

NECESIDAD DE NUEVAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES PARA FACILITAR LA DIGITALIZACIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS EN EL MARCO DE LA EDUCACIÓN VIRTUAL

JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cómo se utilizan las obras digitalizadas en la educación a distancia a distancia por medio digital? ¿El derecho de autor puede constituirse en un obstáculo para dicha utilización? ¿Qué solución puede aplicarse al respecto dentro de las limitaciones o excepciones al derecho de autor?

A los efectos de la educación a distancia por medios digitales en línea, es necesario incluir como material de estudio diversos documentos, que se ponen a disposición de los estudiantes dentro del sitio web o plataforma de educación virtual. Por ejemplo, en un curso virtual se pueden ofrecer a los estudiantes lecturas en documentos digitales, presentaciones de diapositivas, videos, etc.

Si tales documentos o material de lectura solo están disponibles en soporte físico (libros o documentos de papel) es necesario digitalizarlos, ya sea mediante un escáner y eventualmente un programa de reconocimiento de texto o aun transcribiéndolos.

La posibilidad de digitalizar una obra o prestación protegida está condicionada a la previa y expresa autorización del titular del derecho correspondiente. A efecto de obtener esta autorización, el interesado debe entrar en contacto directamente con el titular del derecho y, al cabo de una negociación, acordar las condiciones dentro de las cuales se autorice la digitalización y el uso de la misma.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Especialización en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como director nacional de Derecho de Autor. Este artículo expresa únicamente la opinión del autor y no compromete a la Dirección Nacional de Derecho de Autor. E-mail: j_monroy@etb.net.co. Fecha de recepción: 26 de marzo de 2010. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2010.

La publicación de una obra en el sitio web de un curso virtual constituye, desde el punto de vista del derecho de autor, un acto de reproducción por almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico (en este caso dicho soporte es el servidor de red donde esté grabada la información del curso virtual) sumado a un acto de puesta a disposición, de manera que los usuarios de la red (en este caso, los estudiantes del curso virtual) pueden acceder a la obra en el momento y lugar que cada uno de ellos determine.

La conjunción o sumatoria de los actos antes mencionados (subir la obra al sitio web del curso virtual y su descarga para consulta por el estudiante) constituye una transmisión digital para fines de enseñanza.

No existe en América Latina la posibilidad de obtener este tipo de autorizaciones por intermedio de las sociedades de gestión colectiva, salvo el caso de las sociedades de gestión colectiva de derechos reprográficos (RRO) que en sus licencias autorizan la copia digital como una modalidad de la reproducción reprográfica, no obstante, con la restricción de que la misma no puede ser objeto de ningún uso en línea, el cual es necesario e inherente para los propósitos de la educación a distancia.

Las dificultades para los interesados en digitalizar las obras pueden consistir en la dificultad para encontrar al titular de derechos o sus representantes, para llegar a un acuerdo sobre las condiciones de un contrato y la celebración del mismo, para llevar a cabo una negociación por cada una de las obras que requiere digitalizar y no poder hacer una sola negociación por el conjunto de todas ellas, así como de los costos que pueden verse involucrados en la obtención de tales licencias.

Las instituciones educativas y los docentes pueden plantearse la siguiente pregunta: si en el medio analógico es permitido reproducir libremente fragmentos de obras para ser usadas como ilustración de la enseñanza al amparo de una limitación o excepción al derecho de autor ¿no debiera también poderse digitalizar y usar en línea esos mismos fragmentos de obras en el marco de la educación a distancia por medio digital?

II. ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

A. LA LEY “TECHNOLOGY, EDUCATION, AND COPYRIGHT HARMONIZATION ACT OF 2002” O “TEACH ACT”, DE LOS ESTADOS UNIDOS

En el mes de noviembre de 2002, el Congreso de Estados Unidos modificó el artículo 110 (2) del U.S. *Copyright Act*, que establece una limitación o excepción al *copyright* adicional al fair use para los casos de ejecución pública de obras literarias o musicales en instituciones educativas. La enmienda se conoce por la palabra *TEACH*, que significa *Technology, Education and Copyright Harmonization*.

Entre los principales cambios que introduce, están la eliminación del requisito de un “salón de clase”, para que la limitación o excepción cubra a quienes estudian a distancia. Además, la reforma aclara los términos y condiciones bajo los cuales

las instituciones educativas sin ánimo de lucro de Estados Unidos pueden usar obras protegidas en sus programas de educación a distancia, incluso en sitios de Internet, sin que se deba solicitar para ello autorización del autor y sin que medie remuneración alguna¹.

Las limitaciones o excepciones aplicables a la educación a distancia venían siendo objeto de amplia discusión y debate. En 1998 el Congreso de los Estados Unidos ordenó a la oficina nacional competente en materia de derecho de autor, la Copyright Office, preparar un informe de recomendaciones acerca de cuáles reformas debían realizarse para facilitar el uso de la tecnología digital en la educación a distancia.

La Copyright Office presentó su informe recomendando cambios significativos. En marzo de 2001, en el Congreso fue presentado un proyecto de ley implementando esas recomendaciones, el cual fue aprobado a finales de 2002.

El Teach Act amplió el alcance de las limitaciones o excepciones, haciéndolas aplicables a la transmisión por redes digitales de obras, y la digitalización de obras a los efectos de dicha transmisión con fines educativos. No obstante, se establecieron condiciones más específicas o estrictas que las aplicables a las limitaciones o excepciones que son aplicables a la educación presencial.

Estas limitaciones o excepciones aplicables a la educación a distancia por medios digitales pueden esquematizarse de la siguiente forma:

1. Transmisión digital para fines educativos

Al amparo de esta limitación o excepción, se permite la transmisión por redes digitales de grabaciones de lecturas de poesías y lecturas de cuentos cortos y la transmisión por redes digitales de apartes de cualquier otra interpretación.

Se sujeta la aplicabilidad de esta limitación o excepción al cumplimiento de las siguientes condiciones o requisitos:

- Que no se trate de obras creadas originariamente para ser utilizadas en actividades instruccionales transmitidas por redes digitales.
- Que no se extienda más allá de la cantidad comparable a la que se utiliza en las presentaciones en clase.
- Que se trate de instituciones educativas acreditadas sin ánimo de lucro.
- Que no sean obras respecto de las cuales el educador sabe o tiene razón para creer que no fueron adquiridas y realizadas legalmente.
- Que no recaigan sobre libros de texto, paquetes de curso y otros materiales típicamente adquiridos por los estudiantes de manera individual.
- Que se trate de actividades educativas mediatas. Este concepto marca un límite a los tipos de materiales que un educador puede incorporar para la lectura en clase, es decir, cubre las obras que un educador puede presentar o interpretar

1. Sobre el tema puede consultarse el texto de LUCIE GUIBAULT (2003: 31).

o leer durante la clase, tales como una película o videos musicales, imágenes de obras de arte o poesías; sin embargo, no incluye los materiales que un educador puede solicitar al estudiante para que estudie, lea, escuche o vea fuera de la clase, en el tiempo que este estime.

– La interpretación o presentación debe ser una parte normal de la actividad educativa mediata; hecha por un educador o bajo su dirección o supervisión; directamente relacionada y como material de asistencia del contenido que se enseña; y destinado -y tecnológicamente limitado- a los estudiantes matriculados en la clase. La condición de que la interpretación o la presentación deba ser “tecnológicamente limitada” a los estudiantes, significa que las medidas tecnológicas de protección deberán excluir del acceso a quienes estén fuera del tal círculo.

– La institución educativa debe tener políticas y proveer información relativa al hecho de que los materiales usados pueden estar protegidos por derecho de autor; debe aplicar medidas tecnológicas que eviten de manera razonable que los receptores mantengan las obras fuera de las sesiones de clases y que posteriormente las distribuyan, y no debe interferir con las medidas tecnológicas tomadas por los titulares del derecho de autor para prevenir la retención de las obras y su distribución.

2. obtención de copias digitales destinadas a las transmisión para fines educativos

Al amparo de esta limitación o excepción, se permite obtener copias de obras digitales y la digitalización de obras analógicas necesarias para hacer transmisión de las presentaciones o interpretaciones autorizadas en el ámbito digital

Se sujeta la aplicabilidad de esta limitación o excepción al cumplimiento de las siguientes condiciones o requisitos:

– Que tales copias sean conservadas solo por la institución y usadas únicamente para las transmisiones digitales antes autorizadas.

– Para la digitalización de obras analógicas no debe existir una versión digital de la obra disponible, libre de protecciones tecnológicas que puedan evitar las transmisiones digitales antes autorizadas.

B. LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES PARA FINES DE ENSEÑANZA EN EL ENTORNO DIGITAL, SEGÚN LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Las excepciones consagradas en la Directiva Europea con fines educativos o de investigación no cubren el aprendizaje a distancia por medio de las redes digitales. Si bien el considerando 42 de dicha Directiva establece que el artículo 5 numeral 3 literal a) también es aplicable a la educación a distancia, en la citada norma no menciona en manera alguna esta posibilidad, ni se definen los conceptos de “educación”, “investigación científica” o “ilustración” ni cualquier otra precisión

que dé lugar a entender de qué manera dicha norma sería aplicable a la educación a distancia (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008).

La implementación de la Directiva Europea en los países miembros, en relación con el uso de obras con fines de enseñanza e investigación científica, puede esquematizarse de la siguiente forma:

- Un primer grupo de países no consagran una limitación o excepción al respecto, quedando dicha utilización sujeta a la celebración de acuerdos colectivos ampliados entre las sociedades de gestión colectiva y los centros de enseñanza (Dinamarca, Finlandia, Suecia y Francia, hasta enero de 2009).

- Un segundo grupo de países consagra esta limitación o excepción y la amplían respecto de los derechos de comunicación² y puesta a disposición del público (Bélgica, Luxemburgo, Malta y Francia, a partir de enero de 2009).

- En otros países se limita el derecho de reproducción (Grecia, Eslovenia).

- En el Reino Unido solo se autoriza, al amparo de la limitación o excepción, realizar la comunicación al público a condición de que la copia no salga de los locales del centro de enseñanza.

- En Alemania se distingue entre actividades de enseñanza y de investigación; en el primer caso, permite la utilización de obras protegidas únicamente con fines de enseñanza en el aula y a través de una intranet, limitada a un grupo de estudiantes que asistan a un determinado curso. En el caso de la investigación, se autoriza la puesta a disposición de obras con fines de investigación interna y para un número limitado de participantes.

En relación con el modo de copia autorizado al amparo de esta limitación o excepción, para fines de enseñanza e investigación, la implementación en los países miembros puede sintetizarse así:

- La mayoría de Estados miembros permite realizar, al amparo de esta limitación o excepción, tanto copias analógicas como digitales.

- En Hungría la limitación o excepción solo se aplica a las reproducciones analógicas, exclusivamente.

- En Dinamarca no se ha llegado a un acuerdo sobre la copia digital entre los establecimientos de enseñanza y las sociedades de gestión colectiva, de manera que se ha concedido a tales establecimientos una licencia aplicable solamente a

2. En España se comprenden los derechos de reproducción, distribución y comunicación al público. El Artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996 fue modificado por la Ley 23 del 7 de julio de 2006 artículo único numeral 7, con la siguiente redacción: (...) 2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

la realización de copias en papel de extractos de obras. La única licencia colectiva ampliada que comprende la copia digital (que incluye actividades como el escaneado, la impresión, el envío por correo electrónico, la descarga y el almacenamiento digital) lo han concedido las sociedades de gestión colectiva para la utilización de obras en Internet en las escuelas de formación del profesorado.

En lo que respecta a la extensión de los extractos de obras que pueden reproducirse o ponerse a disposición con fines educativos o de investigación, la implementación realizada en los países miembros puede sintetizarse así:

– La limitación o excepción es aplicable a artículos periodísticos y breves extractos de obras (v.gr. Bélgica, Alemania, Francia).

– En el caso de Malta, la limitación o excepción es aplicable a toda la obra.

– En el caso de Luxemburgo, la limitación o excepción es aplicable a breves extractos de obras, sin distinción entre los diferentes tipos de obras o su longitud.

En relación con las instituciones que pueden acogerse a la limitación o excepción para fines de investigación y enseñanza, las diversas alternativas acogidas por los Estados miembros pueden esquematizarse de la siguiente forma:

– En Alemania, se hace referencia a “escuelas, universidades, instituciones de educación possecundaria e instituciones de formación profesional no comerciales”.

– En el Reino Unido, de manera general se hace referencia a “centros de enseñanza”, sin especificarlos.

– En Francia no se mencionan las instituciones a las que es aplicable la limitación o excepción, y la ley se limita a utilizar los mismos términos que el artículo 5, apartado 3, letra a): “ilustración con fines educativos o de investigación científica”.

– En España y Grecia, la limitación o excepción solamente se aplica a la enseñanza, por lo que quedan excluidas las actividades de investigación.

Las diferencias en el tratamiento de la copia digital (amparada en una limitación o excepción o sometida a licencia del titular de derechos), de la puesta a disposición en redes digitales para fines de enseñanza o investigación (sujeta a licencia o amparada por excepciones con diferentes requisitos y alcances en cada país) dificultan y dan inseguridad jurídica a la utilización de obras en el marco de la educación a distancia por medios digitales, más aún cuando la misma se realiza entre personas ubicadas geográficamente en distintos países.

En el marco de los análisis sobre la implementación de la Directiva Europea, se ha planteado la necesidad de ampliar el alcance de la limitación o excepción contenida en el artículo 5 numeral 3 literal a), para permitir que se ponga a disposición de los estudiantes partes de obras por correo electrónico o entornos de aprendizaje virtuales³. Se ha pedido la introducción de una limitación o excepción obligatoria para los fines educativos y de investigación científica, con un ámbito de aplicación claramente definido en la Directiva. Por ejemplo, el informe “Gowers Review of Intellectual Property 2006” recomienda:

3. Gowers Review of Intellectual Property 2006, apartados 4.17 y 4.19. citado en Comisión de las Comunidades Europeas (2008).

Que la limitación o excepción educativa “se defina en función de la categoría de utilización y de la actividad y no en función de los soportes o de la ubicación”.

Que la limitación o excepción de comunicación al público que tenga como objeto la enseñanza e investigación, no permita que las obras se pongan a disposición del público en general, sino que se reserve únicamente a los estudiantes e investigadores.

No obstante, el Libro Verde sobre Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento plantea que hacer obligatoria esta limitación o excepción y aclarar su alcance respecto de la educación a distancia no implica ampliarla, pues se debe tener en cuenta el creciente impacto económico del uso de obras en las redes digitales (Considerando 44 de la Directiva Europea) y la necesidad de un equilibrio entre la protección de los derechos exclusivos y la competitividad en la educación y la investigación europeas.

Finalmente, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 5 numeral 3 literal n) de la Directiva Europea⁴, debe destacarse la forma como la ley alemana realizó su transposición mediante la ley aprobada el 10 de septiembre de 2003 y que entró en vigor en julio de 2006.

El Artículo 52 b) se refiere a la reproducción de obras en terminales de lectura electrónicos de bibliotecas públicas, archivos y museos. La novedad consiste en que la reproducción digital de tales obras se permite exclusivamente para fines de estudio y/o investigaciones científicas y además se establece que los derechohabientes deben percibir una remuneración adecuada. De esta forma se consagra una remuneración compensatoria que constituye una licencia no voluntaria indirecta, que grava a los equipos e insumos necesarios para tales reproducciones y la remuneración es recaudada, repartida y distribuida a los titulares de derechos por las sociedades de gestión colectiva⁵.

No obstante, la misma norma prohíbe la circulación de tales copias digitales fuera de los establecimientos previstos y la obligación de las bibliotecas de comprometerse por medio de una declaración jurada a limitar la facilitación de copias digitales al fondo bibliotecario análogo existente en el establecimiento⁶. Además, se determina que lo anterior no es aplicable respecto de aquellas obras que ya han sido facilitadas al público mediante convenio o contrato especial por los derechohabientes. Para tales obras, que están excluidas de la remuneración colectiva, rigen los términos de uso establecidos en el contrato correspondiente (ETORENA).

4. Artículo 5. Excepciones y limitaciones. 3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: (...) n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

5. Véase Arts. 45, 49, 52a, y Arts. 54, 54a, 54f, 54g, § 54h del derecho de autor alemán (Urheberrecht).

6. No ha sido incluida, sin embargo, la obligación de facilitar las copias digitales únicamente en la cantidad de ejemplares análogos existentes.

Por otra parte, el artículo 53 relativo a la copia privada fue adicionado con la inclusión del artículo 53a, que reconoce la legalidad de los servicios de envío de documentos por parte de las bibliotecas, siempre y cuando se trate de artículos de publicaciones periódicas o pequeñas partes de una obra que no estén al alcance del público desde el lugar y en el momento elegido. Además, se limita dicho servicio a la vía postal o por fax. Sin embargo, se permiten envíos electrónicos cuando la copia digital que constituye el objeto de tal servicio equivale, en cuanto a sus características técnicas, a la antedicha remisión única de un archivo físico. Esta modificación no afecta la prohibición de difusión pública (Art. 19a de la ley alemana) ni la de elusión de medidas tecnológicas de protección (Arts. 95 y 108). Este servicio de envío de documentos está sujeto a una remuneración justa a los derechohabientes en la forma antes mencionada. Así, con los artículos 52a y 53a, se procura aprovechar las posibilidades del entorno digital para el desarrollo de la sociedad en general, sin perjudicar los derechos de autores y editores.

En Alemania, la reforma del año 2003 fue objeto de un intenso debate⁷ que condujo a que recientemente la ley fuera modificada de nuevo. En efecto, en enero de 2008 entró en vigor una nueva reforma de la ley de derecho de autor, cuyo propósito es reformular o replantear el equilibrio entre los intereses divergentes de autores, usuarios autorizados, fabricantes de equipos y consumidores finales.

El proyecto de ley de esta segunda reforma había previsto originalmente que escuelas, universidades e instituciones no comerciales de investigación quedarían facultadas para digitalizar para sus propios fines, sin autorización especial, obras protegidas por el derecho de autor para subirlas al Intranet o Internet y reproducirlas desde allí las veces que quisiesen. No obstante, luego de intensos debates y en consideración al impacto que tendría sobre las editoriales, se terminó estableciendo en la reforma que si bien museos, bibliotecas y archivos pueden digitalizar sus acervos y ponerlos a disposición en puestos de lectura electrónica, solo pueden estar públicamente accesibles al mismo tiempo tantas versiones de -por ejemplo- un libro como ejemplares tiene la biblioteca en su acervo físico. Adicionalmente, en el futuro las bibliotecas quedan autorizadas a enviar copias de artículos de revistas o extractos de libros a sus usuarios, siempre y cuando la editorial respectiva no ofrezca ella misma este servicio (LOICK).

III. EL ESTADO DE LA NORMATIVIDAD EN AMÉRICA LATINA

los países de América Latina y el Caribe no han desarrollado una normatividad específica en materia de limitaciones o excepciones al derecho de autor aplicables al entorno digital. Como es natural tratándose de una normatividad que no fue pensada para el contexto tecnológico digital, sino para supuestos de hecho diferentes, la alternativa de aplicar las limitaciones o excepciones consagradas para el entorno analógico presenta dificultades como las siguientes:

7. La Asociación de Editores y Libreros de Alemania *Boersenverein*, en su página Web da cuenta de su posición crítica al respecto: <http://www.boersenein.de>.

i) Una misma limitación o excepción puede tener efectos diferentes en el entorno analógico y en el entorno digital, en donde sus consecuencias pueden llegar a generar un mayor impacto en detrimento de los titulares de derechos de autor y conexos al punto de afectar la normal explotación de la obra, o causar perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular, cayendo en situaciones contrarias a la regla de los tres pasos.

ii) El balance o equilibrio de derechos e intereses requiere plantearse en términos distintos, pues el uso de obras y prestaciones protegidas en el entorno digital tiene una problemática específica para el derecho de autor y los derechos conexos, representada principalmente en:

- La facilidad con la que se realizan copias de las obras en el entorno digital, y la posibilidad de reproducir sucesivamente esas copias un infinito número de veces.

- El hecho de que las copias digitales pueden ser prácticamente idénticas al original.

- La dificultad de los titulares de derechos para controlar el uso de la obra por parte del público.

- La facilidad con que en el medio digital se modifican las obras, y se pueden difundir al público las obras así modificadas.

- El hecho de que el público puede acceder a las obras sin mediar ejemplares físicos, desplazando el mercado o modelo de negocio tradicional basado en la comercialización de las obras plasmadas en soportes tangibles.

iii) Se afecta la seguridad jurídica, pues la definición de si una limitación o excepción es o no aplicable en el entorno digital no la brinda el legislador, quedando en manos del intérprete de la norma o en última instancia y para cada caso en particular, del juez.

Así las cosas, carecen los titulares de derechos y los usuarios de las obras de reglas claras que definan qué es libre y qué no es libre hacer con las obras en el entorno digital.

iv) Se cae en un vacío normativo en relación con los actos de reproducción temporal de las obras, inherentes al proceso tecnológico de la transmisión digital, y carentes de significación económica por sí mismos.

En el medio digital, se entiende que existe reproducción cuando la obra es objeto de una grabación o almacenamiento temporal o permanente en la memoria de un sistema informático. Pero la aplicación irrestricta del derecho exclusivo de reproducción da lugar a entender que cualquier almacenamiento en memoria de la obra digitalizada requiere la autorización previa y expresa del titular del derecho correspondiente, lo cual puede resultar en ciertos casos ciertamente impracticable.

Por ejemplo, la transmisión digital en las redes informáticas involucra sucesivos almacenamientos en memoria que se surten en fracciones de segundo, cada uno de los cuales no tiene otro propósito que el de hacer posible el proceso tecnológico, y que si bien no tienen ninguna relevancia como acto de explotación o significación económica para el usuario o el titular de derechos, no obstante, son reproducciones.

A falta de una limitación o excepción que disponga que dichas reproducciones se encuentran exentas de la autorización del titular, se llega a una situación en la que el uso natural y legítimo de la tecnología produce una infracción generalizada de las normas.

En igual situación se cae, respecto de las reproducciones inherentes a la simple visualización de páginas web o navegación por parte del usuario de Internet (*browsing*), en donde toda la información que se ve en la pantalla ha sido previamente almacenada o grabada en la memoria de almacenamiento temporal (memoria RAM), de manera que se producen múltiples reproducciones de obras, que a falta de una limitación o excepción como la mencionada, se convierten -en teoría- en múltiples infracciones de derechos, si bien no puede hablarse que por ellas los titulares hayan sufrido perjuicio o detrimento económico. En América Latina y el Caribe este vacío normativo está llamado a ser resuelto.

v) Se pierde la oportunidad de establecer disposiciones específicas para actividades que son propias del entorno digital, y cuya problemática es particular y distinta de las actividades similares o equivalentes en el medio físico.

Son diferentes la educación a distancia por medios digitales y la educación presencial en donde profesor y alumno están presentes en un mismo espacio físico y momento.

Así mismo, son diferentes la consulta en línea de las obras disponibles en una biblioteca digital, y la consulta de los libros en una biblioteca.

La educación a distancia por medios digitales y el servicio de las bibliotecas en el entorno digital presentan su propia problemática, son ejemplos de ámbitos de la actividad humana y social que requieren soluciones legales 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.

No existe precisión en una materia en la que debieran brillar la certeza y la seguridad jurídica, como lo es el de las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos en los casos en que las obras se usan a instancias de la tecnología digital. Esta falta de certeza o seguridad jurídica no solo va en detrimento de quienes aspiran a servirse de las limitaciones o excepciones para un uso libre y gratuito de las obras o prestaciones, sino también de los propios titulares de derechos, quienes no tienen delimitado el campo de acción en el cual deben ejercer sus derechos exclusivos a efecto del desarrollo de modelos de negocio o licenciamiento, que les abran nuevas fuentes de ingresos en el entorno digital.

A falta de leyes que regulen una situación específica, una fuente de derecho puede ser la jurisprudencia, la reiteración de decisiones judiciales o de las altas cortes en un sentido u otro. Pero mientras se llega a decisiones judiciales que establezcan si cada uno de los usos de las obras en el entorno digital puede o no verse amparado en una limitación o excepción del entorno analógico, puede transcurrir demasiado tiempo, y las necesidades de los distintos sectores involucrados y la

velocidad con la que la tecnología avanza transformando las relaciones sociales, seguramente no darán espera.

La digitalización de un texto plasmado en el papel, que implica obtener la representación digital de su contenido, constituye un acto de reproducción en el cual la información digitalizada es objeto de un almacenamiento temporal o permanente. Esta reproducción, por principio, debe ser objeto de la autorización previa y expresa del titular del derecho correspondiente.

¿ES PROCEDENTE UNA LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN
AL RESPECTO? ¿BAJO QUÉ CONDICIONES?

LOUISE MORAN (1999: 16) plantea que sea cual fuere el mecanismo, para los educadores a distancia es fundamental que la legislación de Derecho de autor dé cabida debidamente a las limitaciones o excepciones al Derecho de autor, así como a la “rentabilidad comercial”. En lo que atañe a las instituciones educativas, la necesidad de que existan limitaciones o excepciones al respecto se puede resumir en cuatro principios (Consortium for Educational Technology for University Systems, 1995):

- Ha de protegerse el legítimo derecho de la educación superior a emplear obras amparadas por el Derecho de autor.

- La libertad de acceso a la información, sea cual fuere el formato de ésta, forma parte fundamental de los procesos de creación y aprendizaje.

- El derecho de la educación superior al uso leal ha de ser mantenido en la era electrónica sin las trabas suscitadas por las condiciones de licencia o derechos de transacción.

- La educación superior tiene la obligación de educar a sus miembros con respecto a la propiedad intelectual y los usos legítimos del material amparado por el Derecho de autor.

La necesidad de una limitación o excepción para facilitar la digitalización de obras y prestaciones es uno de los temas centrales de la cuestión en torno a la educación a distancia por medio digital.

Está visto cómo las sociedades de gestión colectiva de derechos reprográficos (RRO) existentes en la región otorgan licencia para la reproducción digital como una modalidad de la reproducción reprográfica autorizada, pero sin embargo esta autorización no se extiende a los usos en línea de las obras, como son aquellos que se requieren en el marco de la educación a distancia.

En este punto consideramos necesario:

- i) Consagrar limitaciones o excepciones al derecho de reproducción aplicables en el entorno digital, a efecto de permitir la digitalización de obras y prestaciones a los efectos de su utilización en la educación a distancia. La consagración de una limitación o excepción específicamente aplicable al entorno digital es más conveniente que pretender aplicar por analogía las limitaciones o excepciones de reproducción para fines de enseñanza aplicables en el entorno analógico.

En el momento de consagrar una limitación o excepción a este efecto, los países pueden establecer las condiciones o requisitos necesarios para garantizar que el ejercicio de aquella esté acorde con la regla de los tres pasos. Cabe recordar que la Ley Teach Act de los Estados Unidos permite esta limitación o excepción bajo condición de que las copias digitales obtenidas sean conservadas únicamente por la institución y usadas solo para las transmisiones autorizadas al amparo de esa ley y, en el caso de la digitalización de obras analógicas, no debe existir una versión digital de la obra disponible, libre de protecciones tecnológicas que puedan evitar las transmisiones digitales antes autorizadas.

Convendría también que un instrumento internacional unificara los parámetros, condiciones o requisitos para la aplicabilidad de esta limitación o excepción, habida cuenta que se trata de un fenómeno propio del entorno digital en línea en donde no existen las fronteras físicas entre los países y resulta inconveniente dar un tratamiento diferenciado en la ley de cada país a un uso de connotación global.

ii) En aquellos casos en que la digitalización requerida exceda del alcance de la limitación o excepción que haya de consagrarse, y que por lo tanto estén sujetas a la previa y expresa autorización del titular del derecho correspondiente, es procedente facilitar al usuario interesado (docente o institución educativa, por ejemplo) la posibilidad de contactar al titular de derechos o a su representante y, en aquellos casos en que los titulares estén dispuestos a autorizar esta digitalización, obtener la licencia correspondiente.

Es conveniente que este tipo de autorizaciones pudieran obtenerse a través de las sociedades de gestión colectiva de derechos reprográficos (RRO), a través de licencias que puedan obtenerse y pagarse en línea⁸.

iii) Una vez más, a estos efectos es también pertinente mencionar que la disponibilidad de contenidos digitalizados que pueden ser utilizados en la educación a distancia se ve favorecida con la existencia de los Recursos Educativos Abiertos (REA) y, en general, las obras en dominio público.

Se plantea entonces la necesidad de facilitar la transmisión digital de obras y prestaciones para fines de la educación a distancia por medio digital. La necesidad de una limitación o excepción es este sentido ha venido siendo reclamada por diversas personas y organizaciones. La Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas (IFLA), en su “Documento sobre la Postura de la IFLA sobre los Derechos de Autor en el Entorno Digital” considera que “Compartir recursos tiene un papel crucial en la educación, la democracia, el crecimiento económico, la salud, el bienestar y el desarrollo personal. Facilita el acceso a una amplia gama de información que de otra manera no estaría disponible para el usuario, biblioteca o país que lo demandara. Compartir recursos no es un mecanismo para reducir costes sino para extender la disponibilidad a quienes, por razones económicas, técnicas o sociales, no pueden acceder directamente a la información. (5) La legislación

8. Un ejemplo de este tipo de licenciamiento lo constituye el Copyright Clearance Center de Estados Unidos www.copyright.com

sobre la propiedad intelectual debería permitir a los usuarios el acceso al formato digital de una obra protegida para un propósito legítimo como la investigación o el estudio”.

Es aplicable a la transmisión en línea de las obras para fines de la educación a distancia lo mencionado respecto a la digitalización en el acápite anterior, respecto a la conveniencia de establecer una limitación o excepción al derecho de autor y los derechos conexos, facilitar soluciones de licenciamiento en los casos que excedan el alcance de aquella limitación o excepción, y promover en todo caso la existencia de Recursos Educativos Abiertos (REA) que puedan ser utilizados como recursos pedagógicos dentro de la educación en línea por medio digital, y definir políticas en torno a la disponibilidad de obras en dominio público.

La limitación o excepción aplicable a la transmisión en línea para fines de la educación a distancia tiene que ser sometida a diversas condiciones o requisitos para hacerla compatible con la regla de los tres pasos. Cabe recordar, haciendo referencia al derecho comparado, que la ley *teach act* de los Estados Unidos consagra requisitos que se pueden esquematizar o sintetizar de la siguiente forma:

- Que no se trate de obras creadas originariamente para ser utilizadas en actividades instruccionales transmitidas por redes digitales.
- Que no se extienda más allá de la cantidad comparable a la que se utiliza en las presentaciones en clase.
- Que se trate de instituciones educativas acreditadas sin ánimo de lucro.
- Que no sean obras respecto de las cuales el educador sabe o tiene razón para creer que no fueron adquiridas y realizadas legalmente.
- Que no recaiga sobre libros de texto , paquetes de curso y otros materiales típicamente adquiridos por los estudiantes de manera individual.
- Que se trate de actividades educativas mediatas. Este concepto marca un límite a los tipos de materiales que un educador puede incorporar para la lectura en clase, es decir, cubre las obras que un educador puede presentar o interpretar o leer durante la clase, tales como una película o videos musicales, imágenes de obras de arte o poesías; sin embargo, no incluye los materiales que un educador puede solicitar al estudiante para que estudie, lea, escuche o vea fuera de la clase, en el tiempo que éste estime.
- La interpretación o presentación debe ser una parte normal de la actividad educativa mediata; hecha por un educador o bajo su dirección o supervisión; directamente relacionada y como material de asistencia del contenido que se enseña; y destinado –y tecnológicamente limitado– a los estudiantes matriculados en la clase. La condición de que la interpretación o la presentación deba ser “tecnológicamente limitada” a los estudiantes, significa que las medidas tecnológicas de protección deberán excluir del acceso a quienes estén fuera del tal círculo.
- La institución educativa debe tener políticas y proveer información relativa al hecho de que los materiales usados pueden estar protegidos por derecho de autor; debe aplicar medidas tecnológicas que eviten de manera razonable que los receptores

mantengan las obras fuera de las sesiones de clases y que posteriormente las distribuyan, y no debe interferir con las medidas tecnológicas tomadas por los titulares del derecho de autor para prevenir la retención de las obras y su distribución.

Así como en el caso de la limitación o excepción para la digitalización de obras con fines de la educación a distancia, convendría también, en el caso de la limitación o excepción de transmisión digital, que un instrumento internacional unificara los parámetros, condiciones o requisitos para la aplicabilidad de esta limitación o excepción, habida cuenta que se trata de un fenómeno propio del entorno digital en línea.

A falta de tales requisitos, o los que hayan de establecerse en el marco de la regla de los tres pasos, se hace necesario el otorgamiento de licencias voluntarias que desarrollen la facultad del autor o titular de derechos para autorizar o prohibir la transmisión digital de sus obras o prestaciones, caso en el cual es conveniente proveer soluciones de licenciamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2008). *Libro Verde Derechos de Autor en la Economía del Conocimiento*. Bruselas
- ETORENA, JOAQUÍN (2006). “Compartir y Excluir: El derecho de autor en el contexto de la Sociedad de la Información”. Trabajo Final. Curso intensivo en postgrado de Derechos de Autor por Derechos Conexos en la teoría y la práctica. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Diciembre de 2006.
- GUIBAULT, LUCIE (2003). “The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge : prospects for their adaptation to the digital environment”, Estudio preparado para la Unesco, Amsterdam, Institute for Information Law.
- IFLA (s.f.). “Documento sobre la Postura de la IFLA sobre los Derechos de Autor en el Entorno Digital” Disponible en <http://dglab.cult.gva.es/bi-legis-ifladchosdigital.htm>
- LOICK, ATONIA (s.f.) “La nueva Ley de derecho de autor”. Boletín del Goethe Institut del Perú. Disponible en <http://www.goethe.de/Ins/pe/lim/wis/es2550214.htm>
- MORAN, LOUISE (1999). “Educación a distancia y derecho de autor”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Abril - Junio 1999. UNESCO.