícitamente el objetivo de la copia a la investigación, preservación, o cualquier otro uso particular, y no prevén ninguna otra excepción específica en favor de la investigación, preservación u otra actividad. En unos cuantos países se prevé esa excepción general aplicable a las bibliotecas, además de otras disposiciones relativas a actividades específicas de las bibliotecas. Dos países combinan una disposición general con una autorización para que un organismo gubernamental formule normas más detalladas que limiten las condiciones de la copia, y un país autoriza a las bibliotecas y a otras organizaciones a “utilizar” cualquier tipo de obra, sin limitar el número de ejemplares, en la medida en que la copia se realice por razones de “interés público”.²²

19. En 74 países se identificaron disposiciones legislativas que estipulan el derecho de las bibliotecas de hacer copias en número limitado a efectos de investigación privada o estudio por un usuario de la biblioteca y, en algunos de ellos, se prevé más de una única disposición al respecto. Las disposiciones legislativas pueden agruparse en tres categorías principales: 1) excepciones que autorizan a las bibliotecas hacer reproducciones de obras sin limitación explícita a la investigación, el estudio u objetivos similares (recogidas en 14 legislaciones); 2) excepciones que autorizan la reproducción de todos o casi todos los tipos de obras con fines de investigación o similares (en el estudio se mencionan cuatro ejemplos concretos); y 3) excepciones que autorizan la reproducción de tipos específicos de obras (por ejemplo, artículos de periódico) con fines de investigación y similares (recogidas en la mayoría de las legislaciones examinadas). Se distingue con frecuencia entre las obras publicadas y las obras no publicadas, y si la reproducción de estas últimas se autoriza, por lo general, está combinada con cláusulas de salvaguardia específicas. En las legislaciones se observan diferencias

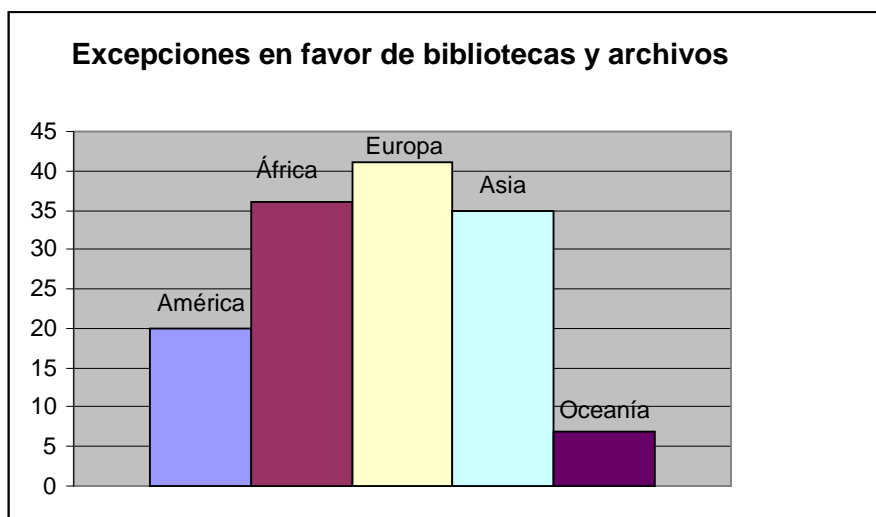
¹⁹ Ídem, pág. 46.

²⁰ Ídem, pág. 49.

²¹ Documento SCCR/17/2, pág. 29.

²² Ídem, pág. 45.

importantes en relación con otras obligaciones, tales como los usos no comerciales, la utilización de únicamente fragmentos de una obra, la reproducción de obras en un único ejemplar, o la utilización autorizada únicamente de materiales respecto de los cuales no se puede conceder licencia. Asimismo, la exigencia de demostrar el propósito, por ejemplo, con fines de investigación, varían desde ninguna exigencia hasta la presentación de una declaración por escrito por parte del usuario sobre el propósito.²³



Fuente: OMPI, 2009

20. Las excepciones que autorizan a una biblioteca poner a disposición una obra a efectos de investigación o estudio figuran en las leyes de derecho de autor de 11 países de la Unión Europea y en cuatro legislaciones de otros países²⁴.

21. Setenta y dos textos legislativos examinados autorizan la copia por parte de las bibliotecas con fines de preservación (siempre que se trate de realizar una copia de una obra antes de que se pierda por cualquier motivo con el fin de garantizar su disponibilidad). Sesenta y siete legislaciones autorizan la copia con fines de sustitución (realizar una copia específicamente para sustituir una obra de la colección de la biblioteca que se ha perdido, o que por alguna razón no convenga que el original sea puesto a disposición del público). Además, 53 países cuentan con disposiciones que explícitamente autorizan a las bibliotecas efectuar copias para añadirlas a la colección de otra biblioteca.²⁵ Las disposiciones legislativas relativas a la preservación y sustitución son muy diferentes en lo referente a los detalles de las condiciones. Entre las condiciones comunes de esas disposiciones cabe señalar las siguientes: sólo se autoriza a efectuar una copia única, copias limitadas a las obras que pertenecen a la colección de la biblioteca; la copia pasa a formar parte de forma permanente de la colección; la copia debe ser sin ánimo de lucro. Algunos países imponen algunas restricciones al respecto. Las disposiciones más importantes son las que se refieren a la disponibilidad de la obra en el mercado, así como las disposiciones relativas a la condición exacta de la obra que se pretende copiar, en particular si está deteriorada o está disponible en un formato obsoleto.²⁶

22. El estudio identifica seis países que cuentan con disposiciones que autorizan la reproducción con fines de "suministro de documentos" o "préstamo interbibliotecario", vale decir, reproducciones de obras realizadas por una biblioteca, que está en posesión de la obra, que se envían a la biblioteca solicitante para que ésta pueda suministrar la copia al usuario

²³ Ídem, pág. 52.

²⁴ Ídem, pág. 53.

²⁵ Ídem, pág. 57.

²⁶ Ídem, pág. 60.

interesado con fines de estudio privado. En relación con este punto se han identificado 17 legislaciones que contienen disposiciones que autorizan el “suministro” de copias por una biblioteca a otra para su preservación en la colección de la institución que las recibe o, en general, para su utilización por la biblioteca receptora.²⁷ Son pocos los países en los que se han establecido disposiciones legislativas sobre la responsabilidad por las infracciones cometidas por los usuarios de las bibliotecas que utilizan las fotocopadoras u otros equipos facilitados por la biblioteca o presentes en sus instalaciones,²⁸ y sólo unos cuantos países tienen disposiciones más o menos generales que protegen a las bibliotecas contra los riesgos jurídicos que pueden afrontar en caso de infracción del derecho de autor²⁹.

23. El estudio concluye, entre otras cosas, que existe una gran diversidad de formas de abordar en detalle las distintas cuestiones, y que se trata de una esfera en evolución en la que periódicamente se va adoptando nuevos textos legislativos, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, aunque también se constata una cierta armonización derivada de fuentes tales como la Ley Tipo de Túnez, OMPI-UNESCO 1976, y las directivas europeas³⁰.

c) Actividades educativas

24. Los cinco estudios sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas, a saber, los estudios Monroy, Fometeu, Nabhan, Seng y Xalabarder, exploran los sistemas nacionales de excepciones y limitaciones del derecho de autor para actividades educativas, analizan la interrelación de las excepciones vigentes con las disposiciones sobre medidas tecnológicas de protección, incluyendo las excepciones relativas al acceso a la información y los conocimientos tanto en el entorno de obras impresas en papel como en el entorno digital, también en lo que atañe a la enseñanza a distancia.

25. El número de legislaciones nacionales analizadas en cada uno de esos estudios es el siguiente: el estudio Monroy abarca 29 legislaciones nacionales de América Latina y el Caribe, el estudio Fometeu abarca 34 legislaciones nacionales de la región de África, el estudio Nabhan abarca 17 legislaciones nacionales de los países árabes, el estudio Senga abarca 40 legislaciones nacionales de países de la región de Asia y el Pacífico y el estudio Xalabarder abarca 57 legislaciones nacionales de países de América del Norte, Europa, el Cáucaso, Asia Central e Israel.

26. De los estudios se desprende que hay varias limitaciones y excepciones que, por sí solas o combinadas, pueden ser pertinentes a los fines educativos: i) excepciones específicas relacionadas directamente con la enseñanza y los fines educativos, ii) excepciones relativas a citas, iii) excepciones para uso privado, uso leal o actos leales, y iv) excepciones para las bibliotecas (esta categoría de excepciones se analiza en detalle en el estudio Crews). A la luz de lo antedicho, los cinco estudios identifican gran cantidad de enfoques nacionales que perfilan las flexibilidades necesarias previstas para las actividades educativas. Resulta muy difícil resumir de forma sistemática esos enfoques.

27. Si bien los estudios varían en lo que atañe al alcance y el planteamiento de las excepciones, en sus conclusiones asoman temas comunes:

- a) alcance: se refiere a qué tipos de actividades educativas o actos de explotación (es decir, reproducción, interpretación o ejecución, comunicación al público, puesta a disposición, traducción) quedan exentos o permitidos y en qué formatos o medios (es decir, reprografía, analógico, digital);

²⁷ Ídem, pág. 63.

²⁸ Ídem, pág. 69.

²⁹ Ídem, pág. 70.

³⁰ Ídem, pág. 75.

- b) obras: a qué tipos de obras puede aplicarse la excepción o la naturaleza de esas obras (todos los tipos de obras o sólo determinadas obras) y el alcance del uso permitido (cuánto, cuántas copias);
- c) derechos: qué derechos exclusivos abarca la excepción;
- d) admisibilidad: qué calificaciones debería tener una institución o una persona para acogerse a la limitación o excepción. En lo que atañe a los establecimientos educativos, si la excepción se aplica a las instituciones públicas, sin fines de lucro o con fines de lucro, las universidades, las escuelas, las bibliotecas, etc.) o, en lo que atañe a las personas, si los beneficiarios deberían ser docentes, estudiantes o bibliotecarios.
- e) finalidades: enseñanza, exámenes, estudio, y cualquier otra condición y requisito, incluida la remuneración.
- i) Excepciones específicas relacionadas directamente con la enseñanza y los fines educativos

28. Debido a la naturaleza expansiva de las actividades educativas, las *excepciones específicas directamente relacionadas con la enseñanza y los fines educativos* contempladas en las legislaciones nacionales distan de ser homogéneas. Mientras que en algunos países se prevé una excepción nacional amplia en materia de educación, que incluye los usos con fines de enseñanza, investigación o educación, y múltiples subcategorías de usuarios, otros países cuentan con excepciones limitadas a aspectos específicos y variados de las actividades relacionadas con la enseñanza y la investigación.

29. El alcance de esas excepciones puede ser muy amplio e incluir actos como, por ejemplo: la preparación de crestomatías, es decir colecciones de breves resúmenes de obras publicadas o de adaptaciones, la copia de resúmenes de artículos científicos o técnicos y la publicación de esas copias, las interpretaciones o ejecuciones y las emisiones de carácter didáctico, así como la comunicación al público, el alquiler con fines académicos, la investigación y el estudio de programas informáticos y otras obras basadas en la tecnología, y la utilización de obras o de adaptaciones en preguntas de examen y hasta la importación.

30. En la mayoría de las legislaciones nacionales revisadas en los cinco estudios el alcance de este tipo de excepciones se limita a ciertos derechos, por ejemplo, únicamente el derecho de reproducción, o a algunos casos determinados de enseñanza en clase. Sólo un número limitado de legislaciones extienden ampliamente esas excepciones a otros usos, por ejemplo, en la comunicación y la radiodifusión, y muy pocas a la difusión de obras por medios digitales. El hecho de que estas últimas sean pocas pesa sobre el desarrollo de la enseñanza a distancia y las actividades de enseñanza electrónica, a menos que se disponga de otras soluciones, por ejemplo, la concesión de licencias.

31. En muchas de las legislaciones examinadas en los estudios se imponen distintos requisitos de admisibilidad para circunscribir la disponibilidad de las excepciones a ciertos beneficiarios, por ejemplo, determinadas instituciones, en particular, las educativas. Algunas normas trazan una distinción entre educación terciaria (universidades e institutos preuniversitarios) y educación no terciaria (primaria y secundaria en todos sus niveles). Esta distinción parece permitir la aplicación de un número mayor de excepciones en cuanto a los actos de reproducción para la educación no terciaria. En algunas legislaciones sobre derecho de autor también se incluyen como beneficiarios de la excepción a los docentes, los investigadores científicos y los estudiantes, en lugar de las instituciones.

32. Algunas legislaciones limitan expresamente el uso de la excepción con fines educativos "a la medida que justifique el propósito". En otras se establecen limitaciones cuantitativas y cualitativas al alcance de la obra que puede copiarse, o el número de copias que pueden reproducirse, y hasta se han elaborado excepciones específicas para la realización de múltiples copias de obras, por ejemplo paquetes de cursos y folletos con fines educativos.

ii) Excepciones relativas a citas

33. Sobre la base del artículo 10.1) del Convenio de Berna, muchas de las legislaciones nacionales examinadas en los estudios contemplan excepciones relativas a las *citas* o el derecho de cita, de forma expresa o a partir del principio de actos leales o uso leal de la obra con fines de crítica o recensión.

34. Los beneficiarios del derecho de cita pueden ser personas naturales o jurídicas. En muchas legislaciones, no se establecen limitaciones en cuanto a las obras a las que puede aplicarse el derecho de cita. En muchas legislaciones nacionales se exige que el derecho de cita se ejerza en la medida justificada por su objetivo. Asimismo, existe el requisito de atribución de la cita, a saber, que la fuente de la cita, el título y el autor de la obra citada también deben acompañar la cita.

35. Aparte del requisito de que la obra citada se haya hecho legítimamente accesible al público, por lo general, las legislaciones nacionales no incluyen restricciones en cuanto al alcance y la naturaleza de las obras que la excepción abarca. Por lo tanto, las excepciones relativas a las citas en las legislaciones nacionales pueden abarcar obras impresas, por ejemplo, libros, periódicos y artículos, pero también pueden englobar interpretaciones y ejecuciones y emisiones.

36. Con respecto a la extensión de la cita, en las disposiciones nacionales se aplica gran variedad de criterios. En algunas legislaciones se establece el volumen máximo que puede citarse de una obra, por ejemplo, hasta un cierto número de palabras de obras literarias o científicas o compases de obras musicales; o hasta un cierto número de páginas o porcentaje de una obra. En otras no se fija un volumen máximo, sino que se refieren únicamente a cortos fragmentos, pasajes necesarios o breves fragmentos. Por último, no se fijan requisitos en cuanto a la compensación debida por realizar las citas permitidas por la ley.

iii) Excepciones para uso privado, uso leal o actos leales

37. En muchos de los países objeto de examen en los estudios se han formulado excepciones del derecho de autor que facultan a utilizar una obra con *finés privados o personales*. Existen varios enfoques para formular esas excepciones, pero la mayoría de ellos “se circunscriben a determinados casos especiales” que “no atenten contra la explotación normal de la obra” ni “causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, según establece la prueba del criterio triple.

38. Por lo que respecta a las copias de carácter privado, según el país, puede preverse el caso de que sólo el copista (la persona física) esté facultado a realizar las copias, o que pueda realizarlas también un tercero en su nombre. Por ejemplo, en el primer caso, un profesor no podrá realizar copias y distribuir las entre sus alumnos para que las utilicen en un contexto de enseñanza (aunque es probable que cada alumno tenga derecho a realizar su propia copia en cualquier soporte). En cambio, en el segundo caso, las bibliotecas e instituciones públicas estarán facultadas a realizar copias en nombre de los alumnos para el uso privado de éstos.

39. Por lo general, las legislaciones nacionales no establecen limitaciones múltiples en cuanto a la naturaleza y el alcance de las obras que pueden ser objeto de copia. Sin embargo, es posible que el alcance de las excepciones de uso privado se vea limitado por el requisito general de que las copias no deben realizarse con fines de lucro ni a partir de un ejemplar que sea evidentemente ilegítimo.

40. En gran número de países las excepciones de copia por uso privado están sujetas al pago de una compensación a los titulares de derechos. Las disposiciones de las legislaciones nacionales varían en lo que atañe a la forma y la cuantía de esa compensación (es decir, imposición de gravámenes a las copisterías o por la venta de cintas vírgenes y equipo, entre otras cosas) en función de la costumbre y las prácticas jurídicas nacionales y teniendo en cuenta la existencia de la gestión electrónica de derechos y las medidas tecnológicas de protección.

41. Los países del *common law* se basan en los principios de “actos leales” o “uso leal” que engloban las excepciones que permiten utilizar una obra para la elaboración de críticas o reseñas, información periodística, instrucción, actividad académica e investigación. En muchas legislaciones se fija un límite al número de copias que pueden realizarse al amparo de esas excepciones. Debido a las inquietudes que suscita la piratería, en algunos países que contemplan excepciones amplias de uso personal o privado, se han excluido del alcance de las excepciones la reprografía de la totalidad o una parte importante de ciertos tipos de obras, por ejemplo, libros, obras musicales o películas. Los países que aplican una regla de carácter flexible para el uso leal o los actos leales hacen frente a este problema creando presunciones. Lamentablemente, el entorno digital y la disponibilidad generalizada de instrumentos digitales de reproducción exacerban este problema y las soluciones aún no son del todo eficaces ni están disponibles inmediatamente.

42. Como se concluye en el estudio Crews sobre bibliotecas y archivos, en tres de los cinco estudios sobre excepciones para actividades educativas (los estudios Nabhan, Seng y Xalabarder) se indica que todas las excepciones para actividades educativas se inspiran claramente no sólo en el artículo 10.2) del Convenio de Berna, sino en la Ley tipo de Túnez de 1976, UNESCO-OMPI, que incluye varias limitaciones y excepciones aplicables con fines educativos.³¹

iv) Anexo del Convenio de Berna

43. Muy pocos de los países en desarrollo objeto de examen en los estudios han declarado valerse de las facilidades previstas en el *Anexo del Convenio de Berna sobre disposiciones especiales relativas a los países en desarrollo* para reemplazar los derechos exclusivos de traducción y/o reproducción por un régimen de licencias no voluntarias en el ámbito de la educación o la investigación. Ninguno de los países objeto de los estudios Fometeu y Xalabarder han formulado ante la OMPI la declaración pertinente. En el estudio Monroy se refiere que ninguno de los países de América Latina y el Caribe, a excepción de Cuba, ha formulado esa declaración. En el estudio Nabhan se destaca el vivo interés de los países árabes en el Anexo de dicho Convenio y se informa que, en total, nueve países han formulado esa declaración.^{32 33} En el estudio Seng se informa que sólo cinco países de Asia se han acogido a los artículos II y III del Anexo y que sólo uno se ha acogido al artículo II del Anexo.³⁴

44. No todos los países han aplicado con eficacia regímenes legales de concesión de licencias para la traducción y publicación de obras literarias y dramáticas extranjeras y para la publicación de ediciones locales, a precio accesible, de obras literarias y científicas con fines de enseñanza, actividad académica e investigación.

45. Por su parte, otros países han aplicado licencias obligatorias de traducción y reproducción al margen del Anexo del Convenio de Berna, incorporando en sus legislaciones disposiciones afines a la del Anexo.

46. Se desprende de los estudios que los nacionales de países en desarrollo no consideran el mecanismo del Anexo suficientemente interesante, si bien el régimen parece ser un compromiso minuciosamente elaborado entre editores y educadores. La combinación de al menos dos elementos puede explicar la falta de entusiasmo por las licencias contempladas en el Anexo del Convenio de Berna: i) la naturaleza compleja del procedimiento de concesión de esas licencias y ii) la naturaleza del mercado editorial, algo limitada por el hecho de que, en la mayoría de los países en desarrollo, este mercado está particularmente influido por el bajo poder adquisitivo de la población.

³¹ Documento SCCR/19/6, página 18; documento SCCR/19/7, página 158; documento SCCR/19/8, páginas 33 y 34.

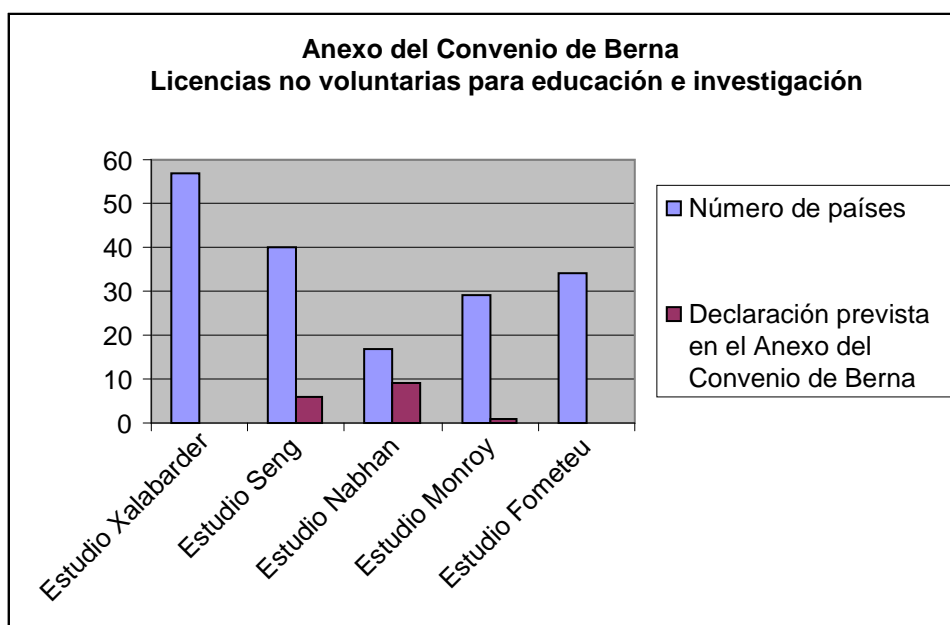
³² Documento SCCR/19/4, página 252.

³³ Documento SCCR/19/6, página 59.

³⁴ Documento SCCR/19/7, página 188.

47. Sin embargo, ello no significa que las disposiciones del Anexo sean inútiles. En el estudio Nabhan se sugiere que el Anexo Podría constituir un instrumento interesante cuando la amenaza de utilizarlo permita a quienes deseen beneficiarse de ellas, obtener condiciones favorables y adecuadas en los contratos negociados libremente con los editores. Al parecer, el fantasma de la aplicación de la excepción los haría mostrarse más comprensivos o menos exigentes con las demandas de los países en desarrollo.³⁵

48. En el estudio Fometeu también se recomienda que para alentar a nacionales de los países en desarrollo a aplicar esas licencias, el primer paso consistiría en simplificar los procedimientos, reduciendo en gran medida los plazos de inmunidad y eliminando lisa y llanamente los plazos de contemporización. En cierta medida, los primeros menoscaban la información antes de que llegue a los nacionales de los países en desarrollo mediante las licencias, mientras que los segundos constituyen una verdadera medida de disuasión para el solicitante de una licencia. Dicho de otro modo, los editores que reciben información sobre una solicitud de licencia procedente de un país en desarrollo deberían apresurarse a enviar ejemplares al país de origen del solicitante de la licencia ya que, si se solicita una licencia es porque existe un mercado potencial.³⁶



Fuente: OMPI, 2010

v) Educación a distancia

49. Ciertas cuestiones relacionadas con las limitaciones y excepciones relativas al aprendizaje a distancia están relacionadas con el estudio Garnett antes mencionado. El principal objeto del estudio de Garnett es la interacción entre la gestión digital de los derechos (DRM, por su sigla en inglés) y las limitaciones y excepciones, como se ilustra en dos esferas específicas, el acceso a las obras para las personas con discapacidad visual y el aprendizaje a distancia. También en relación con el último aspecto, el estudio no procede al examen global de las legislaciones nacionales, sino que presenta las disposiciones de algunos países seleccionados, en particular, Australia, la República de Corea, España, el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

³⁵ Documento SCCR/19/6, página 60.

³⁶ Documento SCCR/19/5, página 46.

50. Los resultados del estudio Garnett han quedado parcialmente obsoletos tras los cambios experimentados por el sistema de derecho de autor en los países antes mencionados desde la preparación del estudio. Sin embargo, con el fin de ofrecer una presentación exhaustiva, el primer documento analítico sobre las limitaciones y excepciones en vigor se reproduce a continuación.

51. Algunos de los textos de ley examinados ofrecen ejemplos de disposiciones que autorizan la reproducción y difusión de las obras literarias y artísticas protegidas en el contexto del aprendizaje a distancia por Internet. Así, las disposiciones de las Partes VA y VB de la Ley de Derecho de Autor de Australia prevén dos dispositivos que autorizan una cierta utilización de los recursos impresos y recursos digitalizados, respectivamente. Mientras que los recursos impresos pueden escanearse a partir del papel y volver a introducirse y almacenarse en un soporte digital, los documentos que ya están en formato digital pueden reproducirse electrónicamente y, en ese formato, también podrán comunicarse al personal y a los estudiantes de las instituciones educativas. Las instituciones y el organismo de gestión colectiva *Copyright Agency Limited* (la CAL) deben concertarse sobre los distintos aspectos que constituyen un sistema de uso electrónico, en particular el pago y el sistema de registro de utilización que debe mantenerse. Las disposiciones contienen varias limitaciones relativas a la utilización de estos recursos atenuadas por licencias voluntarias que la CAL concede a instituciones educativas³⁷.

52. En los Estados Unidos de América, la Ley de Armonización de la Tecnología, la Enseñanza y el Derecho de Autor (la Ley "TEACH") de 2002 autoriza, en virtud de sistemas de condiciones y medidas de salvaguardia minuciosamente concebidos, la digitalización de las obras, o la reproducción de obras en formato digital por parte de organismos gubernamentales e instituciones educativas sin fines de lucro, así como su interpretación o ejecución y exhibición a través de transmisiones realizadas bajo la dirección o supervisión efectiva de un profesor, como parte integral de una clase impartida en el marco habitual de una actividad educativa sistemática. La disposición también prevé el uso "asincrónico" (no simultáneo) por los estudiantes cuando la "clase" es el período en el que el estudiante está conectado al servidor, cuya duración puede variar según las necesidades del estudiante o la naturaleza del curso. La recepción debe, en la medida que sea tecnológicamente posible, estar limitada a los estudiantes oficialmente matriculados en el curso, o a funcionarios del gobierno como parte de sus obligaciones o tareas oficiales³⁸.

53. En la República de Corea las disposiciones legislativas tienen un carácter más "tradicional" ya que cubren la utilización de fragmentos de libros de texto, la difusión y la reproducción de obras en la medida que sea necesario con fines educativos. Estas disposiciones, sin embargo, están complementadas por los sistemas de licencias de tipo DRM, por ejemplo, en el marco de una utilización por parte de un gran distribuidor comercial de educación a distancia³⁹.

54. Mientras la información sobre España presentada en el estudio no está actualizada, la Ley de Derecho de Autor, Diseños Industriales y Patentes de 1988 del Reino Unido contiene disposiciones que autorizan la reproducción en el marco de un curso, o de la preparación de un curso, la elaboración de antologías para uso educativo, la interpretación o ejecución, la representación o exhibición de obras en el marco de las actividades de un establecimiento educativo y la grabación de emisiones por establecimientos educativos. La *Open University* (OU) es una institución de enseñanza a distancia muy importante en el Reino Unido, y cuenta con estudiantes de muchos países distintos, lo que significa que sus actividades de gestión de derechos son considerables y complejas, incluso aunque estén simplificadas lo más posible a través del uso de cláusulas y procedimientos normalizados de gestión de derechos⁴⁰. Varios cambios se han producido en el Reino Unido desde el 2006 en el ámbito de la concesión de

³⁷ Documento SCCR/14/5, pág. 59.

³⁸ Ídem, pág. 75.

³⁹ Ídem, pág. 66.

⁴⁰ Ídem, pág. 70.

licencias voluntarias con respaldo legislativo para el uso digital del material.

55. Los cinco estudios sobre las limitaciones y excepciones en favor de las actividades educativas abordan desde distintas ópticas las cuestiones relativas a la enseñanza o el aprendizaje a distancia. Sin embargo, parecen coincidir en el hecho que la educación a distancia por medios digitales y la educación presencial son distintas. Asimismo, son diferentes la consulta en línea de las obras disponibles en una biblioteca digital, y la consulta de libros en una biblioteca; la educación a distancia por medios digitales y los usos de recursos educativos en un entorno digital presentan su propia problemática y son ejemplos de ámbitos de la actividad humana y social que requieren soluciones jurídicas específicas, que no se solucionan mediante la aplicación por analogía de otras normas que se basan en otros supuestos de hecho, y que nunca fueron pensadas para las nuevas situaciones surgidas a raíz del cambio tecnológico de la era digital.

56. Las complejidades de este ámbito son cada vez más importantes y se derivan en gran medida de los cambios propiciados por la tecnología en el campo de la educación. La existencia de nuevos métodos de enseñanza y nuevos medios de difundir el conocimiento y la información y acceder a éstos, ofrece un abanico de nuevas posibilidades a los docentes, investigadores y estudiantes y, por ende, favorece la innovación y la creación de nuevos mercados para autores, eruditos y editores. En un contexto de tales características, tanto el sector educativo como el editorial deberían esforzarse por lograr una colaboración más estrecha, facilitada por las reglas y políticas pertinentes, con el fin de sacar partido de las crecientes posibilidades del mercado educativo favorecidas por el uso de la tecnología. A fin de cuentas, la relación entre ambos sectores siempre ha sido, y seguirá siendo, simbiótica.

III. LOS DISTINTOS MODELOS LEGISLATIVOS

a) Generalidades

57. Las leyes nacionales de derecho de autor desde siempre han previsto limitaciones y excepciones, y a lo largo de los años se han elaborado distintos modelos que se describen en términos generales en los siguientes apartados. Se trata de disposiciones que autorizan la libre utilización, licencias no voluntarias y disposiciones que rigen la gestión de derechos.

58. Fuera de estos modelos que influyen sobre la forma en que se concede el permiso de utilización de la obra, y la manera en que se efectúa el pago de una posible remuneración, también existe una distinción general entre, por un lado, las disposiciones que rigen las utilidades específicas descritas en la ley y, por otro lado, las disposiciones que establecen criterios generales relativos a las utilidades autorizadas que, en última instancia, son determinadas por los tribunales. La primera solución es muy utilizada, probablemente en todos o prácticamente en todas las legislaciones, mientras que la última solución, o más bien una disposición adicional, se encuentra más comúnmente en países regidos por la tradición de la jurisprudencia, en los que se hace referencia a éstas como disposiciones sobre la utilización leal o prácticas comerciales leales.

59. Las disposiciones sobre la utilización leal se originaron en los Estados Unidos de América como resultado de una codificación de muchos años de jurisprudencia. En resumen, la disposición autoriza la utilización leal de una obra protegida por derecho de autor, incluida la utilización mediante la reproducción de ejemplares o grabaciones sonoras con fines tales como la crítica, el comentario, el reportaje informativo, la enseñanza (incluida las copias múltiples para usos escolares), las becas o la investigación. Al determinar si la utilización de una obra en un caso determinado constituye una utilización leal, se examinarán, entre otros, los elementos siguientes: 1) el propósito y el carácter de la utilización, incluyendo si dicha utilización es de naturaleza comercial o si se realiza a los efectos educativos y sin fines de lucro; 2) la naturaleza de la obra protegida por derecho de autor; 3) la cuantía y el carácter sustancial de la porción utilizada en relación con la totalidad de la obra protegida por derecho de autor; y 4) el efecto de la utilización en el mercado potencial de la obra protegida por derecho de autor o sobre su valor.

60. Las reglas sobre las prácticas comerciales leales tienen su origen en la legislación sobre el derecho de autor del Reino Unido, y originalmente estipulan que cualquier práctica comercial leal con respecto a cualquier obra con fines de uso privado, investigación científica, crítica, examen, o resumen de noticias, no infringirá el derecho de autor. En las subsiguientes revisiones, esa disposición básica ha adoptado varias formas en los distintos países en los que inicialmente era aplicable.

b) Disposiciones que autorizan la libre utilización

61. Muchas limitaciones y excepciones, ya sea que tengan la forma de disposiciones específicas o disposiciones más generales sobre la utilización leal o las prácticas comerciales leales, permiten *la libre utilización*, es decir que actúan como disposiciones que autorizan al usuario a realizar los actos restringidos en virtud de la protección concedida por el derecho de autor o los derechos conexos, en la medida autorizada en la limitación o excepción, y sin obligación de tener que ponerse en contacto con el titular de los derechos antes o después de obtener el permiso, o de informar sobre la utilización, y sin tener que pagar ningún tipo de remuneración.

62. En comparación con otros modelos legislativos, que se examinan a continuación, las disposiciones que autorizan la libre utilización ofrecen la solución más ventajosa para los usuarios y la más desventajosa para los titulares de derechos. Sin embargo, en muchos casos estas disposiciones constituyen la forma más adecuada de obtener una solución equilibrada. La explicación podría ser que la utilización tiene una incidencia tan reducida sobre los intereses de los titulares de derechos que no se justificaría optar por otras soluciones, o que la carga que representa ponerse en contacto con los titulares de derechos, establecer la remuneración y otras condiciones sobrepasa lo que razonablemente sería necesario para utilizaciones que limitadas, quizá frecuentes, y que responden a serias preocupaciones de política pública. Además, las disposiciones que autorizan la libre utilización también garantizan que los usuarios puedan elegir las obras más apropiadas sin tener que considerar, por ejemplo, si es posible ponerse en contacto con los titulares de derechos (obras huérfanas).

63. Cuando se trata de limitaciones y excepciones autorizadas en virtud de convenios internacionales, normalmente también está permitido establecerlas en forma de disposiciones relativas a la libre utilización. Las excepciones son las disposiciones específicas relativas a las licencias no voluntarias que se abordan más adelante. Sin embargo, existe una disposición general que podría considerarse como una limitación a la posibilidad del recurso a las disposiciones sobre la libre utilización, a saber, el último criterio de la prueba del criterio triple estipulada en el Artículo 9.2) del Convenio de Berna, el Artículo 10 de Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Artículo 16.2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). De acuerdo con ese criterio, las limitaciones y excepciones no pueden ser de "tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados". Esta disposición se entiende normalmente en el sentido que una licencia no voluntaria puede ser necesaria para que una limitación o excepción sea compatible con la prueba en cuestión, si su incidencia económica supera cierto nivel.

64. El estudio Sullivan constata que una gran mayoría de las 57 excepciones nacionales analizadas no parecen exigir el pago de una remuneración a los titulares de los derechos. De hecho, en 20 países las excepciones están formuladas de manera que se excluye de forma expresa el pago de una remuneración. Sin embargo, esto sólo puede evaluarse de modo cabal examinando en cada caso las demás limitaciones impuestas por la excepción, tales como el hecho de permitir únicamente tipos muy específicos de formatos accesible, o únicamente tipos muy limitados, o un número limitado de organismos que puedan actuar en virtud de las excepciones, y condiciones que excluyan las actividades lucrativas y las que podrían entrar en competencia con los formatos accesibles que se comercializan.⁴¹

⁴¹ Documento SCCR/15/7, pág. 43.

65. Además de los 20 países con excepciones que excluyen de forma expresa toda remuneración, otros 32 países cuentan con disposiciones que parecen prever excepciones sin remuneración. En el caso de ocho de ellos, esos actos no remunerados sólo se aplican en ciertas situaciones; en otros casos, debe o puede haber la posibilidad de remuneración.

66. El estudio Crews señala que la mayoría de legislaciones examinadas autorizan a las bibliotecas a hacer determinados usos de las obras protegidas por derecho de autor sin compensar a los titulares del derecho de autor. Ciertos países también tienen disposiciones que autorizan la libre utilización pero que sólo son aplicables con la condición expresa de que no exista una licencia gestionada de forma colectiva que cubra dicha utilización⁴². Se observan resultados similares en los estudios sobre las limitaciones y excepciones con fines educativos.

c) Licencias no voluntarias

67. Las licencias no voluntarias están explícitamente autorizadas en los Artículos 11 bis.2) y 13 del Convenio de Berna, y cubren la radiodifusión, la retransmisión, la transmisión por cable y otras comunicaciones públicas de emisiones, así como la grabación de obras musicales y líricas que han sido previamente grabadas con la autorización del autor, respectivamente. Estas disposiciones están aún vigentes, pero en un número limitado de países. Durante la preparación del WCT, se propuso que las partes en el Tratado se comprometieran a no aplicar esas disposiciones, pero esa propuesta se rechazó. También se recogen disposiciones similares en el Artículo 12 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (la Convención de Roma) y el Artículo 15 del WPPT, el cual (opcionalmente) garantiza a los artistas intérpretes o ejecutantes, así como a los productores de fonogramas, el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión y comunicación al público de sus fonogramas publicados con fines comerciales. En principio, sin embargo, estas disposiciones no se refieren a las licencias no voluntarias examinadas aquí, debido a que están reconocidas como derechos en sí, y no como limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos o a otros derechos de ámbito más amplio.

68. En vista que las disposiciones de los convenios internacionales, examinadas en el presente documento, constituyen los requisitos mínimos, se considera que los países son libres de establecer licencias no voluntarias en los casos en que la libre utilización está autorizada de otro modo, ya que este tipo de licencias se considera como un nivel superior de protección.

69. Las licencias no voluntarias autorizan la utilización en cuestión sin que los titulares de derechos puedan evitarla, pero facultándolos para obtener una remuneración equitativa. De este modo, tales licencias pueden considerarse más ventajosas para los titulares de derechos y, por lo tanto, menos ventajosas para los usuarios, que las disposiciones relativas a la libre utilización. Los titulares de derechos obtendrán algún tipo de remuneración por la utilización, y el pago y la gestión del mismo representarán una carga adicional para los usuarios.

70. A este respecto, mucho depende de la manera en que la licencia no voluntaria se haya establecido. Normalmente, se hace una distinción entre *licencias legales* y *licencias obligatorias*. Esta distinción está vinculada al dispositivo del que emana el permiso de utilización. Si la utilización está autorizada por la ley propiamente dicha, se considera una licencia legal, mientras que la licencia obligatoria es un sistema por el cual la ley obliga a los titulares de derechos a conceder la autorización a los usuarios cuando estos la soliciten. De todos modos, si los titulares de derechos y los usuarios no logran concertarse sobre la cuantía de la remuneración equitativa o si, en el caso de licencia obligatoria, los titulares de derechos se niegan a conceder la licencia a los usuarios, la legislación nacional establecerá una autoridad apropiada para tomar las decisiones necesarias, por ejemplo, un tribunal designado para este efecto o un tribunal sobre derecho de autor.

⁴² Documento SCCR/17/2, pág. 42.

71. Se puede decir que una licencia obligatoria se aleja menos de los derechos exclusivos que una licencia legal porque, en principio, alivia los titulares de derechos de la tarea de supervisar la posible utilización y de reclamar una remuneración. Por otra parte, si no existen organizaciones representativas, este tipo de licencia no autoriza la utilización de obras huérfanas de la misma manera que las licencias legales.

72. El estudio Sullivan indica que sólo tres países parecen prever una excepción, que en realidad es una licencia obligatoria combinada con una remuneración destinada a los titulares de derechos por todos los actos autorizados en virtud de las excepciones en favor de las personas con discapacidad visual. Además, siete países prevén una excepción que es una licencia obligatoria respecto al menos algunos de los actos autorizados⁴³.

73. Existen varios criterios que distinguen las excepciones puras de las licencias obligatorias, por ejemplo, las licencias obligatorias sólo son aplicables a las grabaciones sonoras de obras, grabaciones de emisiones o copias en caracteres grandes, o cuando se realizan varias copias de una obra.

74. Sólo tres países tienen disposiciones relativas al menos a ciertos actos autorizados en virtud de excepciones que no son licencias no voluntarias en términos estrictos porque sólo prevén la posibilidad de compensar a los titulares de derechos. En algunos países únicamente, los titulares del derecho pueden solicitar el pago de una remuneración equitativa. Ésta es una vía intermedia según la cual una excepción que no prevé el pago de una remuneración puede en efecto ser anulada en la práctica por un sistema de licencias establecido por el titular de derechos para cubrir el mismo acto que autoriza la excepción pertinente. En esos casos, los titulares de derechos, si así lo desean, son libres de exigir el pago en virtud del sistema de licencias. Este caso parece corresponder a las soluciones identificadas en el estudio Crews y mencionadas en el párrafo b) que antecede.

75. El estudio Crews señala que, en general, una excepción que prevé una remuneración se basa en el mecanismo de la gestión colectiva porque los costos de la transacción serían demasiado altos en el caso de concesión de licencias individuales. Además, la gestión colectiva también ofrece ventajas adicionales tanto para los usuarios como para los titulares de derechos. La obligación de concesión de licencias o el pago de una remuneración también pueden representar ventajas para los usuarios, ya que los legisladores que establecen tales medidas de salvaguardia estarán dispuestos a aceptar limitaciones y excepciones más generosas, y al mismo tiempo, los costos no representan necesariamente una carga para una biblioteca, ya que pueden repartirse entre todas las bibliotecas que reúnen los requisitos o, en su defecto, simplemente formar parte del presupuesto operativo de la biblioteca financiado con fondos públicos. Sin embargo, la licencia sigue siendo una condición previa para la prestación de algunos servicios bibliotecarios, y podrá utilizarse para limitar el alcance de una excepción legal a únicamente ciertas obras⁴⁴.

76. En cuanto a la remuneración relacionada con el ejercicio de las limitaciones que autorizan ciertos actos con fines educativos, los estudios pertinentes indican que algunas legislaciones conceden a los titulares de derechos algún tipo de remuneración por el ejercicio de las limitaciones y excepciones que autorizan determinados actos, en particular los actos relativos a la reproducción con fines educativos. Las formas en las que se suministra tal remuneración varían desde la aplicación general de gravámenes por la reproducción reprográfica, gravámenes sobre las cintas vírgenes y otros soportes, gravámenes por la utilización de Internet y de redes internas, la aplicación de licencias obligatorias, los sistemas de licencias colectivas ampliadas, las licencias comerciales administradas por los organismos de gestión colectiva de derechos hasta la obligación de pagar una remuneración equitativa.

⁴³ Documento SCCR/15/7, pág. 44.

⁴⁴ Documento SCCR/17/2, pág. 43.

77. En el Capítulo II del presente documento figuran diversas disposiciones especiales, relativas a las licencias no voluntarias con fines educativos y de investigación en los países en desarrollo, relacionadas con la reproducción o traducción, contenidas en Apéndice del Convenio de Berna.

d) Disposiciones que rigen la gestión de derechos

78. Algunos legisladores han tratado de evitar la utilización de limitaciones y excepciones mediante disposiciones basadas en derechos exclusivos, pero rigen el ejercicio de tales derechos por medio de la gestión de derechos colectiva y obligatoria o, posiblemente, a través de la gestión colectiva ampliada (este último tipo también puede considerarse que contiene en cierta medida un elemento de limitación o excepción). Ambos modelos presuponen la existencia de organismos de gestión colectiva que estén autorizados por sus miembros para negociar con los usuarios la utilización de sus obras.

79. En el caso de *gestión colectiva obligatoria* la legislación limita la posibilidad individual de los titulares de derechos de hacer valer sus derechos respecto a los usuarios estipulando que los derechos en cuestión sólo pueden reivindicarse a través de un organismo de gestión colectiva, posiblemente con ciertas condiciones adicionales, como por ejemplo que el organismo haya recibido la autorización del gobierno y cumpla con ciertos requisitos básicos respecto a sus operaciones, etcétera. La gestión colectiva obligatoria presenta la ventaja de proteger a los usuarios contra las reivindicaciones de terceros cuando han firmado un acuerdo con el organismo autorizado, ya que ese tipo de acuerdos suelen incluir una cláusula por la cual el organismo se compromete a amparar a los usuarios contra las reivindicaciones de los titulares de derechos que no son miembros, lo que además en la práctica resuelve los problemas que puedan surgir en relación con las obras huérfanas.

80. La *gestión colectiva ampliada* presupone no sólo la existencia de un organismo de gestión colectiva, sino también que el organismo represente una parte importante, de no ser la mayoría, de los titulares de derechos. La disposición de la legislación sólo tendrá efectos si existe un acuerdo respecto a la utilización en cuestión entre los usuarios y el organismo representativo pero, en tal caso, la ley amplía los efectos de ese acuerdo para cubrir también a los titulares que no están representados por el organismo, siempre que, de modo general, no se la utilización en cuestión no haya sido prohibida específicamente. Se podría decir que tales disposiciones encierran una cierta limitación de los derechos exclusivos respecto a los titulares de derechos no representados, pero comúnmente no se consideran como limitaciones o excepciones sino más bien como mecanismos que reglamentan el ejercicio de los derechos. Se podría decir que la ventaja que presentan tales disposiciones es que ofrecen una solución para la concesión de licencias de obras huérfanas y garantizan que las condiciones de utilización hayan sido negociadas. Por otra parte, dejan en suspenso las cuestiones subyacentes si los usuarios y el organismo representativo no logran concertarse, en tal caso los derechos exclusivos serán aplicables, y esos derechos sólo son viables en los casos en que tales organismos en efecto existan.

e) Relación con los sistemas automatizados de gestión de derechos

81. La interrelación entre los sistemas automatizados de gestión de derechos y las limitaciones y excepciones es el tema central del estudio Garnett. El estudio describe las funciones básicas de los sistemas de gestión digital de los derechos (DRM) y las analiza en relación con las características de algunas limitaciones y excepciones típicas.

82. En armonía con las opiniones ya expresadas en publicaciones anteriores sobre el tema, el estudio concluye que si bien existen ejemplos de elementos vinculados al derecho de autor que influyen sobre la arquitectura y el funcionamiento de los DRM, tales como el sistema de gestión de copias en serie (SCMS) que autoriza una única generación de copias subsiguientes, y la codificación regional de los DVD, la situación es fundamentalmente distinta en lo que se refiere a las limitaciones y excepciones. A menudo exigen que se tengan en cuenta varios elementos concretos que los sistemas informáticos no son capaces de evaluar. Además, suelen basarse en una interpretación jurídica de un término o de una situación concreta que requiere la intervención humana. Por otro lado, la elaboración de esos sistemas está a cargo

de los titulares de derechos que, como es de suponer, no están en capacidad de invertir los recursos considerables que serían necesarios para crear tales sistemas, que no se justificarían mientras no afecten sus intereses comerciales y, además, tales sistemas exigidos por la ley serían muy difíciles de formular y, probablemente, muy rápido se volverían obsoletos.⁴⁵

83. Como alternativa, el estudio contempla la solución que consiste en determinar terceros de confianza (TTP), que son instituciones públicas o privadas que cumplen con ciertos requisitos específicos que permitirían ganar la confianza de los proveedores de contenidos y usuarios para que puedan confiarles la gestión detallada de las limitaciones y excepciones previstas por la ley.⁴⁶ El estudio Sullivan indica que el intercambio de archivos electrónicos entre la editora y las personas que ponen a disposición copias accesibles siempre dará mejores resultados cuando existe un vínculo de confianza entre las editoras y los organismos que actúan en virtud de una excepción.⁴⁷

84. Una cuestión relacionada se refiere a la medida en que la legislación nacional establece derogaciones respecto a una prohibición sobre la elusión de medidas tecnológicas de protección (TPM) con el fin de beneficiar de las limitaciones y excepciones previstas en la ley.

85. El estudio Sullivan constató que mientras sólo en 17 legislaciones nacionales se incluyen disposiciones específicas al respecto, la mayor parte de los países no parecen haber abordado este tema. Sin embargo, algunos de ellos todavía no han estipulado ninguna clase de protección para los titulares de derechos contra los procedimientos y servicios empleados para eludir las medidas tecnológicas de protección, o la elusión propiamente dicha. Hasta que este tipo de disposición esté previsto en la legislación nacional, naturalmente no se plantea la cuestión de saber si debe seguir siendo posible gozar de las excepciones cuando se han aplicado tecnologías de protección. En esos países, los que ejecutan una actividad autorizada por una excepción no incumplen la ley por eludir una medida tecnológica de protección para lograrlo.⁴⁸

86. En el estudio Crews se identifican 79 países que cuentan con disposiciones relativas a la elusión de las medidas tecnológicas de protección, de los cuales 26 han votado excepciones, aplicables a las bibliotecas, específicamente en favor de las bibliotecas, o que de forma más general también son aplicables a otros usuarios o instituciones.⁴⁹

87. Los cinco estudios sobre las limitaciones y excepciones con fines educativos parecen indicar que de no regularse la interfaz entre la *protección de las medidas tecnológicas y el ejercicio de las limitaciones o excepciones con fines educativos* puede que ciertas limitaciones o excepciones se vean sacrificadas a instancias de la protección jurídica de las medidas tecnológicas, situación contraria al necesario o equilibrio de derechos e intereses.

88. El estudio Monroy⁵⁰ constata que en América Latina se prevén excepciones a las medidas tecnológicas de protección en los países que han suscrito y aplican el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Algunos de esos países adoptaron una regulación, que claramente se asemeja a las disposiciones de la Ley de Derecho de Autor en el Milenio Digital (DMCA) de los estados Unidos, que prohíbe la evasión de las medidas tecnológicas de protección, así como la fabricación y comercialización de dispositivos o servicios que hayan sido diseñados principalmente para eludir medidas tecnológicas, que no tienen un uso comercial diferente al de la elusión, o que se promocionan con ese fin específico.

⁴⁵ Ídem, pág. 84.

⁴⁶ Ídem, pág. 93.

⁴⁷ Documento SCCR/15/7, pág. 14.

⁴⁸ Ídem, pág. 49.

⁴⁹ Documento SCCR/14/5, pág. 69.

⁵⁰ Documento SCCR/19/4, pág. 109.

89. La infracción a estas prohibiciones da lugar a una acción civil, independiente de las acciones por la infracción a derechos de autor o conexos. No obstante, cualquier persona natural o jurídica, que no sea titular de bibliotecas, archivos, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial sin fines de lucro, que se haya involucrado dolosamente y con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia comercial financiera privada en cualquiera de las actividades que se prohíben en el inciso segundo de este artículo, quedará sujeta a los procedimientos y sanciones establecidas en el Código Penal.

90. El citado artículo establece que “No se ordenará el pago de daños contra una biblioteca sin fines de lucro, archivos, instituciones educativas o una entidad de transmisión pública, que pruebe que desconocía y carecía de motivos para saber que sus actos constituían una actividad prohibida”. Si bien un principio del derecho universalmente aceptado es que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que nadie se puede exonerar de responsabilidad invocando a su favor su propia culpa, negligencia, imprudencia o impericia, en este caso una institución educativa puede exonerarse de responsabilidad civil demostrando que no conocía y carecía de motivos para conocer las prohibiciones relativas a las medidas tecnológicas de protección.

91. Las excepciones a la prohibición de fabricar o comercializar dispositivos para la elusión son: i) ingeniería inversa respecto de programas de computador, con el propósito de lograr su interoperabilidad con otros programas; ii) investigación tendiente a identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de las tecnologías para codificar y decodificar información; iii) prevención del acceso a menores a contenido inapropiado en línea; y iv) actividades tendientes a probar, investigar o corregir la seguridad de esa computadora, sistema o red de cómputo.

92. Las excepciones a la prohibición de eludir o superar las medidas tecnológicas son las siguientes: i) las mencionadas anteriormente en relación con los dispositivos de elusión, es decir: ingeniería inversa para la interoperabilidad de programas de computador, investigación en codificación, prevención del acceso de menores a contenido inapropiado en línea y protección de los sistemas informáticos; ii) el acceso por parte de una biblioteca, archivo o institución educativa sin fines de lucro, a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, a la cual no tendrían acceso de otro modo, con el único propósito de tomar decisiones sobre su adquisición; iii) actividades tendientes a proteger la privacidad de los datos personales; iv) actividades gubernamentales tendientes a implementar la ley, las actividades de inteligencia, defensa nacional, seguridad esencial y propósitos similares; y v) otras excepciones creadas mediante un procedimiento administrativo, y con vigencia por períodos de cuatro años.

93. Los demás países de América Latina y el Caribe que ser miembros del TODA y el TOIEF han desarrollado la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección, pero que no han consagrado excepciones a esa protección, están omitiendo brindar al público usuario de las obras la posibilidad de eludir o superar esas restricciones tecnológicas con propósitos legítimos, manteniendo una situación de desequilibrio en detrimento de derechos como la educación o los fines de enseñanza.

94. El estudio Fometeu⁵¹ indica que si las medidas tecnológicas prevalecen sin escrúpulos sobre las limitaciones y excepciones que la ley impone a los derechos exclusivos, esa solución podría obstaculizar considerablemente la difusión del conocimiento en los países africanos. Al respecto, el estudio propone dos soluciones. La primera consiste en dar a las excepciones un carácter imperativo que ni los contratos ni las medidas tecnológicas puedan contravenir. Sin embargo, dado que la tecnología es ciega, la medida tecnológica no puede discriminar entre las actividades que se realizan en el ámbito de las excepciones y otro tipo de actividades. La tecnología reacciona sólo en función de la demanda de actos tecnológicos como son una copia, una impresión, un envío, una lectura o un acceso, pero no puede reconocer el marco en el que se efectúa dicho acto. Tales medidas tecnológicas son incapaces de analizar y

⁵¹ Documento SCCR/19/5, pág. 95.

reconocer las condiciones, a menudo subjetivas, que plantea el ejercicio de una excepción.

95. La segunda dirección es la que prefieren los titulares de derechos para proteger sus obras. Se trata de imponer una relación contractual con los usuarios. En el contexto de esa relación los autores obligan a los usuarios a aceptar sus condiciones para poder acceder a las obras. En el ámbito de la enseñanza eso podría traducirse en la ejecución de un contrato por el que los titulares de derechos proporcionarían a los establecimientos que adquiriesen legítimamente la obra, una copia sin protección técnica, o bien una copia cuya protección técnica tuviera en cuenta el tipo de excepciones particulares a que puede acogerse ese establecimiento en virtud de la ley.

96. El estudio Nabhan⁵² destaca que sólo cuatro legislaciones nacionales, de las 17 leyes examinadas, contienen disposiciones relativas a las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor. Al menos con arreglo a unas de esas leyes, una institución educativa que viola esas disposiciones puede incurrir en ciertas sanciones.

97. El estudio añade que convendría llamar la atención de los legisladores árabes sobre la posibilidad de amoldar las excepciones al régimen riguroso por que se rige la protección de las medidas tecnológicas, si esos países consideran oportuno instituir dichas excepciones. La presente observación se dirige, en primer lugar, a los cuatro países que ya han incorporado disposiciones relativas a las medidas tecnológicas de protección, aunque es oportuna asimismo para los demás países que han emprendido un proceso de modernización legislativa y en los que hay la intención de legislar disposiciones de esa naturaleza.

98. El estudio Seng⁵³ indica que el resultado más sorprendente es que no menos de dieciséis de los países examinados han actualizado su legislación en materia de derecho de autor con disposiciones para tratar el tema de las medidas tecnológicas. No obstante, tan sólo las legislaciones de algunos de éstos incluyen disposiciones con vistas a abordar posibles infracciones de leyes que permitan eludir las medidas tecnológicas con fines educativos

99. Algunas legislaciones cuentan con excepciones específicas que permiten a las instituciones educativas eludir las medidas tecnológicas de protección para el control del acceso con el fin de facilitar la toma de decisiones sobre la adquisición de obras amparadas por dichas medidas. Muchos de los demás países examinados en el presente estudio tratan esta cuestión de un modo indirecto limitando el marco de las infracciones de las medidas tecnológicas a los acuerdos comerciales, como por ejemplo la fabricación o importación de dispositivos o medios específicamente diseñados o adaptados para eludir las medidas tecnológicas. Otros países vinculan los derechos concedidos para inhibir la elusión de medidas tecnológicas con la infracción del derecho de autor de una obra protegida por medidas tecnológicas.

100. Aunque en la legislación de derecho de autor no se considere como infracción la utilización de obras protegidas por medidas tecnológicas conforme a las excepciones en beneficio de la enseñanza, se puede infundir cierta tranquilidad, habida cuenta de la poca probabilidad de que las instituciones educativas, los docentes y los estudiantes estén capacitados para utilizar dichas obras si, para hacerlo, deben eludir las medidas tecnológicas. Una solución al respecto ha sido considerar que es legal el suministro, por medios comerciales, de dispositivos de elusión a escuelas y otras instituciones de índole educativa con objeto de eludir las obras protegidas contra copia con fines educativos (por este motivo, estos usos se tendrán en cuenta a efectos de una excepción en beneficio de la enseñanza).

101. La creciente proliferación de libros, recopilaciones y bases de datos electrónicos protegidos digitalmente puede plantear retos a las instituciones educativas que tratan de suministrar el acceso a estos recursos adquiridos lícitamente para fines de instrucción (por

⁵² Documento SCCR/19/6, pág. 59.

⁵³ Documento SCCR/19/7, pág. 203.

ejemplo, con vistas a permitir el acceso múltiple a obras o la realización de múltiples copias de éstas para su distribución, a diferencia de las medidas tecnológicas, que sólo permiten la realización de una copia). También puede ser motivo de preocupación el hecho de que las obras de dominio público sean protegidas por medidas tecnológicas, habida cuenta de que ello podría suponer una traba para el acceso a las obras en escuelas e instituciones educativas. A tenor de la ausencia de licencias que permitan llevar a cabo dicha práctica, las legislaciones de algunos de los países objeto del presente examen ofrecen cierta libertad de acción en aras de garantizar que, en las legislaciones en materia de derecho de autor, no se utilicen medidas tecnológicas en detrimento de las matizadas y equilibradas excepciones para la enseñanza. En todo caso, cabe recalcar la indudable importancia de la aplicación de dichas medidas con arreglo a criterios de transparencia y claridad. Asimismo, debe añadirse que los tipos de legislaciones referidos en esta parte del estudio ponen de manifiesto la necesidad y extrema relevancia de actuar de manera diligente en lo referente a las medidas tecnológicas en aras de la continua eficacia de las excepciones en materia de derecho de autor como medio de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos, los usuarios finales y la sociedad.

f) Soluciones no legislativas

102. Varias opciones ofrecen alternativas a las excepciones descritas en los estudios cubiertos por el presente documento analítico, con el fin de satisfacer las necesidades de la educación y las bibliotecas, así como de las personas con discapacidad visual en relación con la protección del derecho de autor.

103. En lo que se refiere a las alternativas a las excepciones para facilitar la producción de formatos accesibles sin fines de lucro, el estudio Sullivan destaca dos soluciones principales, una relativa a la promoción de la concesión de licencias, y la otra sobre el papel de los intermediarios de confianza, entre los cuales están comprendidas las bibliotecas.

104. La simple concesión de licencias, o la concesión de licencias en combinación con excepciones, podría resultar de mayor utilidad para las personas con discapacidad visual que las excepciones por sí solas. La concesión de licencias colectivas constituye en particular un medio eficaz para resolver muchas de las dificultades para llegar a un acuerdo sobre la concesión de licencias. Por consiguiente, este mecanismo no sólo beneficia a las editoras y a los usuarios de materiales protegidos por el derecho de autor, sino que les inspira confianza en su eficacia.

105. La condición fundamental de los acuerdos de licencia es la confianza, de ahí que deba garantizarse a los titulares de derechos que quienes producen formatos alternativos controlan de forma responsable su divulgación y protegen adecuadamente el derecho de autor. Ciertas bibliotecas, por ejemplo, no sólo son grandes productores de materiales accesibles, sino que además se encargan de facilitar el acceso a esos materiales a las personas con discapacidad visual. Estas instituciones estarían en muy buena posición para crear un entorno de confianza que permita la divulgación y la protección controladas del material protegido destinado a las personas con discapacidad visual.⁵⁴

106. Otras soluciones que no están necesariamente vinculadas con la producción de copias accesibles sin fines de lucro como tales, sino más bien a la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, son la accesibilidad "integrada", la ampliación de los servicios de impresión a la carta, el intercambio y depósito de archivos electrónicos. El estudio también destaca la importancia de los DRM, la política de reducción de costo para las copias accesibles y las actividades de sensibilización.⁵⁵

⁵⁴ Documento SCCR/15/7, pág. 129.

⁵⁵ Ídem, pág. 133.

107. Algunas de las más importantes recomendaciones que no tienen carácter legislativo planteadas por algunos de los estudios acerca de las excepciones y limitaciones en favor de las actividades educativas son: i) promover iniciativas para facilitar el acceso gratuito o reducir el costo de los bienes culturales; ii) facilitar el acceso a los resultados de investigaciones realizadas con fondos públicos; iii) promover la publicación electrónica de revistas científicas amparadas en modelos alternativos de licencia; y iv) desarrollar políticas públicas tendientes al desarrollo de un sistema de derecho de autor que en la práctica y de manera efectiva, cumpla los cometidos de retribución del trabajo de autor y titulares de derechos conexos y de incentivo a la creación. Este sistema se compone no sólo del marco normativo, sino también de las industrias culturales y los organismos de gestión colectiva.

IV. DISPOSICIONES RELATIVAS AL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DE COPIAS

a) Disposiciones específicas

108. No todos los estudios encargados abordan la cuestión de la distribución internacional de las copias, producidas en virtud de distintas limitaciones y excepciones identificadas en las legislaciones nacionales. Sin embargo, en cierta medida esta cuestión se examina en el estudio Sullivan.⁵⁶

109. El estudio Sullivan analiza ocho tipos de actividades relacionadas con la distribución de copia, a saber:

110. La *distribución a particulares*, o distribución de copias accesibles realizadas de forma lícita por una organización que puede actuar en virtud de una excepción específica con el fin de prestar asistencia a personas con discapacidad visual dentro de la jurisdicción; el estudio identifica siete legislaciones que ofrecen las opciones más completas respecto a la distribución de este tipo de copias accesibles.

111. La *distribución a organizaciones*, o distribución de copias accesibles realizadas de forma lícita por una organización que puede actuar en virtud de una excepción específica dentro de la jurisdicción en favor de otra organización de la misma jurisdicción que presta asistencia a personas con discapacidad visual; el estudio identifica únicamente tres legislaciones que parecen facilitar ampliamente este tipo de distribución.

112. La *exportación destinada a particulares*, o exportación de copias accesibles realizadas de forma lícita por una organización que puede hacerlo en virtud de una excepción específica en favor de una persona con discapacidad visual de otro país; el estudio identifica que al menos 14 legislaciones autorizan ampliamente este tipo de actividad.

113. La *exportación destinada a organizaciones nacionales*, o exportación de copias accesibles realizadas de forma lícita por una organización autorizada a hacerlo en virtud de una excepción específica en favor de una organización que presta asistencia a personas con discapacidad visual y desarrolla su actividad en otro país; el estudio no identifica ninguna legislación que estipule una disposición específica respecto a esta actividad.

114. La *exportación destinada a organizaciones internacionales*, o exportación de copias accesibles realizadas de forma lícita por una organización autorizada a hacerlo en virtud de una excepción específica en favor de organizaciones que prestan asistencia a personas con discapacidad visual cuya actividad se desarrolla a nivel internacional; el estudio no identifica ninguna legislación que aborde esta actividad.

115. La *importación por particulares*, o importación de copias accesibles realizadas de forma lícita en otro país en virtud de una excepción específica directa en favor de una persona con

⁵⁶ Ídem, en particular las págs. 51 a 68, 93 a 100 y 123 a 127.

discapacidad visual; el estudio constata que 51 legislaciones parecen autorizar este acto, en algunos casos con ciertas restricciones.

116. La *importación por organizaciones*, o importación de copias accesibles realizadas de forma lícita a otro país en virtud de una excepción específica en favor de una organización que presta asistencia a personas con discapacidad visual; el estudio muestra que es en esta categoría en la que se observa la mayor parte de matices en la legislación nacional. Sin embargo, muestra que nueve legislaciones autorizan esta actividad con ciertas restricciones.

117. Por último, en lo que se refiere a la *exportación o importación de copias intermedias*, o exportación de copias intermedias realizadas de forma lícita (es decir, copias necesariamente creadas durante el proceso de realización de copias accesibles de una obra sujeta a derecho de autor) a organizaciones de otros países que las utilizarán para hacer copias accesibles destinadas a personas con discapacidad visual, o la importación de copias intermedias realizadas de forma lícita de otro país por una organización que las utilizará para hacer copias accesibles destinadas a personas con discapacidad visual; el estudio constata que sólo tres legislaciones nacionales facilitan estas actividades.⁵⁷

b) Agotamiento de los derechos

118. En lo que respecta a los países en los que se ha encontrado una disposición de este tipo, el estudio Sullivan indica que el campo de aplicación de esta disposición puede ampliarse al agotamiento internacional después de la primera venta o cesión de la titularidad de una copia por el titular de los derechos de autor, o con su consentimiento en cualquier parte del mundo, pasando por el agotamiento regional en el caso de los países de la UE o parte en el Acuerdo EEE, hasta el agotamiento nacional en aquellos en que los derechos sólo se agotan después de la primera venta o cesión de la titularidad de una copia por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento en ese país.

119. En algunos países, las normas sobre el agotamiento varían en función del tipo de obra. Sin embargo, en numerosos países se precisa que no se agotan los derechos de alquiler (y, en algunos casos, de préstamo), y en algunos países se estipula específicamente que el derecho de distribución de copias tangibles no se agota para las copias producidas con el consentimiento del titular de los derechos por los receptores de una comunicación de la obra al público por medios electrónicos.⁵⁸

V. CONVENIOS INTERNACIONALES

a) Disposiciones generales, la prueba del criterio triple

120. Las disposiciones de los convenios internacionales sobre el derecho de autor y los derechos conexos relativas a las limitaciones y excepciones son objeto del estudio Ricketson.⁵⁹ El estudio presenta las excepciones y limitaciones autorizadas en virtud del Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (el Acuerdo sobre los ADPIC), el WCT y el WPPT, respectivamente, y examina en particular la adopción de la prueba de criterio triple como una disposición general aplicable a las limitaciones y excepciones, los distintos tipos de excepciones y limitaciones autorizadas en virtud del texto, las licencias obligatorias, la aplicación de la prueba de criterio triple a esferas específicas y cuestiones precisas relacionadas con las medidas tecnológicas de protección.

⁵⁷ Ídem, pág. 59.

⁵⁸ Ídem, pág. 67.

⁵⁹ Documento SCCR/9/7.

121. Ciertas limitaciones y excepciones previstas en los convenios internacionales se pueden aplicar en su totalidad por la legislación nacional. Entre éstas, la prueba del criterio triple se ha convertido en el punto central.⁶⁰ Esta prueba fue formulada por primera vez durante la Conferencia de Estocolmo de 1967 en relación con los debates sobre la introducción de una disposición explícita que conceda expresamente el derecho exclusivo de reproducción. La conferencia decidió, en vez de incluir un catálogo de limitaciones y excepciones más o menos específicas en lo que se refiere a ese derecho, adoptar una cláusula general en el Artículo 9.2) del Acta de Estocolmo (retomada luego de forma idéntica en el Acta de París de 1971) que autoriza limitaciones y excepciones al derecho de reproducción si esas limitaciones y excepciones i) se limitan a ciertos casos específicos, ii) estipulan que tal reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra y iii) no causan un perjuicio injustificado respecto a los intereses legítimos del autor.⁶¹

122. En lo que se refiere a las limitaciones y excepciones interrelacionadas con otros derechos, en particular con los derechos de interpretación o ejecución, comunicación al público, etc., la Conferencia no adoptó ninguna disposición explícita, pero confirmó en el Informe General al Comité Principal i) una declaración que figura en el informe general de la Conferencia celebrada anteriormente en Bruselas en 1947 relativas a las llamadas “reservas menores”. Estas reservas están autorizadas respecto a las ceremonias religiosas, los conciertos ofrecidos por bandas militares y las necesidades de enseñanza y divulgación⁶². La doctrina de las reservas menores está incluida en la formulación de la prueba del criterio triple en el Artículo 11 del Acuerdo sobre los ADPIC de 1994, que retoma ese criterio en sustancia pero sin estar limitado al derecho de reproducción.

123. El WCT contiene en su Artículo 10 dos disposiciones basadas en la prueba del criterio triple, de las cuales la primera en el párrafo 1) se relaciona con las limitaciones y excepciones a los derechos previstos en el propio WCT. El párrafo 2) se relaciona con la aplicación del Convenio de Berna y hace que la prueba del criterio triple sea aplicable de manera general a los derechos reconocidos en el marco de la Convención, ampliando así el ámbito de aplicación de la prueba del triple criterio que no ampara únicamente el derecho de reproducción sino que abarca todos los derechos económicos reconocidos por el Convenio de Berna. Además, en una declaración concertada relativa al WCT se precisa que las disposiciones del Artículo 10 autorizan a las Partes Contratantes a aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones relativas al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Asimismo, deberá entenderse que estas disposiciones autorizan a las Partes Contratantes a establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas en el entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicación de las limitaciones y excepciones autorizadas por el Convenio de Berna.⁶³

124. También existen algunas disposiciones de carácter general específicas a los derechos conexos. Éste es el caso del Artículo 15.2) de la Convención de Roma que estipula que todo Estado contratante podrá establecer en su legislación nacional el mismo tipo de limitaciones respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión que las previstas en su legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecer licencias obligatorias sino en la medida que sean compatibles con las disposiciones de la Convención de Roma. Esta última reserva significa, en particular, que las licencias obligatorias previstas en virtud de los Artículos 11 bis.2) y 13 del Convenio de Berna no pueden aplicarse *mutatis mutandis* a los derechos reconocidos por la Convención de Roma fuera de los ámbitos en los que esta última permita la concesión de licencias obligatorias.⁶⁴ El Artículo 16

⁶⁰ Ídem, pág. 79.

⁶¹ Ídem, pág. 25.

⁶² Actas de la Conferencia de Estocolmo sobre la Propiedad Intelectual (1987), OMPI, celebrada en Ginebra en 1971, pág. 1166. Véase también el documento SCCR/9/7, pág. 39.

⁶³ Ídem, pág. 61.

⁶⁴ Ídem, pág. 50.

de WPPT sólo contiene una disposición general que autoriza las mismas limitaciones y excepciones que las previstas en la legislación nacional relativa al derecho de autor respecto a las obras literarias y artísticas protegidas, y que está complementada con la misma declaración concertada.⁶⁵

b) Disposiciones específicas

125. Fuera de estas disposiciones generales, el Convenio de Berna y la Convención de Roma contienen varias disposiciones que autorizan limitaciones y excepciones específicas, mientras que el Acuerdo sobre los ADPIC, el WCT y el WPPT, fuera de hacer referencia de manera general al Convenio de Berna (excepto el WPPT), sólo contienen la regla general de la prueba del criterio triple. Las disposiciones del Convenio de Berna son el Artículo 2.4) sobre los textos oficiales; el Artículo 2.8) sobre las noticias diarias y las informaciones de prensa; el Artículo 2*bis*.1) sobre los discursos políticos y los discursos pronunciados durante los debates judiciales; el Artículo 10.1) sobre las citas; el Artículo 10.2) sobre la utilización con fines de enseñanza; el Artículo 10.3) complementa las dos disposiciones anteriores con respecto a la mención de la fuente y del autor; el Artículo 10*bis*.1) sobre la utilización de los artículos en los periódicos y revistas; el Artículo 10*bis*.2) sobre el uso de las obras en los resúmenes de los sucesos de actualidad; el Artículo 2*bis*.2) sobre la comunicación referente a las conferencias, alocuciones y otras obras similares; el Artículo 11*bis*.2) sobre las licencias no voluntarias para la radiodifusión, etc.; el Artículo 11*bis*.3) sobre las grabaciones efímeras (grabaciones según el principio del diferido con fines de radiodifusión); y el Artículo 13.1) sobre las licencias no voluntarias para la grabación de obras musicales ya grabadas. Además, el Apéndice del Convenio de Berna contiene una serie de licencias obligatorias referentes a la traducción y reproducción de obras con fines de enseñanza y de desarrollo en los países en desarrollo.⁶⁶

126. Las disposiciones específicas de la Convención de Roma son más breves y de carácter más general que las previstas en el Convenio de Berna. Se encuentran en el Artículo 15.1), que autoriza a los Estados contratantes a establecer excepciones referentes al uso privado; el uso de fragmentos en relación con información sobre sucesos de actualidad; fijaciones efímeras; y en caso de utilización con fines exclusivamente de enseñanza o de investigación científica.⁶⁷

c) Aplicación territorial, agotamiento de los derechos de distribución de copias físicas, importación de copias no autorizadas

127. En los tratados y convenios internacionales antes mencionados que establecen el marco de referencia aplicable a las normativas nacionales sobre el derecho de autor, se basan en el principio de que la legislación relativa al derecho de autor tiene carácter territorial. Así, en cada legislación nacional, en general, sólo pueden establecerse los derechos existentes en ese territorio, y toda limitación y excepción a dichos derechos únicamente determina los actos que pueden emprenderse sin infringir el derecho de autor en ese territorio.

128. Cuando la actividad en cuestión es transfronteriza, suele ser muy difícil determinar con seguridad qué aspectos de esa actividad son lícitos y cuáles no. Las indicaciones proporcionadas por el derecho internacional privado parecen ser muy complejas y es probable que existan serias divergencias de opinión entre los expertos jurídicos en cuanto a la interpretación correcta de las legislaciones de derecho de autor.

129. El derecho a controlar la distribución de las copias físicas sólo está explícitamente previsto en el WCT y en el WPPT. Los acuerdos concertados en estos tratados indican claramente que el derecho de distribución que se otorga en el Artículo 6.1) del WCT para los autores de obras literarias y artísticas, y los Artículos 8.1) y 12.1) del WPPT para los artistas

⁶⁵ Ídem, pág. 69.

⁶⁶ Las limitaciones y excepciones en virtud del Convenio de Berna y ciertas excepciones implícitas, se examinan en ídem, págs. 15 a 48.

⁶⁷ Ídem, pág. 49.

intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, respectivamente, sólo se refiere a la distribución de copias físicas.

130. El Convenio de Berna no contienen ninguna disposición específica sobre este derecho, fuera del derecho de distribución mencionado en el Artículo 14.1) sobre obras literarias y artísticas adaptadas y reproducidas como obras cinematográficas, y ningún otro derecho al respecto está claramente especificado en el Acuerdo sobre los ADPIC.

131. Asimismo, cabe señalar el hecho de que el WCT y el WPPT dejan a la legislación nacional decidir en qué condiciones y cuándo se aplica el agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta u otra cesión de la propiedad del original, o de una copia de la obra, de la interpretación o ejecución fijada o del fonograma cuando la cesión se ha realizado con autorización del autor, artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma, respectivamente.

132. Las disposiciones relativas al agotamiento de los derechos de distribución no son realmente pertinentes a la hora de decidir si las copias accesibles realizadas en un país conforme a una excepción específica al derecho de autor pueden importarse o no a otro país. Este se debe a que el concepto de agotamiento internacional contemplado en el WCT y el WPPT está claramente limitado al agotamiento del derecho de distribución de una copia *que se haya producido con la autorización del autor u otro titular de los derechos*. Las copias realizadas en virtud de las excepciones no entran en esta categoría, ya que ni el autor ni otro titular de los derechos ha concedido permiso para realizar estas copias.⁶⁸

133. En cambio, las disposiciones relativas al agotamiento de derechos son pertinentes para las personas interesadas en la circulación transfronteriza de copias producidas en virtud de acuerdos con los titulares de los derechos.

134. No parece existir ninguna disposición en los tratados o convenios internacionales que estipule explícitamente el tratamiento que debe darse a las copias que entran en poder de una persona como resultado de cualquiera de estos actos cuando la distribución es transfronteriza, esto es, cuando la copia se exporta de un país y se importa a otro, y cuando esa copia es producida con la autorización del autor u otro titular de los derechos, o cuando una copia se realiza en virtud de una excepción autorizada por el derecho de autor del país en el que se realiza (copias realizadas de forma lícita).

135. Sin embargo, cuando la copia se realiza en cualquier país infringiendo el derecho de autor (copias realizadas de forma ilícita) y la copia se exporta de un país y se importa en otro, el Artículo 16 del Convenio de Berna impone a los miembros de la Unión la obligación de decomisar toda copia falsificada, incluso cuando las copias de la obra estén producidas en países en los que la obra no esté protegida por derecho de autor o haya dejado de estarlo. El Acuerdo sobre los ADPIC establece en la Parte III ciertas normas específicas para garantizar la aplicación eficaz de los decomisos.

[Fin del documento]

⁶⁸ Documento SCCR/15/7, pág. 53.