



Vía Iuris

ISSN: 1909-5759

ISSN: 2500-803X

Fundación Universitaria Los Libertadores

Pereda Mirabal, Ana María

Reconfiguración teórica y normativa de las limitaciones al
derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital

Vía Iuris, núm. 32, 2022, -, pp. 33-50

Fundación Universitaria Los Libertadores

DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n32a2>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273976579006>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

LUDEM 

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2021

Fecha de evaluación: 15 de noviembre de 2021

Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2021

Reconfiguración teórica y normativa de las limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital*

*Ana María Pereda Mirabal***

Para citar este artículo

Pereda, A. (2022). Reconfiguración teórica y normativa de las limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital. *Vía Iuris*, (32), 33-50. DOI: <https://doi.org/10.37511/viauris.n32a2>

RESUMEN

La actividad bibliotecaria en entornos digitales incide en facultades patrimoniales de autores cuyas obras se coleccionan en estas instituciones, de ahí la necesidad de encontrar un equilibrio entre ambos intereses. Constituye un objetivo de la presente investigación fundamentar los presupuestos teóricos y normativos que deben amparar la adecuación del sistema de límites y limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital actual para contribuir a la reducción de las afectaciones a los autores o titulares del derecho de autor y restablecer el equilibrio que debe existir entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de los creadores. Los resultados se concretan en la aportación de los presupuestos teóricos y normativos necesarios para el establecimiento de un sistema de límites y limitaciones a favor de las bibliotecas en el entorno digital y en la obtención de un material bibliográfico para emplear como fuente de estudio y consulta tanto en el ámbito académico de pregrado como de posgrado, ya sea por juristas, bibliotecarios, autores o personal administrativo encargado de la materia.

DOI: <https://doi.org/10.37511/viauris.n32a2>

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>



* El presente artículo es resultado del proyecto de investigación "Mejoramiento del control de calidad y monitoreo de las publicaciones científicas cubanas a nivel nacional e institucional", Universidad de La Habana / Universidad de Pinar del Río (periodo 2021-2023), La Habana, Cuba.

** Magíster en derecho civil por la Universidad de la Habana. Especialista en organización y gestión del Estado por la Universidad de Alicante. Licenciada en derecho por la Universidad de Pinar del Río. Profesora auxiliar del Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Notaria con protocolo docente adscrita a la Dirección Provincial de Justicia en Pinar del Río. Correo electrónico: anamariapereda5@gmail.com anam@upr.edu.cu ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8106-6607>

Palabras clave

Derecho de autor; bibliotecas; límites; limitaciones.

Theoretical and normative reconfiguration of copyright limitations in favor of libraries in the digital environment

Ana María Pereda Mirabal

ABSTRACT

Library activity in digital environments affects the patrimonial faculties of authors whose works are collected in these institutions, hence the need to find a fair balance between both interests. The objective of this research is to establish the theoretical and normative assumptions that must protect the adaptation of the system of limits and limitations to copyright in favor of libraries in the current digital environment, in a way that contributes to the reduction of the effects on authors or copyright holders and restore the balance that must exist between the right of access to culture and the right of creators. The results are specified in the contribution of the theoretical and normative assumptions necessary for the establishment of a system of limits and limitations in favor of libraries in the digital environment and in obtaining a bibliographic material to be used as a source of study and consultation, both in the undergraduate and postgraduate academic field, whether by lawyers, librarians, authors, and / or administrative personnel who are in charge of the matter.

Keywords

Copyright; libraries; limits; limitations.

Reconfiguração teórica e política das limitações de direitos de autor para bibliotecas no ambiente digital

Ana María Pereda Mirabal

RESUMO

A actividade da biblioteca em ambientes digitais afecta os direitos económicos dos autores cujas obras são recolhidas nestas instituições, daí a necessidade de encontrar um justo equilíbrio entre ambos os interesses. O objectivo desta investigação é estabelecer os pressupostos teóricos e regulamentares que devem sustentar a adaptação do sistema de limites e limitações aos direitos de autor a favor das bibliotecas no ambiente digital actual, de modo a contribuir para reduzir o impacto sobre os autores ou titulares de direitos de autor e restabelecer o equilíbrio que deve existir entre o direito de acesso à cultura e os direitos dos criadores. Os resultados são materializados na contribuição dos pressupostos teóricos e normativos necessários para o estabelecimento de um sistema de limites e limitações em favor das bibliotecas no ambiente digital e na obtenção de material bibliográfico a ser utilizado como fonte de estudo e consulta, tanto na área académica de graduação como de pós-graduação, quer por juristas, bibliotecários, autores e/ou pessoal administrativo responsável pelo assunto.

Palavras-chave

Direitos de autor; bibliotecas; limites; limitações.

Reconfiguration théorique et politique des limitations du droit d'auteur pour les bibliothèques dans l'environnement numérique

Ana María Pereda Mirabal

RÉSUMÉ

L'activité des bibliothèques dans les environnements numériques affecte les droits économiques des auteurs dont les œuvres sont collectées dans ces institutions, d'où la nécessité de trouver un juste équilibre entre les deux intérêts. L'objectif de cette recherche est d'établir les hypothèses théoriques et réglementaires qui devraient sous-tendre l'adaptation du système de limites et de limitations du droit d'auteur en faveur des bibliothèques dans l'environnement numérique actuel, de telle sorte qu'elle contribue à réduire l'impact sur les auteurs ou les titulaires de droits d'auteur et à rétablir l'équilibre qui devrait exister entre le droit d'accès à la culture et les droits des créateurs. Les résultats se matérialisent dans l'apport des hypothèses théoriques et normatives nécessaires à l'établissement d'un système de limites et de limitations en faveur des bibliothèques dans l'environnement numérique et dans l'obtention de matériel bibliographique à utiliser comme source d'étude et de consultation, tant dans le domaine académique de premier cycle que de troisième cycle, que ce soit par des juristes, des bibliothécaires, des auteurs et/ou du personnel administratif en charge de la matière.

Mots-clés

Droits d'auteur ; bibliothèques ; limites ; limitations.

INTRODUCCIÓN

El derecho de autor protege la forma en que se concibe y exterioriza un acto de creación intelectual y no las ideas, independientemente de la novedad que estas puedan presentar. Con base en este argumento su objeto de protección es la obra en especial relación con su creador. La finalidad del derecho de autor, en sentido estricto, es preservar la realización personal y económica del autor y, en sentido amplio, proteger la difusión del conocimiento y la promoción de la creación. La armonización de intereses privados y públicos, a partir del sistema de límites y limitaciones a las facultades autorales, es una constante para las legislaciones en la materia.

Los límites encuentran su fundamento en razones de orden público que buscan salvaguardar la educación, la difusión de la cultura, la investigación y la protección del patrimonio cultural. Los criterios para establecerlos se desarrollan, generalmente, sobre el llamado *test* de los tres pasos previsto en el Convenio de Berna. Así, las excepciones y limitaciones deben observar tres requisitos que justifican su aplicación: i) Que sea un caso especial y específico, ii) Que con su aplicación no se atente contra la normal explotación de la obra, y iii) Que con la excepción no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o titulares del derecho de autor.

En general, este sistema busca establecer el equilibrio entre autores, usuarios o utilizadores y destinatarios de las obras. Instituciones como las bibliotecas resultan beneficiarias porque tradicionalmente han ofrecido el acceso del público a las obras. Como afirma Cajas (2006): “son las más adecuadas para combinar de manera armónica los legítimos derechos de los autores o productores de obras con los del público usuario” (p. 23). La biblioteca es un sistema que selecciona, adquiere, organiza, representa, almacena y distribuye información para una comunidad de usuarios, con independencia del medio que soporte dichos procesos y la interfaz por medio de la cual interactúe el usuario con el sistema. Suelen clasificarse, según el uso que hacen de las tecnologías de la información y la comunicación para desarrollar sus procesos, en tradicional, electrónica, híbrida, virtual y digital (Ramírez, 2006).

Las nuevas formas de acceso en general y específicamente de introducción de la tecnología digital en la actividad de bibliotecas constituyen un desafío para el derecho de autor en el siglo XXI.

La posibilidad de digitalizar fondos en bibliotecas, incluidas las llamadas obras huérfanas y las descatalogadas; hacer reproducciones digitales; realizar préstamos a través de la copia electrónica del libro o préstamos digitales de *e-books*, tanto a usuarios como interbibliotecarios, sin que existan fronteras físicas; implementar la minería de textos y datos en las labores bibliotecarias, y consultar libros en formato digital a través de una red cerrada en las instalaciones bibliotecarias constituyen premisas para actualizar las limitaciones al derecho de autor en favor de las bibliotecas.

La posibilidad de reproducción de obras por bibliotecas no presentaba mayores complicaciones cuando los ámbitos de difusión y circulación eran relativamente próximos, ya que las obras estaban en formato físico o tangible como los libros y revistas impresas, el *compact disc* (CD), el *digital video disc* (DVD), el *pendrive*, etcétera (Sá e Mello, 2018, p. 14). La era digital ha puesto al descubierto el interés de acceder en línea a las obras que se digitalizan o que se crean en formato digital como el *e-book*, lo cual requiere necesariamente repensar los límites de esta facultad.

En cuanto al préstamo, las nuevas formas de acceso y difusión de contenidos han dado lugar a la aparición del libro electrónico y la posibilidad de que se hagan préstamos digitales. Como señala Bragado (2018), existen varias posibilidades para efectuar el préstamo digital: la más sencilla sería la incorporación de la obra a un soporte de lectura facilitado por la biblioteca al usuario, otro modo sería cuando dentro del recinto de la institución bibliotecaria desde su dispositivo personal o soporte de lectura al usuario se le presta el libro electrónico y, el más complejo, cuando el préstamo se hace a través de una red de comunicación a distancia (pp. 36-37).

Las bibliotecas abogan por la posibilidad de realizar el préstamo a distancia porque facilita sus funciones y es la opción que menos costo les genera. A pesar de ello, esta tercera variante del préstamo digital resulta más gravosa para los autores y titulares del derecho de autor por el posible daño que les ocasionaría al interferir con la explotación normal de la obra.

El límite al derecho de comunicación pública que permite la consulta en pantalla o terminales especializados de la institución resulta de igual forma inadecuado para el entorno digital. El hecho de que la consulta se haga a través de una red cerrada o

intranet excluye las consultas en línea e impide la accesibilidad desde internet. Esta realidad se contrapone a la necesidad de que los destinatarios de las obras puedan consultarlas desde cualquier parte del mundo y tengan que desplazarse a la sede de la biblioteca; estas a su vez se ven impedidas a prestar servicios de acceso remoto. De lo anterior se colige que el límite queda sin efectividad en la era digital.

El sistema actual de límites no se ajusta a las demandas de la digitalización del conocimiento. Las reproducciones, los préstamos digitales y las consultas en línea inciden directamente en las facultades patrimoniales de los autores. La respuesta ha sido implementar medidas tecnológicas y potenciar la vía contractual a través de las licencias de uso, soluciones que restringen la efectividad de los límites y afectan la actividad bibliotecaria. Ante la realidad de la aparición de bibliotecas digitales, la existencia de una era digital, la digitalización del conocimiento y la necesidad de un redimensionamiento de las excepciones a favor de bibliotecas adecuadas al entorno digital que permitan a estas instituciones el desempeño de su actividad sin vulnerar el derecho de los autores y titulares, el presente trabajo tiene como objetivo fundamentar los presupuestos teóricos y normativos que deben amparar la adecuación del sistema de límites y limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas en el entorno digital actual de manera que se contribuya a la reducción de las afectaciones a los autores o titulares del derecho de autor y se restablezca el equilibrio que debe existir entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de los creadores.

METODOLOGÍA

Para satisfacer el objetivo del presente trabajo se emplearon métodos como el exegético-analítico para el análisis normativo del objeto de estudio y la valoración de la eficacia de las normas, su calidad gramatical, su pertinencia frente a la cuestión analizada y su correspondencia con la realidad socioeconómica. Se empleó también el análisis jurídico-comparado para el examen de la doctrina, la jurisprudencia y las normas foráneas a fin de determinar tendencias y particularidades. Se seleccionaron países de la Unión Europea (España, Francia, Portugal e Italia) influenciados por las Directivas del Parlamento y del Consejo Europeo: 2006/115/CE, 2001/29/CE y 2019/790, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea por los prolíficos

aportes sobre el tema de estudio. En el contexto de América Latina, se escogió a Ecuador, Chile, México y Colombia porque resultan de vanguardia en la materia, especialmente el primero. Estos métodos se completaron con el análisis de documentos como técnica de investigación de nivel empírico; se tomaron como corpus los documentos doctrinales y legales nacionales e internacionales que regulan el sistema de límites y limitaciones al derecho de autor, así como sentencias extranjeras.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Limitaciones a favor de bibliotecas: necesarias especificaciones

Limitaciones a la facultad de reproducción

La reproducción es la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio o en cualquier forma de toda la obra o parte de ella que permita su comunicación o la obtención de copias. El concepto se amplía hasta comprender la fijación mediante cambio de formato de una obra y la obtención de copias mediante fotocopiado, almacenamiento en memoria de ordenador, *pendrive*, etcétera (Carrancho, 2016, p. 148), donde es significativo el auge de las reproducciones digitales de obras que nacen en formato digital, como los *e-books*.

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), en aras de armonizar el límite en Europa, previó el establecimiento de límites al derecho de reproducción para específicos actos realizados en bibliotecas. Resulta significativo el artículo 5. 2. c., pues al regular el límite no hace distinción entre el tipo de reproducción, analógica o digital. El hecho de no distinguir entre uno u otro tipo de reproducción ni especificar el su objetivo permitió entender el límite de la realización de las copias con fines o por razón de preservación, tan importantes en el entorno digital (Fernández, 2010, p. 4).

Determinar el número de copias es un requisito específico para apreciar el límite a esta facultad. Dentro de los textos legales consultados, solo México y Chile precisan en cada caso el número de copias, que oscilan entre una y dos como máximo. El texto refundido español y la ley colombiana son omisos.

En otras legislaciones los términos resultan imprecisos. Por ejemplo, en Cuba, la Ley 14/77 se refiere a la cantidad de ejemplares en correspondencia con las necesidades específicas de la biblioteca. Mientras que la norma ecuatoriana alude a la reproducción individual de una obra, la reproducción de fragmentos de obras y reproducción y suministro de copias de obras para préstamo interbibliotecario, de lo que se colige que en unos casos será una copia y en otros, varias, sin precisar el número.

La modificación de la ley de propiedad intelectual de Reino Unido en 2014 estableció que en los supuestos de publicaciones periódicas se autorizaría una sola copia y un solo artículo por publicación. También hace referencia a la copia de un fragmento. En sentido general se infiere que no se autoriza la realización de varias copias porque en todo momento emplean el vocablo copia, antecedido por el artículo *la*, en singular. Dicho criterio se considera acertado a la luz de la regla de las tres fases.

Otro de los requisitos específicos que se exige para la configuración del límite es que se trate de un acto provisional, transitorio o accesorio que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. Ello está asociado a la única finalidad de facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra o prestación protegida, que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Al amparo del cumplimiento de estos mínimos, la excepción debe cubrir actos de reproducción que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional y el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información.

En sentido general, el límite a la facultad de reproducción todavía muestra una concepción predigital que no es del todo adecuada a las demandas actuales. En el entorno latinoamericano esta realidad se evidencia en el hecho de que solo 21 países de un total de 27 cuentan con algunas excepciones y limitaciones a favor de bibliotecas, los otros seis no poseen límites para estas (Ramírez-Ordoñez & Simón, 2019, p. 14).

Dentro de los que contemplan limitaciones, Colombia, Chile y Ecuador reconocen expresamente

la reproducción electrónica. En los tres países se admite la reproducción temporal o provisional en forma electrónica bajo ciertas circunstancias o requisitos. Se advierte que en estas legislaciones la introducción del precepto se hace a semejanza del artículo 5. 1. de la DDASI. En el caso de la legislación chilena, su papel vanguardista en el contexto digital se aprecia porque permite la minería de datos y textos. Están autorizadas por ley las bibliotecas para crear bases de datos con los materiales de su colección, incluso los recursos electrónicos que la propia institución bibliotecaria administra, a efectos de extracción de texto y datos por investigadores (Ramírez-Ordoñez & Simón, 2019, p. 14).

Con la modificación legislativa a través del Código Ingenios, en Ecuador, a las bibliotecas se les autoriza realizar actos de minería de datos. Llama la atención que al momento de regular esta excepción no se defina o den pautas sobre la actividad de minería de datos y solo se limite a eximir de responsabilidad a la biblioteca por actos realizados por el usuario.

En el contexto cubano la redacción amplia y poco específica del artículo 38 (d) de la Ley 14/77 permite que la excepción no sea del todo inadecuada al entorno digital. La interpretación extensiva de este precepto legal permite a las bibliotecas proporcionar una copia impresa o digital cuando sea con fines de investigación o uso privado a personas físicas o a otras bibliotecas.

Limitaciones a la facultad de distribución

La facultad patrimonial de distribución en su variante de préstamo también resulta limitada. Se entenderá por préstamo la puesta a disposición del público de las obras en establecimientos accesibles, para su uso por un tiempo determinado sin que se obtenga un beneficio económico por parte de la entidad que presta el servicio. Para Pérez (2014) el préstamo “es uno de los aspectos fundamentales del servicio bibliotecario, al proporcionar una fuente segura y legal de libre acceso a la información” (p. 128). Como concluye la propia autora, sin esta prestación solo se podría acceder a las obras pagando por ellas, lo cual no es el propósito de las normas autorales (Pérez, 2014, p. 128).

Aun cuando se reconoce la importancia del préstamo bibliotecario, lamentablemente se advierte en el contexto latinoamericano de los países seleccionados para el estudio que solo Ecuador y Colombia



reconocen el préstamo de obras. La norma colombiana lo incorpora con la modificación de 2018 a través de una formulación genérica, que parece incluir el préstamo interbibliotecario. La legislación ecuatoriana introduce el límite en el año 2016 con el Código Ingenios.

En Cuba, las bibliotecas para realizar actos de préstamo público amparan su actuar en los reglamentos que regulan la actividad bibliotecaria. En estas normas de inferior rango la redacción y el lenguaje empleados reafirman la idea de que está pensada para el ámbito analógico y solo para un tipo concreto de obras: las que se consideren patrimoniales.

En general, los mínimos para su configuración normativa no aparecen taxativamente previstos en las leyes nacionales de cada Estado. Por ello resultan singulares las leyes de Reino Unido, Colombia y Ecuador. La norma británica, en cuanto a requisitos, exige expresamente que el acto no infrinja los derechos sobre la obra, que se haga a petición de otro bibliotecario y acreditar, por parte del bibliotecario, que se desconoce quién debe autorizar ese préstamo o que no ha podido razonablemente ser encontrado.

Por su parte, la ley colombiana exige que se trate de copias o ejemplares de obras que hubiesen sido lícitamente adquiridas, figuren en sus colecciones permanentes o hagan parte de un programa de cooperación bibliotecaria. En tanto, Ecuador establece requisitos de carácter general que operan para todas las excepciones que reconoce. *Grosso modo*, estos requerimientos se centran en la naturaleza de la obra y la regla de los tres pasos como norma interpretativa.

Dentro de este análisis los aspectos más controvertidos se corresponden con el préstamo electrónico. El conocido *e-lending* es una práctica común en los países europeos, de hecho es en este contexto donde la cuestión ha cobrado mayor connotación y los debates doctrinales han señalado el camino a seguir sobre la base de lo normado a nivel comunitario.

Las posiciones doctrinales se debaten entre incluir el préstamo electrónico dentro del artículo 6 de la Directiva 2006/115/CE o bajo el derecho exclusivo de los titulares, de no configurarse los requisitos de la excepción 5. 3. n) de la Directiva 2001/29/CE (Civitelli, 2017, p. 53). Esta última posición parte de considerar el préstamo electrónico como un acto de puesta a disposición como modalidad del derecho de comunicación.

El debate queda zanjado con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala tercera, del 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15 *Vereniging Open bare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht* (p. 856). Tomando como argumentos la necesidad de adecuación de la protección autoral al entorno digital y el principio general que exige un elevado nivel de protección a los autores, el alto foro consideró improcedente que se excluyera el préstamo digital del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/115 CE. Con este pronunciamiento judicial puede contextualizarse la excepción al entorno digital en los países europeos; sin embargo, el análisis legislativo puso de manifiesto que solo la norma inglesa reconoce expresamente el *e-lending*. Mientras que en países como España y Francia este préstamo digital queda supeditado a los contratos que se estipulen entre editores y bibliotecas.

En nuestro continente, Colombia asume posturas similares a las de los países de la Unión Europea. Destaca, en consecuencia, Ecuador con la modificación de su ley a través del Código Ingenios. La reciente regulación permite el préstamo del libro electrónico y apuesta por un sistema más flexible y equilibrado. El resto de los países analizados no lo regulan.

En Cuba existen varias bibliotecas digitales, mas no se puede afirmar que exista realmente el préstamo digital de los libros. Sus colecciones se componen de *e-books* y otros fondos digitalizados que se publican en acceso abierto y se pueden descargar desde sus sitios web. De los textos de editoriales comerciales solo poseen los metadatos y la ubicación a la cual hay que acceder para comprarlos. No obstante, ante la informatización paulatina que vive el país se hace necesaria la regulación de esta figura para acceder a publicaciones de avanzada, observando los presupuestos que se proponen en esta investigación.

Limitaciones a la facultad de comunicación pública

Las excepciones a esta facultad se verifican a través de la puesta a disposición en terminales especializados de las bibliotecas. Se comparte el criterio de Pérez de Ontiveros (2007) para quien este límite:

se establece porque tales conductas inciden directamente en la facultad de comunicación pública y ocurre debido a la consustancial inmaterialidad de la forma de acceso de la obra

a su destinatario, esto es, la susceptibilidad de aprehensión de la misma a través de la vista o el oído sin necesidad de contacto físico con soporte material alguno (p. 641).

Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión sin que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación equivalga en sí misma a una comunicación; así lo establece los considerandos 23 y 27 de la Directiva 2001/29/CE.

La excepción en estudio se regula de forma similar en varios países europeos y latinoamericanos. Todos coinciden en que la puesta sea a favor de personas concretas del público, en terminales de la institución y siempre de obras de sus colecciones, con lo que a juicio propio quedan excluidas las consultas en línea. Cuba y México otra vez resultan ser los únicos que no contemplan la excepción.

En cuanto a las obras afectadas por la limitación, de forma casi unánime, los textos legales analizados establecen que los materiales puestos a disposición sean propios de la institución. Esta regulación excluye las obras que se adquieren a través de préstamo interbibliotecario. En este aspecto se distingue la norma colombiana al emplear la alocución “obras lícitamente adquiridas”. Con esta redacción incluirían las que se adquieren a través del préstamo entre bibliotecas, lo que resulta más acertado a juicio propio.

La regulación de la excepción demuestra que está pensada para el ámbito analógico. Actos como la digitalización de contenidos del repertorio de la biblioteca o archivo para su puesta a disposición de investigadores, profesores y alumnos, miembros del centro o público en general, a distancia, mediante correo electrónico o cualquier otra aplicación informática por Internet o incluso en una intranet del propio centro quedan excluidos (Alonso-Arévalo, Carabajo & Cordón, 2011, p. 184).

En el contexto comunitario de Europa, que marca la avanzada doctrinal y legislativa sobre la cuestión en análisis, el límite encuentra una restricción adicional en los supuestos de obras sujetas a condiciones de adquisición o licencia. Tanto la Directiva 2001/29/CE, como su transposición en los países europeos en estudio, incluyendo excepcionalmente la legislación

colombiana dentro de nuestro entorno geográfico, limitan la consulta a aquellas obras que no estén licenciadas en línea o cuya adquisición esté sujeta a acuerdos contractuales. Esta regulación, en palabras de Fernández Molina (2010), “anula en buena medida la utilidad de esta excepción” (p. 4) porque son pocas las obras no licenciadas o cuya utilización no está amparada en un contrato.

Martín Salamanca (2009) apunta a que, ante esta redacción de la norma, la excepción para realizar consultas *in situ* incluye solo a las creaciones que no se encuentran en el mercado bajo régimen de venta o licencias, los materiales descatalogados y aquellos en que hubiera caducado la protección por el transcurso del plazo de protección (p. 345). En igual sentido, Pérez de Ontiveros (2007) considera que este criterio conduce a pensar que solo quedarán amparadas por el límite las obras que no se encuentren en el mercado, cualquiera que sea el motivo (p. 643).

Carabajo (2004) opina que bajo esta circunstancia solo podrían utilizarse al amparo de la limitación aquellas obras que no están a disposición del público en los cauces ordinarios de distribución, adquisición o comercialización en línea; queda limitada su efectividad para los materiales descatalogados, los que no estuvieran en el mercado bajo régimen de venta o licencia y los que pasan a dominio público, cerrando la excepción para aquellas obras de actualidad en el mercado (pp. 193-194).

Con apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala cuarta, de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, *Universidad Técnica de Darmstadt c. Eugen Ulmer KG* (p. 2196), Carrancho (2016) sostiene una posición diferente, la cual se comparte porque se ajusta más a las condiciones tecnológicas en que se crean y explotan las obras. En este sentido, la profesora reflexiona que se excluirían de la consulta *in situ* solo las obras sometidas a licencias de uso, como las bases de datos, o a licencias de adquisición, como los libros electrónicos (p. 164).

Con fundamento jurídico en los considerandos 45 y 51 de la Directiva 2001/29/CE, el alto foro aclara que las condiciones de adquisición o licencia deben ser entendidas en el sentido de que existan contratos celebrados y no simples ofertas contractuales. Expone que de aceptar la oferta contractual se pondría en ventaja a los titulares de derechos, dificultando la promoción de licencias específicas.

En los apartados 32 al 34 de la comentada sentencia, se sostiene que la aceptación de la oferta contractual deja vacío de contenido al artículo 5. 3. n) de la citada directiva. Entendido lo anterior —ya que si se aceptara que la oferta de contrato excluye el límite—, solo se podrían beneficiarse de la excepción las obras que no tuviesen una versión electrónica.

Pese a la importancia que reviste esta excepción en la era digital, su configuración normativa es insuficiente porque está pensada para una red cerrada, lo que impide la interacción en línea. Sería efectiva si permitiera las consultas en línea de las colecciones de las bibliotecas, especialmente las digitales. A pesar de ello, se reconoce su utilidad en los supuestos de preservación de materiales, por ejemplo, para digitalizar obras de difícil acceso o cuyo uso físico pueda deteriorarlas y dejar que los usuarios las consulten a través de los terminales que la biblioteca ponga a su disposición, como señala Riera (2002, p. 14).

En criterio propio, que el límite se aprecie solo cuando la consulta se hace en redes cerradas es producto del temor de que se haga un uso abusivo de los contenidos protegidos mediante tecnologías digitales. Por ello esta restricción a los espacios físicos encuentra fundamento, con ello se evitan estas vulneraciones y la colisión directa con los titulares de servicio de explotación en línea.

La situación de Cuba sobre este particular guarda estrecha relación con la comercialización de obras, área deprimida en este país. El mercado editorial, desde el periodo especial de la década de 1990, evidencia una tendencia a la disminución de las tiradas, no así de los títulos. El ámbito de comercialización ha estado asociado a espacios culturales para promover el libro y fomentar la lectura. Ante las dificultades económicas, la prioridad se concentra en la producción de libros de texto (Laguardia, 2013, p. 2013).

Esta realidad ha encontrado un paliativo en la edición y comercialización de libros electrónicos desde el 2016. La iniciativa correspondió a la Empresa de Tecnologías de la Información y Servicios Telemáticos Avanzados (CITMATEL) a través de la Librería Virtual. De igual forma ha estado respaldada por el actuar de editoriales como Ediciones Cubanas, quien, en colaboración con Gente Nueva, Arte y Literatura, Letras Cubanas y Nuevo Milenio, ha colocado en línea 370 títulos para la venta (Méndez, 2020).

Un mercado del libro con estas particularidades resalta la necesidad de fomentar la edición y el consumo de obras. La implementación de este límite (la consulta en terminales especializados en bibliotecas) en el ordenamiento jurídico cubano garantizaría, a juicio propio, un mayor acceso a los textos (digitalizados y los *e-books*), sin violar el segundo paso del criterio triple, siempre y cuando se acompañen de medidas tecnológicas de protección que impidan la reproducción y permitan solo la consulta.

Presupuestos teóricos y normativos que amparan la adecuación del sistema de limitaciones al derecho de autor a la actividad de las bibliotecas, incluidas las digitales

Las formas tradicionales de la actividad bibliotecaria se han volcado al entorno digital. La existencia de nuevos modelos de negocio y otras actividades en la red imponen un replanteamiento de los límites al derecho de autor que amparen la actuación de estas instituciones. La investigadora considera que existen dos presupuestos que apoyan este fin y reducen las tensiones entre bibliotecas y autores o titulares.

Presupuesto I. Establecimiento de pautas de armonización, adaptación y ampliación de las limitaciones al entorno digital

La existencia de bibliotecas —electrónicas, virtuales, híbridas y digitales— demanda de unos límites adecuados a esta realidad inmaterial. Se impone tomar en consideración una serie de pautas para armonizar, adaptar y ampliar estas limitaciones al entorno digital. El límite que afecte el derecho de reproducción debe ser reconocido a favor de bibliotecas que ostenten una titularidad pública o privada y que pertenezcan a instituciones científicas o culturales, cuyas actividades se desarrollen sin ánimo de lucro, directo o indirecto, y, en general, a aquellos centros de enseñanza que no tienen fines lucrativos de manera que exista concreción de los sujetos que pueden realizar las reproducciones. Asimismo, se deben determinar concretamente los fines con los cuales se hacen las reproducciones. Se admiten como fines los de conservación (catalogación, indexación, preservación, restauración, archivo), docencia, estudio e investigación, acceso a las personas con discapacidad y ocio. No se admitirían en consecuencia las reproducciones que tengan fines comerciales o la obtención de un lucro directo o indirecto.

La norma, por ello, deberá declarar qué entender por investigar o estudiar. Es pertinente que se ofrezcan elementos que contribuyan a la interpretación de los supuestos que quedan amparados dentro de la actividad investigativa y estudiantil (Sá e Mello, 2018, pp. 15-24, 28). En relación con esta finalidad habrá que tener en cuenta que las copias internas, que se hacen a efectos de catalogación, tienden a asegurar la buena gestión de las colecciones y no vulneran el test de los tres pasos, pues constituyen cambios de formatos que se consideran usos justos en bibliotecas. Al mismo tiempo se impondría definir quién o quiénes deben ser los destinatarios y utilizadores beneficiarios del límite. A tales efectos se impone establecer cuál o cuáles serían las vías para acreditar la condición de investigador o docente, a fin de poder saber quién es la persona que reproduce. También se deberá controlar que efectivamente la reproducción se ajusta al fin permitido por la norma. Un uso efectivo de la limitación debe asegurar la posibilidad de difusión de los resultados de investigación.

El límite de reproducción afecta directamente las ventas de obras y perjudica económicamente a los autores, por ello se impone determinar el número de copias y los cambios de formatos que se pueden considerar usos justos a favor de bibliotecas. Especificar cuántas copias son admitidas, permitiendo los cambios de formato de manera periódica para conservar los documentos y consintiendo su accesibilidad en el tiempo según el progreso de la tecnología hace viable la excepción en el entorno digital (Serrano Fernández, 2018, p. 74).

La posibilidad del uso transfronterizo es ya una realidad. La Directiva Europea 2019/790 sobre mercado único digital es ilustrativa. Se comparte el criterio de la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID) en cuanto a la posibilidad de admitir copias digitales en servidores de distintos países. Con ello se garantizaría una correcta gestión y preservación de las obras. Por otro lado, debe ser ampliado el concepto de colección permanente. La era digital facilita préstamos de larga duración, recolección en la web e inmaterialización del formato que contiene las obras. Ampliar este concepto a obras depositadas, recolectadas en la web y prestadas a largo plazo permite el uso transfronterizo de las creaciones y favorece sobre todo su conservación. Lo antes expuesto se vería reforzado con el hecho de permitir que se hagan reproducciones para ser

intercambiadas entre bibliotecas, incluidas las digitales. Habrá que puntualizar, además, la permisibilidad de las copias múltiples en estricta observancia de las leyes autorales nacionales e internacionales.

Ante la existencia de obras creadas en formato digital, como los *e-books*, se impone la ampliación del límite de préstamo para que respalde el uso de obras en estos soportes intangibles. La limitación al derecho de distribución, en su variante de préstamo público, debe alcanzar al préstamo digital o electrónico. Las condiciones del préstamo digital deben imitar los préstamos de obras impresas o contenidas en soportes tangibles. Se debe seguir el modelo “una copia–un usuario”, como ocurre con el préstamo tradicional, de manera que la biblioteca no podrá poner en préstamo una cantidad de ejemplares de la obra superior a los que posee en su colección, como lo haría con los libros que tenga en formato papel (Bragado, 2018, p. 45). Para no vulnerar los derechos de autor hay que exigir que la biblioteca adquiera por las vías correspondientes de comercialización el archivo digital. De esta manera se estará garantizando que esa adquisición de la obra es lícita y, además, se estarán protegiendo los derechos de explotación de autores y titulares.

Para este límite, en específico, se considera necesario establecer medidas tecnológicas de protección. Estas se justifican porque evitan que se hagan de forma simultánea préstamos de un mismo ejemplar. Igualmente garantizan que una vez agotado el préstamo de esta copia desaparezca del dispositivo del usuario. En este sentido se traen a colación los planteamientos de Bragado (2018), quien expresa:

una reforma normativa ambiciosa de este límite debe incluir la fijación de un número mínimo de préstamo por cada ejemplar adquirido por la biblioteca, el establecimiento de un plazo mínimo de duración de las licencias de carácter temporal, la obligación de asegurar la interoperabilidad del libro adquirido en formato electrónico y que el préstamo pudiese adquirir una dimensión transfronteriza, como parte del proyecto de mercado único digital al que se aspira (p. 53).

En el actual contexto, el límite al derecho de comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición, resulta el más interesante. Hasta ahora su concepción normativa es inadecuada al entorno digital. Para que sea efectiva, la limitación necesita con urgencia adaptarse a las demandas de

la red. Se hace indispensable, por tanto, que cubra las consultas, en y fuera de línea, siempre que se haga con fines de investigación, docencia, estudio personal o de acceso a personas con discapacidad. Como se explicó antes, deben ser precisados esos términos y las vías para acreditarlos por parte del investigador, profesor, estudiante o la persona que solicita la consulta. Igualmente, se requiere una limitación que autorice la reproducción y digitalización en sentido amplio de las obras que se pondrán a disposición, tanto en la red como en las pantallas de la institución, podrían incluirse aquellas obras que se encuentran depositadas en virtud de préstamos interbibliotecarios.

Cuando la consulta se haga en los establecimientos beneficiarios, debe permitirse el uso de dispositivos propios del usuario y no restringirlo a los terminales especializados. En la consulta en línea, la obra que se pone a disposición debe tener incorporadas las medidas tecnológicas que permitan la protección de los derechos autorales sobre la regla de los tres pasos y los usos honrados.

Por otra parte, es preciso establecer como acto violatorio o conducta infractora por parte del que consulta a través de la red, ya sea interna o externa, el copiado del libro digitalizado en un dispositivo USB o cualquier otro soporte que, atendiendo al desarrollo tecnológico, permita realizar iguales fines, así como su impresión. Este criterio debe ser matizado con el límite de copia privada. Habrá que hacer la configuración normativa de ambos límites para encontrar el justo equilibrio.

El límite a la facultad de comunicación pública a través de consultas en terminales especializados, en y fuera de línea que se propone en la investigación, tiene la intención de facilitar el acceso a la información a través de la puesta a disposición de la obra. El copiado en USB y la impresión en papel no son actos de comunicación sino de reproducción por lo que no hay razón para que queden amparados en este límite, cuya esencia técnico-jurídica está pensada para poner a disposición del usuario la obra y facilitar su consulta. A lo antes expuesto hay que agregar que la reproducción la hace el usuario del terminal, no la biblioteca como institución beneficiaria del límite.

En sentido general, se impone la armonización al entorno digital de estos límites. Especialmente en lo concerniente a la minería de textos y datos urge una ampliación de las excepciones. En el ámbito

de las ciencias humanísticas, esto se traduce en la posibilidad de que se realice esta actividad fuera de las bibliotecas a través de un acceso remoto controlado y seguro. Del mismo modo, implica permitir al investigador almacenar copias donde estime pertinente, so pena de demostrar que es un entorno seguro. En aras de eliminar ambigüedades, los términos “acceso remoto controlado” y “entorno seguro” deben ser definidos en la norma.

Por último, se debe permitir la reproducción incidental. En su artículo 5. 3. i), la Directiva 2001/29/CE establece que los Estados miembros podrán establecer limitaciones a estos derechos cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material. A juicio propio, extender esta excepción a la actividad de bibliotecas permite que estas difundan sus colecciones con total legalidad. La reproducción de obras en los catálogos informativos empleados en sus exposiciones o para publicitar sus colecciones quedaría así justificada.

Presupuesto II. Exigibilidad normativa de requisitos mínimos para la apreciación de las limitaciones

Reconocimiento del tipo de obras que quedan afectadas por la limitación

Las obras afectadas por la limitación deben ser las que han sido divulgadas con independencia del formato —digital o analógico—. La facultad de divulgación de la obra constituye el centro del contenido moral del derecho de autor y le corresponde a este por el solo hecho de la creación y los estrechos lazos que le unen a su obra. Solo el creador podrá decidir si la obra debe ser conocida o no por el público y en qué momento debe ser ejercida esta facultad. Ello se basa en la protección a la reputación profesional del autor y a los contenidos de carácter personal que no desee sacar a la luz pública (Valdés, 2014, pp. 52-57). Extender el límite a las obras inéditas constituye una extralimitación. Es criterio de esta investigadora que los fondos bibliotecarios inéditos en principio no quedan amparados por las limitaciones que favorecen el actuar de bibliotecas y que necesitan la autorización de quien corresponda.

Aunque no constituye lo cotidiano en las bibliotecas, pueden existir obras depositadas, mas no divulgadas ni publicadas. En ocasiones, las bibliotecas son legatarias o donatarias de obras que no han sido divulgadas; tal puede ser el caso de las epístolas y las obras fotográficas, incluyendo las meras fotografías.

Se trae a colación a modo de ilustración el Archivo Rubén Darío, publicado en la web por la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid. Como parte de dicho archivo la citada institución divulgó y publicó epistolarios inéditos que se encontraban dentro del dominio privado de los herederos de autores y políticos con los cuales el poeta había intercambiado. El actuar de la biblioteca no encontró amparo en el llamado derecho de acceso a la cultura porque ni siquiera consultó a los titulares del derecho autor, los cuales no tuvieron la oportunidad de negarse. La institución se arrogó la facultad de decidir sobre la divulgación de obras inéditas, lo que a todas luces configuró una conducta contraria a los artículos 15 y 40 del Texto Refundido español.

Las bibliotecas, a fin de poner estas obras a disposición del público, tendrán que solicitar la autorización de los titulares, mientras que las obras no pasen al dominio público, de lo contrario se vulneraría la facultad de divulgación de los autores. Ante la posible negativa, habría que analizar, por vía judicial y ponderar en base a la posible vulneración del derecho de acceso a la cultura si procede la divulgación.

Del mismo modo, la regulación normativa debe pronunciarse sobre el destino de las obras huérfanas. Según Serrano Fernández (2014), las obras huérfanas son aquellas que están protegidas por los derechos de autor, cuyos autores no pueden ser identificados o localizados por quien quiere realizar actos de explotación que requieren el consentimiento del autor y siempre que se haya realizado una búsqueda diligente de dichos autores (pp. 265 y 269).

La falta de regulación conduce a la exclusión de este tipo de obras en el mercado. Se trata de una realidad que limitaría el modo en que los usuarios hacen uso de dichas obras y afectan su derecho de acceso a la cultura. Tal incertidumbre es la que justifica la existencia de su regulación jurídica con el objetivo de asegurar el acceso a dichas creaciones. Las obras huérfanas no tienen una mención específica en la Ley Cubana de Derecho de Autor, aunque su protección se brinde a través de la protección general que esta ley concede a los creadores de obras (Mendoza, 2014, pp. 118-120). A criterio propio, resulta pertinente asumir, de cara a futuras modificaciones de la norma, experiencias foráneas como las que postulan el Cerlalc y la Unión Europea.

El Cerlalc ha recomendado el respeto al derecho de autor de esas obras, el despliegue de una búsqueda

diligente de los autores o titulares del derecho, la posibilidad de permitir el uso de esas obras a las bibliotecas y su digitalización a través de licencias que subsidiariamente pudieran otorgar entidades de gestión colectiva, siempre que esas utilizaciones se consideren estrictamente necesarias para el cumplimiento de las funciones de las bibliotecas sin fines lucrativos, previéndose la posibilidad de que el autor pueda controlar su obra en cualquier momento, una vez identificado o localizado.

Establecimiento de medidas tecnológicas de protección equilibradas

Pabón (2007) señala que la protección autoral empleando métodos que frenen la vulneración de sus derechos no es algo nuevo. Para impedir la falsificación recuerda el uso de hologramas, cintas y tintas especiales empleados décadas atrás (p. 95). Otros ejemplos de protección analógica son expuestos por Lipszyc (2003) al reseñar el uso del sello en seco o el uso de papel antifotocopiado en aras de controlar e identificar la originalidad de los ejemplares (p. 554).

El TODA formula una regulación poco rigurosa sobre el tema. En su artículo 11 solo compromete a las partes contratantes a proporcionar una protección jurídica adecuada. No se pronuncia sobre las conductas que pueden vulnerar estas medidas ni sobre las sanciones que acarrearían. Emplea, así mismo, términos ambiguos como el de protección jurídica adecuada y medidas tecnológicas “efectivas”, aunque la interpretación del artículo hace suponer la existencia de unos mínimos de protección a los autores y a las medidas que no permitan la simple elusión de estos procedimientos tecnológicos.

La protección que legalmente se ha dispensado a estas medidas se ha centrado en dos aspectos: la prohibición de comercializar dispositivos que permitan eludir la protección y la prohibición de los actos de elusión propiamente. Los dos modelos legislativos predominantes (el anglosajón y el latino) ofrecen perspectivas interesantes al respecto.

En el sistema del *copyright*, el paso legislativo ha estado marcado por la Digital Millennium Copyright Act. La ley en cuestión adiciona un capítulo 12 a la ley de derecho de autor estadounidense y específicamente en la sección 1201 regula la protección de las medidas tecnológicas. Esta sección hace una clásica separación entre medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras y aquellas que

protegen los derechos de autor. El resultado final es que las medidas que protegen el derecho de autor solo prohíben las denominadas actividades preparatorias (comercio y tráfico de dispositivos), pero no el mero acto de elusión. El fundamento de esta decisión se debe a la no penalización de actos que puedan quedar amparados bajo el *fair use*.

En el contexto europeo destaca la Directiva 2001/29/CE, la cual prohíbe tanto la elusión como los actos preparatorios sin hacer distinción entre acceso y protección. Con carácter conciliatorio, la directiva sugiere la realización de acuerdos que permitan a los usuarios beneficiarse de las excepciones. En ausencia de estos acuerdos, insta a los Estados a tomar las medidas que aseguren que los titulares de los derechos pondrán a disposición de estos beneficiarios los medios para disfrutar de ellas.

Estos sistemas han encontrado fuertes críticas a partir de las insuficiencias que presentan. Evidencia de estas es que, en su mayoría, las medidas no tienen en cuenta los plazos de expiración de la protección autoral. Una vez incorporadas no distinguen entre obras en dominio público o privado. Lo que es más interesante a los efectos de la presente investigación es que los usuarios de obras en dominio público o amparados en el sistema de limitaciones no tienen acceso a los mecanismos de desactivación de la medida, con lo que la excepción se hace ineficaz (Canales, 2012, pp. 110 y 112).

Para que estos sistemas de protección no anulen el sistema de límites, las medidas tecnológicas deben ser equilibradas. Este equilibrio se logra si la MTP tiene una finalidad definida, se concibe bajo el principio de proporcionalidad-eficacia de la medida caso por caso y se somete a un régimen de excepciones que permita su elusión o desactivación.

Establecer la finalidad de la MTP conlleva definir su alcance y proporcionar un equilibrio entre derecho de autor y derechos constitucionales de los usuarios. Se hace necesario, en consecuencia, especificar si son medidas que controlan el acceso a las obras, que protegen los derechos de autor o ambas; es decir, delimitar el campo de acción de la medida teniendo en cuenta esencialmente el interés y bien jurídico que se protege con las limitaciones al derecho de autor.

La medida tecnológica es proporcional cuando en su concepción y aplicación se tuvo en cuenta la

interferencia que puede tener en la esfera legítima de terceros. Involucra, asimismo, una valoración de los aspectos técnicos y prácticos, así como de los costes de la MTP. La efectividad se relaciona con el control que posee el autor/titular con su aplicación. De manera que una MTP tiene una efectividad proporcional cuando constituye un medio de control de acceso o protección de la obra que se aplica después de haber analizado que no existe otro mecanismo menos gravoso e igualmente eficaz para limitar o prevenir los usos no autorizados.

Por último, someter la medida de protección a un régimen de excepciones que permitan su elusión o desactivación implica que los usuarios que amparen su actuar en una limitación al derecho de autor deben contar con un respaldo normativo que les permita realizar actos de elusión de las MTP. Por ser beneficiarias de limitaciones al derecho de autor, las bibliotecas deben estar legitimadas para eludir una medida tecnológica contando con los medios y mecanismos tecnológicos necesarios para la consecución de este fin.

Una adecuación legislativa al entorno digital debe tomar como premisa lo dispuesto en el Considerando 16 de la Directiva 2019/790/CE y la reciente modificación introducida a la ley australiana de derecho de autor. En el primer caso se autoriza a los titulares a aplicarlas cuando exista el riesgo de que la seguridad e integridad de sus redes o bases de datos puedan verse comprometidas y se justifica su empleo sobre la valoración proporcional del daño que puede crear el acceso y sin menoscabo a la aplicación efectiva de la excepción.

En línea con los dictados de la directiva, estas medidas deben limitarse a garantizar el acceso lícito a las obras, la validación de la dirección IP o la autenticación de los usuarios. En todo caso los beneficiarios de la excepción deben disponer de mecanismos legales que constriñan a los titulares a facilitarles las vías de desactivación de la medida para poder hacer uso de la excepción.

La ley de Australia, por su parte, permite la fabricación y suministro de dispositivos y servicios de elusión si es para un "propósito permitido". Con ello quedan amparados los usos efectuados al amparo de las limitaciones legales a los derechos de autor, como es el supuesto de la copia lícita llevada a cabo por bibliotecas, archivos e instituciones educativas (Fernández, 2003, p. 59).

Nulidad de las cláusulas contractuales tendientes a desvirtuar las limitaciones

Como se ha expuesto, ante la desmaterialización del soporte de las obras en la red, las formas habituales de comercialización eran las licencias. Estas constituyen contratos por ser acuerdos entre partes privadas que transfieren de forma limitada derechos patrimoniales sobre la obra. Señala Ojeda (2016) que la transmisión voluntaria o contractual de las facultades patrimoniales se produce por cesión, la que puede ser exclusiva o no. Reseña la autora que en la cesión no exclusiva no hay transmisión de facultades, solo una autorización de uso; son conocidas con las denominaciones de licencias o autorizaciones de uso. En la cesión exclusiva hay una transferencia de facultades a favor del tercero para que utilice la obra de determinada forma (p. 175).

Los contratos son exhaustivos en cuanto a la casuística que plantean, regulando los usos permitidos o autorizados, las posibilidades de descarga de artículos, fascículos o revistas, la posibilidad o no de efectuar copias o impresiones o de efectuar el préstamo interbibliotecario de esos contenidos. Los contratos regulan igualmente la jurisdicción, los sistemas de renovación o cancelación de las suscripciones, así como el precio de estas, que dependerá del número de títulos, de la cobertura de estos y del número de licencias contratadas (Cordón, Alonso & Carabajo, 2011, p. 183).

Es común, en el contexto internacional, que los acuerdos contractuales se configuren como contratos por adhesión. Estas licencias de uso que articulan la relación entre bibliotecas y titulares de derechos son frecuentemente más restrictivas que las disposiciones legales (Serrano Fernández, 2017, p. 49). Resulta frecuente que las leyes autorales permitan la prevalencia de los términos del contrato sobre la excepción.

La propia Directiva 2001/29/CE, en el artículo 6, apartado 4, cuarto párrafo, es ejemplo de ello. El precepto regula que las medidas no serán de aplicación cuando las obras o prestaciones se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. Si se tiene en cuenta que el modelo de negocio en el ámbito digital se ciñe al licenciamiento de obras, esta disposición deja poco que hacer en materia de excepciones.

Pese a esta norma comunitaria, naciones como Reino Unido y Portugal han introducido dentro de sus leyes autorales preceptos que declaran la nulidad de las cláusulas contractuales que limiten o impidan las excepciones. Recientemente la Directiva 2019/790/CE sobre mercado único digital se ha pronunciado a favor de la inaplicación de toda disposición contractual contraria a las excepciones. A juicio propio, se advierte que las normas de derecho de autor para adecuarse al entorno digital deben exigir expresamente la nulidad de cláusulas contractuales que desvirtúen la aplicación de las excepciones a favor de bibliotecas.

CONCLUSIONES

La forma de concebir los límites al derecho de autor en favor de las bibliotecas evidencia una concepción predigital. A pesar de esta realidad, para el caso de los actos de reproducción, la configuración técnica y jurídica actual de la excepción cubre mínimamente las necesidades de estas instituciones culturales.

Las limitaciones al derecho de distribución en su modalidad de préstamo (a usuarios e interbibliotecario) y préstamo electrónico están pensadas para que surtan efecto en el ámbito analógico o simplemente se supeditan a la concertación de contratos entre editores y bibliotecas. Solo países como Reino Unido y Ecuador incorporan, con avanzada técnica jurídica, la regulación del préstamo digital dentro de las excepciones al derecho de distribución.

El derecho de comunicación pública, en su variante de puesta a disposición, resulta el más inadecuado para el ámbito digital. Su regulación solo permite a las bibliotecas digitalizar y difundir sus contenidos dentro de su espacio físico, desatendiendo las exigencias del acceso a través de Internet.

Las insuficiencias del sistema de límites a favor de bibliotecas ponen al descubierto la necesidad de su adecuación al entorno digital. En consecuencia, se proponen dos presupuestos teóricos y normativos que sobre la regla de los tres pasos validen el actuar de bibliotecas y garanticen las facultades autorales. Presupuesto I: establecimiento de pautas de armonización, adaptación y ampliación de las limitaciones al entorno digital y Presupuesto II: exigibilidad normativa de requisitos mínimos para la apreciación de los límites.



REFERENCIAS

- Alonso-Arévalo, J., Carbajo, F., & Cordón, J. A. (2011). La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto. En J. Torres Ripa, & J. A. Gómez Hernández (Coords.), *El copyright en cuestión: diálogo sobre propiedad intelectual* (pp. 135-160). Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado de <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/116959/alonso-propiedad.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bragado, C. (2018). El límite de préstamo a favor de las bibliotecas. Consideraciones a la luz de la evolución de la tecnología digital. En M. Serrano Fernández (Coord.), *Propiedad Intelectual y Bibliotecas: una revisión crítica* (pp. 33-53). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Reus y ASEDA.
- Cajas, A. (2006). Bibliotecas y derecho de autor en el Perú. *Bibliotecólogos*, (7-8), 23-31. Recuperado de http://eprints.rclis.org/9165/1/bibliotecologos_7_8_cajas.pdf
- Canales, M. P. (2012). Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 1(1), 103-123. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2012.24026>
- Carbajo, F. (2004). Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 24, 157-194.
- Carrancho, M. T. (2016). Reproducción, préstamo y consulta en museos, archivos, bibliotecas y otras instituciones. En R. Román Pérez (Coord.), *Propiedad Intelectual en la Universidades Pública. Titularidad, gestión y transferencia* (pp. 143-174). Granada: Editorial Comares.
- Civitelli, C. (2017). Excepciones y límites a los derechos de autor en favor de bibliotecas: comparación entre Italia y España. En M. Serrano Fernández (Coord.), *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de derecho comparado* (pp. 99-121). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Reus y ASEDA.
- Cordón, J. A., Alonso, J., & Carbajo F. (2011). El libro electrónico: propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas. En J. Torres Ripa & J. A. Gómez Hernández, (Coords.), *El copyright en cuestión: diálogo sobre propiedad intelectual* (pp. 169-193). Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado de <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/116960/cordonlibro-selectronicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fernández, J. C. (noviembre, 2010). *Preservación digital y derechos de autor: ¿un conflicto sin solución?* Ponencia presentada en el V Congreso Nacional de Bibliotecas Públicas. Universidad de Granada, España. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10421/4902>
- Fernández-Molina, J. C. (2003). Protección tecnológica y contractual de las obras con derecho de autor: ¿Hacia una privatización del acceso a la información? *Ciência da Informação*, 32(2), 54-63. <https://www.scielo.br/j/ci/a/D6htCrdD8kxvzmjchQQpHN/?lang=es&format=pdf>
- Laguardia, J. (2013). Industria editorial cubana: evolución y desarrollo. En *22 Memorias. Feria Internacional del Libro de La Habana 2012* (pp. 160-197). La Habana: Editorial Científico Técnica. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/261759291>
- Lipszyc, D. (2003). *La utilidad de los dispositivos técnicos de protección de los derechos de autor y conexos, derecho de internet y telecomunicaciones*. Bogotá: Legis Editores.

- Martín, S. (2009). Comentario al artículo 37. Reproducción, Préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos. En J. M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 340-354). Madrid: Editorial Civitas.
- Méndez, S. (25 de junio de 2020). Ediciones cubanas está preparada para volver a la nueva normalidad. *Cubarte*. Recuperado de <http://cubarte.cult.cu/periodico-cubarte/ediciones-cubanas-esta-preparada-para-volver-la-nueva-normalidad/>
- Mendoza, J. (2014). Notas cubanas a las obras huérfanas. En E. Serrano Gómez (Coord.), *Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas* (pp. 116-125). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Editorial Reus y ASEDA.
- Ojeda, N. C. (2016). La transmisión inter vivos del derecho de autor. En C. C. Valdés Díaz (Coord.), *Derechos de Autor y Derechos Conexos* (pp. 205-243). La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pabón, J. A. (2007). Medidas tecnológicas de protección en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista la Propiedad Inmaterial*, (10-11), 93-116. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/901>
- Pérez de Ontiveros, C. (2007). Comentarios al artículo 37. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 600-650). Madrid: Editorial Tecnos.
- Pérez-Salmerón, G. (2014). Las bibliotecas y su necesidad de protección ante los derechos de autor. *Anuario ThinkEPI*, 8(1), 126-131. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/ThinkEPI/article/view/29566>
- Ramírez-Ordoñez, D., & Simón, V. I. (2019). *Estudio Crews en detalle: Visualizando los datos del Estudio Crews para entenderlo gráficamente*. Argentina: Editorial Fundación Conector. Recuperado de http://wiki2.hiperterminal.com/lib/exe/fetch.php?media=ediciones_098:estudiocrews:estudiocrewsendetalle.pdf
- Ramírez, Z. (2006). Criterios e indicadores para evaluar las bibliotecas digitales. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud (Acimed)*, 14(6). Recuperado de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352006000600004
- Riera, P. (octubre, 2002). *Posibles consecuencias de la trasposición de la Directiva 2001/29/CE para las bibliotecas*. Ponencia presentada en Contenidos y Aspectos Legales en la Sociedad de la Información (CALSI). Recuperado de <http://eprints.rclis.org/4298/>
- Sá e Mello, A. (2018). Propuesta de nueva redacción del artículo 37.1 TRLPI. Límite al derecho de reproducción. En M. Serrano Fernández (Coord.), *Propiedad intelectual y bibliotecas: una revisión crítica* (pp. 13-32). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Reus y ASEDA.
- Serrano, M. (2014). Los derechos de explotación de las obras huérfanas en el entorno digital: las dificultades de transposición de la Directiva 2012/28UE al ordenamiento jurídico español. En Autor, *Anuario de Propiedad Intelectual 2013* (pp. 265-269). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Editorial Reus y ASEDA.
- Serrano, M. (2017). Los límites al derecho de autor en favor de las bibliotecas, museos, archivos y demás instituciones culturales en el derecho inglés. Estudio de derecho comparado con la legislación española. En Autor, *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de derecho comparado* (pp. 27-63). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Reus y ASEDA.
- Serrano, M. (2018). El límite al derecho de comunicación pública en favor de las bibliotecas,

museos, archivos y demás instituciones culturales. En Autor, *Propiedad intelectual y bibliotecas: una revisión crítica* (pp. 55-77). Madrid: Editorial Fundación AISGE, Reus y ASEDA.

Valdés, C. C. (2014). *Estudios cubanos sobre derecho de autor y derechos conexos*. La Habana: Editorial Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC).

Legislación

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167 de 22.6.2001). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 376 de 27.12.2006). Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu32006L0115>

Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0028&from=en>

Directiva 2019/790/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, (DO L 130 de 17.5.2019). Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu32019L0790>

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala tercera, de fecha 10 de noviembre de 2016, asunto C-174/15 Vereniging Openbare Bibliotheek en c/ Stichting Leenrecht. (ECLI, EU, C de 2016, p 856). Recuperado de <https://www.curia.europa.es>

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala cuarta, de 11 de septiembre de 2014, asunto C-117/13, Universidad Técnica de Darmstadt contra Eugen Ulmer KG. (ECLI, EU, C de 2014, p. 2196). Recuperado de <https://www.curia.europa.es>