UNESCO
Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
CERLALC
Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe
Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina e no Caribe

CIRCULAR No. 02

De: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC

Para: Bibliotecas públicas y privadas de Latinoamérica y el Caribe

Tema: Bibliotecas Digitales y Derecho de Autor

Fecha: 16 MAR. 2012

El Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC, reconoce el invaluable aporte de las bibliotecas de nuestra región a la preservación y difusión del libro, la lectura, la cultura en general y en el acceso democrático y equitativo a la educación. La biblioteca es un espacio natural de encuentro entre el lector y los creadores, un nicho fundamental en la creación de sociedades lectoras.

En el marco de la sociedad de la información, la digitalización de los recursos bibliográficos genera un espectro amplio de oportunidades en el cual las bibliotecas pueden potenciar la difusión de los patrimonios bibliográficos, e incluso, sonoros y audiovisuales de los países de la región. De allí que en la Trigésima Sexta Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, UNESCO, realizada el pasado mes de noviembre de 2011, a través de la aprobación del *Manifiesto de la International Federation of Library*

Calle 70 No. 9 - 54
Tels: 571 5402070 • FAX: 571 5416398
info@cerlalc.org • www.cerlalc.org
Bogotá - Colombia

1971-2011 | 40 AÑOS ANOS
trabajando por el libro, la lectura y el derecho de autor
trabalhando em prol do livro, da leitura e do direito autoral

Associations and Institutions -IFLA- sobre las bibliotecas digitales[1], se haya destacado el papel que cumple la biblioteca en el proceso de cerrar la llamada *brecha digital.*

La relación entre la biblioteca digital y los autores, editores y, en general, los titulares de derecho de autor, no debe interpretarse como una relación de tensión entre los derechos de propiedad intelectual y el acceso a la cultura y la educación. Más bien se debe propender por construir, mantener y enriquecer un vínculo simbiótico entre dichos actores, bajo el entendido que tanto los titulares de derecho de autor como las bibliotecas se benefician y apoyan mutuamente; los unos proveyendo la materia prima de la labor del bibliotecario y, estos últimos, actuando como difusores de las obras literarias o artísticas y como enlace natural entre los escritores y los lectores. De allí que el manifiesto de la IFLA sobre bibliotecas digitales haya calificado como esencial la "consulta" por parte de las bibliotecas digitales "con los titulares de derecho y otras partes interesadas"[2].

En ese sentido, el CERLALC, como organismo de cooperación y asistencia técnica de sus Estados miembros, se permite realizar algunas reflexiones y consideraciones que pueden ayudar a potenciar esa mutua relación de beneficio entre la biblioteca digital y los titulares de derecho de autor. Relación que debe fundarse en un sano equilibrio entre los derechos de los autores, por una parte, y los intereses del público en general, por otra; en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

1. La biblioteca digital

La biblioteca digital es definida por el manifiesto de la IFLA como:

---

[1] Disponible en: www.unesco.org. Vínculo profundo: http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002125/212534s.pdf

[2] Ibídem.

> ...una colección en línea de objetos digitales de buena calidad, creados o recopilados de conformidad con principios aceptados en el plano internacional para la creación de colecciones y que se ponen a disposición de manera coherente y perdurable, y con el respaldo de los servicios necesarios para que los usuarios puedan encontrar y utilizar esos recursos.

Así mismo, el mencionado manifiesto señala que:

> ...la misión de las bibliotecas digitales consiste en proporcionar acceso directo a recursos informativos digitales y no digitales, de manera estructurada y fiable, para de esa manera vincular la tecnología de la información, la educación y la lectura en las bibliotecas actuales. [3]

Como lo anota Milagros del Corral[4], proporcionar a los usuarios colecciones en línea "de buena calidad", es una labor que requiere ingentes esfuerzos de parte de quienes administran la biblioteca digital. Esfuerzos que van desde realizar una adecuada selección de las obras, pasando por el desarrollo o adquisición del hardware y el software adecuados, su parametrización, la interconexión con el catálogo automatizado y con el metabuscador, la digitalización –en estricto sentido–, la atribución manual o automatizada de los metadatos y, en fin, una serie de costos y gestiones administrativas y logísticas.

Pero además, garantizar que la biblioteca digital ofrezca valores agregados de calidad, respecto de los demás servicios de información que hoy por hoy se ofrecen

[3] Ibidem
[4] DEL CORRAL, Milagros. El Papel de las Bibliotecas Digitales en la Preservación de la Cultura. Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre Derecho de Autor: El papel del Derecho de Autor en el Estímulo a la Cultura de los Libros y la Lectura en el Ámbito Digital, celebrado en Bogotá D.C. del 28 al 30 de abril de 2008. Disponible en www.derechodeautor.gov.co. Vínculo profundo: http://www.derechodeautor.gov.co/htm/eventos/seminarios/indice_seminarios.htm

en la red, depende, en gran parte, de los contenidos que se divulguen. Contenidos que, en la gran mayoría de los casos, han de constituir obras sujetas al derecho de autor.

En este contexto, a continuación expondremos cuáles son los principales derechos patrimoniales de autor involucrados en la difusión de las obras a través de bibliotecas digitales y, posteriormente, examinaremos de forma general las condiciones bajo las cuales dichos usos pueden realizarse sin afectar derechos de terceros. Finalmente, haremos unas breves reflexiones sobre tres temas puntuales: las bases de datos, las medidas técnicas de protección y las llamadas "obras huérfanas".

2. Principales derechos involucrados en el uso de obras por parte de bibliotecas digitales

Para hablar de biblioteca digital, no basta con la mera digitalización de los fondos bibliográficos; se requerirá además, y ante todo, permitir que el público acceda a dichos contenidos a través de terminales electrónicas. Así, la biblioteca podría optar por comunicar los contenidos digitalizados a través de redes abiertas como es internet; o limitar el acceso a redes cerradas -por ejemplo, aquellas redes cuyas terminales electrónicas estén ubicadas dentro de la sede de la biblioteca-; o podría ofrecer servicios de suscripción y acceso restringido a determinados usuarios o a determinadas obras; o el envío de publicaciones digitales a través de correo electrónico. Incluso podría ofrecer a sus usuarios medios técnicos para la digitalización de las obras, verbi gratia: el alquiler de escáneres, o incluso, el alquiler o préstamo de dispositivos para la lectura de libros electrónicos - *e-readers* – y, en fin, podría ofrecer los más variados servicios que los recursos tecnológicos actuales permiten.

La digitalización y divulgación de obras a través de redes informáticas por parte de bibliotecas digitales, involucra diversos derechos reconocidos a los autores por parte de los ordenamientos jurídicos. Así, el artículo 6 Bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas – al cual han adherido la totalidad de los veintiún países miembros del CERLALC - reconoce a los autores el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación que atente contra la integridad de la obra. Es lo que la doctrina suele llamar como derechos morales de paternidad y de integridad[5].

Estos dos derechos morales, dado su especial naturaleza y por su apego a la condición del autor, son inalienables e irrenunciables, por tanto, más allá que el autor hubiere cedido la explotación económica de la obra, quien pretenda hacer uso de la misma deberá observar los derechos paternidad y de integridad, reivindicando y reconociendo la autoría de las obras así divulgadas y absteniéndose de deformar, mutilar o realizar cualquier otra modificación que cause un perjuicio al honor o a la reputación del autor.

Por otra parte, e independientemente de los derechos morales, a los autores se les reconoce unas facultades exclusivas sobre el uso y explotación de sus creaciones. Así, nuestras legislaciones, suelen otorgar a los autores el derecho de reproducción (que incluye la realización de copias digitales), el derecho a comunicar públicamente la obra (bien sea por su ejecución pública, radiodifusión, puesta a disposición en la red etc.) el derecho a trasformar la obra y a distribuir ejemplares de ésta. Estos

[5] En el presente documento nos hemos limitado a mencionar los dos derechos morales expresamente reconocidos por el Convenio de Berna, derechos que deben ser observados por los Estados miembros de dicho Tratado. No obstante, cada legislación nacional puede establecer derechos morales adicionales a los reconocidos por la multilateralidad. Así, es común que además de la paternidad e integridad de las obras, las legislaciones latinoamericana y del Caribe reconozcan los derechos morales de divulgación, modificación y retracto. Para más información acerca de estos derechos puede consultarse, entre otras, la obra de LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Editada por UNESCO, CERLALC, y Ediciones Zavalia. 2001 pag. 154 y siguientes.

CERLALC
CALLE 70 No. 9 - 52
PBX: 571 5402071 • FAX: 571 5416398
bro@cerlalc.org • www.cerlalc.org
BOGOTÁ • COLOMBIA

derechos son llamados patrimoniales y están sujetos a la autonomía de la voluntad del autor. Por lo tanto, el autor puede enajenarlos, transferirlos a terceros –quienes serán llamados titulares del derecho o derechohabientes- o incluso podrá renunciar a ellos bien sea a título oneroso o gratuito.

Cuando una biblioteca digitaliza y divulga, a través de redes informáticas, el contenido de obras, de una parte realiza un acto de reproducción y, de otra, una comunicación al público[6] de dichas obras. Incluso, la biblioteca transformará el contenido de dichas obras a efectos de hacerlas más asequibles a sus usuarios. Dichas formas de explotación, son reconocidas internacionalmente como derechos exclusivos de los autores o titulares de derecho de autor, tal como se expondrá en los siguientes numerales:

2.1. *Derecho de reproducción*

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias señala en su artículo 9.1 que "Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma".

La reproducción puede definirse como la fijación de la obra en un soporte material o la realización de copias de la misma. Tal concepto se extiende a la elaboración de copias por medios digitales según lo dispone el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del año 1996 –del cual hacen parte la mayoría de los países miembros del CERLALC–, que en la declaración concertada del artículo 1.4 fue enfático al señalar que "el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna".

[6] Concepto dentro del cual se encuentra inmerso el de puesta a disposición de las obras.

Como el derecho de reproducción de una obra corresponde a una facultad exclusiva del autor, significa que la misma requiere la autorización previa de éste o del titular de derecho. En esa medida, la biblioteca digital que pretenda reproducir obras literarias o artísticas, requerirá, en principio, de la autorización del respectivo titular del derecho de reproducción.

2.2. *Derecho de Comunicación al Público*

Permitir que el público acceda a contenidos digitalizados a través de terminales electrónicas entrelazadas por medio de redes digitales, es una forma de comunicación al público que suele conocerse, en el ámbito del derecho de autor, como la puesta a disposición de las obras. Así, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, señala que los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho:

> ...exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, *comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*[7] (cursiva fuera de texto).

Al igual que lo indicado respecto a la reproducción de la obra, la puesta a disposición, al tratarse de un derecho exclusivo, implica la necesidad de obtener una autorización previa del titular de derecho en favor de la biblioteca.

2.3. *Derecho de Transformación*

La realización de obras derivadas –tales como: traducciones, adaptaciones, compilaciones, anotaciones etc- a partir de una obra original, es lo que se conoce como transformación de las obras. El Convenio de Berna, en su artículo 12, reconoce

[7] Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (TODA). Artículo 8

a los autores de las obras literarias o artísticas el derecho exclusivo de autorizar cualquier transformación de su obra y, de manera específica, el artículo 8 de dicho Convenio señala que los autores "gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original".

En ciertos casos, es posible que la biblioteca digital, a fin de facilitar el acceso de las obras digitalizadas a sus usuarios, realice modificaciones o transformaciones a dichas creaciones, por ejemplo: su traducción. En tales casos, requerirá contar con la previa y expresa autorización del autor o titular del derecho de transformación.

3. Casos en los cuales las bibliotecas pueden utilizar obras literarias y artísticas

Podemos identificar diferentes hipótesis o casos en los cuales la biblioteca podría, en el marco del Derecho de Autor, reproducir (digitalizar), comunicar públicamente en internet, e incluso, transformar obras literarias o artísticas. Así:

3.1 *Hipótesis uno: Utilización de obras de propiedad de la biblioteca*

Un primer escenario, poco usual, pero no descartable, es que la biblioteca sea titular de derechos de autor de obras literarias o artísticas. Caso en el cual, como propietaria de dichos derechos, podrá realizar la reproducción, comunicación pública en la red y la transformación de las obras a su libre arbitrio e, incluso, tendrá el derecho de autorizar o prohibir que otras bibliotecas reproduzcan o comuniquen estas obras.

Vale aclarar que el hecho de que la biblioteca adquiera el dominio sobre el soporte físico o electrónico que contiene la obra (ejemplo: adquirir los libros físicos, libros electrónicos u obras de bellas artes), no la convierte *per se* en titular de derechos de

autor respecto de tal obra. Se trata de dos bienes jurídicamente distintos frente a los cuales se predican derechos diferentes: sobre el soporte existe un derecho de propiedad privada común, y sobre la obra un derecho de propiedad intelectual que pertenece a su autor o su derechohabiente.

La biblioteca será la titular de derecho de autor de una obra si entre esta y el autor –o el titular de derecho de la obra– se ha dado un contrato mediante el cual la biblioteca ha adquirido los derechos patrimoniales de autor sobre dicha creación; o si se ha dado cualquier otra situación que, conforme a la legislación aplicable en cada país, traiga como consecuencia la radicación, en cabeza de la biblioteca, de la titularidad de los derechos de autor sobre las obras objeto de digitalización.

3.2 Hipótesis dos: Utilización de obras del dominio público

Las obras literarias o artísticas tienen un periodo o plazo de protección durante el cual al autor o al titular de derecho se le reconocen una serie de facultades exclusivas y, por lo tanto, cualquier uso de las mismas requiere de la previa y expresa autorización del titular de tales derechos. Sin embargo, vencido dicho plazo de protección, las obras entran en una situación jurídica que se conoce como "dominio público", en este caso es lícito hacer uso de dichas obras sin contar con autorización alguna; respetando, claro está, las prerrogativas o derechos morales, como la paternidad y la integridad de las obras.

El tiempo durante el cual la obra estará protegida, dependerá de lo que señale la legislación de cada país[8]. Sin embargo, el Convenio de Berna establece unos plazos mínimos que los Estados partes deben reconocer en sus ordenamientos internos. Así, el artículo 7.1 del citado Convenio señala que por regla general el plazo de protección corresponderá a la vida del autor más cincuenta años después de su

[8] A efectos de ilustración se puede consultar el Anexo 1 de esta circular, donde se resume los términos de protección en los países que forman parte del CERLALC.

muerte, plazo cuya contabilización debe iniciarse desde el 1 de enero del año siguiente a la muerte del autor[9].

Debe resaltarse que en virtud de la llamada "regla del cotejo de plazos", el término de protección será el definido en la legislación donde se reclame la protección de la obra, "sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra"[10]. En otras palabras: si en el país de origen de la obra se establece un término de protección correspondiente a la vida del autor más 70 años, pero en el país donde se reclama la protección se reconoce un término igual a la vida del autor más 100 años, el término de protección será el del país de origen (70 años desde la muerte del autor) y no el del país donde se reclama la protección; salvo que la legislación de este último disponga lo contrario[11].

En síntesis, una biblioteca podrá reproducir (digitalizar) y comunicar en la red, obras que se encuentren en el dominio público, según el término que establezca la legislación aplicable[12], sin necesidad de solicitar autorización previa alguna;

---

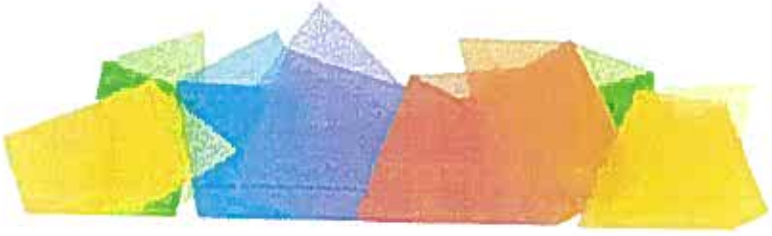
[9] No obstante, el mismo Convenio se encarga de señalar algunos plazos mínimos especiales, dependiendo la naturaleza de la obra. Así:

- Para el caso de las obras cinematográficas, el plazo mínimo de protección será de cincuenta años contados desde que la "obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expira al término de esos cincuenta años" (Convenio de Berna, artículo 7.2).
- Para las obras anónimas o seudónimas, el plazo de protección será como mínimo de cincuenta años contados desde que la obra "haya sido lícitamente hecha accesible al público". Sin embargo, cuando el seudónimo adoptado por el autor no deje dudas sobre su identidad, o si el autor revela su identidad dentro de los cincuenta años siguientes a la divulgación de la obra, el plazo de protección será la vida del autor más cincuenta años (Convenio de Berna, artículo 7.3.).
- Para las obras fotográficas y de arte aplicada, el plazo mínimo de protección es de veinticinco años contados desde la realización de tales obras (Convenio de Berna, artículo 7.4.).

[10] Convenio de Berna, artículo 7.8.

[11] Un ejemplo de legislación interna que ha establecido una disposición en contrario al "cotejo de plazos" es la Ley Ecuatoriana No. 89 de 1998 que en su artículo 80 dispone: "*El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra*".

[12] Ver anexo 1.



respetando, eso sí, los derechos morales del autor, los cuales tienen una vocación de perpetuidad.

3.3 Hipótesis tres: utilización de obras al amparo de una limitación y excepción

En ciertos casos especiales, es posible hacer uso de una obra cuyo plazo de protección no ha expirado, sin contar con la autorización de su autor o titular de derecho, siempre que dicho uso esté expresamente autorizado por la ley, dentro de lo que se conoce como "limitaciones y excepciones al derecho de autor".

El legislador de cada país goza de autonomía para determinar en qué casos, el uso de obras estará amparado por las limitaciones y excepciones al derecho de autor[13]. No obstante, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 9.2 del Convenio de Berna[14] y en el artículo 10.1 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996[15], el establecimiento de dichas limitaciones deberá observar tres criterios, que suelen llamarse por la doctrina como la "regla de los tres pasos". Dichos pasos o criterios son:

- Paso 1: Toda limitación y excepción a establecer en la legislación nacional debe corresponder a casos especiales.
- Paso 2: Las limitaciones y excepciones a establecer en la legislación nacional no puede atentar contra la normal explotación de la obra.
- Paso 3: Las limitaciones y excepciones no pueden ocasionar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores.

El Convenio de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 es claro en señalar que los Estados partes pueden, sujetos a las reglas de los tres pasos, establecer limitaciones

[13] Ver anexo 2. Cuadro comparativo de las diferentes limitaciones y excepciones aplicable a las bibliotecas que los legisladores de los países miembros del CERLALC han señalado.
[14] Relativo a las limitaciones del derecho de reproducción reconocido en dicho convenio.
[15] Relativo a las limitaciones a los derechos reconocidos en dicho tratado.

y excepciones aplicables al entorno digital. Así, la declaración concertada del artículo 10 de dicho Convenio expresamente dispuso:

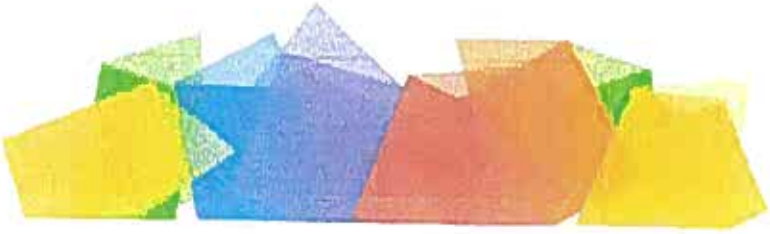
> Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

En síntesis, y para los efectos que interesan, se puede decir que las bibliotecas podrán reproducir (digitalizar) y poner a disposición del público obras protegidas por el derecho de autor, si dicho uso se encuentra amparado por una limitación y excepción señalada por el legislador de cada país[16]. Cada Estado, al señalar el alcance, amplitud y condiciones de dichas limitaciones deberá observar de manera concomitante las condiciones señaladas en la llamada "regla de los tres pasos", en otras palabras: deberán darse las tres condiciones en conjunto como presupuesto para establecer una excepción al derecho de autor.

Actualmente, dieciséis (16) países miembros del CERLALC cuentan con una limitación al derecho de autor a favor de usos realizados por bibliotecas, dicha excepción en la mayoría de los casos solo permite adelantar actos de reproducción en papel cuando la misma se requiera para preservar o sustituir un ejemplar que haga parte de la colección permanente de la institución. Solo la legislación de Chile permite la reproducción electrónica de obras que hagan parte de la colección de las bibliotecas para ser consultadas en una red cerrada[17].

3.4 Hipótesis cuatro: utilización de obras autorizadas por el autor o el titular de derecho

[16] Ver anexo 2.
[17] Para información más detallada ver anexo 2.



Como se ha visto, los derechos patrimoniales de autor tienen un carácter exclusivo, ello significa que la biblioteca, cuando pretenda reproducir (digitalizar) y comunicar al público fondos bibliográficos, requiere autorización previa de parte de los autores o titulares de derecho de tales fondos; salvo que la biblioteca sea a la vez la dueña de los derechos de autor, o que la obra se encuentre en el dominio público, o que exista una limitación y excepción que permita hacer un uso lícito de la obra sin necesidad de autorización previa.

Esta autorización se expresa a través de lo que suelen llamarse "licencias de uso". Estas licencias deben ser otorgadas por los autores o por terceros que, sin ser autores, han adquirido la titularidad de las obras –titulares de derecho– e, incluso, por sociedades de gestión colectiva autorizadas para tal efecto[18].

Las condiciones de tiempo, modo y lugar, en el marco de las cuales las bibliotecas podrán hacer uso de las obras, serán las acordadas libre y autónomamente con los autores y titulares de derecho en la respectiva licencia de uso. En esa medida, existen diferentes tipos de licencias que señalarán los alcances, condiciones y usos que la biblioteca podrá hacer de las obras. Así, pueden existir licencias que se expiden a título gratuito u otras que requieren una contraprestación económica. Igualmente, pueden pactarse en la licencia plazos o territorios dentro de los cuales se autoriza el uso de las obras o, incluso, puede limitarse la extensión y alcance del uso autorizado (Por ejemplo: reproducción parcial de ciertos pasajes de las obra, autorización para realizar ciertos números de copias, libre utilización con fines no comerciales). También pueden existir licencias donde el autor o el titular de derecho

[18] En algunos de los países miembros del CERLALC, existen sociedades de gestión colectiva encargadas de la representación de autores o titulares de obras literarias. Estas sociedades podrían autorizar la reproducción digital y la puesta a disposición de obras por parte de las bibliotecas digitales, siempre que las mismas se encuentren habilitadas para tal efecto por las respectivas legislaciones nacionales y, además, estatutariamente los miembros de tales sociedades, les hayan autorizado la administración colectiva, en el ámbito digital, de sus repertorios.

Para conocer el nombre y los datos de contacto de las sociedades de gestión de derechos reprográficos en la región puede consultarse el Anexo 3 de la presente Circular.

autorizan de forma amplia el uso de sus obras, siempre y cuando estas se utilicen sin fines de lucro.

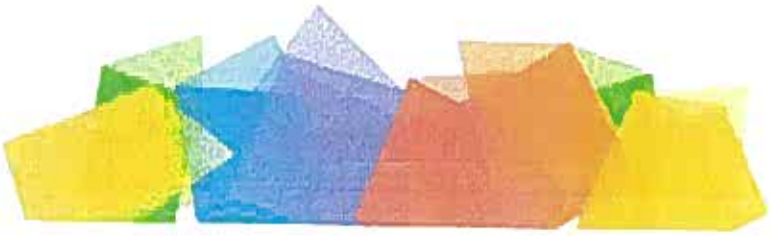
Así mismo, las licencias pueden referirse a obras en particular o también a autorizaciones de uso de repertorios o fondos bibliográficos en general. Estas últimas, resultan especialmente interesantes a los efectos de que titulares de derecho de autor o sociedades de gestión colectiva puedan, junto con las bibliotecas, generar modelos novedosos de uso, divulgación y explotación de las obras en beneficio de ambas partes. Una licencia de uso de repertorio, por ejemplo, puede ser utilizada como estrategia para captura de futuros consumidores, marketing o promoción de obras y, en fin, para crear sinergias entre los titulares de derecho y las bibliotecas digitales.

4. Sobre las bases de datos

La doctrina suele distinguir dos clases de bases de datos: las que son originales en razón a sus contenidos y la selección y disposición de éstos, y aquellas no originales dado que carecen de esa individualidad al ser la mera acumulación de datos a través de criterios cronológicos, alfanuméricos etc. Las primeras, es decir las bases de datos originales, son objeto de protección por parte del derecho de autor[19], no sucede lo mismo con las segundas.

Por ejemplo, una base de datos que acumule de manera cronológica los pronunciamientos jurisprudenciales de un país no estará protegida por el derecho de autor. Pero si el creador de dicha compilación, además de agrupar la sentencias que

[19] Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 1996, artículo 5. Del mismo modo, el artículo 2.5 del Convenio de Berna señala que estarán protegidas por el derecho de autor "Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones".



hacen parte de su compilación, las clasifica por temas, tribunales o cualquier otro criterio, o selecciona sólo aquellos pronunciamientos mas relevantes, descartando aquellos intrascendentes, estaremos ante una base de datos que, por los criterios de selección y disposición de sus elementos, se distingue de cualquier otra base de datos del mismo tipo, y en virtud de esa individualidad u originalidad, dicha selección se encuentra protegida por el derecho de autor. En este caso, la biblioteca, a fin de hacer uso de la misma, y de permitir el acceso de sus usuarios vía *on line*, deberá obtener la previa y expresa autorización del autor o titular de derechos, salvo que la biblioteca sea a su vez la titular de dicha base de datos, o tal creación haya entrado al dominio público o pueda realizar tal uso amparado en una limitación y excepción al derecho de autor.

Ahora bien, algunas legislaciones han establecido regímenes *sui generis* de protección, diferentes al del derecho de autor, que reconoce una protección especial a las bases de datos, sean estas originales o no (como es el caso de la Unión Europea[20]), o una protección especial a las bases de datos no originales (como acontece en México[21]). E incluso es posible que el propietario de una base de datos no original establezca, al momento de autorizar el uso de la misma por parte de una biblioteca, condiciones contractuales de uso. En estos casos, la biblioteca, si quisiera hacer uso de una de estas bases de datos no originales deberá estarse a lo dispuesto en su legislación nacional o, de no existir esta, a las cláusulas del contrato que le permitieron el acceso a dichas bases de datos.

5. Medidas técnicas de protección y de gestión de derechos

Un punto en el cual las bibliotecas digitales deben prestar gran atención, en especial cuando suscriban licencias para la digitalización y divulgación de obras protegidas por el derecho de autor, es el relativo a las medidas técnicas de protección o más

[20] Al respecto puede consultarse la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.
[21] Ley Federal de Derecho de Autor de 1996, artículos 104 y siguientes.

conocidas como DRM - *digital rights management*[22]. Las DRM son mecanismos tecnológicos utilizados por los titulares de derecho con el objetivo de controlar el acceso y uso que de sus obras digitalizadas se puedan realizar, o bien que les proporcionan información relevante para la gestión de sus derechos.

En el caso de libros electrónicos, las DRM usualmente restringen el uso de los contenidos a determinados dispositivos electrónicos, o evitan su edición, descarga o impresión e incluso podrían limitar el uso que de la obra se haga dentro de un determinado territorio geográfico o por un determinado periodo de tiempo.

En esa medida, cuando las bibliotecas suscriban licencias de uso con titulares de derecho de autor mediante las cuales se les autoriza la reproducción (digitalización) y la comunicación pública a través e internet de obras, se debe tener claro si existen obligaciones en relación con las DRM, así como el contenido y alcance de tales compromisos. Por ejemplo: es posible que la biblioteca se obligue a implementar medidas tecnológicas de protección a fin de cumplir las limitaciones y condiciones bajo las cuales se otorgó la respectiva licencia, o también puede darse el caso en el cual dichas medidas ya han sido implementadas por los titulares de derechos y, en virtud de ello, la biblioteca adquiera el deber de observar y verificar que sus usuarios no eludan, supriman o modifiquen dichos mecanismos.

6. Obras huérfanas

Un aspecto con el que todos los proyectos de biblioteca digital a nivel mundial tienen que enfrentarse, es de las llamadas obras huérfanas, las cuales podríamos definirlas como aquellas obras protegidas por el derecho de autor que reposan en los fondos

[22] Valga anotar, que tanto el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI DE 1996 –artículos 11 y 12-, como el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del mismo año, -artículos 19 y 20- reconocen una protección jurídica a las DRM y, entre otras cosas, obligan a los Estados signatarios a proporcionar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos respecto de sus obras y prestaciones, que restrinjan actos no autorizados o no permitidos por la Ley.

de las bibliotecas, respecto de las cuales no se conoce su autor o titular de derecho o, conociéndolo, no es posible contactarlo a fin de obtener su autorización para reproducir (digitalizar) y poner a disposición su obra.

Aun cuando las estimaciones sobre la magnitud e impacto de las obras huérfanas varía, la mayoría de los estudios coinciden en afirmar que el porcentaje de estas, respecto del total de obras que reposan en bibliotecas, archivos públicos u organismos públicos de radiodifusión, oscila entre el 20% y el 50% aproximadamente[23]. Esto implica, no solo un problema para las bibliotecas digitales, -quienes al no contar con la respectiva autorización no pueden reproducir y comunicar las obras o, haciéndolo, asumen el riesgo jurídico de ser demandadas y condenadas-. También significa, para la comunidad en general, perder la oportunidad de acceder a valiosos recursos bibliográficos; e incluso, para múltiples autores, puede implicar frustrar la oportunidad de contar con un medio de divulgación de sus obras, por el simple hecho de no conocer su identidad o no poderlos contactar. Lo anterior genera, como lo advierte Lifshitz-Goldberg, una situación "pierde-pierde"[24].

Pocos son los países que a la fecha han implementado soluciones legislativas a esta situación. Canadá por ejemplo, estableció un sistema a través del cual el usuario que desee utilizar una obra huérfana, luego de agotar una etapa de debida y diligente búsqueda del autor o titular de derecho, puede optar por una licencia limitada otorgada por un organismo público, sujeta al pago de una regalía recaudada por una sociedad de gestión colectiva. Igualmente, los países escandinavos, han optado por

[23] Un interesante análisis sobre el estado del arte en lo que se refiere a estudios sobre el impacto de las obras huérfanas, puede consultarse a HASEN, David R. Orphan Works: Definitional Issues. En Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper # 1. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1974614

[24] LIFSHITZ-GOLDBERG, Yael. Orphan Works. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.-OMPI-. Mayo de 2010. Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf

licencias colectivas extendidas otorgadas por sociedades de gestión colectiva[25]. En Estados Unidos, durante los años 2006 y 2008 se discutieron sendos proyectos de ley, finalmente no aprobados, que limitaban la responsabilidad y los perjuicios por los que podían ser condenados quienes, luego de realizar una diligente búsqueda, utilizaran obras huérfanas sin la autorización de sus autores o titulares[26]. Actualmente, la Unión Europea evalúa una propuesta de Directiva para regularizar y armonizar las soluciones legislativas en torno a las obras huérfanas[27].

Las legislaciones de Latinoamérica y el Caribe, no han abordado directamente el tema de las obras huérfanas[28], ello conlleva a la imperativa necesidad de fomentar estudios e investigaciones respecto al impacto cuantitativo, económico y social que representan las obras huérfanas en la región, para que, con base en los resultados de dichos exámenes, se adopten las debidas medidas legislativas, sean estas nacionales, subregionales o regionales.

En todo caso, el CERLALC se permite hacer algunas sugerencias, respecto de los principios mínimos que dichas soluciones legislativas deberían tener en cuenta, a fin de lograr un deseado equilibrio entre los intereses de los autores, de las bibliotecas y de los usuarios:

---

[25] STOKMMO, Olav. Bibliotecas Digitales. Soluciones para la iniciativa i2010 de la Comisión Europea. CERLALC, 2008. Disponible en: http://www.cerlalc.org/Prospectiva/Olav_Stokkmo.pdf

[26] Dichos proyectos pueden consultarse en el sitio web de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos http://www.copyright.gov/orphan/

[27] Disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:ES:PDF

[28] Si bien la gran mayoría de nuestras legislaciones incluyen algunas disposiciones relativas a las obras anónimas, estas no son suficientes para resolver los problemas que generan las obras huérfanas como quiera que corresponden a situaciones jurídicas diferentes. Así, varios países de la región –por ej. Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana- determinan que una obra sólo podrá calificarse como anónima, si el nombre del autor no es conocido por *voluntad del mismo*; aspecto volitivo poco común en el campo de las obras huérfanas, pues en estos casos se entiende que el no conocer el nombre del autor de dichas obras, en la mayoría de los casos obedece a una circunstancia ajena a la misma voluntad del autor. Además, el concepto de obra huérfana abarca un espectro más amplio que el de obra anónima, pues corresponde no sólo a aquellos casos en que no se conoce al autor, pero también incluye -situación bastante frecuente- el caso en que, conociéndose el nombre del autor o del titular, no es posible ubicarlo a los efectos de obtener la respectiva autorización.

6.1. *Respeto del derecho de autor.*

Que una obra sea huérfana no significa que la misma se encuentre en el dominio público o que su autor hubiere renunciado al legítimo ejercicio de sus derechos. En esa medida, cualquier opción legislativa por la que se opte, debe partir de la premisa según la cual, el uso de una obra requiere la previa y expresa autorización del autor. De no poderse obtener esta, debe propenderse por mecanismos que suplan esta autorización directa por otros que, sin afectar el núcleo básico de protección al autor, ni generar un perjuicio injustificado a este, permitan el uso legal de las obras huérfanas. Por ejemplo, podría optarse que en los casos de obras huérfanas la autorización de uso la otorgue un tercero imparcial, bien sea una entidad pública o las sociedades de gestión colectiva debidamente autorizadas, que de manera oficiosa gestionen los derechos del autor mientras se hace posible su ubicación.

6.2. *Búsqueda diligente del titular del derecho.*

Para que una obra pueda calificarse como huérfana y, eventualmente poder utilizarla al amparo de una autorización subsidiaria –esto es: una autorización otorgada por un gestor oficioso de los derechos del autor- debe agotarse, por parte del usuario, una etapa de búsqueda diligente, donde, luego de agotar todos los mecanismos que razonablemente estén a su alcance, se pueda concluir que al usuario le fue imposible ubicar al autor o titular de derecho.

El definir cuáles son los pasos, mecanismos y etapas que debe agotar el usuarios para concluir que ha realizado una búsqueda diligente, son aspectos que deben ser definidos por los legisladores.

6.3. *Fortalecimiento de bases de datos de obras y de titulares de derecho.*

Si al usuario se le exige una búsqueda diligente del autor o titular de derecho, en contraprestación debe proveérsele los elementos necesarios para que realice dicha

búsqueda. En ese contexto, surge necesario fortalecer las bases de datos relativas a obras y titulares de derecho que existen en la región, como son los registros nacionales de derecho de autor, los estándares internacionales como el ISBN o el ISSN, las bases de datos de la obras documentadas ante las sociedades de gestión colectiva o aquellos repositorios de información de común uso por parte de los titulares de derecho.

Además de fortalecer dichas bases datos, debe propenderse por su interoperabilidad, interconexión y fiabilidad. Incluso, los esfuerzos deben dirigirse a la regionalización de dichos repositorios, bajo el entendido que, como comunidad con fuertes vínculos sociales, históricos, culturales y lingüísticos, Latinoamérica y el Caribe debe afrontar en conjunto su inclusión a la sociedad de la información[29]. De allí que resulte necesario mantener y fortalecer proyectos regionales como el Repertorio Integrado de Libro en Venta en Iberoamérica – RILVI- o el impulso al Catálogo Integrado Latinoamerivano como una herramienta con un potencial de uso indispensable para afrontar los retos de la digitalización del libro, entre otros, el de la construcción de bibliotecas digitales[30].

---

[29] En ese sentido resulta ilustrativo esfuerzos regionales de consolidación de bases de datos como herramienta necesarias para el desarrollo de bibliotecas digitales. Por ejemplo: el proyecto europero llamado ARROW (Accessible Registries of Rights Information on Orphan Works Towards Europeana) Accesible en: http://www.arrow-net.eu/

[30] El Repertorio Integrado de Libro en Venta en Iberoamérica – RILVI es una herramienta desarrollada conjuntamente por el CERLALC y las Agencias ISBN de sus países miembros. Proporciona información detallada y completa de la oferta editorial Iberoamericana y es una herramienta de trabajo estratégica para todos los agentes del mundo del libro en especial editores, distribuidores, libreros, bibliotecólogos y maestros. Puede consultarse en: http://www.cerlalc.org/

Por su parte el Catálogo Integrado para América Latina es un proyecto a través del cual el CERLALC ha impulsado la conformación de catálogos nacionales de la oferta editorial y la integración de estos en un catálogo regional.

Ambos proyectos tienen como objetivo impulsar en la región la estandarización y el fortalecimiento de los sistemas de identificación para la comercialización de libros, así como de los sistemas de intercambio y distribución de información en los que participe toda la cadena del libro, y en la divulgación de la oferta editorial iberoamericana.

6.4. Condiciones de uso limitadas

En el evento que se optara por un esquema de licencia subsidiaria para el uso de obras huérfanas, y a los efectos de no afectar los intereses del autor que no pudiere ser localizado, dichos usos deberían limitarse a aquellos estrictamente necesarios para el desarrollo de la misión de las bibliotecas y sobre todo, limitados a aquellos usos que carezcan de ánimo de lucro.

Incluso, puede limitarse los sujetos a quienes se les podría otorgar tales licencias. Por ejemplo, el artículo 7 de la propuesta de Directiva Europea sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, solo autoriza hacer uso de tales creaciones a las bibliotecas, los establecimientos educativos o los museos de acceso público, los archivos, los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico y a los organismos públicos de radiodifusión.

6.5. Posibilidad del autor de re-controlar su obra

Cualquier esquema que pretenda abordar la problemática de las obras huérfanas, a fin de no afectar los legítimos intereses de los autores y titulares de derecho, debe garantizarle a estos, que en el caso que se hubiere otorgado una licencia subsidiaria para el uso de su obra mientras se encontraba huérfana, dichos titulares pueden en cualquier momento revelar su identidad y localización, acceder a los beneficios económicos que el uso de su obra hubiere generado y, sobre todo, poner fin a la condición de huérfana de su obra, asumiendo el pleno control de la explotación de la misma.

7. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto podemos deducir las siguientes conclusiones:

7.1. La biblioteca digital, en la sociedad de la información, juega un papel fundamental en el acceso equitativo y de calidad a la información, la educación y la cultura.

7.2. A su vez, los autores, las industrias creativas y demás titulares de derecho proporcionan los insumos fundamentales –las obras literarias o artísticas– para el desarrollo de la actividad de las bibliotecas digitales.

7.3. Esta interdependencia entre autores y/o titulares de derecho de autor, como generadores de contenidos, y las bibliotecas digitales como divulgadoras de tales contenidos, debe conllevar una relación de mutua colaboración entre unos y otros.

7.4. Tal relación ha de partir por reconocer, promover y observar los derechos morales y patrimoniales de los autores; en especial, el respeto al derecho de reproducción, comunicación al público y transformación de las obras. Derechos que están particularmente involucrados, tratándose de la utilización de obras por parte de bibliotecas digitales.

7.5. De otra parte, las bibliotecas estarán en capacidad de reproducir y comunicar públicamente obras literarias y artísticas en cuatro situaciones hipotéticas o escenarios:

- Cuando la biblioteca sea la titular de derechos de las obras a utilizar.
- Cuando dichas obras se encuentren en el dominio público.
- Cuando tal digitalización y uso se encuentre amparado por una limitación o excepción al derecho de autor.
- Cuando la biblioteca hubiere obtenido la autorización o licencia de uso por parte del autor o titular de derecho.

7.6. Si la biblioteca digital pretende, a través de la red, permitir el acceso a sus usuarios de bases de datos originales, deberá tener autorización de los

autores o titulares de dichas bases, salvo que la biblioteca sea a su vez la titular de dicha base de datos, o tal creación haya entrado al dominio público o pueda realizar tal uso amparado en una limitación y excepción al derecho de autor.

7.7. Si las bibliotecas reproducen (digitalizan) y comunican públicamente (puesta a disposición) obras protegidas por el derecho de autor, deben prestar especial atención al cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales relativas a la implementación, respecto y observancia de medidas técnicas de protección o de gestión de derechos -*digital rights management*- o DRM.

7.8. Es una necesidad que en la región se analice, cuantifique y determine el impacto de las llamadas obras huérfanas respecto de la digitalización de las bibliotecas. Incluso, es posible requerir la implementación de medidas legislativas que avoquen una solución equitativa a dicha situación. En todo caso, el CERLALC considera que cualquier solución que se implemente debe estar fundada en los siguientes pilares:

- Respeto al derecho del autor.
- Búsqueda diligente del titular del derecho.
- Fortalecimiento de bases de datos de obras y de titulares de derecho.
- Restricción al uso de las obras huérfanas exclusivamente a aquellas formas de utilización estrictamente necesarias por las bibliotecas y sin ánimo de lucro.
- Posibilidad del autor de re-controlar su obra en cualquier momento.

Anexos al presente escrito, el lector puede encontrar sendos documentos relativos a la regulación interna de algunos aspectos señalados en esta Circular, como son: plazos de protección de las obras; limitaciones y excepciones aplicables a las bibliotecas y sociedades de gestión colectiva de derechos reprográficos en la región.

CERLALC
Calle 70 No. 9 - 52
PBX: 571 5492071 • FAX: 571 5416398
bro@cerlalc.org • www.cerlalc.org
Bogotá - Colombia

Por último, el CERLALC pone a disposición de todas las bibliotecas de la región su conocimiento e infraestructura técnica y humana para atender cada una de sus inquietudes. El Centro cuenta con publicaciones especializadas como los *Manuales de Derecho de Autor para Bibliotecas Públicas*[31] y la *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor.*

Igualmente, en la página web del CERLALC: www.cerlalc.org puede consultarse la base datos Derecho de Autor Regional, DAR, donde se encuentra la más completa compilación de leyes y reglamentos nacionales, tratados internacionales y regionales, así como los principales pronunciamientos jurisprudenciales que en materia de derecho de autor se han generado en la región.

Cordialmente,

FERNANDO ZAPATA LÓPEZ
Director

Documento preparado por: Yecid Andrés Ríos Pinzón
Coordinador Jurídico CERLALC

[31] Obra realizada por el autor Oscar Acuña y editada por el CERLALC. Adaptada para las bibliotecas públicas en Colombia, Guatemala y Chile.
d:\1-datos\downloads\circular bibliotecas 06-02-12 (1).docx

CERLALC
Calle 70 No. 9 - 52
TEL: 571 5302071 • FAX: 571 5416398
info@cerlalc.org • www.cerlalc.org
Bogotá - Colombia