



El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor

BALDO KRESALJA R. (*)

Sumario: I. Introducción. II. Derechos Humanos y Constitución Política. III. El Derecho de Autor. 3.1. Propósito. 3.2. Sujeto y Objeto del Derecho de Autor. 3.3. Duración del derecho y Dominio Público. 3.4. Derechos Morales y Patrimoniales del Autor. 3.5. Normas internas de la PUCP. IV. Límites y Excepciones al Derecho de Explotación. 4.1. Generalidades. 4.2. Usos honrados, la regla de los tres pasos y el “fair use”. 4.3. El acceso a la cultura. 4.4. El derecho de cita. 4.5. La copia privada. V. Las disposiciones específicas sobre enseñanza. 5.1. Generalidades. 5.2. Las comunicaciones con fines didácticos. 5.3. La reproducción por medios reprográficos. 5.4. Las lecciones de los profesores. 5.5. Bibliotecas y archivos. 5.6. La representación de una obra. 5.7. Las tesis universitarias. 5.8. El impacto de las nuevas tecnologías. VI. Infracciones y sanciones. VII. Perspectivas futuras en el ámbito educativo.

I. INTRODUCCIÓN

Como ha siempre ocurrido, la legislación en una materia concreta va detrás de los desarrollos tecnológicos que la afectan. Esto es especialmente cierto en el ámbito del Derecho de Autor. Por tanto, la legislación vigente está mayoritariamente dirigida a una realidad que ya está cambiando y que quizá en los próximos años se minimice, porque estará sobrepasada por el desarrollo extenso, universal y novedoso de las nuevas tecnologías, que permiten ya hacer uso -antes ni siquiera imaginado- de las obras protegidas por el Derecho de Autor o de las que se encuentran en el dominio público, multiplicándolas de forma tal que quedan sin defensa algunas de las prerrogativas exclusivas que la ley ha brindado por décadas a los autores.

En la actualidad la evolución del régimen jurídico de los derechos intelectuales en general y del Derecho de Autor en particular es el reflejo de las ideas predominantes en los países más desarrollados y ello ha hecho que muchas propuestas que persiguen un mayor bienestar global con respecto al desarrollo humano, como las necesidades de la educación, no hayan tenido el éxito esperado. Frente a ello surgen otras propuestas para diseñar las reglas desde abajo (“*from below*”), siguiendo la política sobre desarrollo hu-

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP.

mano recomendada por las Naciones Unidas y otras entidades internacionales¹. Desde una perspectiva utópica, todos los Estados o naciones deberían cooperar para lograr niveles básicos de desarrollo, eliminando la pobreza mediante la mejora y acceso a la educación, a la comida y a la salud.

Sin embargo, prácticas de una etapa que podríamos decir está próxima a ser superada, están todavía muy extendidas en el Perú y en otros países de similar grado de desarrollo, principalmente en el ámbito de la educación post-escolar. De ahí surge la necesidad de conocer la ley que les es aplicable, así como prever los cambios futuros. Este artículo no tiene afán moralizador y sólo busca examinar esas prácticas a la luz de la legislación vigente sobre Derechos de Autor. Los últimos desarrollos de ésta a nivel de tratados y en algunas legislaciones nacionales de países desarrollados comienzan ya a perfilar propuestas y soluciones vinculadas a las nuevas tecnologías y a su impacto sobre la educación. Nos encontramos al inicio de una etapa en la cual el contenido y excepciones en la legislación sobre Derecho de Autor estarán sujetos a discusiones apasionadas y a pensamientos heterodoxos, lo que sin duda se reflejará en la futura legislación, que probablemente sólo conservará algunas de las características que históricamente la han acompañado.

Después de una breve referencia a los derechos humanos en nuestra Constitución Política y a ciertos aspectos esenciales del Derecho de Autor, veremos algunos de los límites y excepciones al derecho de explotación que la ley impone a los autores o titulares, para después específicamente tratar las disposiciones sobre enseñanza y el impacto que en ellas tienen las nuevas tecnologías, que en parte rebasan el contenido clásico del Derecho de Autor. Finalizaremos haciendo referencia a las infracciones y sanciones y comentando algunas de las perspectivas futuras en el ámbito de los límites y excepciones vinculados a la enseñanza. Cabe advertir que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha encargado durante los últimos años varios estudios en esta materia, algunos de los cuales citaremos frecuentemente².

1 Chon, M., “*Copyright and capability for education, an approach from below*” en “*IP Resources the right size at the right time, in the right place*”, www.piipa, 2011.

2 Los siguientes nueve estudios sobre el tema de las limitaciones y excepciones encargados por la OMPI entre 2003 y 2009 son:

1) *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). http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16805.

2) *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. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=59952.

3) *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. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=75696.

4) *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. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192.

II. DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Los derechos del hombre se asientan en la noción de dignidad humana. Se agrupan en dos grandes áreas, a saber: la de los derechos individuales y la de los derechos sociales, que expresan la bifronte esencia de esa dignidad. Por ello es que los derechos humanos tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona, en cuanto posee dignidad, que es una calidad inherente a la misma.

Muchos textos constitucionales hacen mención a la dignidad humana, lo que permite fundir en el concepto de persona una noción jurídica de dignidad como nexo inseparable, es decir, vincular a la concepción constitucional de persona a determinada visión de dignidad como valor siempre presente, otorgándole además ciertos efectos jurídicos. La actual concepción constitucional de dignidad humana está orientada a limitar las circunstancias que restringen la libertad de la autonomía y el desarrollo de la personalidad. Desde esta perspectiva, se articula como límite estatal con el fin de posibilitar la libre decisión del individuo, conectada no sólo con los derechos fundamentales, sino también con muchos otros bienes constitucionalmente reconocidos³.

Coincidente con lo anterior, el artículo 1 de nuestra Constitución Política señala que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. A continuación la Carta Fundamental hace mención en su artículo 2 a los derechos de toda persona y, entre ellos, a dos que son de importancia resaltar por su conexión con lo que trata este trabajo.

El inciso 4 del artículo 2 dispone que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Y el inciso 8 del mismo artículo reconoce el derecho de toda persona *“a la libertad de creación intelectual, artística,*

5) *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. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130303.

6) *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). http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130241.

7) *Estudio sobre las excepciones con fines docentes en los países árabes*, preparado por Victor Nabhan Presidente, Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI). http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130302.

8) *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). http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130249.

9) *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). http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130393.

3 Kresalja, Baldo, *“Derecho al bienestar y ética para el desarrollo”*, PUCP, Palestra, Lima, 2008, pág. 15 y ss.

técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto". Ello se complementa, entre otras disposiciones constitucionales, con el artículo 13, que reconoce que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Y el 14, que reconoce también que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad. Obviamente las disposiciones constitucionales deben concordarse adecuadamente y la legislación de menor jerarquía, como las leyes de Derecho de Autor desarrollar adecuadamente los mandatos de la Constitución Política. Estas menciones son suficientes para encuadrar los puntos que se expondrán a continuación.

III. EL DERECHO DE AUTOR

3.1. Propósito

3.1.1. En ningún ámbito jurídico puede hablarse de la existencia de derechos absolutos, pues la coexistencia pacífica de los distintos derechos es un imperativo de la vida en sociedad. La Declaración Universal de Derechos Humanos elevó a esa categoría al Derecho de Autor, el cual encuentra allí mismo algunas de sus principales limitaciones, sea en favor del acceso a la cultura, la información y el derecho a la educación. En su artículo 27 esa Declaración consagra el Derecho de Autor como un derecho no absoluto, pues junto a él se reconocen las prerrogativas que tiene la sociedad para disfrutar libremente de las creaciones intelectuales, prerrogativas que no pueden ser desconocidas por la legislación interna de cada país⁴.

En una sociedad democrática, dice Fernando Garbajo Gascón, la libertad de expresión, la información y la cultura se han considerado siempre bienes públicos o de interés general, fundamentales para el progreso social y económico. Pero la defensa y la promoción de la información y la cultura requiere necesariamente la protección de los autores y de la industria de la cultura, del ocio y de la información para incentivar las creaciones intelectuales y las prestaciones industriales que sirven de vía de expresión de aquéllas. Sin perjuicio de todo ello, hay que señalar que los distintos derechos humanos son interdependientes entre sí y que el derecho de propiedad intelectual no es un derecho absoluto, pues está limitado desde varios frentes y porque existen diversos tipos de límites legales que responden a justificaciones político-jurídicas diferentes. Y como tendremos ocasión de ver, en el propio ámbito del Derecho de Autor, las principales limitaciones que afectan al derecho de los titulares son las llamadas excepciones o limitaciones legales⁵.

4 *Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 27: "1.- Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2.- Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."*

5 Garbajo G., F., "Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital" en "Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor", Tomo XXIV, Madrid, 2004, pág. 158.

Corresponde al Estado en su función legislativa la búsqueda del balance entre los diversos derechos e intereses, en pos del interés general. Para tal efecto, el legislador cuenta en el ámbito de los derechos intelectuales, entre otros, con recursos como la definición del tiempo de duración de la protección de los derechos patrimoniales; qué tipo de creaciones pertenecen al dominio público; la posibilidad de expropiar los derechos patrimoniales y establecer un régimen de limitaciones o excepciones. El equilibrio de derecho e intereses se traduce en el hecho de que en un país pueden verse satisfechos y realizados los cometidos del Derecho de Autor y, al mismo tiempo, el derecho a la educación, a la información, a la cultura y, en general, los intereses sociales. Pero para que eso sea posible se requiere, no solamente de una legislación ad-hoc, sino cumplir además con otras condiciones vinculadas al nivel educativo de su población, así como la existencia de industrias culturales y de sociedades de gestión colectiva⁶.

Ahora bien, los sujetos involucrados en las relaciones jurídicas que surgen en torno a la creación no son solamente el autor o el empresario que se interesa en comercializar su obra, sino también el público destinatario de tales bienes culturales, que accede a las obras para satisfacer sus necesidades de educación, información o entretenimiento. Entre ellos surgen las relaciones jurídicas que las leyes de Derecho de Autor deben regular en procura de un equilibrio de derechos e intereses. En la actualidad ese balance ideal necesita ser nuevamente formulado por el desarrollo de nuevas tecnologías que han desmaterializado los soportes de las obras a instancias de la tecnología digital y alterado los modelos de negocio tradicionales.⁷

3.1.2. Específicamente, el Derecho de Autor trata de los derechos subjetivos del autor sobre sus creaciones intelectuales que son habitualmente enunciadas como obras literarias, teatrales, artísticas y musicales. La ley reconoce al autor facultades exclusivas de carácter personal que conforman el llamado derecho moral, y otras de carácter patrimonial; el primero destinado a tutelar la personalidad del autor y el segundo vinculado a la explotación económica de la obra. También reconoce la ley los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, y otros más.

En una materia especialmente relacionada con el propósito de este artículo, una de las excepciones o limitación al Derecho de Autor, es la de autorizar la realización de determinadas reproducciones y comunicaciones públicas para satisfacer necesidades educativas, culturales y de información al público, así como facilitar a la comunidad el

6 Monroy R., J.C., “*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*”, SCCR/19/4, OMPI, Ginebra, 2009, pág. 239.

7 Monroy R., J.C., “*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*”, op.cit. pág. 14 a 16. Un conjunto de ensayos sobresalientes de distinguidos académicos sobre esta problemática puede verse en el libro “*International Public Goods and Transfer of Technology*” editado por los profesores Markus, K. y Reichman, J., Cambridge University Press, New York, 2005. Sobre la situación y desafíos en América Latina es un buen resumen el artículo de Delia Lipszyc “*El derecho de autor y los derechos conexos ante los desafíos de un mundo cambiante*” publicado en “*El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante*”, Congreso Internacional, Palestra/APDAYC, Lima, 2006, pág. 55

acceso a determinadas obras, sin exigir autorización previa del autor o del titular del derecho. Estos límites permiten la utilización de obras en forma libre y gratuita o estableciendo licencias obligatorias y legales, siendo en estas últimas la utilización libre pero onerosa. En el copyright propio del sistema jurídico anglo americano, las utilidades libres y gratuitas de obras protegidas se admiten con mayor amplitud, por ejemplo en la reproducción fotográfica o por fotocopiado, por parte de bibliotecas y de organizaciones de investigación para satisfacción de sus necesidades, así como para uso personal, pero sometida a la limitación del “*fair use*” o uso leal⁸.

Con el propósito de identificar algunas nociones básicas en el ámbito del Derecho de Autor, especialmente por la mención que haremos a ellas, veamos muy brevemente qué se entiende por sujeto y objeto del Derecho de Autor, duración del derecho que la ley otorga, y una mención algo más específica a los derechos morales y patrimoniales.

3.2. Sujeto y objeto del Derecho de Autor

El Derecho de Autor nace de la creación intelectual. El acto de creación es un modo de adquirir con carácter originario y es el único válido en el tema que tratamos. Ello viene determinado por la propia naturaleza de las cosas: no puede haber pleno derecho sobre algo que todavía no existe⁹. Para ser protegida la creación ha de ser original. La calificación de “autor” corresponde a la persona que crea la obra. Las personas físicas o naturales son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual; por tanto, la titularidad originaria corresponde a la persona física o natural que crea la obra. No debe olvidarse que el autor nunca deja de serlo, cumpla o no con los requisitos que contiene la legislación; podrá o no gozar de los beneficios que ella concede, pero aún la obra en el dominio público siempre tendrá un autor, un creador.¹⁰ De ello surge la importante disfunción entre autoría y titularidad, esta última encuadrada en el marco legal, necesariamente.

8 Lipszyc, Delia “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, Unesco, 2006, impreso en Argentina, págs. 51 y 52.

9 Bercovitz R.C., Rodrigo (Coordinador), “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, Ed. Tecnos, 2007, Madrid, pág. 24. “*La titularidad originaria –dice Lipszyc– es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras. Ello concuerda con la realidad y con la finalidad jurídico-política de la materia: asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa*”. Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit, pág. 125.

10 Como bien dice Santiago Schuster, “*la presencia del autor es parte fundamental de la cultura. Las obras, a diferencia de los bienes comunes, que carecen de ese carácter único y original, son una extensión de la personalidad de un ser humano, de una persona física, que traspa al papel escrito, a la partitura, al lienzo, a la película, su forma de experimentar y de exteriorizar su propio pensamiento, que se transforma en un cuerpo concreto en el que la obra intelectual se materializa. El decaimiento de una cultura, incluso su propia destrucción y desaparición, es más que la pérdida de los bienes físicos que pueden formar un compendio de objetos. Es la supresión del testimonio de unos hombres irrepitibles que exteriorizaron sus propias vidas en objetos con rasgos de originalidad, que permanecieron en el tiempo. Las obras alejadas de sus autores forman el panorama desolado de un objeto sin historia, sin memoria. Son los hombres los que completan una obra, porque ellas no son más que una expresión de su pensamiento (...) Los autores son los creadores de cultura, son los pregoneros de la ciudad, los que relatan el paso del hombre a través de la historia con objetos que expresan sus sueños, su sensibilidad, sus angustias y tragedias*”. Schuster,

Las personas jurídicas no pueden crear obras¹¹. Por ejemplo, no son creadores las personas cuya vivencia es aprovechada por un tercero en una biografía, no lo es el coordinador de actividades artísticas ajenas, y tampoco el jugador de un video juego, entre muchos otros casos. Las personas jurídicas pueden ser “*titulares derivados*” de algunos derechos de autor, lo que es fruto de una ficción jurídica que responde al interés de terceros que explotan las obras¹².

Así, pues, el título jurídico o propiedad intelectual se adquiere plenamente por el autor desde el momento en que existe obra y a partir de ese momento puede ejercitar todas las facultades que la ley le confiere. El ejercicio de determinadas facultades condiciona por cierto el ejercicio de otras. “*Concretamente –dice R. Bercovitz- el ejercicio positivo de la facultad moral de divulgación permite el ejercicio de las facultades de explotación*”¹³.

La legislación aplicable en el Perú sigue lo antes dicho. Así, el art. 3 de la Decisión 351 y el art. 2.1., del D.L. 822, Ley sobre el Derecho de Autor, señalan que autor es la persona física o natural que realiza la creación intelectual. El autor de una obra derivada, la traducción de una novela por ejemplo, es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio claro está de los derechos del autor de la obra de la cual deriva, es decir de la obra originaria. Por lo tanto la utilización de la obra derivada se encuentra sujeta a una doble autorización: del titular de ésta y del titular de la obra originaria. Ahora bien, los titulares derivados son las personas físicas o naturales y las personas jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor. Pero la titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho de autor (moral y patrimonial). La titularidad derivada puede obtenerse mediante cesión, según comprenda todos o algunos de los derechos patrimoniales, por mandato legal y por transmisión “*mortis causa*”. La división entre titularidad original y derivada está reconocida en nuestra legislación: así lo dispone el art. 10 de la Decisión 351, lo definen los incisos 24 y 25 y lo tratan los artículos 44 y 45 del art. 2, así como los artículos 6,10, 13 y 18 del D.L. 822.

S., “*El autor: ¿un concepto en crisis?*”, en AA.VV. “*Derecho de Autor. Un desafío para la creación y el desarrollo*”, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Santiago de Chile, 2004, pág. 27.

- 11 “*La cualidad de autor no es un atributo comunicable a la persona jurídica, ni tan siquiera por parte de quien orgánicamente representa. Comunicable será, por el contrario, el derecho de explotación de la obra. Un aparato mecánico o electrónico no puede ser autor... La condición de autor no es un derecho... Sí es un derecho en cambio, el reconocimiento de la condición de autor*”, Carrasco, P. Ángel, “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 98 – 99. Sobre este tema puede verse Vega V., J.A., “*Protección de la Propiedad Intelectual*”, AISGE, Madrid, 2002, pág. 145 y ss.
- 12 Existe una corriente a presentar al autor como un individuo que va progresivamente siendo absorbido en equipos de trabajo, donde ya no es posible distinguir su individualidad y, en consecuencia, a considerar que los equipos creativos e interactivos desplazarán al autor, agregando que el Derecho de Autor está unido a la “*concepción tipográfica de las obras*”, que generó formas de protección surgidas a partir de la invención de la imprenta. Es decir, que esos equipos creativos se transformarán en el nuevo motor creador de obras, logrando estar bien remunerados. Estos planteamientos no son extraños a las modalidades de coautoría, frecuentes en la creación de obras musicales y audiovisuales, pero menos comunes en las creaciones literarias y plásticas. Sin embargo, ninguno de estos planteamientos puede ocultar o desaparecer el genio individual del autor que en muchas ocasiones continuará prevaleciendo. Vid. Schuster, M., “*El autor: ¿un concepto en crisis?*”, op.cit., pág. 31.
- 13 Bercovitz R.C., Rodrigo, “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 23.

Cabe advertir que en la tradición jurídica anglo-americana puede atribuirse la titularidad originaria del copyright a personas distintas de aquella que creo la obra: son los casos de las obras por encargo, en virtud de una relación contractual laboral, y para producciones cinematográficas. Estas disposiciones han dado lugar a críticas desde la perspectiva de la tradición latina pues, se dice, lleva a confusión entre “*autoría y titularidad*” por un lado y “*titularidad originaria y titularidad derivada*” por otro¹⁴. Pero desde un punto de vista tanto cualitativo como cuantitativo, la creación protegida en el mundo angloamericano por el sistema del copyright goza de muy buena salud.

En el ADPIC y en los Tratados de Libre Comercio (TLC) celebrados por varios países latinoamericanos con los EE.UU. se han incorporado disposiciones que alteran la tradición latina en el ámbito del Derecho de Autor, y buscan poner de relieve la importancia económica de las industrias basadas en contenidos de propiedad intelectual, así como incorporar presunciones de titularidad de los derechos a favor de los empleadores en detrimento de los intereses de los creadores, presunciones establecidas para proteger la inversión y no en resguardo del esfuerzo humano de la creación; todo lo cual llevaría a convertir a los autores en asalariados que pierden sus derechos en el momento del nacimiento de la obra, o en un ser sin rostro en el régimen de la obra colectiva. Sobre esta materia existen vigentes y vibrantes polémicas en el ámbito académico y profesional que reflejan, como ha sido siempre y con diversa intensidad, los conflictos entre el interés público y el interés privado. Y no cabe duda que las amenazas que se ciernen sobre los autores y sus derechos deberían ser consideradas como amenazas a la libertad de expresión y de creación¹⁵.

Dice bien Lipszyc que “*el objeto de la protección del Derecho de Autor es la obra, esto es, la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida*”¹⁶. Por cierto, el Derecho de Autor protege las expresiones formales, no las ideas; la originalidad es condición necesaria; la protección no depende del valor o mérito de la obra, de su destino o de su forma de expresión, y, finalmente, no está sujeta al cumplimiento de formalidades¹⁷. No se encuentran protegidas las realizadas por animales o máquinas, pues no son creaciones humanas.

El Derecho de Autor protege toda clase de obras intelectuales, sean originales o derivadas. Usualmente la legislación hace mención específica a ellas, como es en el caso de la nuestra (Art. 4, Decisión 351, Art. 5 D.L. 822). Son ejemplo de ello, las obras literarias, las composiciones musicales, las obras audiovisuales, las artes plásticas, las fotografías, los programas de ordenador, etc. En el presente artículo solo nos referiremos a las obras escritas protegidas, sean poemas, novelas, obras científicas, técnicas o jurídicas. Ahora

14 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 125.

15 Schuster, M., “*El autor: ¿un concepto en crisis?*”, op.cit., pág. 37. Schuster, M., “Los tratados de libre comercio con Estados Unidos y su relación con el Derecho de Autor y los derechos conexos en la experiencia de América Latina” en “*El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante*”, op.cit., pág. 195.

16 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 61.

17 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 61.

bien, no están protegidas algunas obras escritas tales como los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, sin perjuicio de respetar los textos y citar la fuente, así como las noticias del día y los simples hechos o datos (Art. 9, D.L. 822).

Nos ocuparemos, entre otras, de aquel tipo de obras que son usualmente fotocopiadas o seleccionadas parte de ellas, para ser introducidas en los llamados “*materiales de enseñanza*”. Pueden ser muy variadas, escritos de todo tipo, libros, folletos, discursos, alocuciones y epistolarios. Pero también obras científicas, técnicas, jurídicas, pertenecientes al ámbito de las ciencias exactas o de las sociales, en cualquier lengua. Y hay, por cierto, obras complejas, en las que concurren textos escritos con dibujos o bocetos, mapas e ilustraciones en general. Y, repetimos, las obras escritas protegidas incluyen traducciones y adaptaciones, actualizaciones y compendios y, en general, cualquier transformación que tenga originalidad. Por cierto, trataremos también brevemente de lo que sucede en el ámbito digital.

3.3. Duración del Derecho de Autor y dominio público

La temporalidad de los derechos de explotación es ampliamente aceptada, no así su extensión que es materia polémica, la que está plasmada tanto en Convenios o Tratados Internacionales como en las legislaciones nacionales. La idea que ha predominado para fijar el límite temporal es la de extender la duración a toda la vida del autor cuando se trata de una persona física o natural, más un periodo posterior a su muerte. Para la determinación de la duración intervienen un conjunto de factores y poderosos intereses, que no es el caso aquí tratar. El Convenio de Berna, el primero en la materia y aún vigente, fija como mínimo la extensión de la protección que concede a la vida del autor y 50 años después de su muerte. La Decisión 351 concedía un plazo no inferior a la vida del autor más 50 años después de su muerte (Art. 18), el que ha sido extendido en el Perú a 70 años por el Art. 52 del D.L. 822.

El concepto de dominio público en el derecho común – bienes materiales afectados al uso de la comunidad y eventualmente susceptibles de apropiación privada – no es el mismo en el ámbito del Derecho de Autor. En éste significa que transcurrido el plazo de duración del derecho patrimonial, las obras pueden ser usadas libre y gratuitamente por cualquiera, en todas las formas posibles, sin que ninguna persona pueda adquirir derechos exclusivos sobre ella¹⁸. Pero, como advierte Lipszyc, sí se originan derechos exclusivos sobre los aportes creativos que se le adicionan (ej. traducciones) o sobre las obras nuevas resultantes (es el caso de las adaptaciones)¹⁹.

La institución del dominio público es consecuencia de la temporalidad que, como hemos señalado, caracteriza a los derechos de explotación, temporalidad asumida por todos los Tratados y Convenios vigentes y por la legislación de todos los países. Cuando

18 Cabe señalar que el término “*dominio*” ha sido fuertemente criticado por su conexión con el derecho real, habiéndose propuesto nombres diversos para la situación descrita, tales como “*esfera colectiva*” (Pizarro Dávila) o “*libre utilización de obras intelectuales*” (Lipszyc), pero ha prevalecido la de “*dominio público*”.

19 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 265.

la obra cae en el dominio público no es de nadie (*res nullius*), insusceptible de devenir en propiedad privada, pero que todos pueden usar, no ostentando el Estado ningún derecho patrimonial superior al de cualquier particular. Pero sí conserva un derecho eminente de protección del derecho moral, pues siempre deben respetarse los derechos morales de autoría y de integridad de la obra. En este sentido, el Art. 29 del D.L. 822 dispone que en resguardo del patrimonio cultural, los derechos de paternidad e integridad de las obras que pertenezcan o hayan pasado al dominio público, corresponderá indiscutiblemente a los herederos del autor, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o a cualquier persona que acredite un interés legítimo sobre la obra.

El concepto de dominio público aplicado en el Derecho de Autor ha sido calificado de muy importante, como un beneficio propio de la tradición cultural occidental, por el efecto positivo en el ámbito de la creación y de la economía, aunque no es fácil en la práctica ubicar los millones de obras que han caído fuera de protección legal, en parte por la proliferación de obras derivadas de aquellas que ya están en el dominio público²⁰. De otro lado, es preciso tener presente que no es posible siempre acceder a las obras caídas en el dominio público sin efectuar un pago. Son ejemplo de ello las colecciones fotográficas exclusivas, o las que están en los museos o en manos de coleccionistas privados. En estos casos nos encontramos en lo que se denomina “*dominio público pagante*”²¹, un régimen en virtud del cual el Estado asume la protección y administración de aquellas obras que han caído en el dominio público, cualquiera que sea el país de origen de las mismas. Y que por su libre utilización impone al usuario un tributo; no es que el Estado sustituya al autor o a sus herederos, pues se trata como hemos dicho de un tributo y no de una contraprestación, pues se ha extinguido el derecho en lo patrimonial, lo que permite recaudar fondos para que el Estado promueva la actividad creativa, estando siempre presente –de otro lado- el peligro al “*dirigismo cultural*”, a los que son tan afectos los regímenes totalitarios.

La ley peruana, art. 57 del D.L. 822, acoge la tesis imperante y dispone que al vencimiento de los plazos previstos en la ley se extingue el derecho patrimonial y pasa la obra al dominio público y, en consecuencia, al patrimonio cultural común, del cual forman parte también las expresiones del folklore. Debe interpretarse ese artículo en el sentido que no son las obras las que se extinguen sino los derechos de explotación sobre las mismas, dependiendo del plazo que la ley les asigne, pues en algunas legislaciones, por ejemplo cuando se trata de una obra cinematográfica, son distintos los plazos de vigencia para los productores, actores, músicos, camarógrafos, etc. Sólo cabe hablar de dominio público cuando se hayan extinguido los derechos de todos los titulares²².

Son muchísimas las obras que se encuentran en el dominio público. Por ejemplo, aquellas que se publicaron antes de que existieran leyes sobre el Derecho de Autor;

20 Sobre este tema ver el libro publicado por la Fundación AISGE, “*La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*”, con ensayos de varios autores, Madrid, 2005.

21 Pizarro Dávila, E., “*Los Bienes y Derechos Intelectuales*”, Ed. Arica S.A., Lima, 1974, págs. 143 y ss.; Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 265.

22 La antigua ley peruana N° 13714 en sus artículos 20 y 62 trataba también del dominio público. Vid. Pizarro D., E., “*Los bienes y derechos intelectuales*”, op.cit., pág. 142 y ss.

aquellas cuyo periodo de protección ha concluido; obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos; obras cuyos autores han renunciado a sus derechos; aquellas que por diversas razones han perdido protección legal o nunca la adquirieron; obras que no gozan de protección en un país determinado y, en ciertos países, por expropiación; etc.²³

De otro lado, como tendremos ocasión de ver, en ciertos casos pueden utilizarse obras que se encuentran en el dominio privado sin requerir de autorización previa y expresa del autor, llamadas limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, y entre las que se encuentra, por ejemplo, el derecho de cita, la reproducción de breves extractos de obras para fines de enseñanza, siempre que no exista ánimo de lucro, la copia destinada al uso personal y otras más que están específicamente contempladas en la ley.

3.4. Derechos morales y patrimoniales del autor

Como ya hemos señalado, en la actualidad en muchas Convenciones, Tratados y legislaciones nacionales, se reconoce que el derecho de autor tiene un doble cometido. De un lado, está integrado por facultades exclusivas de tipo personal, que componen el derecho moral y que permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y las pecuniarias que integran el derecho patrimonial, y que posibilitan que el autor explote económicamente su obra o que autorice a otros a realizarla participando de ella. Así se encuentra reconocido en nuestra legislación: el derecho moral lo está en los artículos 11 y 12 de la Decisión 351 y en los artículos 21 a 28 del D.L. 822, mientras que los derechos patrimoniales lo están en los artículos 30 a 40 del mencionado D.L. 822.

Los derechos morales, que son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables, e imprescriptibles por mandato del art. 21 del D.L. 822, están especificados en el art. 22 siguiente: ellos son el derecho de divulgación, de paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra y derecho de acceso. No nos vamos a referir a todos ellos sino a las de divulgación, paternidad, integridad y modificación que están relacionadas más directamente con el propósito de este artículo.

En lo que se refiere a los derechos patrimoniales, el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma y obtener de ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. Así lo señala el art. 30 del D.L. 822, que en su párrafo segundo declara que el ejercicio de los derechos morales no interfiere con la libre transferencia de los derechos patrimoniales. Ahora bien, el derecho patrimonial, cuya duración en el tiempo es limitada, comprende entre otros, el derecho exclusivo a realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación al público por cualquier medio; la traducción, adaptación o arreglo de la obra; y, en general, cualquier otra forma de utilización no contemplada en la ley, pues las menciones del art. 31 del D.L. 822 que acabamos parcialmente de hacer tienen sólo carácter enumerativo.

23 Son muchas las situaciones legales que hay que analizar detenidamente teniendo presente la legislación comparada, en especial a la de origen anglo-americana, donde inclusive no es necesario en una nueva edición de una obra en el dominio público citar el nombre de su autor, esto es, el derecho de paternidad, dado que en ella los derechos morales no son reconocidos, por lo menos en la forma en que se entienden en la tradición latina y, por cierto, en el Perú.

Vamos a continuación a referirnos a algunos derechos morales y patrimoniales que consideramos de especial interés para nuestro propósito. Por el derecho moral de divulgación (Art. 23, D.L. 822) tiene el autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; lo que implica que puede mantenerla reservada o inédita. Se trata de un derecho primario que precede a los restantes derechos morales. La divulgación consiste en hacer la obra accesible al público, por lo que la comunicación a terceros de la obra inédita hecha en forma privada no se considera divulgación. Hay que tener presente que los derechos patrimoniales se manifiestan recién a partir de la divulgación²⁴. Por el derecho de paternidad se reconoce al autor su condición de creador de la obra y puede hacerlo con su nombre, bajo seudónimo o en forma anónima (Art. 24, D.L. 822). En tal virtud, éste derecho comprende el de reivindicar la condición de autor en la forma y bajo la identificación que haya escogido, como también defender su autoría cuando ella es impugnada.

El derecho de integridad de la obra (Art. 25, D.L. 822) encuentra su fundamento en que el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado. Junto al derecho de divulgación y de reconocimiento de la paternidad, constituyen la columna vertebral del derecho moral²⁵. En otras palabras, el autor tiene la facultad de vigilar, tras la divulgación, que su obra sea conocida sin que se introduzcan modificaciones a la misma. Por ejemplo, en el ámbito de obras literarias la publicación en una forma no prescrita en el contrato de edición (ej. por fascículos); la introducción de un prólogo que modifica el contenido de la obra; la supresión de capítulos, etc. La obra ha de ser pues respetada en la forma y en el fondo, y los casos concretos de violación de este derecho ha dado lugar a una variada jurisprudencia en muchos países²⁶. En todo caso, lo que hay que recordar es que el autor conserva siempre el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación o atentado contra su obra que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, incluso con posterioridad a la cesión que haya efectuado²⁷, tal como está previsto en nuestra ley (arts. 173 y 65, D.L. 822).

En lo que se refiere al derecho moral de modificación o variación (Art. 26, D.L.822), sólo cabe decir que el autor, antes o después de la divulgación de su obra, tiene la facultad de modificarla, respetando los derechos adquiridos por terceros, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar. Por cierto, no resulta sencillo en todos los casos determinar el alcance del término “modificación”, pues puede referirse tanto a modificaciones sustanciales como accesorias, siempre que sean imprescindibles, (lo que es de difícil valoración por su carácter subjetivo) y se respete la esencia de la obra, es decir, “el carácter originario con que fue divulgada”²⁸.

24 Otros aspectos, tales como el de las obras por encargo, vinculados al derecho de divulgación pueden verse en Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., págs. 162 a 165, o en Martínez E.P., en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., págs. 215 y 216.

25 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 168.

26 En el Perú, por ejemplo, en la Resolución N° 0723-2008/TPI-INDECOPI, la autoridad administrativa consideró que la supresión de un prólogo escrito por el Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, no constituye una afectación al derecho moral de integridad.

27 Martínez, E.P., “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 222.

28 Martínez, E.P., “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 227.

En cuanto a los derechos patrimoniales de explotación cabe indicar, en primer término, que son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, tanto para la creación como durante el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado, aunque la ley suele enumerar las principales, pues no están sujetos aquellos derechos a “*numerus clausus*”. Los derechos de explotación no tienen más límites o excepciones que las establecidas en la ley. En segundo lugar, para poder ejercer los derechos de explotación de una obra es necesario que haya quedado exteriorizada en un soporte material de cualquier clase; así lo reconoce el art. 30 del D.L. 822. En tercer término, los derechos de explotación tienen una doble manifestación jurídica: de orden negativo, pues el autor puede oponerse (*ius prohibendi*) a la explotación por terceros, salvo excepciones legales; y de orden positivo, reflejado en el ejercicio efectivo de explotación, por él directamente o por terceros.

Hay que apuntar que la exclusividad en el ejercicio de los derechos enunciados puede en la práctica de nuestros días verse sumamente afectada, no sólo por las excepciones y limitaciones legales que veremos más adelante, sino por su ejercicio abusivo, propiciado por las modernas tendencias de reproducción, privada y en masa (fotocopias, grabaciones, etc.) o de comunicación pública (acceso a centros informáticos), lo que ha hecho que algunos opinen que la exclusividad que ostenta el autor pueda en verdad convertirse en una excepción, o porque dado el volumen de prácticas al margen de la ley se promueva una suerte de “*participación*” económica del autor en aquellos actos o reproducciones que se efectúan a título personal (“*compensación equitativa*”).

El artículo 31 del D.L. 822 dispone que el derecho patrimonial comprende el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir diversos tipos de actos o conductas. Se refiere en primer término a la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, y por cualquier medio. Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra. La idea de reproducción está vinculada históricamente a la imprenta y luego, por extensión, a la multiplicación de la obra por cualquier medio. Pero con las nuevas tecnologías éste concepto ha cambiado, pues algunas obras pueden tener ese carácter sin que antes queden expresadas en un medio tangible y ser objeto de exploración en forma distinta a la imprenta²⁹.

El art. 32 del D.L. 822 señala en ese sentido que “la reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual”. A pesar de su proximidad, hay que advertir que no coinciden fijación y reproducción, pues puede haber fijación (la obra original) sin

29 Como dice F. Rivero, “*La reproducción ya no tiene que ser siempre permanente, pues en el mundo digital las obras son eminentemente transitorias, temporales. La aceptación legal de las reproducciones temporales comporta el reconocimiento de que hay una fijación (elemento esencial de la reproducción) cada vez que una obra se “materializa” en la inmaterialidad de los bits. A esa concepción de reproducción, que amplía notablemente la explotación exclusiva del autor, le corresponde una ampliación también de los límites o excepciones*”. Rivero H, Francisco, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 285.

que exista reproducción; para que exista ésta última es preciso previamente disponer del original en un “*corpus*” físico.

Ahora bien, dada la ampliación de la noción de reproducción y la repercusión que en este ámbito tiene la tecnología digital, la separación entre reproducción, distribución y comunicación pública se ha difuminado notablemente³⁰. Lo que si conviene tener presente es la variedad de formas de reproducción; así, tenemos la reproducción reprográfica que es una de las que más nos interesa en este artículo. Pero hay otras, tales como la reproducción mecánica, la electrónica, la de un programa de ordenador, etc.

El ya citado art. 31 del D.L. 822 dispone que el derecho patrimonial comprende además la distribución al público de la obra, su traducción o adaptación y alguna otra forma de utilización no contemplada en la ley. La comunicación, según el art. 33 del D.L. 822, puede efectuarse o difundirse por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse. La distribución, igualmente, comprende la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copia de la obra, por medio de la venta, canje, permuta, alquiler, etc., según el art. 34 del citado dispositivo legal.

Finalmente, agregar que el autor puede implementar mecanismos de control para evitar la reproducción ilegal, incluyendo la codificación de señales (art. 38, D.L. 822). También que ninguna autoridad o persona natural o jurídica puede autorizar la utilización de una obra o prestar apoyo a dicha utilización sin el consentimiento previo y escrito del titular, salvo en los casos de excepción previstos en la ley (art. 39, D.L. 822). Y el art. 37 del mismo cuerpo legal es contundente al disponer que, salvo que la ley dispusiese expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comercialización, distribución o cualquier otra modalidad de explotación, en forma total o parcial, salvo también consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

3.5. Normas internas de la PUCP

La Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en sus “Normas Generales sobre la Propiedad Intelectual”, aprobadas el año 2011, incluye un conjunto de disposiciones que pueden ser de aplicación a los temas que veremos y que, en tal sentido, pueden utilizarse a modo de ejemplo, aunque no es propósito de este artículo hacer un exhaustivo análisis de las mismas³¹.

En su Título Preliminar señala que su objetivo es la promoción, protección y difusión de las diversas formas de propiedad intelectual desarrolladas en ella, estableciendo criterios de gestión y asignando derechos y deberes (Art. I). Y que tiene carácter orientador la misión educativa y formadora propia que caracteriza a la Universidad para el ejercicio de los derechos vinculados a las creaciones intelectuales (Art. II), procurando que su ejercicio sea en beneficio del ser humano y de la sociedad en general (Art. III).

30 Rivero, H. Francisco., “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 287.

31 La OMPI ha elaborado un pequeño documento, “*Guidelines on developing Intellectual Property policy for universities and R&D organizations*”, que puede servir de derrotero elemental para las instituciones de educación superior.

Señala también que es deber de los miembros de la comunidad universitaria promover el respeto de quienes desarrollan creaciones intelectuales (Art. IV); que la Universidad promueve su desarrollo y reconoce los derechos que pueden beneficiar a autores e inventores (Art. V). Dice explícitamente que la Universidad tiene derechos legítimos sobre las creaciones intelectuales concebidas por su personal docente y administrativo cuando sean realizadas en el curso de sus actividades en la Universidad o con el uso de recursos de la misma (Art. V). Declara que velará por el estricto cumplimiento de la normativa nacional y supranacional sobre la materia (Art. VI) y que –conforme al principio de la buena fe– presume que la producción intelectual del personal docente, administrativo y estudiantes es de autoría de éstos y que con su producción no se vulnera los derechos de terceros (Art. X).

En estas “Normas Generales” que venimos citando, se incluyen definiciones, derechos de la Universidad y del personal docente, administrativo y estudiantes, contenido de convenios ad-hoc, publicación, registro y comercialización de las creaciones, porcentajes a recibir por los inventores, tesis, productos audiovisuales, uso de signos distintivos, renuncia de derechos y creación de una oficina interna de Propiedad Intelectual. Es de especial interés para el propósito de este artículo hacer mención al artículo 40 que dispone que está permitido el uso, sin autorización del tercero titular del derecho, de obras literarias o artísticas según lo estipulado en las normas de Derecho de Autor.

IV. LÍMITES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

4.1. Generalidades

4.1.1. Las leyes sobre Derecho de Autor prevén la posibilidad de utilizar en algunos casos las obras protegidas libre y gratuitamente. Así, el art. 41 del D.L. 822, hace un listado de lo que la doctrina denomina “libre utilización de obras protegidas”. Para tal efecto deben cumplir con determinadas obligaciones que la ley contempla, vinculadas usualmente a la protección del derecho moral, tales como mencionar el nombre del autor, el título de la obra y abstenerse de hacer modificaciones. Estos límites y excepciones son de gran importancia en el ámbito de la enseñanza y ampliamente utilizados, y han generado no poco debate –que continúa– con la creación de las nuevas tecnologías. Las excepciones contenidas en la legislación son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados (art. 50, D. L. 822).

4.1.2. Los que hoy se denominan límites o excepciones al Derecho de Autor no tuvieron razón de existir hasta el momento histórico en que se consolidó el Derecho del Autor sobre su creación. En efecto, con su aparición se iban a negar o prohibir aquellas prácticas que perturbaban la exclusiva legal que se estaba creando; ello referido a la glosa, los comentarios o las prácticas realizadas principalmente por parte de instituciones dependientes de la Iglesia o del Estado que se venían realizando desde antes del reconocimiento al derecho del autor, y que eran actividades habituales en la expresión artística, popular y culta. Ese mismo beneficio o interés común iba a forzar, más adelante, la existencia de límites. Así, la contraposición del interés individual frente al beneficio de la comunidad

se impone inicialmente como justificación de las primeras formulaciones legales sobre el Derecho de Autor, que también dará entrada a sus límites³².

En materia de límites, la Convención de Berna ha sido la promotora de ellos, los que se han ido incorporando paulatinamente en su texto. El artículo 8 del texto de 1886 establecía una reserva a favor de los países para copiar fragmentos de obras con fines de educación o científicos. En el texto revisado en Berlín en 1908, en su artículo 10, se autoriza copiar lícitamente trozos de obras literarias o artísticas para publicaciones destinadas a la enseñanza o que tengan carácter científico. La revisión en París de 1971, que es la vigente, permite la reproducción en casos especiales, siempre que no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, y en su artículo 10.2 señala “... *se reserva a las legislaciones de los países de la Unión... la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustraciones de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras, o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.*”³³

4.1.3. Los límites y excepciones pueden clasificarse en las siguientes categorías:

- a) Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales, como por ejemplo los textos oficiales de orden legislativo y los discursos políticos. Estas disposiciones podrían denominarse “limitaciones” a la protección, en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión.
- b) Disposiciones que conceden inmunidad en los procedimientos de infracción respecto a determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa o la enseñanza. Estas disposiciones pueden denominarse “*utilizaciones permitidas*” o excepciones a la protección, ya que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica. Son ejemplos de ello la reproducción de conferencias, algunas excepciones de reproducción, citas para fines de enseñanza, etc.
- c) Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el Derecho de Autor previo pago al titular de dicho derecho, y que suelen denominarse “*licencias obligatorias*”.

El fundamento político y jurídico de cada una de las categorías señaladas, propuestas por Sam Ricketson³⁴, es diferente. En la primera se parte de la idea de que existen sólidos motivos de política pública según los cuales la protección del Derecho de Autor no debería

32 Sol Muntañola, M., “*Las excepciones al Derecho de Autor. Una aproximación a su origen*”, Revista de Propiedad Intelectual N° 40, pág. 2.

33 Sobre esta materia puede verse Ficsor, M., “*Exceptions to copyright under the international norms: ‘Flexibilities’ and their limits*” en “*El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante*”, op.cit., pág. 159.

34 Ricketson, S., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al Derecho de Autor y a los derechos conexos en el entorno digital*”, SCCR/97, OMPI, Ginebra, 2003, pág. 3.

abarcar a determinadas obras para facilitar al público el acceso a las mismas. La segunda categoría constituye una concesión más limitada que autoriza determinadas utilidades de obras que normalmente estarían protegidas, pues el interés público justifica la anulación de los derechos privados que tienen los autores en circunstancias particulares. En la tercera categoría los derechos de autor siguen protegidos aunque de una manera mucho más restringida, razón por la cual el uso está sujeto a una adecuada remuneración. Es en el Acta de París del Convenio de Berna donde están más desarrolladas estas categorías, que deben ser definidas por la legislación de los Estados miembros, respetando los límites estrictos señalados en las propias disposiciones del Convenio³⁵.

Las excepciones legales al derecho exclusivo antes citadas encuentran su principal justificación en la propia estructura democrático-social del derecho de propiedad: la función social de la propiedad, en relación con la promoción de los derechos fundamentales y los principios rectores de la política económica y social, así como con la libertad de expresión, de creación, de comunicación o la promoción, defensa y acceso a la cultura, a la ciencia y a la investigación, todo ello con referencias constitucionales vigentes. Pero ello no significa que el derecho de los ciudadanos a la libertad de información y al acceso a la cultura tenga que ser necesariamente gratuito; por tanto, existen previsiones legales de determinados derechos de remuneración para compensar el ejercicio de algunas excepciones o limitaciones. Estos derechos de remuneración constituyen una manifestación del equilibrio y proporción racional que debe guardarse entre los intereses privados de los

35 Existen en la actualidad un conjunto de normas en otros convenios y tratados internacionales que tratan del tema de las excepciones y limitaciones. Así, por ejemplo, el Convenio de Berna contiene limitaciones autorizadas: textos oficiales: párrafo 4, artículo 2; noticias del día e informaciones de prensa: párrafo 8, artículo 2; discursos políticos, etc.: párrafo 1, artículo 2 bis. También excepciones autorizadas, tales como derecho de citas: párrafo 1, artículo 10; utilización con fines docentes: párrafo 2, artículo 10; derecho de reproducción: párrafo 2, artículo 9; a favor de la prensa: párrafo 8, artículo 2; obras cinematográficas: apartado B, párrafo 2, artículo 14 bis. En cuanto a licencias obligatorias admisibles, para grabar obras musicales; para radiodifundir obras: párrafo 2, artículo 11 bis; grabación efímera: párrafo 3, artículo 11 bis; licencias obligatorias a los países en desarrollo: Anexo del Acta de París.

La Convención de Roma contiene excepciones particulares: párrafo 1, artículo 15, siendo de especial interés la utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica, apartado D, párrafo 1, artículo 15.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) obliga a la observancia de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna en el párrafo 1 de su artículo 9. Contiene también una obligación específica en su artículo 13, pues señala que las limitaciones o excepciones deben limitarse a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) en el párrafo 4 de su artículo 1, dispone que las partes contratantes deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1 a 21 del Convenio de Berna y aplicar la prueba del criterio triple al derecho de reproducción. En su artículo 10 obliga a que las partes prevean en sus legislaciones que las limitaciones o excepciones no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y que al aplicar el Convenio de Berna restrinjan cualquier limitación o excepción a ciertos casos que no atenten contra los mismos intereses.

titulares de derechos y los derechos públicos o generales³⁶, pero se discute su monto así como su aplicación extensiva.

4.1.4.A continuación vamos a ver, en primer término, algunas de las principales excepciones que tienen conexión con la educación y la enseñanza, tales como el derecho de cita y la copia privada, y también algunos de los conceptos fundamentales para permitir la existencia de aquellas, como los llamados “usos honrados” y la siempre presente controversia sobre el acceso a la cultura. Posteriormente ingresaremos a tratar las disposiciones específicas sobre enseñanza contempladas en la ley de Derecho de Autor. Cabe advertir que hay otras excepciones y limitaciones en las leyes vigentes, tales como el uso para información y para procesos legales (art. 43,d, D.L. 822), las efectuadas en el caso de actos oficiales o ceremonias religiosas (art. 41,b, D.L.822), las que se realicen con fines demostrativos (art. 41, d, D.L.822), grabaciones efímeras por un organismo de radiodifusión (art. 46, D.L. 822); de retransmisiones (art. 47, D.L. 822); las parodias de obras divulgadas mientras no impliquen riesgo de confusión (art. 49, D.L. 822); por razones de índole humanitaria, como en el caso de los invidentes (art. 43, inciso g, D.L. 822); de obras artísticas situadas en lugares públicos (art. 43, inciso e, D.L. 822), etc., que no trataremos pues se encuentran fuera del propósito de este artículo.

4.2. Los usos honrados, la regla de los tres pasos y el “*fair use*”

Algunos derechos subjetivos –aquellos que nos permiten hacer, poseer o exigir algo dentro de los límites legales– calificados como “*erga omnes*”, pueden ser objeto de restricciones en orden al interés público. Así, por ejemplo, el derecho exclusivo de explotación de un autor sobre su obra está sometido a algunas limitaciones legales con el objeto de satisfacer ciertas necesidades sociales, “*pero -como dice Antequera– guardando un adecuado equilibrio, con el fin de resguardar su legítimo interés a seguir la suerte económica de su creación, estimular así su labor creativa e incentivar la producción de nuevos bienes culturales, así como para alentar las inversiones industriales y comerciales en los distintos sectores involucrados*”³⁷.

En otras palabras, el principio de los “usos honrados” impone límites dentro de los cuales resulta admisible la existencia de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor y, por lo tanto, legitima o hace posible el uso libre y gratuito de una obra. Por cierto, en el Perú como en otras legislaciones, las limitaciones están sometidas a casos específicos (“*numerus clausus*”).

Los usos honrados (art. 9.2, Convenio de Berna, art. 13 ADPIC)³⁸ se encuentran definidos en el artículo 3 de la Decisión 351 y en el artículo 2.47 del D.Leg. 822 y mencionados en sus artículos 44 y 50. La definición del 2.47 dice que son “*los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos*

36 Garbajo G., F., “*Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultura. Su adaptación al entorno digital*”, op.cit., pág. 160.

37 Antequera P., R., “*Estudios de Derecho de Autor y derechos afines*”, Aisge Fundación, Madrid, 2007, pág. 173.

38 Cabe advertir que la prueba de los tres pasos en el Acuerdo sobre los ADPIC no se reduce a los derechos de autor, pues también afecta a las marcas, dibujos y modelos, y patentes, convirtiéndola en transversal.

del autor o del titular del respectivo derecho”. Y para su mejor entendimiento están sometidos a la “regla de los tres pasos”, a saber: “que tales limitaciones deben responder a supuestos específicamente determinados en la ley y que los mismos, por ser excepciones a un derecho en principio exclusivo o ilimitado, tienen que ser interpretados en forma restrictiva, no atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor”³⁹. Regla ésta que es de aplicación universal y que ha sido entre nosotros reconocida expresamente por el Tribunal Administrativo de INDECOPI (Resolución N° 371-2001/TP-INDECOPI). “La regla de los tres pasos –dice Monroy- constituye el más importante principio en el tema de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, no sólo porque define su alcance y contenido, sino porque además orienta la tarea de los legisladores a la hora de regular la materia, así como de los jueces al decidir sobre la aplicabilidad de una limitación o excepción”⁴⁰.

Esa prueba del criterio triple o de “los tres pasos” es una premisa de carácter jerárquico, dice Nic Garnett, cuyos elementos deben cumplirse en el siguiente orden consecutivo: en primer término, analizar si se está en presencia de un “caso especial”; de ser así, analizar si el uso previsto en la excepción atenta contra la explotación normal de la obra; y, en el supuesto contrario, si causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular⁴¹. En otras palabras, el alcance de la excepción debe estar bien definido y estrictamente limitado, exigiéndose en algunas legislaciones la obligación de que se justifique por razones de interés público, rechazándose pruebas interpretativas basadas en opiniones subjetivas. En cuanto a la explotación normal de la obra, hay que tener presente el uso efectivo, esto es, que la excepción no debería entrar en competencia económica con el titular, pues en este caso la explotación debe estar reservada a los autores o a las autorizaciones que ellos otorgan, pues es difícil determinar a priori cuán importantes pueden ser los ingresos económicos.

Hay que advertir que existen diferencias en cuanto al tratamiento de las limitaciones y excepciones entre la tradición jurídica latina y la tradición jurídica anglosajona, encontrándose la diferencia fundamental en que en el sistema anglosajón las limitaciones o excepciones no están sujetas a una estructura de “*numerus clausus*”, como sí sucede en los países de tradición jurídica latina, en la que no hay lugar a la aplicación analógica o extensiva de las causales. En la legislación de los EE.UU. la utilización libre y gratuita de las obras protegidas se conoce como “*fair use*”, que corresponde en lo esencial a la latina de “*usos honrados*”, y si bien no tiene una definición específica la jurisprudencia ha establecido cuatro criterios para catalogar cuándo un uso es justo, a saber: a) el propósito, carácter de uso y su naturaleza comercial o no lucrativa (fines educativos); b) la naturaleza de la obra protegida; c) el volumen de la porción usada y su importancia en relación con la totalidad de la obra; y, d) el efecto que tal utilización produce en el mercado potencial o sobre el valor de la obra.

39 Antequera P., R., “*Estudios de Derecho de Autor y derechos afines*”, op.cit., pág. 121.

40 Monroy R., J.C., “*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*”, op.cit., pág. 31.

41 Garnett, N., “*Estudio sobre los sistemas automatizados de gestión de derechos y limitaciones y excepciones al Derecho de Autor*”, op.cit., pág. 8.

La idea del derecho de “*fair use*” para usar trabajos protegidos por el copyright sin el permiso del propietario o titular surgió en 1841 en el caso *Folsom vs. Marsh* y ha tenido desde esa época un desarrollo extraordinario en los EE.UU., estando incorporada en el artículo 107 del Copyright Act de 1976. Si bien, como hemos dicho, no tiene una definición específica, ha sido ampliamente reconocida como un derecho intangible con el objeto de lograr o conformar importantes intereses públicos. El “*fair use*” es la única limitación en copyright que es de aplicación a todos los derechos y a todas las obras protegidas⁴².

El “*fair use*” también puede verse como una figura similar a la servidumbre. Ha sido también justificado como una respuesta a una falla del mercado basada en la premisa de que el público debe tener acceso libre a la información y a las ideas que se encuentran en las obras legalmente protegidas y que no pueden comprarse fácilmente. Su flexibilidad permite a los jueces definir los contornos de la protección que da el copyright para adecuarlas a aquellas circunstancias que pueden surgir, siguiendo la tradición del commonlaw⁴³.

En el Perú y en otros países adscritos a la tradición latina, aspectos tales como el destino, uso, naturaleza comercial, volumen e importancia de la parte utilizada, o la influencia sobre el mercado potencial, que son materias que se toman en cuenta para determinar si hay o no “*fair use*”, no tienen validez, pues no se toma en consideración si la utilización de la obra, por ejemplo, tiene naturaleza comercial o fines lucrativos⁴⁴.

La interpretación que se haga de “*la regla de los tres pasos*” debe ser generosamente construida a favor del desarrollo y de los países menos favorecidos para promover y hacer posible el acceso a materiales educativos; esa construcción debe sustentarse en el artículo 10.2 del Convenio de Berna, a la luz de los artículos 7 y 8 de las reglas del ADPIC que se refieren al nivel de desarrollo de los países. En términos generales, el espacio que proveen esas normas debe potenciarse en la legislación interna de cada país, aunque debería también insistirse en la necesidad de excepciones de aceptación universal vinculadas a las prácticas educativas contemporáneas, fomentando el uso abierto de sistemas digitales uniformes. Por tanto, una propuesta de construcción de las reglas concernientes a derechos intelectuales que surjan desde abajo, esto es, de las necesidades de los países, debe ser fomentada creativamente para que, desde el punto de vista ético, se haga uso justo de las creaciones intelectuales y se logre disminuir las distancias de desarrollo que actualmente existen entre los países.

4.3. El acceso a la cultura

El muy amplio tema del acceso y contenido de lo que llamamos cultura se encuentra vinculado al de los derechos fundamentales, y al contenido y alcances del Derecho de

42 Bartow, A., “*Educational fair use in copyright: reclaiming the right to photocopy freely*”, 60 U.Pitt.L.Rev. 149, 1998.

43 Sobre el “*fair use*” puede verse Rogel V., C., “*Estudios Completos de Propiedad Intelectual*”, Fundación AISGE, Madrid, 2003, pág. 177 y ss.

44 Antequera P., R., “*Estudios de Derecho de Autor y derechos afines*”, op.cit., pág. 184. En las páginas siguientes este autor explica el “*iusus innocui*” referido al uso benigno de la obra aplicable a ciertas situaciones “límite”, que no es del caso aquí desarrollar.

Autor. La “*salvaguarda del acervo cultural*”, con todo lo que ello puede significar, es una de las razones, según el art. 1 del D.L. 822, para la existencia de la ley de Derecho de Autor. Y no está demás advertir que siempre es posible una colisión sobre la prevalencia o no del derecho individual del autor y los intereses de la entera comunidad y en cuyo fondo de cultura está necesariamente inmerso el mismo autor. Sobre este complejo asunto, solo cabe aquí hacer algunas referencias, vinculadas al propósito de este artículo.

Existen numerosas menciones en declaraciones y Tratados internacionales sobre el derecho de las personas en la vida cultural⁴⁵. Entre los objetivos del Convenio “*Andrés Bello*” de Integración Científica y Cultural de los países de la región andina, se encuentra el “*preservar la identidad cultural de nuestros pueblos en el marco del patrimonio común latinoamericano*”. La Constitución peruana de 1993 tiene varias referencias al tema: así, el art. 2.8 dispone que “el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”; por el art. 2.17: “*toda persona tiene derecho a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la Nación*”; y el art. 2.19 reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural, cuya pluralidad el Estado reconoce y protege.

Quizás conviene aquí recordar algunas premisas básicas relacionadas al tema de la cultura. En primer término, señalar que sin autor no hay obra y que toda creación se nutre, con diferente intensidad, de una base cultural preexistente. De otro lado, la existencia de un ordenamiento jurídico que protege al autor. Se trata de materias interconectadas, pues el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural y ésta de autores⁴⁶. No es del caso referirnos aquí al debate sobre si algunas disposiciones legales conspiran contra el desarrollo cultural o impiden la oportuna divulgación de creaciones, si ello permite la discriminación frente a obras extranjeras y a los supuestos beneficios de la piratería, aunque nos referiremos brevemente a ello más adelante.

El caso es que hay dos principios respecto a las manifestaciones culturales que resultan de difícil armonización: “*el acceso a los bienes culturales en la que se exterioriza la cultura de los pueblos que ha de ser tutelado y garantizado por los poderes públicos; y, el fomento de la creatividad como elemento generador de los nuevos ingredientes culturales, que ha de ser igualmente objeto de protección. Garantizar el acceso y fomentar la creación obedecen a un mismo fin, pero se encuentran enfrentados en el desafío de la propiedad*”⁴⁷. Ese dilema, expresado con referencia a la ley española, también se presenta entre nosotros.

Ahora bien, entre los temas concretos en esta materia vinculados a nuestro interés se encuentra el referente a la modificación de la obra y a las facultades de los herederos o representantes. El primero se refiere al derecho del autor de modificar su obra después de

45 Por ejemplo, el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 o el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobado en ese mismo año por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

46 Antequera P., R., “*El derecho de autor y el derecho a la cultura*” en III Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Lima, 1988, pág. 28.

47 Anguita V., L., “*Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura*” en “*Propiedad Intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*”, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2005, pág. 52.

haberla divulgado y para ello debe respetar los derechos adquiridos por terceros, a quienes deberá indemnizar por los daños y perjuicios que les pudiera ocasionar (art. 26, D.L. 822). En este caso la ley permite la protección de dos obras del mismo autor con la limitación expresamente señalada.

El otro caso es el referente a las facultades de los herederos. Según el art. 11 de la Decisión 351, a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponde a sus derechohabientes por el plazo de protección que la ley señala para los derechos patrimoniales. El Estado u otras instituciones, una vez extinguidos esos derechos, asumirá la defensa del derecho de paternidad e integridad de la obra, obviamente teniendo presente la importancia de las creaciones y de su conexión con el acceso a la cultura de las futuras generaciones.

Por su parte, el art. 21 del D.L.822 dispone que a la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos mientras la obra esté en el dominio privado. Lo que se complementa con lo dispuesto en el art. 29 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual *“en resguardo del patrimonio cultural, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad de las obras que pertenezcan o hayan pasado al dominio público corresponderá indistintamente a los herederos del autor, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o a cualquier persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo sobre la obra respectiva”*. La intervención del Estado o de otras instituciones obedece a la promoción y protección de las manifestaciones culturales, más allá del interés privado del autor; en efecto, se protege al autor en sus facultades morales más relevantes como consecuencia de que su obra ha pasado a formar parte del acervo cultural universal.

4.4. El derecho de cita

El derecho de cita es una de las limitaciones tradicionales del Derecho de Autor y es universalmente aceptada. Se encuentra regulada en el Convenio de Berna (art.10, num.1), que señala que son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, siempre que se cumpla con la “regla de los tres pasos”. Es importante precisar que la excepción de las citas se aplica a cualquier obra, sin importar su tamaño, pero implica una cierta restricción, porque su extensión debe ser en la medida justificada con el fin que se persiga y conforme a los usos honrados. Usualmente esta excepción tampoco está sujeta a restricciones por concepto de beneficiarios o de la técnica utilizada, ni en cuanto a los medios de explotación, como los formatos digitales, siempre, claro está, que tenga lugar en la medida justificada por el fin perseguido y los usos honrados. El derecho de cita es importante para los fines educativos porque éstos requieren del análisis, comentario o crítica de obras preexistentes.

Según los artículos 22 de la Decisión 351 y 44 del D.Leg. 822, es permitido realizar citas de obras lícitamente divulgadas, sin autorización del autor ni pago de remuneración, siempre que se indique el nombre del autor y la fuente, y que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga. La cita puede corresponder a una obra escrita, sonora o audiovisual y busca –dice Lipszyc- “apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor

de manera fidedigna”⁴⁸. Se utiliza frecuentemente en la investigación y en la docencia. Algunas legislaciones exigen que sean cortas o breves, lo cual puede tener el inconveniente de la imprecisión, pero en general deben hacerse en la medida que cumplen su finalidad sin aprovecharse pecuniariamente del autor; en otras palabras, no debe convertirse en una reproducción simulada de la obra. Estas obligaciones son extensivas a las citas que se hagan del Internet o de otros medios electrónicos. Como se aprecia del texto de nuestra ley, y de otras muchas, no es lícito citar obras inéditas. De otro lado, hay casos especiales que deben evaluarse detenidamente; por ejemplo, es difícil apreciar una obra plástica si solo se usan fragmentos de la misma⁴⁹.

El fundamento de esta excepción se encuentra en los intereses públicos unidos al derecho de acceso a la cultura, buscando un equilibrio entre fines sociales y el Derecho del Autor. De otro lado, la naturaleza de la obra incide en el alcance y extensión de la cita. Es fácil de comprender en el caso de las obras escritas, que son las que a nosotros interesa en éste artículo, pero no lo es, por ejemplo, cuando se trata de la cita de una obra musical, donde además de las dificultades propias de ese tipo de obra resulta difícil incluir el nombre del autor y la fuente de la que procede la obra⁵⁰.

En síntesis, los requisitos que se exigen para el derecho de cita son los siguientes: la obra debe de haber sido divulgada con anterioridad; debe ser fiel al texto original; reconocerse la paternidad de la obra indicando la fuente y el nombre del autor; tener ciertos límites o extensión y en la medida necesaria para su correcta aplicación.

4.5. La copia privada

Esta es probablemente la más controvertida de las excepciones contemplada en las leyes de Derecho de Autor. Es la llamada “*copia privada*”, que no es otra cosa que la reproducción, en un solo ejemplar, de fragmentos de obras protegidas por el Derecho de Autor, para uso personal del copista, sea con fines de estudio, docencia o esparcimiento. El copista es una persona natural o física necesariamente y la copia no podrá salir de su ámbito personal, es decir, no podrá usarse en forma colectiva ni ponerse en circulación, con o sin fines de lucro⁵¹. La Decisión 351 en su definición de “*uso personal*” contenida en su art. 3, así como la definición del mismo concepto en el art. 2.48 del D.L. 822, son similares, pues ambos casos señalan que se trata de una “*reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo*”, con la única diferencia que el art. 3 de la Decisión 351 agrega “*en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal*”. Asimismo, el D.L. 822 incluye en su art. 48, dentro de las limitaciones al Derecho de Autor, el derecho de copia personal.

Históricamente la posibilidad de hacer copias estaba naturalmente restringida, pues se hacían, en primer término, en forma manuscrita y posteriormente mecanografiada, lo que

48 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 231.

49 Vid al respecto Rogel V., C., “*Estudios Completos de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 289 y ss.

50 Sobre esta materia vid. Pérez de Ontivero V., C., en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 584 ss.

51 Lipszyc, D., “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, op.cit., pág. 222.

requería tiempo y esfuerzo considerables, de modo tal que valía preferentemente afrontarla cuando la edición de la obra literaria estaba agotada, con lo cual no se perjudicaba ni se afectaba los legítimos intereses del autor, o esa afectación resultaba de poca monta. Según Carlos Rogel, el instituto que mejor explicaba el límite al Derecho de Autor representado por las copias antedichas –que no serían lícitas de acuerdo a lo prescrito en legislaciones específicas al inicio del siglo XX- es el *iusus innocui*, que se trata –como su nombre lo indica- de un derecho, no de un permiso o de una tolerancia, sobre una cosa de otro pero no por capricho o abuso, sino usándola sin daño, sin que el autor sufra perjuicio, sino por utilidad. Conforme avanza el siglo pasado la regulación de la copia privada se abre paso en los convenios internacionales (Convenio de Berna, por ejemplo, art. 9) y en las leyes nacionales⁵². El fotocopiado, esto es, la técnica de reproducción, cambió el antiguo panorama y su uso se extendió en la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, *“la irrupción de nuevos medios de reproducción privada (fotocopiadoras, radiograbadoras, videograbadoras, etc.) obligó a un replanteo del alcance de la limitación del derecho de reproducción para la realización de copias privadas... (lo que) condujo a la delimitación del concepto de uso personal al advertirse que no era estrictamente lo mismo que uso privado. El uso privado es más amplio que el uso personal porque éste último comprende sólo el material producido exclusivamente con destino al uso individual de una persona, mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas, como en el caso de los alumnos de una clase”*⁵³

Ahora bien, el desarrollo extraordinario de las técnicas de reproducción, tanto mediante fotocopias o mediante la reproducción doméstica de registros sonoros y audiovisuales ya no pudieron seguir considerándose como irrelevantes para los intereses de los autores; en verdad, el desarrollo de esas técnicas se convirtieron en una forma normal de explotar la obra gratuitamente y sin autorización del autor. Ello motivó un gran impacto en lo moral y en lo económico que se reflejó en las legislaciones nacionales al introducirse la remuneración por la copia privada, por reproducción reprográfica de obras impresas y por reproducción doméstica (*“en el hogar”*) para uso personal de obras musicales y audiovisuales. De otro lado, resulta evidente que el Internet ha agudizado el problema que tratamos en forma significativa, generalizándolo a todo tipo de obras protegidas en formatos digitales.

Lo que debe quedar claro es la copia privada en ningún caso es un derecho del usuario, ya que el Derecho de Autor sólo admite las limitaciones o excepciones contempladas en la ley; no puede existir un derecho a usurpar la propiedad de un tercero, en nuestro caso del autor. Lo que existe es la posibilidad de excepcionalmente autorizar un goce exento de autorización previa y expresa por parte del autor, y ahora, generalmente, mediante la aplicación de un sistema de compensación adecuado.

La remuneración por copia privada ha venido sufriendo un tratamiento diverso en las normas internacionales y nacionales que no es posible aquí resumir, y probablemente ello

52 Rogel V., C., *“Estudios Completos de Propiedad Intelectual”*, op.cit., pág. 228 y ss.

53 Lipszyc, D., *“Derecho de Autor y Derechos Conexos”*, op.cit. pág. 224.

continuará en el futuro debido al desarrollo tecnológico.⁵⁴ Sin embargo, es preciso recordar algunas ideas generales sobre la materia. Así, no son los copistas, es decir, quienes realizan las copias privadas los que están obligados al pago de una remuneración, pues la recaudación y el control son en la práctica imposibles, sino que ello usualmente está a cargo de terceros responsables. Los beneficiarios son los titulares de los derechos de autor a quienes perjudica la explotación a través de la copia. El criterio para fijar la remuneración puede consistir en una regalía sobre los equipos (fotocopiadoras, grabadoras, etc.) y otra sobre los materiales que permiten la reproducción (cintas de audio, por ejemplo). Los obligados al pago están mencionados en la ley correspondiente, sean fabricantes, importadores u operadores (de equipos de fotocopiado). La distribución de lo cobrado se hará usualmente a través de entidades de gestión colectiva. Esta es una materia compleja y en permanente cambio⁵⁵. Mucho de esta problemática cae en el terreno de las denominadas “*licencias no voluntarias*”.

En el caso del Perú, la legislación específica en esta materia ha sufrido cambios importantes como consecuencia de la puesta en vigencia del D.Leg. 1076, que modificó el artículo 196 del D.Leg. 822 y que fue promulgado en relación a las obligaciones contenidas en el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) suscrito con los EE.UU., al incluir definiciones de medidas tecnológicas efectivas. Y también en virtud de la Ley N° 28131, Ley del Artista, Intérpretes y Ejecutantes, que introdujo en el Perú la remuneración por copia privada, y que por su art. 20 busca compensar a los autores o titulares por el perjuicio causado por el ejercicio de la excepción que venimos tratando, remuneración que deben pagar los que fabriquen o importen productos susceptibles de realizar el acto de reproducción. Estas disposiciones, más los Tratados de Internet de la OMPI (TODA y TOIEF) a los cuales se adhirió el Perú el año 2001, contienen disposiciones vinculadas a la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas de protección, así como a la remuneración por copia privada, que en la práctica significan una limitación importante a la excepción de copia privada.⁵⁶

Se trata de un tema controvertido, en especial por el pago que deben hacer aquellos que cumplen la ley de buena fe, es decir, quienes no realizan actos de piratería o copias con fines de lucro, o que incluso quienes no realicen copias de obra alguna. En este materia tiene una función importante que cumplir, de conformidad a las disposiciones legales citadas, no solo la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI, sino también las autoridades judiciales. Hay que advertir que la compensación por copia privada no está relacionada con infracciones al Derecho de Autor, sino con el ejercicio de una excepción, y que los usuarios no pueden beneficiarse de la excepción si los ejemplares que contienen obras y producciones protegidas cuentan con medidas anticopia, con lo cual los titulares del De-

54 Vid Villarejo, A., “Aspectos generales en torno al derecho de remuneración por la copia privada: conceptos, tarifas, aspectos prácticos de su gestión (recaudación y reparto), sistemas comparados y los fondos de solidaridad” en “Anuario Andino de Derechos Intelectuales”, N° 3, Lima, 2007, pag. 225 y ss.

55 Vid Garrote F., I., en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, op.cit., pag. 445 y 22.

56 Fiscors, M., “The WIPO ‘Internet Treaties’: Why they should—and will—succeed in spite of desperate ‘copyleft’ attacks against them” en “El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante”, op.cit., pag. 703.

recho de Autor, aún cuando legalmente no podrían oponerse al ejercicio de la excepción que venimos tratando, impiden la efectiva realización de la misma.⁵⁷

Como bien señala Córdova Mezarina, existen opiniones que señalan que la copia privada ya no encontraría justificación como excepción al Derecho de Autor, encontrándose su justificación únicamente en que el control de las copias que se realicen de obras y producciones protegidas resultaría impracticable para sus titulares. Y en este sentido agrega que “*se puede concluir que la excepción de copia privada, a diferencia de las demás excepciones al Derecho de Autor, no encontraría ya su fundamento en el acceso a la cultura, a la educación o a la información por parte de la sociedad, sino que se mantiene básicamente ante la imposibilidad de que los titulares o las autoridades puedan ejercer un control respecto de las mismas. Es decir, no se puede controlar las reproducciones personales de obras o producciones protegidas que realicen los usuarios*”.⁵⁸ De esa realidad surge entonces el pago de una remuneración al autor o titular aceptado por muchas legislaciones nacionales.

V. LAS DISPOSICIONES ESPECÍFICAS SOBRE ENSEÑANZA

5.1. Generalidades

5.1.1. No es fácil determinar si las limitaciones o excepciones consagradas en la legislación de los países y del Perú en particular responden a las necesidades actuales del Derecho de Autor y a su interacción con el derecho a la educación y al acceso a la investigación, o si por el contrario es necesario modificar las limitaciones o excepciones existentes, o crear otras nuevas, a efectos de restablecer el necesario equilibrio de derechos e intereses, acordes con los actuales fenómenos sociales y económicos derivados de la revolución tecnológica⁵⁹.

En primer término, es preciso reconocer la confrontación existente de derechos e intereses de autores y derechohabientes con docentes y establecimientos de enseñanza, y con los intereses de los estudiantes. Esquemáticamente, y siguiendo a Monroy, los derechos e intereses de los autores y derechohabientes son el control sobre los usos de la obra, el respeto a los derechos morales, la retribución al trabajo humano y el incentivo a la creación. Por parte de los establecimientos de enseñanza y docentes, el ofrecer una educación de calidad, aprovechar la tecnología en beneficio de la educación y tener seguridad jurídica. Y desde el punto de vista de los estudiantes, acceder a la educación de calidad, tener libre acceso a la información, bajos costos en el uso o adquisición de los bienes culturales y beneficiarse de la tecnología.

57 Sobre esta interesante y controvertida materia, ver la tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de Jorge A. Córdova Mezarina, “*La excepción de copia privada en el Derecho de Autor frente a las medidas tecnológicas de excepción: ¿una limitación a la excepción?*” presentada en la Escuela de Posgrado de la PUCP en el año 2013.

58 Ibid

59 Monroy, J.C., “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”, op.cit., pág. 7

5.1.2. Según el Diccionario de la Real Academia Española, la “enseñanza” se define como la comunicación de conocimientos, habilidades, ideas y experiencias. Y también se asocia con un sistema o método que sirve para enseñar y aprender, o el conjunto de conocimientos, medios, personas y actividades que hacen posible la educación. Pero enseñanza no es un término necesariamente equivalente a educación, pues alude a la labor de un profesor que determina el proceso de aprendizaje, mientras que la educación es un proceso que se realiza en distintos escenarios, no solamente en el académico, en donde se le transmiten al individuo conocimientos, valores, etc. Hay, pues, muchas formas de estudiar y aprender sin que obligatoriamente exista la presencia de un maestro y sin que se tenga por escenario la escuela o la universidad⁶⁰.

Las herramientas de apoyo de la enseñanza se suelen denominar “*recursos didácticos*” y en buena parte corresponden a obras protegidas por el Derecho de Autor o prestaciones protegidas por los derechos conexos, como textos, dibujos, fotografías, mapas, programas de computador, etc. Así, un recurso didáctico es cualquier material que sea elaborado con la intención de facilitar al docente su función y a su vez la del alumno, y que se utilice en un contexto educativo. Cuando se usan las obras y las prestaciones mencionadas se hacen con el propósito de proporcionar información al alumno, ser una guía para los aprendizajes, ayudar a ejercitar y desarrollar habilidades, crear un interés hacia el contenido, y también permitir la evaluación del alumno.

Las obras y prestaciones que se utilizan como recursos didácticos pueden haber sido creadas expresamente con el propósito de ser destinadas a la enseñanza (libros de texto o videos educativos), o bien tratarse de obras creadas sin ese propósito específico, pero que son susceptibles de aprovecharse con propósitos pedagógicos, lo que puede ocurrir con una obra de literatura o de artes plásticas. No cabe duda que la educación se favorece con la permanente creación de obras que pueden ser utilizadas como recursos didácticos y en tal sentido es favorable que exista un sistema de incentivos a la creación como el que provee el Derecho de Autor y los derechos conexos. Pero, con el propósito de lograr una mayor cobertura y calidad en la educación, es conveniente también, y de eso trataremos más adelante, que en ciertos casos específicos el uso de las obras como recursos didácticos pueda realizarse al margen de una autorización del titular de derechos o el pago de una licencia. De ahí surgen, precisamente, las limitaciones o excepciones para fines de enseñanza incorporadas en la legislación sobre Derecho de Autor.

Si bien la ilustración de la enseñanza es una actividad a cargo de los docentes, los usos de las obras comprendidas por esa limitación o excepción aluden no solamente a actos realizados por esos docentes (por ejemplo, la reproducción de fragmentos de obras literarias para la realización de exámenes), sino también a otros que realizan los estudiantes (por ejemplo, la representación pública de obras dramáticas), o las mismas instituciones educativas (por ejemplo, la elaboración de antologías). Todo ello ha sufrido un impacto

60 Monroy, J.C., “*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*”, op.cit., pág.16 y ss. Vid. también Ricketson, S., op.cit., pág. 14 y ss.

de gran magnitud con las nuevas tecnologías y el acceso universal al ciberespacio. De esa manera, el inmenso desarrollo que ha tenido la educación a distancia por medio digital plantea nuevas necesidades y soluciones antes no previstas, las mismas que han comenzado a ser utilizadas en países en vías de desarrollo, como el Perú.

5.1.3. En la tradición del copyright norteamericano los titulares son, más que los autores, los verdaderamente interesados en disminuir la aplicación amplia de la doctrina del “*fair use*”, alegando que ella disminuye la rentabilidad de sus publicaciones y reduce los incentivos monetarios para la creación de nuevas obras. Se insiste en este argumento a pesar de que existe clara evidencia que los intelectuales y académicos no requieren incentivos monetarios para sus trabajos y más bien están a favor de una interpretación amplia del *fair use*⁶¹. Los argumentos utilizados por los titulares son reacios a reconocer que los estudiantes son un mercado cautivo, y buscan obligarlos a pagar altos precios por los libros de texto. De otro lado, en los EE.UU. algunas de las asociaciones de gestión colectiva exigen precios escandalosamente altos para aquellas obras destinadas a la educación, sin tener en cuenta que la selección de textos y su fotocopiado para las clases constituye un imperativo educativo, ya que la mayoría de los libros de texto utilizados en la enseñanza legal, por ejemplo, no pueden proporcionar la variedad y profundidad requerida para el análisis de determinados casos. En ese contexto, la doctrina del fair use opera como un baluarte contra la censura, pues el costo de las licencias puede ser prohibitivo. Según Bartow, los editores en los EE.UU. tienen una larga historia atentando o buscando alterar las leyes de copyright para ampliar sus ganancias, llegando a tratar de obtener beneficios inclusive con la venta de libros de texto de segunda mano y obligando frecuentemente a los alumnos a adquirir ediciones “*revisadas*” de esos libros.

La doctrina del *fair use* es también importante en el contexto de los materiales de enseñanza en el ámbito digital, que utiliza obras protegidas, pues ya no se suele encontrar ediciones físicas que reproduzcan obras que los estudiantes deben comprar. Se permite generalmente que se muestre a los estudiantes los textos protegidos en clase, pero no se les autoriza a que realicen copias o videocopias de ellos. Como los materiales en el ámbito digital pueden comprender literalmente cientos de trabajos protegidos por la ley y obtener permiso para cada uno resulta prácticamente imposible, es preciso y casi obligatorio obtenerlo de algunas entidades especializadas de gestión colectiva.

5.1.4. Por todo lo anterior, resulta imperativo en países como el Perú, con tan grandes deficiencias educativas, introducir en este debate el concepto de desarrollo en las disposiciones sobre Derechos de Autor vinculados a la educación, pues existen dificultades para que los países más pobres tengan acceso rápido y adecuado a los materiales educativos o a los “*recursos didácticos*”. Para lograrlo, más que pensar en los gobiernos nacionales se recomienda apoyarse en organizaciones no gubernamentales y en otros actores legalmente relevantes, y buscar comprender el fenómeno de la extendida piratería sobre bienes protegidos por Derechos de Autor.

61 Bartow, A., “*Educational fair use in copyright: reclaiming the right to photocopy freely*”, op.cit.

Está probada la ausencia de adecuados y convenientes libros de textos para la educación básica en muchos países en desarrollo, así como el alto precio que hay que pagar por los mismos. Frente a ello, hay que tener presente que la propagación del conocimiento debe ser prioritaria en algunas instancias sobre la protección jurídica y que para tal efecto deben utilizarse con mayor frecuencia e inteligencia las disposiciones ad-hoc de los convenios internacionales. En este sentido, debería hacerse un mejor uso de los sistemas de uso por licencias obligatorias para beneficiar a las mayorías.

5.1.5. El análisis de las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo de explotación del autor, que veremos en los puntos siguientes, debe partir de los siguientes principios incorporados en nuestra legislación, tal como lo señalan Ricardo Antequera y Marisol Ferreyros⁶²:

- a) El derecho patrimonial comprende la facultad de autorizar o prohibir la utilización de la obra por cualquier forma o procedimiento (Art. 30 D.Leg. 822);
- b) Es ilícito todo uso no autorizado de la obra, en forma expresa, salvo disposición legal en contrario (Art. 37 D.Leg. 822);
- c) Las excepciones son de interpretación restrictiva y no pueden aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados (Art. 50 D.Leg. 822);
- d) Las limitaciones previstas en la ley (Art. 41 a 49 D.Leg. 822) no pueden extenderse a otros casos, pues la interpretación analógica o extensiva no está permitida; y,
- e) Los usos honrados deben interpretarse correctamente de acuerdo al tenor señalado en la ley (Art. 2, num. 47, D.Leg. 822).

5.1.6. Cabe indicar que según el artículo 75 de la Ley Universitaria N° 23733, las universidades deben atender con preferencia la necesidad de libros y materiales de estudio de los profesores y de los estudiantes mediante procedimientos y condiciones que faciliten su uso o adquisición. Esta referencia sirve de marco para la utilización de diversos límites legales específicos vinculados a la enseñanza.

Como es natural, las disposiciones específicas que favorecen a la enseñanza y al proceso pedagógico en general se encuentran recogidas básicamente en los capítulos correspondientes a las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor frente al derecho exclusivo de explotación que la ley le otorga.

Recordemos que ese derecho está reconocido tanto en la Decisión 351 (art. 13) como en el D.L. 822 (arts. 30 y 31). Por su parte, las limitaciones y excepciones están recogidas en el capítulo VII (arts. 21 a 28) de la Decisión y en el capítulo IV del D. Legislativo antes citado (arts. 41 a 51). Las disposiciones vinculadas a la enseñanza vinculadas al derecho de cita y a la copia privada fueron ya tratadas en el segmento anterior. Trataremos a continuación aquellas vinculadas a fines didácticos (art. 41, D.L. 822); la reproducción por medios reprográficos (art. 43, D.L. 822); las lecciones de los profesores (art. 42, D.L. 822); y aquellas que tienen relación con bibliotecas o archivos públicos (art. 43 c y f, D.L.

62 Antequera P., R. y Ferreyros C., M., “*El nuevo derecho de autor en el Perú*”, Peru Reporting, Lima, 1996, pág. 155.

822), recordando que en todos los casos estas excepciones son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos contrarios a los usos honrados (art. 50, D.L. 822). Haremos finalmente una breve mención a los casos de la representación de una obra y las tesis universitarias, finalizando con una mención al impacto de las nuevas tecnologías.

5.2. Las comunicaciones con fines didácticos

Las obras protegidas por el Derecho de Autor destinadas a fines didácticos en una institución de enseñanza pueden comunicarse lícitamente sin necesidad de autorización del autor, ni pago de remuneración alguna. Para que ello sea posible, tal comunicación no debe perseguir fines lucrativos directos o indirectos y el público hacia el que se dirige estar compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la referida institución, los padres o tutores de los alumnos o por otras personas vinculadas a las actividades de la institución. Así lo dispone claramente el inciso c) del art. 41 del D.L. 822 y también el inciso b) del art. 22 de la Decisión 351, y lo acoge –en términos generales- el art. 10 del Convenio de Berna, que permite que las legislaciones nacionales adopten esta comunicación sin pago ni autorización siempre que sea justificada al fin perseguido y hecha conforme a los usos honrados.

Estas comunicaciones están sometidas a las mismas condiciones que las citas –ya tratadas antes- pues deben indicar la fuente y el nombre del autor. La mención a los usos honrados, como también ya hemos tenido ocasión de señalar, significa que la obra utilizada en la comunicación no debe entrar en conflicto con su explotación normal y tampoco causar perjuicio a los intereses legítimos del autor (Art. 50, D.L. 822).

A diferencia de la ley peruana, cuya referencia a los destinatarios de esta excepción es amplísima, en otras legislaciones los parámetros para la comunicación de la que venimos tratando es bastante más precisa y restrictiva, por ejemplo cuando dispone –lo que no hace nuestra ley- que la comunicación sólo podrá incluir pequeños fragmentos de las obras escogidas, con lo cual la exigencia de interpretación restrictiva a que se refiere el art. 50 queda en realidad poco operativa.

La ley nuestra señala expresamente, lo que resulta obvio, que esta comunicación con fines didácticos no puede tener fines de lucro o finalidad comercial, aunque su determinación en la práctica no sea sencilla; lo que hay que exigir es la no obtención de un rendimiento económico directamente imputable a la utilización docente de una obra protegida, es decir, que no sea objeto de venta o de otra transacción onerosa.

Hay que advertir que por “*finés didácticos*”, que es el término que utiliza nuestra ley, debe entenderse no sólo enseñar o instruir, sino también dar a conocer el estado de una cosa, informarse de ella. Esta interpretación se apoya en el art. 10 del Convenio de Berna que no restringe, refiriéndose a las citas, que estas tengan fines docentes o de investigación. Lo que sí es exigible, y así debe concordarse con el art. 44 del D.L. 822 referente al derecho de cita, es que ella debe hacerse en la medida justificada al fin que se persigue. La resolución N° 0845-2004/ TPI-INDECOPI ha dispuesto que “*la extensión de la cita no debe ser mayor a la estrictamente necesaria, para lo cual se deberá tener en consideración la finalidad concreta que persiga la cita*”.

La legislación tanto andina como nacional habla de instituciones educativas o de enseñanza, lo que incluye instituciones públicas, privadas o cooperativas de nivel básico, primaria, secundaria y educación técnica o superior en sus diversas modalidades. Se trata, entonces, de numerosísimas instituciones y personas que pueden hacer uso de esta limitación contemplada en la ley de Derecho de Autor.

5.3. La reproducción por medios reprográficos

Como hemos tenido ocasión de ver, en virtud del derecho moral de divulgación corresponde al autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. Pero ese derecho tiene límites y uno de ellos es el contemplado en el artículo 22 b) de la Decisión 391 y en el inciso a) del artículo 43 del D.L. 822⁶³, y que es denominado “*reproducción por medios reprográficos*”, la que es definida en el inciso 38 del artículo 2 como “*realización de copias en facsímil de ejemplares originales o copias de una obra por medios distintos de la impresión, como la fotocopia*”⁶⁴.

Ahora bien, los artículos citados contienen una importante limitación que para ser lícita debe cumplir determinados requisitos. En ellos se señala que es lícito realizar sin autorización y sin el pago de remuneración alguna la reproducción por medios reprográficos de artículos o breves extractos de obras lícitamente publicadas, destinadas a la enseñanza o a la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido. La reproducción reprográfica es una de las varias formas de reproducción y los artículos mencionados indican que esa excepción no puede ser aplicada a otras formas o sistemas de reproducción de una obra. Si bien el objeto materia de reproducción es muy variado (todo tipo de obra), así como el modo de hacerla, sea mediante edición, reproducción mecánica, fotocopia en ejemplares bidimensionales o tridimensionales, mediante el uso de ordenadores, etc., la limitación que venimos tratando es de aplicación a reproducción en facsímil de obras escritas. De haber sido distinta la intención del legislador hubiera bastado que indicara tal hecho como ha sucedido, por ejemplo, con otras limitaciones comprendidas en los incisos c), d) y e) del artículo 43 del D.Leg. 822. Es aplicable aquí en varios sentidos lo comentado en el acápite anterior, pues al no distinguir la ley, la limitación es aplicable a todo tipo y clase de instituciones educativas.

Aunque las nuevas tecnologías han llevado la reproducción de obras a límites insospechados sólo unos años atrás, la reproducción reprográfica causó en sus inicios –y sigue dando lugar– a fuertes debates al considerar que su extendido uso puede dar lugar a una

63 El inciso b) del artículo 43 se refiere a la reproducción de obras agotadas para uso personal, que no es de aplicación al caso que tratamos.

64 El Glosario de la OMPI la define como “*todo sistema o técnica por las cuales se hace reproducciones en facsímil de ejemplares escritos y otras obras gráficas en cualquier tamaño o forma*”. Así, comprobamos que la noción de reproducción reprográfica no comprendería el almacenamiento digital, que se conoce como electrocopia, pero sí la impresión gráfica o por cualquier procedimiento fotográfico en papel u otro soporte similar, de la obra almacenada electrónicamente. Y sabemos que la forma de reproducción reprográfica más utilizada es la fotocopia, que se presenta con mayor frecuencia respecto de las obras literarias de carácter técnico y científico.

incontrolable piratería, en especial en los libros técnicos o científicos, de edición limitada y por ello de altos precios, en los que el trabajo del autor ha sido más arduo en horas de investigación y preparación. Se afirma que su reproducción indiscriminada hará que su precio se eleve aún más y que serán cada vez menos los autores dispuestos a entregar su creatividad y tiempo en ese tipo de creación. Esa práctica ilícita, por cierto, se extiende en la actualidad a todo tipo de obras, sean musicales, audiovisuales, etc.⁶⁵ Pero también hay que puntualizar que ella abre insospechadas posibilidades en el ámbito de la enseñanza y del entretenimiento. En verdad, lo que venimos señalando es un claro ejemplo de la manera en que el desarrollo tecnológico altera los presupuestos sobre los que está redactada la ley, pues el dinamismo de la primera sobrepasa la tendencia inmovilista de la segunda. Resulta claro que el uso masivo de la reproducción en el ámbito digital altera el enfoque del derecho moral sobre la difusión de la obra y de su modificación y, además, el eventual o posible rendimiento económico que ella puede brindar al autor. Como se sabe, la reproducción reprográfica suele hacerse sin el conocimiento ni autorización del autor, pero con las nuevas tecnologías en magnitud y propósitos que la ley no pudo prever.

Recordemos que el derecho exclusivo de reproducción se rige por los siguientes principios: se extiende sobre el todo y cada parte de la obra; incluye todas las formas de reproducción; no interesa la finalidad de la misma, esto es, puede ser tanto comercial o por docencia; debe ser autorizada en cada ocasión; no es de interés si será o no distribuida; y la falta de mención de un medio técnico de reproducción en la ley no puede interpretarse como si la protección queda en este caso excluida.

Pero, como dice Lipszyc citando a Della Costa, la naturaleza inmaterial de la obra y el don de ubicuidad que la caracteriza hacen que pueda ser objeto de utilidades ajenas a la voluntad del autor. La falta de posesión queda reemplazada por un elemento jurídico, consistente en el ius prohibendi de que goza el autor frente a terceros; dando lugar a que la custodia física de la obra, propia de goce efectivo del derecho de dominio, encuentre su equivalente en la necesidad de autorización previa, que es la regla en materia de Derecho de Autor⁶⁶. Este derecho exclusivo de reproducción del que goza el autor es uno de los “*grandes principios*” que rigen esa rama del derecho, el mismo que se encuentra ampliamente reconocido en las leyes nacionales de todos los países y en las convenciones internacionales. Mas, a pesar de todo ello, la reproducción reprográfica masiva es práctica común en materia de enseñanza tanto en Latinoamérica como en el Perú, habiéndose convertido en ocasiones en el vehículo por excelencia para acceder a determinadas obras impresas. Ahora bien, los límites que impone la ley pueden dar lugar a interpretaciones ambiguas, por lo que en la práctica se constatan a menudo excesos en la aplicación de esta excepción. Por ejemplo algunos autores no comparten la idea de permitir la copia integral

65 Sobre la situación de la piratería editorial en América Latina en el año 2002, vid. Cabanellas, A. M., “*Estudio sobre la piratería editorial en América Latina*”, en “*La Propiedad Intelectual: un canal para el desarrollo*”, IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos”, Panamá, 2004, pág. 1057 y ss.

66 Lipszyc, D., “*La piratería de obras escritas y la reprografía*” en III Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales, op.cit., pág. 112

de obras breves con fines de enseñanza, pues el daño que se les causa no depende –señalan– de la extensión de la obra, sino de la proporción que se intente reproducir comparada con la extensión de aquella⁶⁷.

La reproducción reprográfica se entiende como hacer copias de facsímiles tangibles, por lo que no comprendería el almacenamiento digital; por tanto, la electrocopia no entra en el marco de la noción de reproducción reprográfica en la medida en que se refiere al almacenamiento electrónico de una copia facsímil. Y esto es así porque existe extendido consenso en el sentido de que el almacenamiento electrónico debería estar siempre sujeto a la autorización del autor, porque si no fuera de esa manera no tendría la posibilidad de ejercer su derecho exclusivo de autorización. Esta interpretación ha sido respaldada por la OMPI en varias ocasiones y por documentos emitidos por diversas sociedades de gestión colectiva que administran los derechos reprográficos en el mundo.

Sin embargo, no puede dejarse de anotar que dicha interpretación es muy restrictiva y que ha dado lugar a una fuerte controversia, pues no permite hacer uso de las nuevas tecnologías que ya se han extendido ampliamente en el ámbito educativo. En el caso peruano ello es fruto del sistema de excepciones “cerrado”, limitativo, a diferencia del sistema abierto o de fair use en el que caben otras interpretaciones. En este sentido, dos tratados internacionales en materia de Derecho de Autor y derecho conexos, conocidos como los Tratados OMPI de Internet o WCT y WPPT por sus siglas en inglés, de los cuales el Perú es parte, prevén la posibilidad de establecer limitaciones para la utilización de obras en el entorno digital. Por lo tanto, las limitaciones y excepciones clásicas en el ámbito del Derecho de Autor o entorno analógico no pueden aplicarse automáticamente al entorno digital, tal como hemos tenido ocasión de ver al tratar el tema de la copia privada (punto 4.5). Basado en el artículo 54 de la Decisión 351 y en el artículo 39 del D.Leg. 822, las universidades o instituciones de educación post escolares no pueden autorizar la utilización de una obra protegida por la ley en el ámbito digital, salvo autorización previa y escrita del titular respectivo, pues de hacerlo serían responsables solidarias por la comisión de este ilícito.

Como es fácil de apreciar, este tema lleva al análisis de otros vinculados a esta materia en el ámbito de la enseñanza, tales como quién deberá asumir el costo de las copias que se entregan a los alumnos; si debe proporcionarse un solo ejemplar en un establecimiento de fotocopiado o si deben proporcionarse copias a todos los alumnos; si los llamados materiales de enseñanza, que son una compilación de acuerdo a la ley, además de ser obras derivadas, están comprendidas dentro del alcance de esa limitación.

El uso extendido e ilícito de la reproducción reprográfica, más allá de las sanciones que la ley contempla, han llevado en esta materia a proponer la gestión colectiva de los derechos dado que su administración individual es imposible y poco práctica. Los modelos adoptados incluyen la licencia voluntaria, en virtud de la cual la sociedad de gestión negocia y otorga una licencia al usuario en nombre del titular, que así lo dispone. Otro modelo es el de la licencia no voluntaria, que suele incluir remuneraciones por parte de

67 Torres, Mónica, “Los derechos de reproducción reprográfica en los países de América Latina: actualidad y perspectivas” en “La propiedad intelectual: un canal para el desarrollo”, op.cit., pág. 982.

los importadores o fabricantes de las máquinas de reproducción. Cualquiera de estos modelos significa en la realidad una disminución de costos administrativos y también la posibilidad de incluir diseños de medidas de seguridad que dan una mayor efectividad a las sociedades de gestión. Sólo éstas son capaces de enfrentar a la multiplicidad de usuarios que requieren una respuesta ágil y eficaz a sus requerimientos. Asimismo, el titular de un derecho patrimonial tiene la facultad de implementar o de exigir para la reproducción o la comunicación de su obra, la incorporación de mecanismos o de sistemas de autotutela, incluyendo la codificación de señales, a fin de impedir la comunicación no autorizada (artículo 38 D.L. 822).

Son muchas las instituciones de educación superior que han celebrado contratos de licencia de reproducción con centros de gestión colectiva, en los cuales se especifica para qué tipo de obras, los límites que no pueden excederse (por ejemplo, 20% de la obra), qué volumen tienen cuando se trata de un determinado curso beneficiando únicamente a los alumnos, los lugares en que puede realizarse el fotocopiado, la remuneración anual, la obligación de proporcionar datos estadísticos, el plazo del contrato, entre otros, de lo cual representa un buen ejemplo el contrato celebrado entre la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Administración de Derechos Reprográficos en abril de 2009⁶⁸.

En general los problemas surgidos por la reproducción reprográfica requerirán de una actitud diferente a la actual por parte de las autoridades administrativas y judiciales, respondiendo con ello a intensas y sostenidas demandas internacionales, pero también a una conducta distinta por parte de los profesores universitarios y de los usuarios, pues un masivo desconocimiento de los Derechos de Autor se convertirá en un obstáculo para desarrollar la educación y promover la cultura.

5.4. Las lecciones de los profesores

El artículo 42 del D.L. 822 prescribe que las lecciones dictadas en público o en privado por los profesores de las universidades, de los institutos superiores y de los colegios, podrán ser anotadas y recogidas en cualquier forma por aquellos que las reciben, pero que no se podrá divulgarlas o reproducirlas en colección completa o parcialmente sin autorización previa y por escrito de los profesores. Como bien lo señala la ley, la excepción está limitada a los profesores y a las exposiciones realizadas en sus clases, por lo que no se extiende a disertaciones que no tengan fines didácticos o a charlas para la promoción de productos comerciales. La utilización permitida consiste en que las lecciones pueden ser anotadas en apuntes manuscritos o recogidas en cualquier forma, como en una grabadora.

Como se sabe, es práctica extendidísima que los alumnos tomen nota de las lecciones que reciben y que ellas sirvan para entender el curso y rendir los exámenes. También que dichas lecciones sean divulgadas entre los compañeros de clase y entre otros que tomarán el curso en el futuro, o también por los que desean conocer lo dicho por el profesor con el

68 En el contrato que tiene celebrado la PUCP con una empresa privada sobre servicio de fotocopiado e impresión digital, aparentemente no se habría incluido obligaciones relacionadas al pago por derechos reprográficos. Es un asunto a investigar y, quizás, a superar.

que no han podido tomar clases por diversas circunstancias. Las lecciones bien anotadas y ordenadas equivalen a un libro de texto y si se acumulan las recogidas año por año, cumplen función igual pero perfeccionada. Por cierto, la “popularidad” de las notas dependerá de un conjunto de factores específicos, tales como la calidad del profesor, la naturaleza del curso, el interés de los alumnos, la ausencia de manuales sobre la materia que se dicta y otras circunstancias.

La realidad descrita puede estar sujeta a límites impuestos por el estatuto o el reglamento de la institución educativa, puesto que puede estar contemplado que lo que se dicta sólo podrá ser utilizado por la universidad, mediante un acuerdo previo, y no necesariamente remunerado, con el profesor que recibe un salario por su trabajo. Usualmente las lecciones no caen bajo la categoría de creaciones intelectuales sujetas a un contrato, sino más bien son resultado del conocimiento y experiencia del docente en una materia específica, por lo que se trata de una creación que le pertenece íntegramente. En este sentido se trata de una obra literaria, individual y originaria, tal como está definida en la ley (artículo 2 incisos 23, 24 y 26, D.L. 822), pues tiene todas las características de una obra literaria expresada en forma oral, tales como son las conferencias (artículo 5 b), D.L. 822), asimilables a las lecciones, y para cuya protección legal es exigible su originalidad. El cumplimiento de ello las hace estar incluidas dentro de las obras protegidas y por tanto resulta lógico que se requiera la anuencia previa y escrita de los profesores para su divulgación y reproducción, ya que de lo contrario sufrirían un posible desmedro económico. Lo que se prohíbe es la comercialización de copias en cualquier forma o procedimiento y no el acto de fijarlas mediante su anotación o fijación. Pero nada impediría que el profesor en ejercicio del derecho exclusivo sobre su obra prohibiera expresamente la grabación sonora o audiovisual de sus lecciones⁶⁹.

El límite o excepción al derecho de explotación está dado, en el supuesto que venimos comentando, porque las lecciones pueden ser libremente anotadas y recogidas por los alumnos sin necesidad de autorización previa. Esta se exige cuando se desea reproducir y divulgar lo anotado. Se trata de una facilidad para los alumnos y, lógicamente, también para la enseñanza.

Sobre esta materia, el Estatuto y las “*Normas Generales sobre la Propiedad Intelectual*” de la PUCP tienen disposiciones que resultan aplicables. El artículo 43 del Estatuto dispone que es atribución del Jefe de Departamento aprobar los planes de trabajo de los profesores y supervisar su cumplimiento, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 60 que dice que el contenido y método de trabajo de cada asignatura son determinados por el profesor, teniendo en cuenta las disposiciones del Departamento y los requerimientos de las unidades académicas. Más preciso es el artículo V de las Normas Generales, el que dispone que la reproducción total o parcial de las clases y conferencias del personal docente no podrá hacerse sin la autorización previa y por escrito del autor, siendo los resultados económicos para ese personal únicamente cuando sus conferencias

69 Antequera, R. y Ferreyros, M., “*El nuevo Derecho de Autor en el Perú*”, op.cit., pág. 161.

no forman parte de sus labores remuneradas por la Universidad, ni realizadas por encargo, o cuando la Universidad haya renunciado expresamente a su participación.

5.5. Bibliotecas y archivos

El hombre, dice Thomas Dreier, es un ser dotado de la capacidad de acordarse, y “*su identidad no se forma solamente por las acciones presentes y los proyectos y esperanzas futuros, sino también y especialmente por su pasado, su origen, su tradición y su historia*”⁷⁰. Continúa señalando que ello vale tanto para el individuo como para los grupos y las sociedades, para quienes el recuerdo del pasado se inscribe en la memoria colectiva. La memoria cultural muestra la tradición que a través del tiempo y la repetición de textos, imágenes y ritos ha dado forma a la imagen que tenemos de nosotros mismos y del mundo. De la misma manera que la memoria cultural está ligada a los soportes materiales de la información cultural, el mantenimiento de la memoria cultural necesita de “*instituciones de la memoria*”, que son esencialmente museos, bibliotecas y archivos, cuya misión es triple: constitución, conservación y transmisión al público de sus fondos y colecciones de objetos culturales. Ahora bien, la constitución de un fondo bibliográfico o archivístico o de una colección museística, no comporta ninguna dificultad particular por lo que respecta al Derecho de Autor, pues la institución respectiva deberá asegurar desde el momento de la inclusión de un objeto nuevo en su colección, que adquiere todos los derechos necesarios para su posterior conservación y puesta a disposición del público⁷¹.

Como dice bien Fernando Garbajo, “*el objetivo y función principal de cualquier biblioteca, archivo, museo u otros centros similares no es otro que el de acumular, preservar, archivar y difundir información con todas las técnicas y medios de los que disponga. La información acumulada por estos centros consistirá habitualmente en materiales de diferente naturaleza protegidos por derechos de propiedad intelectual (sobre todo obras originales, pero también prestaciones conexas). En consecuencia, las actividades necesarias para la realización de sus funciones implicarán habitualmente la realización de actos incluidos dentro de los derechos exclusivos de propiedad intelectual; básicamente actos de reproducción (en diferentes modalidades, aunque prima la reprográfica) y de préstamo público (en cuanto modalidad del derecho de distribución)*”⁷². Esta importante labor desarrollada por las bibliotecas y otros centros de consulta públicos o privados se sitúa en el centro de las políticas públicas de difusión de la información y de promoción de la cultura, la ciencia y la investigación propias de una sociedad democrática.

Las excepciones legales a favor de las bibliotecas atañen sobre todo a cuestiones como la reproducción de obras protegidas para objetivos tales como investigación y estudio personal, preservación y sustitución de materiales, así como el suministro de documentos

70 Dreier, Thomas, “*Museos, bibliotecas y archivos: acerca de la necesidad de ampliar los límites al Derecho de Autor*” en “*Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*”, Vol. 32, Madrid, 2012, pág. 80.

71 Dreier, Thomas, “*Museos, bibliotecas y archivos: acerca de la necesidad de ampliar los límites al Derecho de Autor*”, op.cit., pág. 82.

72 Garbajo G., F., “*Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital*”, op.cit., pág. 164.

y el préstamo interbibliotecario. La mayoría de los países cuenta en sus legislaciones con excepciones vinculadas a las bibliotecas, aunque su contenido difiere grandemente de un país a otro. Los términos específicos ponen de relieve las relaciones entre la legislación y los servicios bibliotecarios y son un reflejo de los objetivos culturales, históricos y económicos de cada país⁷³.

El aumento del número de las bibliotecas, la expansión de la tecnología informática y la proliferación de servicios bibliotecarios han contribuido a contemplar excepciones en el marco de la legislación. Ahora bien, la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección ha dado lugar a una preocupación, lo que ha motivado luchar por el establecimiento de excepciones a esa prohibición en beneficio de las bibliotecas.

El Convenio de Berna no hace mención de bibliotecas ni de archivos entre las excepciones admisibles, razón por la cual la posibilidad de adoptar una excepción en un país específico se basa en el artículo 9.2 de ese Convenio, que permite a la legislación de los países que son parte “*la facultad de permitir la reproducción de ... obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”; en otras palabras, el cumplimiento de la llamada prueba del criterio triple a la que nos hemos referido ya anteriormente. El Acuerdo ADPIC es más exigente, pues la prueba de los tres pasos o del criterio triple es de índole obligatoria, lo que pone en evidencia la importante función de este acuerdo internacional en la configuración del contexto y los límites de las leyes nacionales. El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 reafirma en su artículo 10.1 la competencia de los países para prever excepciones, pero introduce en el artículo 11 un criterio nuevo referido a la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas. Así, se insta a los Estados miembros a promulgar disposiciones en ese sentido, lo cual es un tema controvertido.

En la mayoría de las legislaciones las excepciones son de aplicación a determinadas bibliotecas y archivos que tienen un propósito de servicio público, sin fines de lucro, pudiendo ser públicas, universitarias o escolares. Los archivos difieren de las bibliotecas porque su misión principal es preservar materiales en lugar de facilitar el acceso a las colecciones, pero hay que advertir que muchas bibliotecas desempeñan también esta función y que ambas tienen las mismas preocupaciones en relación con el Derecho de Autor, esto es, la necesidad de efectuar copias de material seleccionado con fines de investigación, preservación o de otra índole. Ahora bien, no puede ocultarse que muchos materiales de las colecciones actualmente se conservan, se entregan y se utilizan en un soporte digital, cuya demanda cada vez es mayor, formato que tiene muchas ventajas para la biblioteca y sus usuarios, pero obviamente la legislación aborda la cuestión de los medios digitales de diferente manera a la tradicional.

En general, en la mayoría de las legislaciones se autoriza a las bibliotecas a hacer determinados usos de las obras protegidas sin compensar a los autores o a los titulares del

73 Crews, K., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de bibliotecas y archivos*”, op.cit., pág. 7-8.

Derecho de Autor, aunque a veces algunas disposiciones están condicionadas al pago de una remuneración. En este último caso, depende generalmente de un acuerdo de licencia colectiva y no de pagos individuales por cada transacción. Como ya hemos señalado, los titulares o autores tienen el derecho de conceder licencias directamente, pero la gestión individual puede ser muy ineficaz e imponer considerables costos de transacción, tanto a los titulares como a los usuarios. En el marco del sistema de licencias colectivas, éstas actúan en nombre de los autores o titulares y recolectan el pago de regalías. En algunas legislaciones las excepciones legales están condicionadas a que las bibliotecas participen en una licencia colectiva con representantes de los autores o titulares del Derecho de Autor. En ciertos casos las regalías pueden ser pagadas por un conjunto de bibliotecas con financiación pública. Las legislaciones nacionales varían en su contenido y algunas de ellas especifican cuándo pueden y con qué motivo aplicarse las excepciones, exigiendo en muchos casos que sea por motivo de investigación.

La preservación y conservación de las colecciones en las bibliotecas es cada vez un servicio más demandado, y ello es así porque muchas obras corren el riesgo de perderse o dañarse, siendo por tanto su protección una de sus misiones fundamentales⁷⁴. En estos casos es preciso determinar cuándo esas copias constituyen una infracción al Derecho de Autor. Entre las condiciones comunes en las disposiciones legislativas se destacan las siguientes: permitir efectuar una única copia; hacerlo de las obras que se encuentran en la colección de la biblioteca; que la copia pase a formar parte permanente de la colección; y que se realice sin ánimo de lucro. Se exige también que para hacer la copia la biblioteca verifique si la obra está en venta en el mercado para comprarla en lugar de hacer una copia. Existe también un conjunto de disposiciones específicas para el suministro de documentos o préstamos interbibliotecarios, que hay que determinar en cada caso concreto.

Son pocos los países que han establecido disposiciones legales sobre la responsabilidad por las infracciones cometidas por los usuarios de las bibliotecas que utilizan las fotocopadoras facilitadas por ella o presentes en sus instalaciones. Aunque no sean la biblioteca y su personal quienes hagan las copias, y pese a que normalmente no tienen control de las actividades del usuario, en la legislación de algunos países podría imputarse a la biblioteca responsabilidad por las infracciones “indirectas” cometidas⁷⁵.

Los artículos 22 c) de la Decisión 351 y 43 c) del D.L. 822 tratan en igual sentido el tema de las bibliotecas y archivos públicos. Señalan que reproducir en forma individual una obra por las bibliotecas o archivos públicos, que no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, es perfectamente lícito, siempre que se haga para preservarlo o sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización. También para sustituir el ejemplar en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

74 El Estatuto de la PUCP dispone en su artículo 137: “La Universidad cautela su patrimonio monumental, documental y bibliográfico de carácter histórico y artístico”.

75 Crews, K., “Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en favor de bibliotecas y archivos”, op.cit., pág. 69.

Esas disposiciones persiguen, sin duda, facilitar a los usuarios, en especial a los académicos, profesores, investigadores y alumnos el acceso a obras que de otra forma sería imposible acceder. Y esta limitación al Derecho de Autor, aunque de carácter excepcional y no masivo, constituye un apoyo a las instituciones educativas y a la preservación de un fondo cultural común, en algunos casos muy valioso, que no debe perderse.

En nuestra legislación la reproducción debe ser individual, esto es, no masiva y recaer sobre una obra divulgada lícitamente. Hay que advertir que es distinta la finalidad entre la reproducción efectuada en una biblioteca y en un archivo público, pues en el primer caso está usualmente dirigido a un uso más frecuente de los usuarios que la reproducción efectuada en un archivo, pues como hemos dicho en este último caso lo que se persigue básicamente es la reproducción de textos únicos o de difícil acceso. Tal como ocurre con otras excepciones, para que la reproducción tenga un fin lícito no debe tener fines de lucro. La reproducción también se autoriza cuando la adquisición de un nuevo ejemplar de lo que se desea reproducir no pueda o convenga hacerlo, no por inexistente en el mercado, sino porque las condiciones para adquirirlo resultan poco razonables. Esto último significa, en el marco de la ley, una ayuda para los países con pocos recursos y que han sido, y siguen siendo, objeto de saqueos permanentes o de “*exportación*” de obras valiosas, no sólo por iniciativa de depredadores o “*coleccionistas*” extranjeros, sino también por complicidad de los nacionales que persiguen un ingreso económico, aunque sea mínimo, y que no tienen conocimiento cabal de lo que se trata, o también por una falta de afecto por el país en que viven y la cultura que representa. Y ello ha ocurrido y sigue ocurriendo, aunque en menor medida que en décadas atrás, en países con un rico pasado histórico, como es el caso del Perú. Pero es altamente posible que más allá de las disposiciones penales sobre la materia, las normas antes citadas no van a significar una corrección drástica a lo que ha venido sucediendo, pero sí un alivio que puede ser modesta pero lealmente utilizado.

En resumen, los rasgos comunes de las disposiciones sobre bibliotecas y archivos son los siguientes:

- Que la reproducción sea individual;
- Que se realice por bibliotecas o archivos sin fines de lucro;
- Que se trate de una obra de colección permanente de la biblioteca o del archivo;
- Que se realice con fines de preservación o sustitución por extravío, inutilización o destrucción; o para sustituirlo en otra biblioteca por las mismas razones; y,
- Cuando no sea posible adquirir el ejemplar en tiempo y condiciones razonables.

Lo que hay que puntualizar es que una labor fundamental de las bibliotecas es normalizar el uso de la información y el papel que cumplen en su difusión, debiéndose constituir en un vehículo en la lucha contra la utilización no autorizada de contenidos, tanto en el escenario digital como en el tradicional impreso⁷⁶. Y el legislador no ha tenido la intención

76 Ríos R., W., “*La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*”, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011, pág. 160.

de cobijar con esta norma a algunas bibliotecas convertidas en centros ilícitos de fotocopiado⁷⁷, sino todo lo contrario, buscar neutralizar una extendida práctica.

Ahora bien, como ya hemos señalado al tratar de la copia privada, la puesta en vigencia del D. L. 1076 contiene disposiciones destinadas a impedir la elusión de medidas tecnológicas, lo que en la práctica significa un impedimento o dificultad para acceder a determinadas obras protegidas; entre las excepciones que contempla a ese mandato se encuentra el acceso por parte de bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendría acceso de otro modo, con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones. Sin duda una excepción limitadísima e insuficiente para la labor cívica y cultural que cumplen las bibliotecas y archivos, en especial en los países en vías de desarrollo.

En la sociedad de la información la protección, promoción y difusión de bienes culturales no puede dejarse únicamente en manos del mercado, pues no todo el mundo tendrá la capacidad ni los medios suficientes para acceder a los mismos, lo que repugna a los objetivos básicos del Estado Social y Democrático de Derecho que nuestra Constitución acoge, esto es, la igualdad de oportunidades y la promoción activa de la cultura y la información por los poderes públicos. Pero dicho acceso debe hacerse respetando los derechos de propiedad intelectual por parte del gran público, razón por la cual se hacen necesarias medidas que encuentren el adecuado equilibrio entre la protección de los intereses privados que se encuentran en la generación de esos bienes culturales y de los intereses generales en conseguir un acceso adecuado, colectivo y equilibrado a los mismos⁷⁸.

Actualmente las técnicas de reproducción permiten la digitalización masiva de los fondos de bibliotecas y otros centros de documentación y la puesta a disposición y acceso a distancia a esos fondos mediante transmisiones en línea desde un ordenador servidor al equipo receptor del usuario. Esto ha llevado a asimilar esa actividad a la puesta a disposición *on line* de los recursos de las bibliotecas con el préstamo de ejemplares como modalidad de distribución, apareciendo así una modalidad de préstamo inmaterial *on line* junto al tradicional préstamo *off line* de ejemplares. Pero el llamado préstamo *on line* no constituye técnicamente una actividad de préstamo, ya que no se produce una cesión gratuita del uso de ejemplares de una obra o prestación por tiempo limitado. Como dice Garbajo, estaríamos ante “*un acto de explotación mixto de obras y prestaciones que consiste en una digitalización previa del material protegido y almacenamiento en un equipo informático servidor para su posterior puesta a disposición del público mediante una transmisión en línea temporal y gratuita o semi-gratuita por medio de redes telemáticas acompañada de un acto de reproducción provisional (...) que permita al usuario guardar una copia duradera del material*”⁷⁹, lo que ha sido introducido y definido en los llamados “Trata-

77 Torres, M., “*Los derechos de reproducción reprográfica en los países de América Latina: actualidad y perspectivas*”, op.cit., pág. 985.

78 Garbajo G., F., “*Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultura. Su adaptación al entorno digital*”, op.cit., pág. 186.

79 Garbajo G., F., “*Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultura. Su adaptación al entorno digital*”, op.cit., pág. 189.

dos de la OMPP (TODA y TOIEF). En estos casos resulta inconveniente una aplicación analógica que en la práctica conduciría a una interpretación extensiva de la excepción que venimos tratando, incluso más allá de su campo de actuación natural, que es el derecho de distribución.

Ante esta situación se ha reclamado insistentemente una reforma legal, por la vía de las excepciones, que permitiera a las bibliotecas e instituciones afines valerse de las nuevas tecnologías de la información para desarrollar sus actividades, lo que no se ha podido lograr a cabalidad, pues el ofrecimiento de reproducciones digitales en soportes tangibles electrónicos chocaría con las condiciones previstas en la *prueba de los tres pasos*, determinando así su antijuridicidad. Pero es obvio que la situación actual es insostenible sin una modificación a fondo del actual ámbito normativo, por lo que la vía natural a seguir es el perfeccionamiento del sistema de licencias entre los usuarios, las entidades de gestión y las bibliotecas, con intervención del Estado en defensa de los intereses de las mayorías. Y a este respecto hay que recordar que a la fecha los titulares de los derechos de autor y las entidades que los representan vienen ganando la batalla frente a los partidarios del acceso a la cultura.

5.6. La representación de una obra

La Decisión 351 en su artículo 22 inciso j) se refiere a un caso excepcional por lo poco frecuente. Dice que será lícito realizar sin autorización del autor y sin pago de remuneración la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal de ésta y los estudiantes, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga fin lucrativo. Y que, además, el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución y por los padres o tutores de los alumnos y por otras personas vinculadas a las actividades de la institución.

Aunque quizás el número de ejemplos podría extenderse, nos parece que la ley trata de aquellos casos de representaciones escolares o universitarias prácticamente privadas, con fines didácticos o culturales vinculados al entretenimiento o alguna exigencia pedagógica. Lo que resulta extraño de la redacción es que, al parecer, no podrían representarla independientemente por su lado alumnos o el personal de la institución, sino ambos en conjunto. Y como los asistentes, compañeros y familiares no deberán pagar por las entradas –deberá ser por invitación- quizá hasta estaría prohibido vender chocolates y caramelos a los asistentes (¿fin lucrativo indirecto?) y, además, implantar un férreo control en la entrada por los organizadores, pues de los familiares sólo podrán estar presentes los padres o tutores.

Comprendemos el fin perseguido por esta disposición de la Decisión 351, que el D.Leg. 822 no contempla, pero creemos que podría su redacción haber sido mucho mejor, es decir, menos restrictiva. En síntesis, de lo que se trata es que las instituciones educativas puedan representar obras con fines didácticos o de entretenimiento y darle así impulso a la actividad cultural, sin necesidad de autorización por parte del autor y sin pago alguno.

5.7. Las tesis universitarias

La tesis doctoral, no la tesina que es un trabajo escrito exigido para ciertos grados inferiores al de doctor, es una de las obras más desconocidas – desde un punto de vista jurídico – de la creación intelectual, a pesar del máximo prestigio que otorga desde el punto de vista académico. La realidad pone en evidencia que es muy escaso entre nosotros⁸⁰ el número de estudiantes de doctorado así como también el número de tesis doctorales que se presentan en las universidades. A ello se suma de bajísimo número de publicaciones, lo que sin duda se debe no solo al poco interés intelectual entre la población profesional del país, sino también al carácter excesivamente teórico de las mismas, a su extensión y a su consecuente alto costo de impresión, así como también al carácter meramente instrumental de las conclusiones a las que arriba principalmente en el ámbito de las ciencias puras. La tesis, como señala Pascual Barberán, “*es una obra con unas específicas características respecto del resto de las obras científicas. Su sistema completamente reglado de creación, que requiere una fase previa de estudios de doctorado, la necesidad de contar con alguien que dirija el proceso creativo de la obra (el director de tesis), la divulgación de la misma antes de que se haya finalizado para que sea examinada por cualquier doctor y, finalmente, su exposición y evaluación por parte de un tribunal que, además, la puntuará, sin que pueda ser el público en general quien decida sobre su éxito o fracaso, como sucede con el resto de las obras*”⁸¹.

Ni la Decisión 351 ni el D.L. 822 hacen referencia a las tesis doctorales. ¿Cuál es entonces el status jurídico de estas obras producidas en la universidad, muchas veces paso obligatorio para obtener un título o grado universitario? ¿Cuál la situación de quien la realiza y cuál la del profesor o docente que, en cumplimiento de sus obligaciones, es designado como director de la misma, o también en aquellos casos en que ocupa ese lugar libremente, digamos como consecuencia natural de las relaciones entre el profesor y el discípulo que busca graduarse para obtener una colocación laboral favorable a sus intereses?

Las situaciones que se pueden presentar son muy variadas. La tesis es, por definición, una obra original escrita y, como tal, comprendida en el inciso a) del artículo 4 de la Decisión 351 y el inciso a) del artículo 5 del D.L. 822, que disponen que están comprendidas entre las obras protegidas por el Derecho de Autor las obras literarias expresadas por escrito⁸². Si cumple con la exigencia de originalidad se trata de una creación literaria, pero no de ficción, y por su contenido suele ser científica. Lo escrito, sea de ficción o no, científico o no, es siempre literario, pues no hay que olvidar que lo que protege la ley no son las ideas sino su expresión; aunque siempre será más difícil probar la originalidad de una obra científica que otras obras literarias. El Convenio de Berna y las leyes nacionales hablan

80 En España durante el periodo 2008-2009 existían 77,654 estudiantes de doctorado y en el curso 2006-2007 se leyeron 7,235 tesis doctorales. Datos tomados del artículo de Barberán M., P., “*La propiedad intelectual de las tesis doctorales*”, ACTA, 2009, pag. 21.

81 Barberán M., P., “*La propiedad intelectual de las tesis doctorales*”, op.cit., pág. 22.

82 El inciso 23 del artículo 2 del D.L. 822 define a la obra literaria como “*toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado*”.

sólo de obras literarias y artísticas, no de obras científicas, las que por su contenido serán una especie de obras literarias, que tratan temas relacionados con la ciencia⁸³.

En efecto, los derechos reconocidos por la ley son independientes de la propiedad del objeto material en el que esté incorporada la obra (artículo 6 Decisión 351; artículo 3 D.L. 822), y lo que queda protegido no son las ideas contenidas en la obra, sino la forma en que son explicadas o descritas (artículo 7 Decisión 351; artículo 3 D.L. 822). La calidad de la tesis, sus aportes originales, que obligatoriamente se exigen para su protección, es controlada inicialmente por el director de la misma y certificada posteriormente por un tribunal académico. A pesar de su importancia, como hemos dicho, no tienen trato específico de autoría en la ley.

La tesis doctoral, a la que muchos buscan tener acceso para informarse de los últimos avances en una materia específica, es una obra de autoría única en la que no caben anonimatos o seudónimos, como sí puede ocurrir en otras obras literarias, y acredita la solvencia de quien la haya escrito, tanto en el método empleado como en la selección de los materiales de conocimiento propios de la disciplina escogida. En algunas universidades se permite que las tesis puedan ser obras en colaboración, en la que por lo tanto hay varios autores, correspondiendo los derechos a todos ellos.⁸⁴

Ahora bien, el autor de la tesis, por la propia naturaleza de ésta, tiene limitados algunos de los derechos o facultades que integran la propiedad intelectual; carece, en primer lugar, del derecho al inédito previsto en el artículo 23 del D.L. 822, en virtud del cual el autor puede disponer que la obra no sea publicada, porque la tesis ha de darse a conocer, esto es, está dotada de una cierta publicidad reglamentada en la ley universitaria o en los estatutos de la institución de enseñanza superior. Esta divulgación no coincide con la publicación de la tesis, que puede o no ocurrir. Tampoco puede la tesis ser divulgada bajo seudónimo (artículo 24 D.L. 822), a pesar de que éste es un derecho moral de los autores. El autor de la tesis podrá sin duda con posterioridad a su aprobación rectificarla o repudiarla, pero no podrá retirarla, no del comercio como señala el artículo 27 del D.L. 822, sino de los fondos y archivos universitarios, pues es constancia básica del título o reconocimiento recibido por el autor y forma parte del inventario patrimonial de una institución de enseñanza superior. En consecuencia, las tesis son objeto de propiedad intelectual, pero los derechos de sus autores se encuentran restringidos⁸⁵. Y no cabe limitar el acceso de los investigadores, profesores, alumnos o terceros al ejemplar depositado en la universidad, para consulta y lectura, tarea intrínsecamente ligada a la educación y a la cultura; en estos casos no se requiere obviamente permiso o autorización expresa del autor de la tesis.

83 Sobre los productos de la actividad científica vid Kresalja, B., “*Apuntes sobre la protección jurídica a los resultados de la actividad científica*”, Anuario Andino de Derechos Intelectuales N° 9, Palestra, Lima, 2013.

84 Lo que difiere de una obra colectiva, pues esta es creada por varios autores pero bajo la iniciativa y coordinación de una persona natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección correspondiendo a esta los derechos correspondientes.

85 Rogel V., C. “*Tesis doctorales y propiedad intelectual*” en “*Anuario de Propiedad Intelectual 2006*”, Madrid, 2007, pág. 669 y ss.

Existe la posibilidad que el graduando haya cedido sus derechos patrimoniales de su tesis a la universidad, no sólo para que se utilice libremente, sino también, lo que ocurre cuando tiene un gran valor, para que sea publicada a través de una editorial propia o en colaboración con editoriales ajenas, dejando constancia en los ejemplares editados, mediante un símbolo o anagrama, de la universidad patrocinadora. De esta forma, el autor cede a la universidad sus derechos exclusivos de reproducción y distribución, sea onerosa o gratuitamente. Pero si no hay pacto expreso o disposición estatutaria específica, los autores de las tesis pueden publicarlas donde lo deseen, quedando por verificar la situación en los casos en que el alumno sea un becario, es decir, cuáles han sido las condiciones y exigencias para su otorgamiento.

Dependiendo si el autor de la tesis ha cedido o no a la universidad los derechos de publicación o reproducción podrá ésta efectuarse sin la autorización del autor, pero si ese no fuera el caso la autorización del autor resultará indispensable, no para la consulta –que es libre usualmente en todas las universidades- pero sí para un uso distinto por parte de terceros. Hay que advertir que la tesis doctoral dispone de una defensa reforzada respecto de otras obras científicas, aunque el riesgo de plagio está siempre presente, por su dilatado proceso de creación y el conocimiento que de ella tienen diversas personas.

La Ley Universitaria 23733 de 1983 dispone en su artículo 18 que cada universidad “*señala los requisitos para la obtención de los grados académicos y los títulos profesionales correspondientes a las carreras que ofrece*”. En su artículo 22 dispone que sólo las universidades otorgan los grados académicos de Bachiller, Maestro y Doctor, indicando en su artículo 24 que son sucesivos, y que son obligatorios, en adición al título profesional, para el ejercicio de la docencia, según su artículo 45. Lo mismo señalan los artículos 64 y 102 del Estatuto de la PUCP.

El Estatuto de la PUCP aprobado en noviembre de 2013 establece en su artículo 49 que apoya la investigación en todos sus ámbitos, pues ella constituye uno de sus fines esenciales (Art. 4). Y en tal sentido puede crear centros de investigación e institutos especializados (Art. 53), publicando resúmenes informativos de los trabajos de investigación realizados (Art. 52). Para la obtención de los grados académicos de Magíster y Doctor se requiere presentar y sustentar públicamente una tesis, la que es sin duda un trabajo de investigación.

Según las “*Normas Generales sobre la Propiedad Intelectual*” de la PUCP, Título I, Capítulo I, Art. 1, corresponden a la Universidad de manera exclusiva la totalidad de los derechos de contenido económico sobre las obras o investigaciones concebidas por el personal docente y estudiantes en el curso de sus responsabilidades académicas, salvo contrato que establezca algo distinto, pero se les reconocerá los derechos morales que les corresponda en su calidad de autores (Art. 3). Cuando la tesis sea elaborada totalmente por el estudiante, será éste el titular de los derechos y facultades que la ley le concede, siempre que se preserven los derechos de la Universidad (Art. 8). Las tesis no pueden ser comercializadas o difundidas sin la autorización de su autor, pero pueden reproducirse breves extractos de ellas en la medida justificada para fines de enseñanza o para la realización de exámenes, “*siempre que se haga conforme a los usos honrados y no sea objeto*

de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro” (Art. 25).

5.8. El Impacto de las nuevas tecnologías

5.8.1. El impacto generado por las nuevas tecnologías y el Internet han supuesto una quiebra a la protección a los creadores intelectuales a causa, principalmente, de la multiplicación de las posibilidades de copia. No está de más recordar que la evolución del Derecho de Autor ha estado ligada siempre a las innovaciones tecnológicas: su punto de partida lo encontramos en la imprenta y su desarrollo posterior fue influenciado por la cinematografía, la fotocopia, etc. Estos desarrollos que, en términos generales, han significado un avance para la humanidad, han puesto al mismo tiempo en evidencia lagunas y vacíos legales, y originado variados problemas de aplicación práctica.⁸⁶

La sociedad de la información, a cuyo nacimiento asistimos, tiene entre sus características más notables el desarrollo de las tecnologías digitales; es decir, el contenido de las obras intelectuales será digitalizado, lo que permite la realización de múltiples copias a un coste mínimo y favorece su posterior distribución. “*Estas copias son exactamente iguales que los originales y además no sufren un deterioro en su calidad con el transcurso del tiempo, tal y como ocurre con los sistemas tradicionales de copia. Esto implica, a su vez, que cada copia puede, en la práctica, operar como un original y volver a ser copiada sin pérdida alguna de calidad, con lo que el número final de copias se multiplica enormemente*”⁸⁷. De todo ello surge la obligación de pago a los autores, pero también la imposibilidad de control al que ya nos hemos referido. También hay que tener en cuenta que las nuevas técnicas facilitan grandemente efectuar modificaciones o alteraciones en las obras. Aunque todo ello puede producir efectos favorables en los consumidores al disminuir el precio de la obra y favorecer el acceso, también es cierto que produce efectos negativos en los intereses del autor original y un probable desincentivo en su faceta creadora.

5.8.2. Son expresiones de la realidad la difícil regulación de las emisiones de obras efectuadas en lugares públicos; los derechos especiales sobre la base de datos; las obras multimedia y, por cierto, todo lo que significa el Internet, cuyos usuarios presumen frecuentemente que todo el material que ahí aparece puede ser utilizado libremente, es decir, que existe una licencia implícita. Pero ello no es así. Tenemos el caso de la llamada piratería, cuyos efectos económicos pueden ser de gran magnitud y motivo de quejas y protestas. Y como los sistemas de protección tradicionales, sea en su vertiente civil como penal se

86 Sobre esta materia pueden verse los siguientes artículos: Bercovitz, R.C., R., “*La tutela de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito digital*”; Freitas, E., “*Los derechos patrimoniales en el entorno digital*”; Antequera P., R., “*Los límites al derecho patrimonial del autor en el moderno entorno tecnológico*”; y, Solórzano S., R., y Montezuma, O., “*Apuntes sobre las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital*”, el primero con referencia especial a España y los dos últimos con varias menciones a las leyes y decisiones jurisprudenciales en los EE.UU., todos ellos publicados en el “*Anuario Andino de Derechos Intelectuales*” N° 3, Palestra, Lima, 2007

87 Serrano G., E., “*La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*”, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, pág. 61

muestran insuficientes, las “medidas tecnológicas de control o protección” surgidas también de las nuevas tecnologías, parecen ser las más efectivas y las de mayor futuro para prevenir y evitar violaciones.

Esas medidas consisten, básicamente, en controlar el acceso a las obras y prestaciones protegidas on-line, o dispositivos de prevención de copiado insertados en soportes materiales o en archivos explotados a través de Internet. Buscan que se respeten las condiciones estipuladas en los contratos. Los titulares pueden o no autorizar el acceso y el uso en formatos digitales, incluyendo el control de actos de mera visualización o audición, los cuales sólo pueden superarse si se conoce una clave encriptada. Protege no sólo los derechos patrimoniales de los autores, sino también sus derechos morales, y su evolución es compleja. Como es fácil apreciar, se trata de un territorio conflictivo, pues se ha alegado también abuso y prepotencia por parte de aquellas compañías que trabajan en esa área, y se les ha achacado impedir el acceso a manifestaciones culturales novísimas.

Las medidas tecnológicas aparecen en tratados tan importantes como el de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el correspondiente a la interpretación y fonogramas (TOIEF). La legislación de los EE.UU. ha sido pionera en esta materia y las incluye en su “Digital Millenium Copyright Act”. Este texto ha influido en los Acuerdos Bilaterales de Libre Comercio, tal como ha sucedido con el celebrado con el Perú (aprobado por Resolución Legislativa 28766 del 29 de junio del 2006), cuyas disposiciones van más allá de lo estipulado en los Tratados de la OMPI y que dio lugar a la promulgación del Decreto Legislativo 1076, el mismo que introduce modificaciones en el D.L. 822 (a su art. 196, al incorporar los artículos 196b, 196c y 196d). De otro lado, la referida ley estadounidense permite en estos casos y mediante un procedimiento ahí previsto eludir las medidas tecnológicas de protección, en aquellos casos en los cuales esas medidas han tenido un impacto negativo sustancial en la posibilidad de que las personas hagan un uso lícito de las obras protegidas; entre ellos, las vinculadas a las obras audiovisuales, incluidas en las instituciones de educación para uso educativo en cursos de cinematografía⁸⁸.

El D.L. 822 en su art. 38, con anterioridad a los mencionados tratados de la OMPI, permitió que el titular del derecho patrimonial tenga la facultad de implementar mecanismos o dispositivos de autotutela, incluyendo la codificación de señales, a fin de impedir la comunicación no autorizada, declarando ilícita la importación o la oferta de servicios destinados a descifrar las señales o suplir los sistemas de autotutela implementados por el titular del derecho.

5.8.3. La enseñanza a distancia tiene numerosas variantes. Tradicionalmente, se incluyen los métodos de enseñanza por correspondencia, el estudio a domicilio y el estudio independiente con materiales normalmente impresos. Los sistemas de enseñanza en los que las nuevas tecnologías tienen una presencia destacada utilizan generalmente dos formas:

88 Para estas materias, en las que hay abundante y reciente bibliografía, vid. Ríos R., W., “*La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*”, Universidad de los Andes, Ed. Temis, Bogotá, 2011, pág. 140 y ss.; Antequera P., R., “*Estudios de Derecho de Autor y derechos afines*”, op.cit., pág. 305 y ss.; Rogel V., C., “*Estudios Completos de Propiedad Intelectual*”, op.cit., pág. 459 y ss., así como los trabajos encargados por la OMPI citados en el pie de página N° 2.

independiente, que es por ejemplo la enseñanza asistida por computadora o gestionada por ella, y la enseñanza mediante conferencias, por ejemplo video conferencias. Estas últimas han dado lugar a inmensas inversiones tanto públicas como privadas, y se prevé que la mayoría de los libros de texto se ofrecerán en el futuro en formato electrónico.

La expresión “*enseñanza a distancia*” y sus numerosas variantes se aplican a estructuras educacionales muy diversas. Los métodos de “*enseñanza por correspondencia*”, “*estudio a domicilio*” y “*estudio independiente*” tienen más de un siglo de antigüedad y se basan en el uso de materiales didácticos usualmente impresos para el estudio autodidacta. En estos casos no es necesario que el estudiante salga de su domicilio para estudiar y puede servirse de diversos medios para establecer contacto con su profesor, sea mediante correo, teléfono, radio, etc. La enseñanza abierta ofrece a los alumnos diversas opciones que se manifiestan en el soporte de los textos (impreso, internet, etc.), el lugar de estudio, el ritmo del mismo, diversos mecanismos de apoyo, entre otros. Y si bien constituyen una vía para solucionar deficiencias y necesidades de muchas personas, pues hace posible la superación de la distancia física o los problemas de tiempo y horario, así como la utilización óptima del limitado personal docente, también tienen riesgos tales como la separación entre el profesor y el alumno, la dificultad de reconocimiento académico y de comunicación para casos específicos.

5.8.4. Ahora bien, la utilización masiva de tecnologías digitales como parte de la actividad educativa es ya una innegable realidad, pues se encuentra integrada en la mayoría de escuelas, institutos y universidades, y los programas académicos recogen ya desde temprana edad la instrucción en el uso de computadoras y programas digitales. Las nuevas modalidades derivan de la tecnología digital y es por ello que la mención tradicional a “*educación a distancia*” pierda todo significado por ser imposible de distinguir de la que ahora llamamos “*presencial*”. Como se puede apreciar cotidianamente, las pizarras y pupitres de la clase tradicional dejan paso aún sin desaparecer, a otros medios y metodologías pedagógicas⁸⁹.

La enseñanza virtual no tiene lugar en un espacio y tiempo determinado, sino en el lugar y momento que cada estudiante y profesor elija. Obviamente, el valor social e interés público de la actividad educativa, de la formación, es el mismo, con independencia del medio y la tecnología utilizados. Sin embargo, sus efectos legales y económicos son distintos. Y para ello hay que tener presente que muchas de las leyes de Derecho de Autor vigentes están pensadas en la enseñanza tradicional y no dan todavía una respuesta completa a las necesidades de esa nueva actividad educativa. Ello se hace notar fundamentalmente en la titularidad y subsiguiente explotación de las obras creadas por los profesores y los propios estudiantes, y en el uso de las obras preexistentes como parte de la instrucción⁹⁰.

89 Xalabarder, R., “*Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet*”, Revista de Propiedad Intelectual N° 29, pág. 16.

90 Así, por ejemplo, tradicionalmente las universidades han dejado en manos de los autores o profesores el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sobre sus producciones (con excepción de las patentes), ofreciéndoles un incentivo económico, aunque su valor no era demasiado alto. Pero la tecnología digital ofrece nuevas oportunidades de ingresos económicos derivados de la explotación, lo que requiere el diseño de políticas en el ámbito jurídico.

5.8.5. Lo que interesa fundamentalmente es el uso de obras preexistentes ajenas, que son las que se usan mayoritariamente en actividades educativas. Hay que recordar que los fines educativos siempre han sido mencionados como ejemplo de interés público que justifica un límite a los derechos exclusivos de autor y así se encuentra reflejado en Convenios internacionales y legislaciones nacionales. Pero como estas últimas no dan un trato uniforme a la materia, lo que se agrava en el ámbito digital por la territorialidad de ellas y el problema no resuelto de la ley aplicable, ello ha hecho difícil tratar el tema de la educación virtual en el marco legal. Ese tema nos lleva al de las licencias y a las dificultades para su obtención con fines educativos, a lo tedioso y arduo que resulta identificar quién tiene la titularidad de los derechos, la obtención de respuestas rápidas, la determinación de precios y las prohibiciones de uso.

Cuando se trata de la enseñanza presencial, el uso de las obras preexistentes está “*autocontenido*” en un espacio físico y temporal concreto, el de la clase, y no tiene demasiada repercusión económica en el mercado. La mayoría de esos usos educativos podría directamente verse exonerados del régimen del Derecho de Autor por la doctrina del *de minimis lex non curat* que hacía que ni los legisladores ni los autores se preocuparan en demasía por algunos de los usos educativos que tenían lugar en el contexto de la clase presencial⁹¹.

Pero en el mundo digital ya no es así, porque las redefiniciones de los derechos exclusivos de reproducción y puesta a disposición del público hacen virtualmente imposible utilizar una obra en un contexto digital sin afectar los derechos exclusivos del autor; en otras palabras, en el contexto digital no caben usos/*de minimis*, todo uso es acto de explotación. A ello se agrega que los derechos exclusivos de autor en los nuevos convenios internacionales no se han visto contrarrestados con un refuerzo paralelo de las excepciones y límites aplicables a tales derechos exclusivos y en particular por el establecimiento de medidas tecnológicas de protección sobre las obras⁹².

5.8.6. Pero los límites o excepciones siguen siendo una pieza fundamental del régimen de propiedad intelectual y no una simple respuesta a las deficiencias que puedan existir en el mercado. Son instrumentos estructurales tan o más importantes que los derechos exclusivos que la ley confiere al autor. Como ya hemos visto, los límites son el derecho de cita, las disposiciones a favor de bibliotecas, la copia privada, etc., por lo que queda por examinar cuál es el impacto que ellos tienen en el uso de Internet o enseñanza virtual.

En todo uso con finalidad educativa en Internet se pueden distinguir tres actos distintos, a saber: la carga (*upload*) de una copia digital de la obra en el servidor; el acceso a la obra por parte de los estudiantes; y posiblemente la descarga por parte del receptor en un formato estable. En términos jurídicos, esos actos pueden traducirse en actos de explotación diferentes (de reproducción, puesta a disposición del público, comunicación pública) que a su vez pueden quedar o no sujetos a diferentes límites. Así, dependiendo

91 Xalabarder, R., “*Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet*”, op.cit., pág. 20.

92 Xalabarder, R., “*Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet*”, op.cit. pág. 21.

del lenguaje concreto utilizado en cada ley nacional y de la interpretación de sus límites, una actividad educativa virtual puede o no exigir licencia del titular.

En cuanto a la identificación del beneficiario del límite, puede ser personal e institucional; por ejemplo, cuáles son las entidades educativas que pueden beneficiarse del límite legalmente previsto. Y a nivel individual es preciso identificar si son sólo los profesores los beneficiarios o también los estudiantes. Otro tema es el de la finalidad, pues los límites se refieren a conceptos vagos como “*ilustración para la enseñanza*” o “*finés educativos*”, cuya interpretación no viene detallada en la ley. Pero en la enseñanza virtual es difícil distinguir entre uso docente y compilación, ya que el material utilizado como parte de la instrucción permanece disponible como si se tratara de una compilación de materiales. Finalmente, es necesario tener presente que los diversos límites pueden establecer condiciones o restricciones específicas en cuanto al tipo de obra (artística, musical, etc.) y al alcance del uso permitido. Para la interpretación y aplicación de estos límites debe estarse a las reglas interpretativas aplicables según el cuerpo normativo del que se trate⁹³.

5.8.7. La llamada “*gestión digital de derechos*” designa diversos elementos de las tecnologías de la información que se emplean para formular los derechos y velar por su observancia. Es preciso distinguir entre la gestión de contenidos y la gestión de derechos. La gestión de contenidos designa el acto de crear el contenido y luego los de transformación (modificación y adaptación), fijación, almacenamiento, transmisión, ejecución, reproducción y, finalmente, destrucción del contenido. Por su parte, la gestión de derechos designa los actos referidos a los derechos que rigen la gestión de contenidos, los que nacen de la legislación, del contrato o de ambos. Resulta de general reconocimiento que gracias a los medios de la moderna informática, la creación de datos y labores posteriores con ellos relacionadas permiten poner más información al alcance de un mayor número de usuarios⁹⁴.

VI. INFRACCIONES Y SANCIONES

A continuación nos referiremos a las autoridades vinculadas al Derecho de Autor, en forma genérica a las infracciones y sanciones, para después hacer mención a algunos supuestos controversiales, tales como la reproducción reprográfica, las excepciones haciendo uso de Internet y de la reproducción digital, a la luz de algunas resoluciones emitidas por INDECOPI.

6.1. Las oficinas nacionales competentes de Derecho de Autor, de conformidad con la Decisión 351, artículo 51, organizan y administran el Registro Nacional de Derecho de Autor y derechos conexos; ejercen la función de autorización, inspección y vigilancia de entidades de gestión colectiva; intervienen en los procesos de conciliación y arbitraje; aplican de oficio o a petición de parte las sanciones contempladas en la legislación; ejercen funciones de vigilancia e inspección; entre otras.

93 Xalabarder, R., “*Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet*”, op.cit., pág. 25.

94 Garnett, N., “*Estudio sobre los Sistemas automatizados de gestión de derechos y limitaciones y excepciones al derecho de autor*”, op.cit., pág. 14 y ss.

El D. Leg. 822 dispone en su artículo 168 que la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el Derecho de Autor y los derechos conexos, resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas por denuncia de parte o por acción de oficio. El Artículo 169 y siguientes le otorgan un conjunto de atribuciones, entre ellas, por ejemplo, dictar medidas preventivas o cautelares y sancionar las infracciones, y, por cierto, llevar el Registro Nacional de Derecho de Autor y derechos conexos.

Ambas disposiciones, la Decisión 351 y el D. Leg. 822, exigen se observe el debido proceso, de conformidad con los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Y la autoridad podrá ordenar medidas cautelares, como el cese inmediato de la actividad ilícita, o la incautación y secuestro de los medios utilizados para la comisión del ilícito, el pago al titular del derecho infringido, ordenar quién asume los costos del proceso, y otras medidas similares.

Las acciones por infracción se sujetarán al procedimiento del Título V del D. Leg. 807 y supletoriamente por la Ley de Procedimiento Administrativo General aprobada por la ley N° 27444.

Podrán interponerse recursos de apelación ante la Sala de la Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI en la cual no se aceptarán medios probatorios, salvo documentos.

Las partes podrán recurrir tanto a la vía civil como a la penal. En la primera podrán solicitar en la vía contenciosa administrativa la nulidad de la resolución expedida por el órgano administrativo y la indemnización por daños y perjuicios correspondiente. El Código Penal trata en su Título VII de los delitos contra los derechos intelectuales. En su Capítulo I contra los derechos de autor y conexos, tratando el artículo 216, entre otros, de aquellos que estando autorizados para publicar una obra lo hicieren sin mencionar el nombre del autor; el artículo 217 de la difusión, distribución y circulación de la obra sin autorización del autor; el 218 del plagio y comercialización de la obra; el artículo 219 de la falsa atribución de autoría; el 220 de las formas agravadas, siendo uno de los casos el de quien realiza actividades propias de una gestión colectiva sin contar con la autorización debida de la autoridad administrativa correspondiente; y, finalmente, el artículo 221 que trata de la incautación o decomiso de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. De otro lado existen 7 fiscalías provinciales especializadas en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual, que tienen el difícil reto de mantenerse informadas de los diarios avances tecnológicos que se utilizan para cometer buena parte de los ilícitos penales.

6.2. El D. Leg. 822 dispone en su artículo 183 que se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en él y que cuando los hechos materia del procedimiento administrativo constituyan presunto delito, la Dirección de Derecho de Autor podrá formular denuncia penal ante el Ministerio Público. Las sanciones se impondrán de acuerdo a la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, el perjuicio que hubiese causado, el provecho ilícito obtenido y otros criterios contemplados en el artículo 186. Dicha Dirección podrá, según el artículo 188, imponer, conjunta o indistintamente, las sanciones de amonestación, multa, reparación de omisiones, cierre

temporal o definitivo del establecimiento, incautación o comiso definitivo, y publicación de la resolución a costa del infractor. Los artículos siguientes detallan más abiertamente estas peculiaridades del proceso.

Por su parte, y como ya hemos señalado antes, en el D.Leg. 822 existen varios artículos, tales como el 196 a), b), c) y d); 197 y 198, que están referidos a la elusión de medidas tecnológicas efectivas.

6.3. Es preciso advertir que por disposición expresa del artículo 203 del D.Leg. 822 gozan los extranjeros del trato nacional, cualquiera que sea su nacionalidad o domicilio, o el lugar de la publicación o divulgación efectuada.

El fotocopiado ilegal de libros y revistas ha dado lugar a campañas públicas para contrarrestar esa práctica extendidísima, a la cual no se le sanciona como la ley dispone, lo que ha originado encendidas polémicas, pues son muchos los que consideran que el uso extensivo de fotocopias es la única forma por la cual los estudiantes de bajos recursos económicos pueden acceder a obras de importancia. Es muy extendida la opinión en el medio universitario que el precio de los libros es tan alto que no queda otra alternativa que recurrir a las fotocopias y que ello es, además, fomentado tanto por profesores como por los alumnos⁹⁵. A ello se suma las dificultades para la obtención de copias de revistas científicas.

Por cierto, las editoriales han iniciado en muchos lugares campañas para vender libros a costo reducido, pero la fotocopia se debate entre la democratización del conocimiento y la cultura post moderna de la fragmentación. En efecto, en las carreras humanísticas y sociales se fragmentan los libros porque las materias se ordenan por temas o problemas y se basan en muchas ocasiones en textos inconseguibles. Por tanto, se afirma, que para erradicar las fotocopias habría que reformular todas las currículas, aunque se reconoce que ellas no generan el vínculo afectivo que sí produce el libro⁹⁶.

Una de las vías de solución ha sido el establecimiento de institutos o entidades destinadas a cobrar un gravamen sobre las reproducciones. Pero será difícil eliminar la práctica de las fotocopias cuando se trata de universidades o institutos superiores con miles de alumnos, con escaso espacio en las aulas y con pocos o únicos ejemplares de libros en las bibliotecas.

6.4. Una vez analizado el sistema de límites para fines educativos, es preciso examinar los diferentes criterios que deben tenerse en cuenta para la interpretación de tales límites, con el objeto de decidir sobre la licitud o ilicitud en un caso concreto. Hay que tener presente la tendencia preferente a utilizar el término “excepción” en lugar de límites para justificar su carácter excepcional. Este criterio no viene recogido formalmente en la mayoría de las

95 J. Monroy en su obra ya citada “*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*”, en las págs. 172 y ss., trata extensamente de este tema y cita dos trabajos del peruano Crisólogo Cáceres, “*Asuntos que atañen a los consumidores en el Perú*” (2009), en el que compara la diferencia de precio de libros en EE.UU. y el Perú, su relación con el precio de la fotocopia y el salario mínimo vigente en los dos países.

96 Sosa, Cecilia, “*Apuntes a la hoguera*”, <http://www.pagina12.com.ar/1998/98-10/98-10-13/univer01.htm> al 22.01.14.

legislaciones, sino que su origen es doctrinal y ha sido establecido para guiar al legislador en el diseño de los mismos más que para guiar al juez en la interpretación de los mismos.

En primer término, la interpretación de los límites o las excepciones debe ser restrictiva. En el caso de uso de Internet, es importante recordar la regla de los tres pasos cuando se trata de excepciones para fines educativos, con el objeto de concretar en lo posible el alcance del límite. Por ejemplo, explicar el significado de “*fines educativos*” o de “*ilustración de la enseñanza*”, es decir, los tipos de actividades que están cubiertas por estas denominaciones. En segundo lugar, la excepción debería cubrir cualquier uso que sea necesario para la instrucción, incluida la digitalización; cubrir todo tipo de obras, pero las producciones editoriales destinadas precisamente a la enseñanza quedar excluidas. Por cierto, el uso sólo quedaría legitimado en la medida justificada por el fin educativo concreto, sin excluir los tipos de educación ni las instituciones que se dedican a ello y, por cierto, cuando no se persiga una finalidad comercial.

En lo que se refiere a no atentar contra la explotación normal de la obra, tener presente que el uso va a restringirse a los estudiantes matriculados en el curso y que ello se haga efectivo mediante la implementación de medidas tecnológicas de acceso. De otro lado, y en este mismo ámbito, establecer una remuneración o compensación equitativa a favor de los titulares de derechos, teniendo presente el tipo de uso, la frecuencia del mismo y el número de estudiantes; por cierto, la fijación de tarifas debería ser negociada entre las partes. Finalmente, habrá que utilizar en lo posible la gestión colectiva obligatoria, pues la combinación de límite y remuneración antes señalados lo convierte de facto en una licencia legal, siendo lo más efectivo su sujeción a la gestión colectiva obligatoria.

6.5 De conformidad al artículo 13 inciso a) de la Decisión 351, concordado con el artículo 31 inciso a) del D.Leg. 822, el autor tiene el derecho exclusivo de realizar o autorizar la reproducción de su obra por cualquier forma o procedimiento. Tradicionalmente el derecho de reproducción se ha entendido como la fijación material de una obra, de forma tal que puedan obtenerse copias de la misma. Pero, como ya hemos dicho, el desarrollo tecnológico ha afectado grandemente al concepto mismo de reproducción, incluyendo ahora a las copias digitales en la memoria de un ordenador, o las copias que se producen en la internet, debilitando la exigencia de corporeidad tradicionalmente exigida.

Son pocos los procesos sobre limitaciones o excepciones que se han llevado a cabo ante la Oficina de Derecho de Autor del INDECOPI. En su Resolución N° 0968-2004/TPI ha establecido controversialmente que toda forma de reproducción, sea analógica o digital, se encuentra comprendida dentro de los alcances del derecho de reproducción, razón por la cual se requiere en todos los casos autorización previa y por escrito del autor⁹⁷.

En efecto, en la citada Resolución N° 0968-2004/TPI del 28 de octubre de 2004 ha señalado lo siguiente: “*Tradicionalmente se ha entendido que el derecho de reproducción*

97 Dándole fuerza a esta afirmación el artículo 37 del D.Leg. 822 establece que “*siempre que la ley no dispusiese expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor*”.

comprende la fijación material de una obra, de tal forma que se puedan obtener una o varias copias de la obra, de manera total o parcial. Sin embargo, la evolución tecnológica ha ido configurando y afectando al concepto mismo de reproducción de tal forma que hoy se incluyen dentro del concepto de reproducción las obras digitales de una obra en la memoria de un ordenador o las copias que se reproducen en la internet, lo cual ha debilitado la exigencia de corporeidad”. Si bien esta resolución agrega de inmediato que “es ilícita toda reproducción total o parcial de la obra por cualquier medio o procedimiento sin la autorización expresa del autor”, esta conclusión ha sido cuestionada por algunos.

La explicación dada por el Tribunal haciendo mención a la evolución tecnológica y al cambio en el concepto mismo de reproducción ha hecho que se piense que puede aplicarse la excepción legal no sólo al concepto de copias facsímiles tangibles, tal como lo define el artículo 2.38 del D.Leg. 822 cuando define lo que es reproducción reprográfica, sino que ahora puede extenderse la autorización a aquellos otros supuestos donde se haya empleado cualquier medio o procedimiento para la reproducción, lo que implica la reproducción de obras por medios de soporte magnéticos, siempre que esa reproducción se haga para la enseñanza, sin fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, y conforme a los usos honrados, tal como señala el inciso a) del artículo 43 del D.Leg. 822. A ello se agrega que la Ley 28086, Ley de Democratización del Libro y de Fomento de la Lectura, entiende al término reprografía como la reproducción por “*diversos medios*”, lo que constituye una amplia senda de interpretación. Esta interpretación, que por cierto es controversial desde el punto de vista legal, constituye un muy importante beneficio tanto económico como pedagógico para los alumnos y para la enseñanza.

En la Resolución N° 0546-2010/TPI-INDECOPI la Sala trató sobre los requisitos para el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva y la pertinencia de un “*Tarifario de la compensación de copia privada de nuevos soportes*” como consecuencia de lo dispuesto por la ley 28131 (Ley del artista intérprete y ejecutante), así como de su aplicabilidad a los teléfonos móviles. Puede destacarse la polémica al interior del procedimiento sobre el alcance de la compensación por copia privada respecto a cuáles son los bienes comprendidos como soporte material, es decir, si la tarifa a aplicarse debe recaer únicamente sobre aquellos bienes cuya única y exclusiva funcionalidad sea la de actuar como soportes “*puros*” de reproducción, lo que no sería el caso de los teléfonos móviles inalámbricos, o sobre genéricamente los “*materiales o soportes idóneos que permitan la reproducción*”, que es lo que dice la ley. La determinación de este extremo es importante porque dependiendo de la interpretación que se dé, la compensación por copia privada se podría convertir en un sobre costo arancelario o tributo que afecta a los consumidores en una amplia gama de productos. Todo ello como consecuencia de la falta de claridad de la Ley del artista en esta materia, pues no se especifica cuáles son los productos que deben pagar la compensación, lo que ha llevado a actitudes poco razonables de las entidades de gestión colectiva y a su enfrentamiento con importadores de una amplia gama de productos que pueden reproducir y hasta con compañías de servicio de telecomunicaciones móviles.

Finalmente, en una Resolución más reciente, la N° 1327-2011/TPI-INDECOPI, la Sala se ha extendido en consideraciones tales como el contenido y alcances del Derecho

de Autor, interpretación de las limitaciones, tales como reproducción de obras con fines informativos, derecho de cita, remuneraciones devengadas y determinación de sanciones.

VII. PERSPECTIVAS FUTURAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

7.1 Se discute si el Derecho de Autor constituye una restricción a la educación, a la investigación y al acceso a la cultura, especialmente porque durante los últimos años se han ampliado los plazos de protección y se han implantado en el ámbito digital numerosas medidas de protección. Frente a ello, el discurso mayoritario que viene desde décadas atrás es que el Derecho de Autor es fundamentalmente un sistema de incentivos que propicia la creación de nuevas y mejores obras, y que la educación y la difusión del conocimiento necesitan de la creación y producción permanente de bienes culturales, todo lo cual requiere de un sistema, como el del Derecho de Autor, que garantice una justa remuneración al trabajo intelectual⁹⁸.

Desde esta perspectiva, el Derecho de Autor no debería ser visto como un medio de apropiarse del conocimiento, restringiendo la libre difusión del saber, pues sólo reconoce un derecho sobre la expresión original con que cada autor expresa su creación, de manera que no se permite la apropiación de las ideas o el contenido conceptual de las obras. Otra visión piensa, sobre todo en países en vías de desarrollo, que la extendida piratería favorece automáticamente la libre difusión del conocimiento, el acceso a la información y el entretenimiento a los sectores de la población con necesidades básicas insatisfechas. Pero frente a ello, con el pretexto de favorecer a un sector de la población, se afirma que no se puede privar de su trabajo a los autores ni a la industria de la creación artística o literaria. De otro lado, hay que reconocer que los precios de libros y de textos escolares corresponden a comportamientos comerciales de empresas y personas que no tienen siempre relación directa con las disposiciones del Derecho de Autor. Ese complejo conjunto de opiniones hace conveniente pensar en la conveniencia de concordar las disposiciones legales con el derecho a la educación y el acceso al conocimiento y a la cultura. Y en ese contexto la tecnología debe utilizarse en provecho de toda la sociedad. En este sentido, la libertad característica de Internet no debe confundirse con anarquía.

Si bien no cabe duda que la educación es de fundamental importancia en todas las sociedades, las restricciones para el ejercicio de los Derechos de Autor o su eliminación no van a favorecer el desarrollo de la educación automáticamente, pues ello depende de muchos factores. De otro lado, hay que tener presente que las obras destinadas a la educación deberían provenir principalmente de la producción nacional o local, cuyos creadores necesitan la protección del Derecho de Autor.

7.2 Como hemos ya recordado, los fines educativos ya se mencionaban en la primera versión del Convenio de Berna de 1886 y con algunas diferencias figuran en él hasta hoy como interés público que justifica establecer excepciones o limitaciones al Derecho de

98 Monroy, J.C., “*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*”, pág. 244 y ss., a quien seguimos en este punto.

Autor. Aunque generalmente aceptadas como un derecho fundamental que debe contrabalancear el efecto de los derechos exclusivos de los autores, las legislaciones nacionales no han logrado tratar de manera uniforme y completa a la educación como un motivo de excepción o limitación del Derecho de Autor. A la fecha ellas están lejos de satisfacer las necesidades de la enseñanza en línea y de abarcar la utilización de obras como parte de las actividades educativas por Internet⁹⁹.

A través de la historia, como señala adecuadamente Raquel Xalabarder, a quien seguimos ampliamente en esta sección, la tecnología siempre ha definido nuestra manera de educarnos, tanto en lo que tiene que ver con los medios empleados para impartir la enseñanza, como con el material didáctico que la acompaña. Y dichos medios tecnológicos difieren generalmente en función del desarrollo económico, social y político de cada país. En la enseñanza presencial, la utilización de obras es “inherente” y no sale del ámbito de la clase, no teniendo además mayor repercusión económica. Así, algunos usos para la enseñanza presencial podrían eximirse de prohibición con arreglo a la doctrina general por la cual de *minimis non curatlex* (la ley no tiene en cuenta las trivialidades, o un uso no autorizado en pequeña escala no constituye una infracción recurrible). En el mundo digital las cosas han cambiado y no se podrá hacer uso de esa doctrina, pues toda acción necesaria a la actividad docente será calificada de reproducción o de puesta a disposición en línea; en consecuencia, las excepciones con fines didácticos necesitan ahora una mayor precisión. No está de más recordar que a medida que aumenta el número de obras disponibles en formato electrónico y la posibilidad de contratarlas en línea, las llamadas formas de gestión digital de derechos (DRM) y las condiciones de licencia pueden prevalecer sobre las excepciones.

7.3 Sin perjuicio de las referencias generales antes citadas, es preciso tener presente algunas formas alternativas de abordar los problemas identificados por lo que atañe al Derecho de Autor en el ámbito de los usos educativos, haciendo hincapié en la utilización creciente de tecnologías digitales y en las posibles alternativas que provea la legislación aplicable.

En primer término, sabemos ya de las dificultades de conocer cuál es la legislación aplicable en aquellos cursos que se brindan a los alumnos textos virtualmente, especialmente en lo que se refiere a la validez de la licencia que debe contratarse para esos efectos. Por ejemplo, cuando se trata de un entorno interconectado, la elección de la legislación aplicable puede llevar a diversas leyes. De otro lado, cada país de recepción desde donde los alumnos puedan acceder a la obra y descargarla, puede hacer que se aplique su legislación, y puede ocurrir también que el alcance territorial de la licencia no abarque todos los países en que residen los alumnos. En este sentido, se discute si la legislación aplicable debe ser del país en donde se localiza el servidor o el sitio web al que se sube la obra protegida, o utilizar como punto de unión el país que concede el título educativo o universitario. Resulta obvio que ninguna de estas soluciones es totalmente satisfactoria y que las instituciones de enseñanza en línea se enfrentan a la inseguridad que genera un *sinfín*

99 Xalabarder, R., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor para actividades educativas en América del Norte*”, op.cit., pág. 6 y ss.

de posibles legislaciones nacionales aplicables. Es conveniente tomar en consideración lo que dice Raquel Xalabarder, “*resulta acertado prever que, a largo plazo, la educación en línea acabará operando al margen de la ley sobre derecho de autor: no sólo porque los usuarios desconocerán qué ley y qué licencia se han de respetar, sino también porque los países y las sociedades de gestión colectiva serán incapaces de hacer cumplir sus leyes sobre derechos de autor*”¹⁰⁰.

La solución más recomendable para mantener el equilibrio entre los derechos legítimos de los autores y titulares y el interés público en la educación parece ser un sistema de concesión de licencias obligatorias. Las ventajas son que garantizaría que se pudieran utilizar con fines educativos todas las obras en vez de permitir que sean los autores y titulares los que decidan los usos didácticos. También simplificaría el proceso de concesión de licencias, beneficiando a todas las partes implicadas y garantizaría que un mayor número de autores y titulares del derecho de autor recibiesen una compensación. De esta manera todos los establecimientos de enseñanza, ya sean públicos o privados, con o sin fines de lucro, se podrían beneficiar de la excepción cumpliendo con determinadas condiciones.

Como se puede apreciar, la distinción entre enseñanza presencial y en línea quedará pronto obsoleta, dado que los formatos digitales son ya comunes y de uso muy extendido. Ello pone en evidencia que la educación se ve muy constreñida en un mundo en el que los titulares del Derecho de Autor tienen la facultad de fijar en forma unilateral las condiciones (precio y términos) para el uso de sus obras con fines educativos e inclusive denegar la autorización. No cabe duda que el interés público que justifica las excepciones al Derecho de Autor para fines educativos es el mismo, sean cuales sean los medios empleados para llevar adelante la enseñanza en cuestión. Todo ello lleva a justificar un enfoque abierto y flexible a favor de todas las formas de educación en la medida que así lo requieran los fines educativos, previo pago a los autores y titulares de una remuneración¹⁰¹.

7.4. Juan Carlos Monroy en su estudio sobre las limitaciones o excepciones en beneficio de las actividades educativas, varias veces mencionado¹⁰², menciona casos nacionales vinculados a esta materia y propone varias alternativas de mejora en la legislación que es pertinente tener presente. Así, para facilitar la digitalización de obras y prestaciones para su uso en distancia por medios digitales, citando a Louise Morán, señala que el mecanismo a adoptarse en la legislación debe dar cabida no sólo a las limitaciones o excepciones sino también a la “*rentabilidad comercial*”. En este sentido, el Consortium for Educational Technology for University Systems (1995) plantea cuatro principios, a saber: a) ha de protegerse el legítimo derecho de la educación superior a emplear obras protegidas; b) la libertad de acceso a la información, sea cual fuera el formato de ésta, forma parte funda-

100 Xalabarder, R., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor para actividades educativas en América del Norte*”, op.cit., pág. 145.

101 Xalabarder, R., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor para actividades educativas en América del Norte*”, op.cit., pág. 149.

102 Monroy, J.C., “*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*”, op.cit., pág. 195 y ss.

mental de los procesos de creación y aprendizaje; c) el derecho de la educación superior al uso leal ha de ser mantenido en la era electrónica sin las trabas usuales por las licencias o derechos de transacción; y, d) la educación superior tiene la obligación de educar respetando la propiedad intelectual y los usos legítimos. Este es uno de los puntos centrales en torno a la educación a distancia por medio digital y por tal motivo es conveniente consagrar limitaciones o excepciones específicas al derecho de reproducción en el entorno digital y no tratar esta realidad haciendo analogía con los límites y excepciones tradicionales vinculadas a la enseñanza. En este sentido, cree conveniente que un instrumento internacional unifique los parámetros, condiciones o requisitos para la aplicabilidad de esas limitaciones o excepciones en el ámbito digital.

Existen muchas otras iniciativas, tales como las propuestas por la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas (IFLA) que considera indispensable compartir recursos en la educación, para el buen funcionamiento de la democracia, el crecimiento económico y el desarrollo personal. De otro lado, la Teach Act de los EE.UU. también contempla un conjunto de recomendaciones que es conveniente tomar en cuenta, así como estudios de la UNESCO vinculados al Open Educational Resources (OER), que adoptó lo que se denomina “*recursos educativos abiertos*” (REA). Otras alternativas son las conocidas como Creative Commons, que ha desarrollado diversos tipos de licencias. También existen iniciativas de profesores universitarios que permiten el libre acceso a sus trabajos, como es el caso de los vinculados a la Facultad de Artes y Ciencias de la Universidad de Harvard. Otras iniciativas se vinculan a la transformación de obras por estudiantes que realizan trabajos académicos; la regulación de la copia privada garantizando derechos e intereses, especialmente en el entorno digital; la adopción de estipulaciones por los establecimientos de enseñanza respecto a la responsabilidad por infracciones cometidas por sus estudiantes; el promover el acceso efectivo a las obras de dominio público y desarrollar la normativa de limitaciones o excepciones a las medidas tecnológicas. Otros temas objeto de discusión y propuestas diversas son los vinculados a la conveniencia de fijar precios fijos a determinado tipo de libros; las regulaciones sobre el libro electrónico (*e-book*) y el acceso a la publicación electrónica de revistas científicas amparadas en modelos alternativos de licenciamiento, así como facilitar el acceso a los resultados de investigaciones realizadas con fondos públicos o a la publicación electrónica de tesis o monografías de grado por parte de las instituciones de enseñanza, entre muchos otros temas. No está de más señalar que la existencia de una biblioteca digital en Internet es hoy día una muestra de la calidad de una institución universitaria.

7.5 No cabe duda que existe preocupación sobre la libertad académica y el control que los proveedores de contenido pueden ejercer en función de si permiten o no que se use en cursos de educación a distancia. Esta facultad que hoy se ejerce ampliamente no debe permitirse, pues ello equivale a controlar qué es lo que debe enseñarse. Por tal motivo, es poco probable que sólo con la tecnología y la concesión de licencias, por perfectas que sean, incluso voluntarias, se encuentre el equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que están en juego. Como dice Xalabarder, “*las cuestiones de política pública constituyen una parte fundamental de la legislación en materia de derecho de autor y sólo pueden abordarse adecuadamente con arreglo a la ley. Las necesidades de educación*

y acceso a la cultura deben verse satisfechas con virtud a nuestras legislaciones sobre derecho de autor como una cuestión de estricta política pública. No es que el personal docente tenga ‘derecho’ a usar obras protegidas, es que es su obligación y su deber para la sociedad, y las legislaciones en materia de derecho de autor deberían prever este hecho. Unas rigurosas excepciones remuneradas y obligatorias con fines educativos, en virtud de esquemas de licencias legales, sólo propiciarán el avance de la creatividad y beneficiarán a los autores”¹⁰³

La educación, dice Xalabarder, merece unas excepciones más eficaces que las existentes hoy en día, lo cual sólo puede conseguirse a escala supranacional. Como sabemos, la educación es la piedra angular del progreso de la sociedad y el desarrollo de los mercados e Internet brinda una oportunidad única que se contrapone a la fragmentación de las soluciones previstas en las legislaciones nacionales que puedan acabar siendo un impedimento para el desarrollo de una enseñanza en línea. En el mundo de la red digital, las soluciones incorporadas en las legislaciones nacionales dejarán pronto de ser válidas, pues las fronteras se han desvanecido en esta materia, especialmente entre las naciones que comparten el mismo idioma¹⁰⁴.

103 Xalabarder, R., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor para actividades educativas en América del Norte*”, op.cit., pág. 150.

104 Xalabarder, R., “*Estudio sobre las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor para actividades educativas en América del Norte*”, op.cit., pág. 151.