

Marco jurídico de la propiedad intelectual en las bibliotecas digitales

I. INTRODUCCIÓN

La digitalización ha cambiado la forma de entender la propiedad intelectual pues la obra se ha desmaterializado y por ende se deben ahora regular bienes inmateriales. Las obras se almacenan actualmente en soportes electrónicos de gran tamaño, y es posible comprimir, transmitir y difundir a través de redes mundiales las obras inmateriales sujetas a un derecho de autor, de forma fácil, rápida y bajo estándares superiores de calidad.

Ante esa vulnerabilidad de las obras de cara a la digitalización de las bibliotecas virtuales debemos pensar no solo en la protección de la propiedad intelectual en este nuevo ámbito extraterritorial y de jurisdicción completa, sino también en políticas estatales a su vez pretendan lograr el acceso equitativo de los ciudadanos del mundo a esos recursos en idénticas oportunidades o condiciones, lo cual constituye un reto aún mayor que la propia digitalización de la información. El costo de la tecnología no puede ser una barrera para la información ni para el conocimiento público; o sea para el acceso democrático e igualitario a la información y a la educación.

Por ello, las bibliotecas deben afrontar una serie de cambios importantes para su digitalización. Deben convertirse en lugares de enseñanza del uso de Internet para indicar a los usuarios de la nueva era formas de acceso, modos de identificar informaciones y de obtener recursos electrónicos. La nueva biblioteca debe ofrecer apropiadas fuentes de referencia electrónicas, que sirvan a las necesidades de la comunidad. Deben ser puntos de acceso a la información electrónica gubernamental, ya sea federal, estatal o local, convertirse en aulas electrónicas comunitarias, poseer terminales de acceso gratuito a Internet para sus usuarios, ser organizadores y facilitadores de informaciones de los gobiernos locales, de las escuelas y de las asociaciones como centros de desarrollo económico, informando sobre formación y oportunidades de trabajo, asesorando a pequeñas empresas y cooperando con los servicios sociales comunitarios. Esa infraestructura además debe estar prevista para asociarse en un futuro cercano a una red mundial de educación y conocimiento: a una biblioteca universal a la que aportará sus recursos digitalizados.

Para transformar la sociedad de la información en sociedad del conocimiento, las bibliotecas están llamadas a adoptar esos cambios que se ajustan a la nueva educación a distancia y ofrecer contenido más allá de los catálogos en línea: es necesario poner a disposición de los usuarios material bibliográfico actualizado¹ que pueda ser consultado desde su casa en cualquier momento, tomando las medidas para proteger la propiedad intelectual y por ende valorando esa ponderación de intereses.

Pero para el desarrollo adecuado de las bibliotecas digitales en ese marco, es necesario resolver tanto los problemas de acceso social, como problemas técnicos y de índole legal. En el plano jurídico, importa en este ensayo la protección de la propiedad intelectual. Al respecto, en un documento publicado por la Fundación Benton, se dice lo siguiente:

“In the digital age, sharing or lending documents, as well as linking, excerpting, or otherwise creating novel combinations of works may raise difficult issues that threaten the distinctions under which copyright law has traditionally operated. The

¹ Esto implica ofrecer al público material protegido por los derechos de autor y material de dominio público.

library tradition of “no fee” access is called into question by current efforts to create electronic payment mechanisms to compensate rights holders and the proposal to assert that the transmission and storage of digital work, even if it is not viewed, is a distribution that can be controlled by the copyright holder.”²

Las innovaciones legales deben ser adoptadas con prontitud para la protección de los agentes que intervienen en el proceso de esta nueva transmisión del conocimiento, desde el usuario de una base de datos, hasta el autor de las obras que se ofrecen en línea y el proveedor de los servicios de Internet que facilita esa interacción.

II. EVOLUCIÓN EN EL MARCO JURÍDICO/NORMATIVO

Las bibliotecas han sufrido profundas transformaciones ante las TIC, a tal extremo que en la actualidad los programas académicos de formación en bibliotecología empiezan a incluir materias sobre informática y nuevas formas de catalogación digital de obras, así como aspectos en torno a la propiedad intelectual sobre las obras protegidas que pueden ofrecerse al público a través de nuevos medios tecnológicos como Internet, el correo electrónico, u otras formas afines.

La discusión sobre la regularización de estas nuevas bibliotecas electrónicas o virtuales es reciente, pero empieza a ser regulada a nivel internacional. Por ejemplo, se considera obra publicada según el art. 3.3 del Convenio de Berna “las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera que sea el modo de fabricación de sus ejemplares, siempre que la cantidad de estos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra.(...).”

De tal definición se ha interpretado que las obras puestas a disposición del público a través de Internet, son en sí mismas una publicación, siendo tal acto el que realizan las bibliotecas virtuales. Más adelante analizaremos si dicha publicación se realiza en el ejercicio legítimo o ilegítimo de una reproducción, distribución o una comunicación pública.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TDA) aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 incluye una Declaración concertada sobre el Convenio de Berna que aclara la aplicación total de las disposiciones contenidas en el convenio a las nuevas alternativas digitales de publicación o reproducción de obras, lo que permite revisar el papel de las bibliotecas virtuales a la luz de este cambio tecnológico y diferenciarlo del régimen jurídico aplicable a la biblioteca presencial o tradicional.

La Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra en su art. 6 dice que se entiende por publicación “la reproducción de la obra en forma tangible a la vez que el poner a disposición del público ejemplares de la obra que permitan leerla o conocerla visualmente”, lo que nuevamente nos lleva a valorar la legalidad de la prerrogativa de las bibliotecas de poner a disposición del público ejemplares de obras protegidas, pues si bien existieron tradicionalmente excepciones al derecho de autor que permitían a las bibliotecas presenciales actuar libremente en este sentido y en nombre del derecho a la educación y al desarrollo científico; el acto de préstamo y comunicación pública que realizan las bibliotecas virtuales debe ponderarse ante la facilidad, rapidez y calidad de copias que podrían generarse de obras protegidas sin ningún control a través de las autopistas de la información.

La Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, del 25 de junio) estipula en su artículo 50 inciso 1 que “Forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas, científicas o

² <http://www.benton.org/Library/Kellogg/chapter3.html>

artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958.”

A la luz de esta norma podemos concluir que el Estado está llamado a velar por su patrimonio histórico (bibliotecas y su contenido) pero a la vez se debe advertir que ese derecho tiene limitaciones que radican en la protección de la propiedad intelectual de los autores de las obras que contribuyen a enriquecer la cultura del país, que es el objeto principal y la función social del derecho de autor: incentivar la creación literaria y artística, sin perjuicio de hacerla accesible a los ciudadanos que gozan a su vez de un derecho a la educación y la cultura.

El Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado y del Sistema Español de Bibliotecas señala sobre el acceso público a ese patrimonio lo siguiente: “El acceso a las Bibliotecas Públicas del Estado será libre y gratuito. Para acceder al servicio de préstamo, las Bibliotecas Públicas facilitarán la correspondiente tarjeta de usuario (...)”. Esta norma si bien en principio obligaría a la gratuidad del préstamo, vista a la luz de las consecuencias en cuanto a reproducción y comunicación pública de obras en la red, evidencia la necesidad de adecuar nuestra normativa al nuevo entorno digital, pues la plena libertad de acceso a material bibliográfico en línea, si bien se encuentra en armonía con el derecho a la educación, la cultura y al acceso a la información del que goza el ciudadano, podría rozar con los derechos de propiedad intelectual de los autores. Por tanto, es necesario estipular medidas que logren un equilibrio en beneficio de ambas partes.

En Estados Unidos existe un proyecto de ley denominado *Library Services and Technology Act* que impulsa la creación del *Institute of Museum and Library Services* equivalente al proyecto “Acceso multimedia al patrimonio cultural europeo” de la Dirección General XII de la Comisión Europea que pretende uniformar políticas de digitalización de bases de datos e integración de archivos y bibliotecas bajo la supervisión de aspectos de la propiedad intelectual. Al igual que esta iniciativa, en la Unión Europea se han desarrollado desde hace varios años discusiones en torno al papel de las bibliotecas virtuales (hoy definidas como bases de datos) ante el derecho de autor y las nuevas tecnologías; haciendo hincapié en la necesidad de difundir cultura a través de estas entidades, sin que con ello se perjudique a los autores.

En la resolución del Consejo de Ministros responsables de asuntos culturales, reunidos en el seno del Consejo del 27 de septiembre de 1985, concerniente a la colaboración entre bibliotecas en el dominio informático, publicado en el Diario Oficial nº C 271 de 23/10/1985, se indicaba ya la importancia de informatizar y unificar las bases de datos en catálogos, pero aún no se hacía mención explícita a la difusión en línea de obras literarias, artísticas o científicas.

En la Resolución del Consejo, de 4 de abril de 1995, sobre cultura y multimedios (*sic*), publicada en el Diario Oficial nº C 247 de 23/09/1995, el Consejo declara lo siguiente:

“Considerando que los multimedios desempeñan una importante función en favor de la investigación científica pluridisciplinaria en el ámbito del patrimonio cultural mueble e inmueble, como monumentos, lugares históricos, museos, bibliotecas y archivos; CONSTATANDO que, para realizar los objetivos mencionados más arriba, fomentar el desarrollo de un mercado europeo y obtener el pleno beneficio de esas nuevas posibilidades y tecnologías, son necesarias la preparación y cooperación de los agentes principales (bibliotecas,

museos, servicios de inventario), así como un análisis de la posible adaptación de las normas jurídicas y técnicas (...).”

En la misma línea, el documento denominado Conclusiones del Consejo, del 17 de junio de 1994, sobre una mayor cooperación en el ámbito de los archivos publicado en el Diario Oficial n° C 235 de 23/08/1994; se considera que los archivos representan una parte significativa del patrimonio cultural europeo, mencionado en el artículo 128 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La Comunidad reconoce en el documento que la explotación de los archivos puede contribuir al objetivo, también previsto en el artículo 128, de mejorar el conocimiento de la cultura y de la historia de los pueblos europeos.

En la reunión de información sobre la propiedad intelectual en materia de bases de datos celebrada por la OMPI en Ginebra del 17 al 19 de setiembre de 1997, los Estados Parte declararon la importancia de la protección y difusión de las bases de datos en las actividades industriales, comerciales y académicas; modalidad que tradicionalmente ha sido utilizada para encuadrar la protección jurídica de las bibliotecas.

En la Conferencia Diplomática de la OMPI celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, estaba previsto examinar un proyecto de Tratado sobre la protección jurídica de las bases de datos, el Tratado de la OMPI respecto de las bases de datos (DBT). Aunque el DBT no se examinó en la Conferencia, ésta pidió que se siguiese trabajando en el proyecto de Tratado a principios de 1997.

El documento de la reunión de información sobre la propiedad intelectual en materia de bases de datos de la OMPI del 15 de julio de 1997, presentado en Ginebra del 17 al 19 de setiembre de 1997³, varios Estados miembros se pronunciaron sobre el proyecto del tratado de la OMPI para la protección de las bases de datos (DBT). Eslovenia indicó que las bases de datos originales son protegidas por los derechos de autor mientras que las no originales son protegidas por contratos o por la ley de competencia desleal. Argelia sostuvo que la cuestión de los derechos de propiedad intelectual respecto de las bases de datos se ha regulado mediante la Orden N° 97-10, del 6 de marzo de 1997, sobre derecho de autor y derechos conexos, que estipula que esos derechos están protegidos de la misma forma que las colecciones y antologías de obras que “sean originales en cuanto a la selección, coordinación o disposición de su contenido,” en el entendimiento de que la protección se concede sin perjuicio para los derechos de los autores de las obras originales preexistentes, los datos sólo son susceptibles de protección en la medida en que sean originales, y las bases de datos que no sean originales no se benefician de protección jurídica otorgada por la legislación sobre propiedad intelectual. En Australia, los requisitos de originalidad consisten en que la base de datos como tal no haya sido copiada y que la recopilación, selección y disposición de la información contenida en ella hayan exigido suficiente labor y técnica. Para este país el DBT que proponía la OMPI difiere de los derechos de autor pues no es indispensable que la base de datos sea original, ya que protege una inversión pecuniaria mas que la propiedad intelectual. Por su parte en Croacia existe un sistema denominado CROLIST que es una base de datos que integra la información de las bibliotecas del país para facilitar el acceso a las posibilidades de búsqueda de información utilizando el SQLI (lenguaje de petición estructurada). Hasta ahora se usa solo para catalogación de materiales.

Como vemos, los Estados de la Unión Europea han coincidido en la necesidad de difundir el material bibliográfico y los archivos que se producen en el ámbito cultural, científico y educativo, pero también han expresado la preocupación en cuanto a proteger la propiedad intelectual de los autores de las bases de datos donde se expresan las bibliotecas y de los materiales protegidos que las conforman.

³ Ver documento en www.wipo.int/spa/meetings/infdat97/db-im-3a.htm

III. EL DERECHO DE AUTOR EN LAS BIBLIOTECAS

1. Las bibliotecas presenciales o tradicionales

Las bibliotecas presenciales son los recintos que tradicionalmente hemos conocido en el ámbito de instituciones públicas o privadas, en los cuales el público tiene acceso temporal a las obras que contienen tales bases de datos materiales según sea por consulta en sala o préstamo a domicilio.

De conformidad con el art. 37.1 y 37.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) han estado exentas las bibliotecas de autorización y pago por reproducciones y préstamos de obras por la función social que cumplen.

Dicho artículo estipula lo siguiente:

- “1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integrada en instituciones de carácter cultural o científico, y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.
2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen.”

Las bibliotecas presenciales ofrecen servicios de consulta en sala o de préstamo de la obra a domicilio de forma gratuita. Existen casos de bibliotecas privadas que cobran una cuota periódica de inscripción para mantener sus gastos administrativos y de gestión, pero en tanto no pretendan un lucro, quedan también cobijadas bajo el precepto legal citado que las exime de autorización y pago al autor de la obra que facilitan al usuario.

En el caso de las bibliotecas públicas, ya habíamos indicado en el acápite anterior la existencia de normas legales que obligan a la gratuidad de los servicios que se prestan en tales recintos.

Por contener ficheros que resguardan la información de su contenido bibliográfico, se consideran bases de datos materiales, aunque en realidad las obras constan individualmente en su formato tradicional en estanterías muchas veces accesibles directamente al público; y la única base de datos es la catalogación de la información de las obras pero no de su contenido parcial o íntegro.

2. Las bibliotecas virtuales o digitales

La OMPI define la biblioteca digital de la siguiente forma:

- “Las bibliotecas digitales constituyen los equivalentes electrónicos de las colecciones de registros en papel. Una biblioteca digital en materia de propiedad intelectual es una aplicación del concepto de biblioteca digital, es decir, una colección organizada de información electrónica divulgada a una comunidad

determinada a través de tecnologías de red que permiten un fácil acceso a los datos.”⁴

Jesús Blázquez denomina la biblioteca digital como aquella que presta servicios las 24 horas del día en una plataforma electrónica accesible por cualquiera en la red. La forma, contenidos y servicios difieren de la biblioteca tradicional⁵. Este autor confirma mediante su estudio que en la mayoría de los sitios existentes en red generalmente se han digitalizado los servicios pero no los fondos bibliográficos y por lo general se ponen en línea obras que pertenecen al dominio público al haberse extinguido el plazo de exclusividad del derecho de explotación y no aquellas sujetas a la protección patrimonial del derecho de autor.

Las bibliotecas siempre han gozado del principio de excepción de protección a los derechos de autor que senala el artículo 37 del TRLPI, pues siempre se consideró que manipulaban en forma de préstamo o de alquiler unos cuantos ejemplares de obras protegidas que podían ser consultados por un número determinado de usuarios; aunque existiese el riesgo de que el usuario permitiese la copia ilegítima de los libros que adquiriese en préstamo domiciliario⁶.

Sin embargo, en el caso de las bibliotecas virtuales la situación varía. En virtud de la facilidad de copia y reproducción, se ha valorado la exención de la cual gozan las bibliotecas presenciales en lo que respecta a las bibliotecas virtuales.

“La comunicación a través de redes no solo facilita la prontitud en el acceso a las obras de una determinada biblioteca, sino que también aumenta el número de obras que éstas pueden ofrecer a sus usuarios mediante la intercomunicación y la interactividad entre miembros de una determinada comunidad. Esto último, además de beneficiar la función de las bibliotecas y de otras instituciones al servicio de la educación y la investigación al crear un nuevo foro de discusiones, publicaciones y contactos entre miembros de una determinada comunidad científica, facilita extraordinariamente el préstamo interbibliotecario. Además desde el punto de vista de las propias bibliotecas, el almacenamiento electrónico de sus obras y su transmisión por redes, supone, a largo plazo, una reducción de gastos bastante considerable en lo que se refiere a la organización y disposición física de sus obras –edificios, estanterías, etc.- y a la compra de sus propios recursos, ya que una misma obra en formato digital puede ser consultada a la vez por varios usuarios.”⁷

Las bibliotecas virtuales o digitales si bien hasta ahora en su mayoría únicamente ofrecen al público su catalogación o colecciones de obras de dominio público, poco a poco se ha visto la oferta de material protegido por los derechos de autor, que se ofrece en servicio de consulta (visualización en pantalla) y préstamo a través de la red (permite la transferencia punto a punto, desde el servidor de la biblioteca hasta el ordenador del usuario), con la diferencia que en este caso, por existir respaldo de la obra en la biblioteca virtual y por haberse extinguido el concepto tradicional de copia, el préstamo no es temporal sino permanente.

⁴ <http://www.wipo.int/scit/es/ipdl/backgrnd.htm>

⁵ <http://usuarios.bitmailer.com/jblazquez/pres1997.html>

⁶ Para esto último, recordemos que las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor se han dedicado a tomar ciertas medidas en lo que respecta a la actividad reprográfica privada, e incluso se cobran porcentajes económicos que se le trasladan a los autores a modo de compensación por las copias que se obtienen de sus obras.

⁷ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 133p.

A diferencia de la fijación de la obra en un soporte material que permita su control singular, aquí nos encontramos ante la fijación en soporte inmaterial que permite la ilimitada reproducción y por tanto el descontrol del número de ejemplares en préstamo o puestos a circulación.

Al no existir distinción legal expresa entre las bibliotecas tradicionales y las digitales, actualmente las bibliotecas virtuales gozan por extensión de la misma limitación del derecho de reproducción autorial que ejercen las bibliotecas tradicionales o presenciales por lo que es legítima su transmisión de la obra a través de la red (37.1 TRLPI). No obstante, lo que debe evaluarse en este marco es la actuación del usuario, cuya acción no está protegida expresamente por el art. 37 del TRLPI. Al efecto cito:

“Para el caso de los usuarios, la cuestión es establecer si la copia de la obra transmitida digitalmente realizada en el disco duro de su ordenador –*download*–, o a través de la impresora conectada al ordenador –*hard copy*– pueden considerarse limitaciones al derecho de reproducción. (...) Los usuarios se verán obligados a pagar siempre por las reproducciones que realicen de las obras que visualizan en pantalla, ya que estas se encuentran englobadas dentro de la copia privada para uso personal del copista de nuestra ley, que la Directiva 96/9/CE sujeta a autorización y pago cuando se trate de bases electrónicas.”⁸

La transmisión *on-line* es un préstamo cuando permite al usuario apropiarse del material. Sin embargo la simple visualización en la pantalla no debería considerarse préstamo pues permite de alguna forma la disposición de la obra al ser una mera consulta *in situ* de la misma (art.19 TRLPI) para su visualización y lectura tal como una consulta de sala en las bibliotecas tradicionales. Solo hay préstamo si la biblioteca permite la distribución de copias ya sea a través de la descarga o grabación del material protegido. En la primera forma hay exención de autorización y pago (consulta), y en la segunda (distribución por préstamo), sí es un requisito indispensable el permiso y compensación al autor y debe verse como una limitación a la comunicación pública, pues estamos ante una explotación excesiva de la obra que podría causar perjuicio a los intereses legítimos del autor.

No obstante, como ya indiqué, siendo que a la fecha no se ha valorado la circunstancia de que el préstamo de una biblioteca virtual es permanente, por extensión están protegidas por el artículo 37 del TRLPI. Una interpretación que limite tal prerrogativa sería factible únicamente aplicando los principios de oportunidad y conveniencia, pues incluso es cuestionable la legalidad a nivel constitucional de una medida que exima a las bibliotecas virtuales del reconocimiento de su derecho patrimonial ante reproducciones de tales dimensiones; aspecto sobre el cual ya la Unión europea ha emitido un llamamiento a las autoridades españolas exigiendo el principio del “pago por préstamo”.

En efecto, la diferencia del préstamo de una obra en una biblioteca virtual es que se pierde la noción de que dicho préstamo es temporal pues en realidad se distribuye una copia que a su vez puede incluso ser idéntica a la original (por lo que también el concepto de copia queda desactualizado). Ese ejemplar de la obra puede ser copiado de forma permanente en la memoria del ordenador del usuario o utilizado *off-line* en soporte material (CD, disquete...) provocándose con ello una transformación de la obra que debe ser autorizada por el autor; situación que genera otra lesión de índole autorial.

⁸María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 1136p.

A.) NATURALEZA

La biblioteca presencial como centro de difusión de obras independientes no posee mayor regulación en materia de derechos de autor como base de datos material. Sin embargo, recordemos que en lo que respecta a las obras protegidas que contiene, se encuentra amparada a la excepción contenida en el artículo 37 inciso 1 del TRLPI.

Por su parte, la biblioteca virtual sí ha sido calificada como una base de datos o compilación de datos, según lo indican los tratados internacionales.

Específicamente, el TDA de la OMPI define en el Art. 5 las Compilaciones de Datos (bases de datos) de la siguiente forma:

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.”

Se interpretó bajo declaración concertada que las compilaciones de datos eran equivalentes a su vez a las obras literarias o artísticas de conformidad con el artículo 2 del Convenio de Berna.

Aquí se deben ver dos aspectos:

a.) *La protección propiamente de la base de datos*

Deben ser protegidas sin perjudicar o modificar el derecho de autor que afecta a las obras que contienen. Autores como Bertrand las califican de antologías o compilaciones de datos por la selección y disposición de sus elementos, atendiendo a la resolución del 15 de enero de 1997 del IV Chambre de la Cour d'appel de Paris que dijo:

“Un banco de datos, o base de datos se refiere a un dominio definido de conocimiento, organizado para ser ofrecido a consulta de los usuarios, puede ser calificada como obra del espíritu y beneficiarse bajo ese argumento de la protección de derechos de autor, ya que comporta un aporte intelectual característico de una creación original, la cual excluye la represión de elementos de dominio público, se aprecia en su plan la composición, la forma, la estructura, el lenguaje y, más generalmente, la expresión de la obra de maras, y exige de su autor la prueba de un esfuerzo personal de conversión de la obra en un formato automatizado e integrado en la concepción y la escritura de un programa.”⁹

Según la OMPI, las bases de datos son “un conjunto de elementos de información, seleccionados de acuerdo con criterios determinados y estables, dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un criterio informático a la que tenga acceso un cierto número de usuarios”¹⁰.

En las bases de datos se protege la originalidad sobre la selección y disposición del contenido¹¹ como requisitos esenciales para que la base de datos sea susceptible de ser

⁹ Traducción libre de la sentencia citada por André Bertrand. *Le Droit d'auteur et les droits voisins*. Editorial Dalloz, segunda edición, 1999. 524p.

¹⁰ www.ompi.org

¹¹ Esto según el art. 3.1 de la Directiva 96/9/CE del 11 de marzo de 1996.

valorada como creación intelectual sujeta a derechos de autor. Adicionalmente, en virtud de lo que se denomina un “derecho sui generis” las bases de datos se protegen también en virtud de la inversión económica que implique su constitución.

Los requisitos de originalidad consisten en que la base de datos como tal no haya sido copiada y que la recopilación, selección y disposición de la información contenida en ella hayan exigido suficiente labor y técnica. El DBT introdujo la posibilidad de eliminar ese requisito de originalidad y proteger la base de datos por sí misma con la única condición previa para la protección de que la base de datos “represente una inversión sustancial en la recopilación, ensamblaje, verificación, organización o presentación del contenido de la base de datos” (Art. 1.1).

Lo que se protege de la base de datos es que hace posible el acceso a un contenido, sin otorgar una protección específica y diferenciada a los elementos que la integran (en el caso de bases de datos no electrónicas) pero sí hay tal protección diferenciada en el caso de bases de datos electrónicas según el derecho sui generis consiguiente que a la luz de los artículos 34 y 135 TRLPI imponen al usuario una serie de restricciones para la utilización del material contenido en una base de datos.

La base de datos electrónica posibilita la digitalización de obras, su interactividad y la integración de categorías de diferentes creaciones en un mismo soporte.

Tal como lo señala Miguel Angel Davara, se trata de una doble protección por medio de los derechos de autor (pues se protege la creación intelectual y su originalidad) y por medio de un derecho sui generis (pues se protege la obra económicamente en lo que respecta a la inversión en la obtención, verificación o presentación del contenido).¹²

b.) La protección del contenido de la base de datos (las obras que contiene):

Los elementos contenidos en una base de datos no pierden su estatus jurídico de protección. Del contenido de la base de datos los únicos no protegidos son aquellos que carezcan de originalidad como podrían ser elementos visuales comunes entre otras bases de datos para la presentación de la información o bien las obras en dominio público cuya reproducción y comunicación pública es legítima.

El in put, up load, carga o introducción de las obras a la base de datos que constituyen una biblioteca virtual, es en sí misma una reproducción. El out put, down load, descarga o salida de las obras de la base de datos es también una reproducción lo mismo que el almacenamiento de la obra en cualquier formato donde se fije. Por parte de la Biblioteca se produce una reproducción y una distribución y el mero acceso del usuario a la pantalla que ofrece la obra es un acto de comunicación pública por medio de un préstamo (si logra apoderarse del material) o de una consulta (si la obra solo puede visualizarse). Si el usuario dispone de la obra puede darse también una reproducción (al copiarla), una transformación (al introducirla en un nuevo soporte o formato) o explotación ilegítima, si la misma no está autorizada por el autor o el usuario la distribuye a terceros.

Efectivamente si bien existen derechos exclusivos sobre las bases de datos por parte de sus autores, también existen derechos exclusivos de explotación o protección diferenciada de elementos que la integran, en este caso de obras literarias y artísticas.

Si la base de datos es electrónica, como el caso de las bibliotecas virtuales, los elementos que la integran poseen una explotación diferenciada de la misma y por tanto se exige la

¹² Miguel Angel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*. Editorial Aranzadi. Madrid, 1999. 149-150p.

autorización y compensación al autor si el usuario desea disponer de las obras contenidas en la base.

Debe entonces valorarse si es preponderante la protección del contenido de una base de datos electrónica o la excepción aplicable a las bibliotecas (y su extensión a las virtuales) al ser ambas normas contenidas en el TRLPI y que permiten dos situaciones distintas en materia de derechos de autor.

En principio, si partimos que toda norma relativa a derechos de autor en caso de existir controversia, debe interpretarse a favor de los intereses del creador de la obra, por tanto debería regir la prohibición de reproducir el contenido de una base de datos electrónica sobre la excepción que regula el artículo 37 del TRLPI.

B.) CONTENIDO

1. La defensa del derecho moral

El derecho moral lo constituye la divulgación, el reconocimiento de la condición de autor, retirar la obra del comercio, el respeto de la integridad de la obra, la modificación y exigencia de un ejemplar cuando sea único.

El derecho moral comprende en total para el autor un ejercicio exclusivo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable de esos derechos.

En el caso de las bibliotecas, la divulgación consiste en que el público acceda a la obra y viene definida mediante la figura del “depósito legal” que exige a los autores y las editoriales el depósito de cierto número de ejemplares de las obras que se publican, para su resguardo como patrimonio bibliográfico y como constatación de su existencia al amparo tanto de ese enriquecimiento patrimonial/cultural, como de la defensa de los derechos del ciudadano a la información, a la educación y a la cultura.

Aún expirados los derechos exclusivos de ejercicio patrimonial, el autor siempre conservará el derecho a que la obra de su autoría le sea reconocida como tal. Esa paternidad es uno de los aspectos más importantes para la protección y que se exige particularmente en las excepciones de protección a los derechos de autor, en las cuales si bien para ciertas circunstancias se permite el no pago de derechos por reproducciones, siempre se exige consignar la existencia y autoría del autor así como la fuente de la que se obtuvo la obra. Esta particularidad, por tanto, debe serle exigida también a las bibliotecas y a sus usuarios en resguardo del derecho moral del autor, aun si no media el pago o compensación de sus derechos en virtud del artículo 37 del TRLPI.

Se exige el respeto a la integridad de la obra, otorgando al autor la prerrogativa de decidir su variación en cuanto a deformación, atentado u otra modificación que pudiese mutilar el contenido o formato del original.

El problema que resulta de este derecho ante el uso de la obra a través de Internet, es en lo que respecta a las actuaciones de las siguientes partes:

- a.) *Bibliotecarios*: La carga de la obra a la red, es una reproducción cuya regulación compete al contenido patrimonial. Sin embargo, si en ese acto se mutila o reforma la obra, se podría estar ante la comisión de una violación al derecho moral del autor, pues es el único capaz de autorizar que la obra sea variada en su integridad. Si se comunica parcialmente el contenido de una obra, tal circunstancia también deberá indicarse con el fin de no dañar al autor que está autorizado a defender la obra como una unidad.

- b.) *Usuarios*: La descarga de la obra por parte del usuario también implica una reproducción o copia. Sin embargo si en el momento de la descarga o ya descargada la obra, el usuario manipula la obra eliminando contenidos o adicionando otros o ejecuta cualquier acción tendente a variar su integridad se podría vulnerar este derecho autorial. Debemos anotar que la integridad de la obra puede variarse tanto en el contenido como en su forma y tal acción implica un menoscabo a los legítimos intereses o reputación del autor. Por ejemplo una situación grave sería poner a circular bajo el nombre del autor su obra modificada, introduciendo frases o declaraciones que atenten contra su reputación o la de terceros.

La modificación de la obra es otro de los derechos que podrían verse menoscabados ante el uso de las nuevas tecnologías. Por ejemplo se discute si la simple digitalización de la obra (como paso inicial que ejecutan las bibliotecas virtuales) constituye una modificación que debe ser autorizada por el autor.

El usuario o quien ostente cualquier derecho derivado (bibliotecario), debe respetar el derecho de modificación y por tanto no podrá ni modificar, ni actualizar ni reformar el contenido de una obra protegida sin la expresa autorización del autor.

Tradicionalmente el autor podría ordenar el retiro de la obra de circulación. Sin embargo, en la nueva sociedad de la información tal actuación no podría controlarse, pues una vez comunicada la obra a través de Internet, podría impedirse su divulgación, pero para retirar la misma de circulación cuando ya varios usuarios la han reproducido, es un asunto de difícil control.

Además, para que el autor pueda ejercer este derecho debe indemnizar al propietario de los derechos de explotación, por lo que tal monto sería difícil de determinar.

En cuanto a las obras que constan en la base de datos de una biblioteca, las mismas se encuentran allí por exigencia del depósito legal que se requiere –como ya vimos- para la publicación de todas las obras, con el fin de completar el patrimonio nacional bibliográfico y tenerlo actualizado.

En este sentido, es cuestionable que el autor pueda retirar una obra, pues se encuentra depositada en la biblioteca como un registro público del material publicado (que como tal constituye patrimonio del Estado) y bajo una imposición legal expresa, y por ende no podría retirar la obra de tal sitio.

2. El derecho patrimonial en las bibliotecas

El derecho patrimonial o de explotación es un derecho de exclusión o de ejercicio en exclusiva del autor, pero puede ser cedido por el autor a un tercero.

A diferencia de los derechos morales son derechos limitados en el tiempo y poseen ciertas restricciones. El contenido del derecho patrimonial se divide en los siguientes derechos:

1. Derecho de distribución:

Este término es más adecuado en las obras distribuidas bajo soporte material, mientras que para referirse a la distribución de aquellas obras con soporte inmaterial o no presentadas en un *corpus mechanicum*, es más adecuado hablar de comunicación pública; pues en el fondo ambos términos implican una situación similar dentro del derecho de explotación de la obra, con la diferencia que la distribución supone el reparto de ejemplares, mientras que en la vía digital el concepto de copia se relativiza al punto que no puede determinarse cual es la original y cual es la copia.

Para que la distribución se consolide, basta con que el público o usuario tenga la posibilidad de acceder a la obra aunque finalmente no lo haga, pues se configura este acto con poner a disposición del público el original o copia de la obra. Tal como señala Serrano Gómez, la distribución puede hacerse mediante venta, alquiler, préstamo, cesión, donación, permuta, leasing o cualquier otra modalidad que implique la puesta a disposición del público de la obra protegida.¹³

En este punto, sin embargo, recordemos que ante las TIC, la copia y el original son idénticos y el número de ejemplares que se distribuyen (o en realidad, que se comunican) es indeterminado.

En el artículo 19 de la Directiva 92/100/CEE sobre alquiler y préstamo de otros derechos afines al derecho de autor, se indica que es el autor quien aún habiendo vendido la obra, conserva el derecho de alquiler y préstamo, como un componente de su derecho de distribución de la obra.

El alquiler se asemeja al arrendamiento civil por su onerosidad mientras que el préstamo se entiende gratuito y para un uso temporal. Por tanto, en el caso de las bibliotecas lo que sucede con este derecho de distribución es lo siguiente:

- En las bibliotecas presenciales se efectúa un préstamo gratuito sin autorización previa del autor o pago para cada caso en particular, lo que es posible en virtud de la excepción del artículo 37 del TRLPI. El préstamo es temporal pues el usuario tiene derecho a poseer por un tiempo determinado la obra material que se le entrega. Si bien decidir sobre tal préstamo es prerrogativa del autor, en este caso la pierde por un imperativo legal que pondera como superior el derecho del usuario a tener acceso a la educación y la cultura.
- En las bibliotecas virtuales el préstamo on-line implica la entrega al usuario de una reproducción de la obra de forma gratuita, pero dicho préstamo se efectúa sin carácter devolutivo, pues la base de datos electrónica conserva un ejemplar o respaldo digital de la obra cedida. Por tanto, la naturaleza de préstamo queda alterada para constituirse en la entrega definitiva de un ejemplar tan idéntico al original que es imposible distinguirlos.
- En el caso de bibliotecas privadas que ejercen cobro de los servicios de préstamo, estaríamos ante la figura de alquiler que a mi juicio siempre debería ser autorizada por el autor en ejercicio de este componente patrimonial de su autoría.

Los primeros dos casos en la actualidad están amparados a las excepciones del artículo 37 del TRLPI por cuanto se trata de actividades llevadas a cabo por bibliotecas y por ende el autor no puede negarse a ese tipo de préstamo. No obstante, si interpretamos que las bibliotecas virtuales no llevan a cabo un préstamo propio de una distribución, sino que lo que efectúan es una reproducción (por ser un préstamo permanente), algunos autores opinan que se requeriría de la autorización del autor y su compensación económica, pues afecta el interés económico del autor y la normal explotación de la obra sobrepasando el límite de las excepciones a los derechos de autor, situación que comparto en la medida que el usuario pueda apropiarse de la obra, pero no si se trata de una simple visualización que no implica un traslado de dominio.

A mi juicio, es esta última situación la que debe interpretarse, pues toda norma debe interpretarse a favor de los derechos del autor, en la medida que si bien existe una

¹³ Ver en este sentido a Eduardo Serrano Gómez. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas. Madrid. 2000. 40p.

excepción que favorece el préstamo que realizan las bibliotecas tradicionales, en el caso de las virtuales lo que sucede es una reproducción (no distribución) que si bien es lícita, al amparo del artículo 135 TRLPI podría existir un impedimento pues existe otro límite al usuario de una base de datos (biblioteca, en este caso), que debe valorarse ya que el usuario puede extraer cualquier parte del contenido de la base, siempre que ésta no sea electrónica.

Existen autores que consideran que las bibliotecas lo que realizan no es una reproducción sino una distribución, pero debe quedar claro que la distribución implica una posesión permanente de la obra por parte del usuario, misma que no se da ni en el caso de las bibliotecas presenciales (que es un préstamo temporal) ni en el caso de las bibliotecas virtuales en donde la figura del préstamo desaparece pues la visualización en pantalla es una mera consulta in situ, y la adquisición de la obra on line para su utilización off line constituye una reproducción (por préstamo permanente de ejemplar idéntico) más que una distribución. Igualmente es claro que en virtud del sistema digital, se trata de una comunicación pública y no de una distribución referida a un bien material

El alquiler y préstamo son una modalidad de reproducción en el caso de las bibliotecas virtuales, pues se dispone permanentemente de la obra en idénticas condiciones que una original: actuación que coincide con lo dispuesto en el artículo 19 del TRLPI. Por su parte, las bibliotecas presenciales solo permiten que el público tenga por tiempo limitado las obras a su disposición. En el ámbito digital, el usuario no está obligado a devolver el ejemplar facilitado, por lo que se rompe el “uso por tiempo limitado”. En el ordenador, la obra se puede reproducir temporal o permanentemente o se pueden imprimir fácilmente varias copias con la impresora, por lo que el alquiler o préstamo digital solo se pueden permitir cuando la reproducción indicada no sea posible (con algún tipo de software que lo impida), situación que las Declaraciones Concertadas del TDA dejaron clara indicando lo siguiente:

“Interpretación similar mantuvo en su día la Comisión al plantear la inclusión del denominado *electronic document delivery* y del *video on-demand*, como supuestos de alquiler y préstamo de obras. Establece el Libro Verde que “el alquiler de obras o de prestaciones protegidas debe cubrir manifiestamente actividades como el vídeo a la carta y otros alquileres por medios electrónicos basados en una transmisión punto a punto” y añade, que la definición de préstamo de la Directiva 92/100/CEE incluye el supuesto de transmisión de objetos digitalizados realizada por establecimientos abiertos al público. Por último concreta que “el mismo argumento permite considerar que la consulta en línea de una obra de una biblioteca pública, equivale al préstamo de una copia de la obra”. Comenta HUGENHOLTZ que esta interpretación favorecería a las bibliotecas públicas que ofrezcan entre sus servicios el suministro de documentos electrónicos, ya que podrían beneficiarse del relativamente permisivo régimen del préstamo público.”¹⁴

Tal como indiqué la consulta en línea podría entonces estar exenta de toda autorización y pago al autor por ser similar a una consulta en sala. Autores equiparan la consulta en línea al alquiler para evitar conflictos de interpretación y aplicar la excepción del art 37 TRLPI; pero a mi juicio el alquiler implica un pago que no ocurre en este caso, salvo que se trate de bibliotecas privadas. El préstamo con transferencia de la obra es en sí mismo una reproducción que en principio debe autorizar el autor, pero ante la excepción de libre reproducción que indica la norma citada, las bibliotecas pueden ejercer libremente tal prerrogativa sin compensación alguna. No obstante, en el caso de las bibliotecas virtuales se debe valorar esta situación ante la facilidad del usuario de continuar una cadena de reproducción ilegítima; sobre todo si el artículo 134 inciso 2 b) del TRLPI impone al legítimo

¹⁴ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 108p.

usuario de una base de datos, el deber de abstenerse de realizar cualquier acto de explotación que perjudique los intereses de los autores de las obras contenidas en la base.

Es por tanto necesario indicar que distribución es más propio efectivamente para obras con soporte material, por lo que el anterior análisis sobre el préstamo virtual de una obra queda ligado al contenido del derecho de reproducción que analizaremos seguidamente, y del cual existe una excepción a favor de las actividades que realizan las bibliotecas en general.

2. **Derecho de reproducción:**

El derecho de reproducir la obra en soporte magnético, óptico, tradicional o electrónico de cualquier tipo y de obtener las copias que las diversas tecnologías permitan por distintos medios es también exclusivo del autor pero puede cederse a un tercero.

Este derecho es definido en el artículo 18 TRLPI como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella.”. El art. 9 del Convenio de Berna da esa prerrogativa de reproducción “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”

En ambos casos son tan amplias las definiciones que se entiende que habrá reproducción también en el entorno digital, situación que ya ha sido confirmada por las Declaraciones Concertadas emitidas a la luz del TDA.

La reproducción se entendió siempre sobre un soporte material que permitiera la comunicación ulterior. Sin embargo como dice Esteve, *“con la digitalización, tal corpus desaparece y la obra se reproduce de forma intangible por medio de una serie de dígitos que pueden ser fácilmente incorporados en bases de datos, transmitidos por redes y grabados en la memoria de un ordenador. Si el original de la obra se ha expresado en forma analógica, puede reproducirse digitalmente y ser expresado en soporte electrónico. Ocurre así, cuando se escanea un texto impreso, una fotografía o una imagen gráfica, o se reconvierten sonidos analógicos en digitales mediante las técnicas de sampling. Es decir, las nuevas técnicas digitales, permiten supuestos de reproducción de obras que comportan, curiosamente, su desmaterialización al ser incorporadas en un soporte electrónico. Las posibilidades varían y permiten su distribución off-line –CD music, Photo CD y CD-ROM-, o se almacenen en bancos de datos para su transmisión on-line, o bien se emitan por radiodifusión digital.”*¹⁵

En efecto, la reproducción de una obra ante las nuevas tecnologías, adquiere una importante dimensión pues se afectan los intereses legítimos del autor y el derecho a la normal explotación de la obra, ante la facilidad de reproducción que implica la tecnología actual.

Sobre el derecho de reproducción que atañe propiamente a las bibliotecas, indica Esteve lo siguiente:

“En lo que se refiere a las reproducciones de obras realizadas por las bibliotecas, hay que distinguir entre el *upload* de obras para su almacenamiento en el *host* de la biblioteca u ordenador central como servidor de la red, del *download* de obras o reproducciones temporales realizadas por la biblioteca en el curso de una transmisión. Señala MELICHAR al respecto, que los actos de reproducción de obras realizados por una biblioteca y destinados al almacenamiento digital de bases de datos, ya sea mediante su escanerización o por el *upload* de la obra, si

¹⁵ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 102-103p

ésta ya cuenta con formato electrónico, es un acto de reproducción que no puede acogerse a limitación alguna.”¹⁶

El titular por tanto debe autorizar la digitalización por ser en sí una reproducción (inmaterial, pero reproducción al fin y al cabo), pero en el caso de las bibliotecas, existe la excepción de la libre reproducción según indica el artículo 37 TRLPI. Esa reproducción, como veremos en el apartado de las excepciones, incluye desde la reposición de un ejemplar dañado para las colecciones que resguardan las bibliotecas tradicionales o presenciales hasta la reproducción existente en el upload de una obra electrónica o la digitalización y upload de una obra con formato originalmente material.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TDA), ya citado a lo largo de este trabajo, y aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 incluye una Declaración Concertada sobre el Convenio de Berna que dice:

“El Derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.”

A la luz del Artículo 99 a) del TRLPI sobre programas de ordenador pareciera implicar que reproducción es también todo acto de almacenamiento de la obra que ocurre en el entorno de su transmisión digital (download y su grabación en disco duro o en disquete o incluso cuando se incorpora en una base de datos tal como ocurre con las obras que se incluyen en bibliotecas digitales).

Es también reproducción la obtención de copias materiales (no solo inmateriales) o impresas en papel (a través, por ejemplo de la impresora que está conectada al ordenador). Sin embargo, al ser en este caso una actuación no de la biblioteca sino del usuario, dicha reproducción no puede encontrar amparo en las excepciones de artículo 37 del TRLPI sino que por el contrario, pareciera que incluso el interés del legislador a la luz de lo indicado por el artículo 135 inciso a) del TRLPI, es el evitar que el usuario extraiga ilegítimamente las obras contenidas en una base de datos.

No obstante, al no existir una normativa expresa que indique lo anterior, se podría también interpretar que resulta legítimo desde el punto de vista del usuario la descarga de una obra desde una biblioteca digital, si esa descarga es parcial (no de la totalidad de la obra), sin fines de lucro, para uso estrictamente personal y según indica el artículo 135 inciso b) del TRLPI la extracción del material sea para fines ilustrativos de la enseñanza o investigación científica, debiendo siempre citarse la fuente. A mi juicio en este último caso, la reproducción que incluye el almacenamiento digital de una obra protegida en un soporte electrónico podría ser legítima de pleno derecho.

El Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado y del Sistema Español de Bibliotecas en el artículo 20, se refiere a las Copias y reproducciones de obras indicando lo siguiente:

“1. La Administración gestora de las Bibliotecas Públicas del Estado establecerá la condiciones para autorizar la reproducción de los fondos por cualquier procedimiento, basándose en los principios de facilitar la investigación y la difusión cultural, salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, preservar la debida conservación de

¹⁶ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 134p.

- la obra y no interferir en la actividad normal de la Biblioteca.
2. La reproducción total o parcial de los fondos a que se refiere el punto 3 del artículo 4º, exigirá la formalización de un convenio. Toda reproducción de dichos fondos deberá ser autorizada por el Ministerio de Cultura. Asimismo, dicho Ministerio deberá comunicar previamente a la Administración gestora los convenios que suscriba para la reproducción de estos fondos.
3. Los acuerdos sobre reproducción de fondos con fines comerciales o publicidad deberán ser formalizados en convenios.”

De conformidad con la norma transcrita, se evidencia la legalidad de la reproducción de obras en el ámbito de los derechos de autor y sus excepciones, por lo que –salvo que se aprobara en el futuro una norma que indique lo contrario- en la actualidad, las bibliotecas presenciales están legitimadas para la reproducción lo mismo que las virtuales, bajo los lineamientos señalados en este punto, siempre que implique la reposición de ejemplares. Cuando sea una reproducción por solicitud del usuario, ésta debe cumplir con los requisitos ya indicados (parcial, sin fines de lucro, para la educación, etc....)

3. Derecho de comunicación pública:

Este es uno de los derechos más importantes en la nueva sociedad de la información, pues la comunicación pública puede producirse aún sin la existencia de la distribución e implica la puesta a disposición del público de una obra determinada. Esteve Pardo define el derecho de comunicación pública de la siguiente forma:

“(...) comprende la emisión de la obra por ondas hertzianas, por satélite, por teledifusión, por telecomunicación y por cable transmisión. Se incluye también la difusión que se pueda hacer de la obra a través de redes internas de empresas o grupos de empresas, de bibliotecas o grupos de bibliotecas, de establecimientos de enseñanza o cualquier otro tipo de persona jurídica de derecho público o privado.”¹⁷

El Libro Verde sobre derechos de autor, producido en el seno de la Comunidad Europea, define este derecho como la “transmisión de un ordenador personal u otro aparato digital de una persona privada o de una base de datos hacia uno o varios ordenadores personales u otros aparatos digitales de personas privadas o de empresas.”¹⁸

Eduardo Serrano diferencia este derecho de los anteriores ya analizados en este trabajo, indicando lo siguiente:

“En la distribución existe una posibilidad de acceso del público a la obra, pudiendo seguir hablando de ella aún cuando esa posibilidad no se haga efectiva. En la reproducción es necesario que la fijación de la obra permita al público su conocimiento; es decir, basta con que la obra, en potencia, sea susceptible de ser percibida por la colectividad en general. Por el contrario, en la comunicación pública ese conocimiento de la obra se realiza de modo real y efectivo, pero a través de un elemento o vehículo externo (una representación, una emisión televisiva o radiofónica, etc.) El receptor no recibe ningún elemento material, corpóreo, sino que el medio, que podríamos calificar de inmaterial, a través del cual se realiza la comunicación, queda en manos del propio comunicador.”¹⁹

¹⁷ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 92p.

¹⁸ Libro Verde. P. 56

¹⁹ Eduardo Serrano Gómez. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas. Madrid. 2000. 42p

Considerando que el acceso se produce aún sin previa distribución, que el público puede estar ubicado en distintos sitios y recibir la comunicación aún en forma simultánea, que la obra se recibe de forma inmaterial, es la comunicación pública el acto que más se asimila a las actuaciones de difusión de obras por Internet.

En la transmisión digital no hay distribución de ejemplares sino acceso directo al contenido de una obra, por lo que debe aplicarse la comunicación pública como la figura jurídica que encuadra en tal conducta.

El art. 8 del TDA de la OMPI señala que los autores tienen el exclusivo derecho de autorizar “cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

Sin embargo, volvemos a la indicación de que existe una exigencia de depósito legal de obras publicadas que exigen al autor entregar un ejemplar a las bibliotecas, aunque expresamente aún no se exija un respaldo digital de la obra para las bibliotecas digitales.

Dentro del derecho de explotación, la comunicación pública sin embargo adquiere un nuevo matiz con las nuevas tecnologías, pues si bien en la red de información podrían estar accediendo a la obra un público múltiple que accede simultáneamente o tiene la posibilidad de acceder, la obra puede ser también comunicada de punto a punto en un entorno privado biblioteca-usuario. La transmisión digital por medio de redes informáticas es un medio técnico y económico muy novedoso que implica dentro de esa comunicación pública que se realiza, las siguientes posibles actuaciones:

1. transmisión digital de la obra
2. digitalización de la obra
3. incorporación en la base de datos
4. incorporación a una obra multimedia
5. visualización en pantalla
6. almacenamiento permanente o temporal en diversos soportes
7. puesta a disposición en línea
8. impresión en papel

Todas esas actuaciones, afectan sensiblemente los derechos de autor de obras protegidas, tal como he insistido en este estudio. “La nueva transmisión digital presupone, además, la realización de una serie de actos difícilmente encuadrables dentro de los tradicionales derechos de autor. En concreto, la transmisión digital de una obra requiere, en primer lugar, su “conversión” a soporte electrónico y su incorporación en una base de datos. A continuación, y a solicitud de un usuario de la red a la que está conectada tal base de datos, se produciría la transmisión de tal obra realizada a través del correspondiente servidor que se materializa en tres posibles actos: el acceso a la obra en pantalla²⁰, su grabación en el disco duro del ordenador –download- y la obtención de copias en papel de la obra o de partes de la obra, mediante la impresora conectada al ordenador./ Lógicamente, son muchos aquí los matices que se escapan de la tradicional reproducción de la obra o de su distribución al público en la medida en que ambas se han estructurado siempre sobre la idea de que el soporte que incorpora la obra y permite su distribución y acceso es un soporte material; un libro, una cinta de vídeo o un *compact-disc*. Tampoco encaja bien la comunicación pública cuando es posible que la transmisión digital se produzca de forma

²⁰ Recordemos que el *upload* o carga de la obra en línea (on-line) es una nueva forma de comunicación pública.

puntual y únicamente entre dos personas privadas. Señala, en este sentido el Libro Verde que el derecho comunitario no contempla los servicios de comunicación suministrados de punto a punto y previa solicitud individual. De lo que se trata, por tanto, es de intentar redefinir o adaptar los derechos preexistentes a la nueva realidad digital o bien de crear derechos nuevos.²¹

4. Derecho de transformación:

Es el derecho de traducir o variar la obra y adaptarla a modificaciones o soportes especiales y diversos para su explotación.

La obra resultante debe diferir de la original y ser a su vez producto de un acto de creación independiente, tales como la traducción y la adaptación. Esta última está referida a la forma o formato de la obra, por lo que si hablamos de una transformación de la obra por su digitalización o cambio de soporte (adaptación a un nuevo formato), ese acto debería ser aprobado también por el autor.

Vemos que si bien el autor está obligado a entregar en depósito un ejemplar material de su obra, no existe obligación expresa de su parte de entregar la obra en soporte digital y por tanto, hecho el depósito inicial, podría interpretarse que cualquier digitalización de la obra para incluirla en la base de datos electrónica, es una transformación que debe autorizar el autor.

5. Derecho de remuneración:

Este derecho está compuesto por dos derechos de remuneración:

- a.) el derecho de participación o *droit de suite*
- b.) el derecho de remuneración compensatoria por copia privada de la obra.

En el primer caso, y a la luz de las nuevas tecnologías, ese derecho del autor de participar de las ganancias que genere la obra o de constatar el alcance real de su distribución, es un derecho que queda vulnerado por una situación técnica evidente, que sucede cuando la obra es transmitida a usuarios en la red, que acceden al host de la biblioteca de forma abierta y restricciones y siempre que la biblioteca permita al usuario apropiarse del material que transmite o que consta en su base de datos.

De ambos derechos, conviene detenernos en el derecho de remuneración compensatoria por copia privada, pues es un derecho que ante el auge de las nuevas tecnologías ha adquirido también una mayor relevancia, dada la facilidad de obtener copias de alta calidad, en gran número y de forma rápida a través de estos nuevos mecanismos de reprografía.

Existen mecanismos legales que procuran compensar al autor de las copias que se realizan de sus obras en el ámbito privado. Entendemos que esa compensación se reconoce al autor por cuanto la copia para el uso privado se reconoce incluso para un grupo restringido que va más allá del propio copista, pues sino en este último caso se hablaría de copia privada para uso personal, que pertenece al régimen de excepciones al derecho de autor.

En el caso de las bibliotecas presenciales es de público conocimiento que si bien están legitimadas para conceder en préstamo temporal las obras, también se sabe que muchos usuarios aprovechan tal periodo de disposición de las obras para obtener copias de las

²¹ María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona. 100p.

mismas que podrían sobrepasar los límites del uso estricto del copista o de la copia parcial de la obra.

Las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor, han procurado compensar a los autores²² al establecer mecanismos de pago porcentual que se realizan cobrando un porcentaje a las empresas de reprografía, que luego se le entrega a los autores.

“Se trata de un instrumento de naturaleza jurídica privada, que reviste la forma de una licencia legal indirecta, en la medida en que es la ley la que sule la perceptiva autorización del autor y la que hace recaer el pago de la remuneración en los fabricantes o importadores de los aparatos o instrumentos de reproducción y que persigue efectuar un control del mercado imperfecto de las reproducciones privadas, compensando al autor por las pérdidas patrimoniales que tales reproducciones le causan.”²³

La copia dentro de las bases de datos es analizada también por Serrano Gómez quien dice:

“Debemos plantearnos también qué ocurre con las bases de datos. El artículo 135 del TRLPI, dentro de las excepciones al derecho sui generis reconocido al fabricante de la base de datos, establece que el usuario legítimo de la misma podrá, sin necesidad de recabar autorización, extraer y/o reutilizar una parte sustancial de su contenido cuando se trate de una extracción para fines privados y sea una base de datos no electrónica. De lo así dispuesto se deduce que las bases de datos electrónicas siguen el mismo régimen que los programas de ordenador pero no así las electrónicas. ¿Existirá entonces un derecho de remuneración compensatoria por copia privada? En sentido estricto no, pues no aparece mención alguna al respecto en el artículo 25 del TRLPI. Sin embargo sí es posible, a mi juicio, haciendo una interpretación extensiva del párrafo primero de dicho artículo. Pensemos en el ejemplo tipo de una base de datos no electrónica. Estará compuesta, en la mayor parte de los casos, de un número más o menos amplio de páginas encuadernadas, siguiendo una técnica similar a la de los libros. En este sentido podría incluirse dentro de las publicaciones asimiladas a los libros a las bases de datos no electrónicos de características análogas a aquellos.”²⁴

Efectivamente en las bases de datos electrónicas y propiamente en las bibliotecas virtuales, cuando se produce la copia de una obra, si bien existe la excepción del artículo 37 del TRLPI para las bibliotecas presenciales, en el caso de las bibliotecas virtuales dicha excepción podría verse alterada y se puede interpretar que no existe un derecho del usuario a obtener copias de las obras sin remunerar de alguna forma al autor, por cuanto:

- EL artículo 135 inciso a) del TRLPI impide la extracción de material de una base de datos electrónica.
- El artículo 37 del TRLPI se refiere a una excepción que ostentan las bibliotecas pero no sus usuarios, para que las bibliotecas puedan tener a su disposición las obras que prestarán a los usuarios, por lo que no se puede interpretar el libre derecho de éstos a copiar las obras o reproducirlas.

²² El artículo 25 inciso 7 del TRLPI les otorga esa prerrogativa de pleno derecho

²³ Eduardo Serrano Gómez. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Editorial Dykinson 2000. 174p.

²⁴ Eduardo Serrano Gómez. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Editorial Dykinson 2000, 184p.

No obstante, existe –como ya indiqué- una excepción que sí podría amparar al usuario en la realización (sin remunerar al autor) de una copia de una obra, según lo indicado en el artículo 135 inciso b) si la copia es parcial (no de la totalidad de la obra), sin fines de lucro, para uso estrictamente personal y sea para fines ilustrativos de la enseñanza o investigación científica, debiendo siempre citarse la fuente; por lo que ante la actual normativa que nos rige, siempre existirá la vía para que el usuario adquiera de una biblioteca virtual, copia del material protegido que necesite, bajo estas indicaciones.

IV. DERECHO DE AUTOR Y BIBLIOTECAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En todos los convenios y tratados existe la declaración que los Estados pueden formular excepciones a los derechos concedidos al autor siempre que no se “atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

La aparición de medios tecnológicos de reproducción como las fotocopiadoras, las radiograbadoras y las videograbadoras, provocó que se interpretara la distinción entre copia de uso personal y copia privada, pues el uso personal de una copia es exclusiva e individualmente para el copista mientras que el uso privado implica la utilización de la obra en un grupo de personas (alumnos, profesionales, académicos...). A partir de la manipulación de la obra, si la misma está en soporte digital es fácil transformarla (lo que relativiza en este marco el derecho de **transformación**). Además, la obra es constantemente reproducida, comunicada, distribuida, renovada, variada en formato y contenido (lo que relativiza en este ámbito la irrestricta aplicación del derecho de **modificación** y **reproducción**) y manipulada de forma amplia por estar al servicio de procesos de formación y autoformación interactivos y continuos.

Varias legislaciones, incluyendo la española, han incluido la remuneración por copia privada cuando se prevea que el uso será en el ámbito privado y no en el personal, cuando por ejemplo la copia se realiza a través de sitios de administración colectiva tales como centros de fotocopiado o de videograbación.

En todo caso, tanto la copia privada como la de uso personal, deben ser sobre fragmentos de una obra pero nunca sobre su totalidad pues ello atentaría contra lo dispuesto en el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna ya que tal práctica iría “contra la explotación normal de la obra”.

Esta excepción debe ser valorada nuevamente a la luz de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, según dice Muñoz Machado:

“En en ámbito de las redes digitales, la copia privada, que es la efectuada para uso personal, genera por lo menos dos problemas: el primero es la calidad misma del original; dada la perfección de la tecnología digital, la copia es una verdadera clonación del original; por ello, no existe diferencia entre original y copia, mientras que las copias analógicas determinan una pérdida sensible de calidad. El segundo problema es que la copia digital no precisa ningún soporte material. Ambas circunstancias favorecen enormemente las copias privadas y la imitación fraudulenta.”²⁵

La copia privada de uso personal (de uso exclusivo del copista) es un derecho del individuo en el marco de la necesidad de satisfacer su formación cultural, y como corolario del derecho a la educación, a la cultura y a la información que le asisten como derechos fundamentales.

²⁵ Santiago Munoz Machado. *La regulación de la red*. Madrid. Editorial Taurus. 2000. P218

En este sentido, considero legítimo que si bien la copia privada (cuando se constata el uso de un grupo) de la obra debe ser remunerada, la copia privada de uso personal no debe serlo pues no menoscaba los derechos del autor al establecerse los requisitos de parcialidad de la copia y uso exclusivo del interesado.

En las bibliotecas virtuales, tal situación podría llegar a controlarse por medio de la creación de software que distinga cuándo se accede desde un ordenador personal. Sin embargo, si bien las actuaciones ulteriores del copista (el uso, copia y distribución ulterior que realice de una obra obtenida originalmente al amparo de esta excepción) no pueden ser susceptibles de seguimiento, la responsabilidad debe recaer en su persona. Tal circunstancia, no puede afectar los derechos de una comunidad a acceder a la cultura, sobre todo si se trata de obras cuya copia se permite solo parcialmente.

Debemos recordar que se permite el uso libre y gratuito de una obra protegida para ilustrar la educación, siempre que tal uso no implique nuevamente un perjuicio a la explotación normal de la obra ni a los intereses legítimos del autor y, tal como lo señala Lipszyc “siempre que esta comunicación persiga una finalidad docente”.²⁶

En el caso de las bibliotecas (presenciales y virtuales) la copia parcial de una obra podría siempre quedar amparada a esta excepción que permite el acceso a la educación, la información y la cultura.

Esta excepción, como ya indiqué también se señala expresamente para el uso y disposición de los contenidos de las bases de datos, según lo expresa el artículo 135 inciso 1 b del TRLPI que permite la extracción parcial del contenido de una base de datos “cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.”

Específicamente la excepción de copias destinadas a bibliotecas, museos, hemerotecas, fonotecas, filmotecas y archivos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural y científico es la que más interesa a efectos de este estudio. Sobre ella dice Lipszic lo siguiente:

“Algunas legislaciones autorizan a las bibliotecas y servicios de archivos a realizar, sin autorización del autor, reproducciones de las obras que integran sus colecciones, para su propio uso (para preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad –por extravío, destrucción o inutilización-), para el de otras bibliotecas o servicios de archivos (para reemplazar, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se ha extraviado, destruido o inutilizado), o el de sus utilizadores, siempre que lo hagan sin propósito de lucro y exclusivamente para fines de investigación.”²⁷

Esta excepción si bien pareciera ser desmedida desde el punto de vista de los derechos de autor, por la ponderación del derecho de la propiedad intelectual con respecto al los derechos de la cultura, la educación y la información, estamos ante una excepción que permite un equilibrio entre los intereses particulares del autor y quien ostente la titularidad patrimonial de su obra y los intereses de una sociedad, que revisten un carácter de públicos.

²⁶ Delia Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO. Buenos Aires. 1993. 228p.

²⁷ Delia Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO. Buenos Aires. 1993. 230p

“En efecto, en primer lugar, la reproducción queda autorizada para museos, bibliotecas, hemerotecas y archivos, tanto públicos como privados (“de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico”), con la única condición de que no persiga finalidad lucrativa la entidad, con esa reproducción. Esto supone ampliar extraordinariamente los límites tradicionales del derecho de autor y equivale a que cualquier institución o asociación privada, de carácter científico o cultural, puede gozar de la posibilidad de realizar toda clase de copias y reproducciones de obras literarias, científicas y artísticas libremente, sin necesidad de obtener el consentimiento del autor./ En segundo lugar, la autorización no se limita a que las reproducciones se destinen a los fines de la propia entidad, por lo que –de hecho- podrán suministrarse a cualquiera que lo solicite, con lo que queda abierto el camino para que todo interesado en disponer de un ejemplar de la obra, en lugar de adquirirla, acuda a obtenerla gratuitamente de uno de esos centros.”²⁸

Se ha discutido desde hace mucho tiempo si esta excepción atenta contra la explotación normal de la obra o contra los intereses del autor a la luz de lo indicado en el artículo 9.2 del Convenio de Berna.

De este modo, efectivamente la actividad de copia que ejercen las bibliotecas presenciales está amparada a un legítimo derecho y en el caso de las bibliotecas virtuales, tal derecho se ve inicialmente restringido en cuanto a la extracción de copias del contenido de una base de datos electrónica, aún para fines privados; pero ampliado a la luz de la excepción del uso de copias para fines de ilustración de la enseñanza, en lo que respecta a las prerrogativas del usuario. No obstante, en ambos casos es claro que la copia de la obra es absolutamente improcedente cuando se trata de la integridad total de la misma.

Los límites específicos al derecho de autor sobre BASES DE DATOS, son tratados en los artículos 6 y 9 de la Directiva 96/9/CE y son los siguientes:

- 1.) cuando se trate de una reproducción para fines privados de una base de datos que no sea digital o electrónica (por ende si la base de datos es digital, la copia para uso privado en principio no está permitida)
- 2.) cuando el uso o extracción sea para fines ilustrativos de enseñanza o investigación, indicando fuente, autor y sin que exista un propósito comercial (para ese fin se pueden usar bases de datos digitales o materiales). Este supuesto queda exento de autorización y pago. Se entiende que es sobre una parcialidad de la obra (igual que lo ha indicado expresamente la doctrina del *fair use*) pues si no, ello atenta sobre la explotación normal de la obra y lesiona el derecho patrimonial del autor.
- 3.) cuando se use por seguridad pública o en procesos legales.

Los programas de ordenador y las bases de datos son el contenido esencial de la red y posibilitan que esta funcione, por lo que la ley debe prever no establecer límites extremos que impidan el libre funcionamiento de las redes de información, pero tampoco desamparar a los autores de modo que los desanime en la creación de material cultural.

Si bien en la actualidad las bibliotecas con servicios en línea en su mayoría solo tienen catálogos u obras de dominio público en la red, poco a poco llegaremos a tener libros digitalizados, o de dominio público, publicaciones electrónicas periódicas, al acceso de todos los usuarios. Es evidente que ante la circulación de una obra a través del portal de una

²⁸ Carlos Rogel Vide. *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*. Bosch Editor, 1998. Barcelona. 82p.

biblioteca virtual, y considerando la facilidad con que el material digitalizado se puede reproducir, los derechos de autor se ven vulnerados. Es aquí donde debemos considerar el establecimiento de mecanismos que permitan un control que evite excesos en el uso del material protegido.

Esta situación nos llama a valorar el nuevo papel del derecho de autor, cuya vulnerabilidad es superior en la sociedad de la información. La terminología debe cambiar: ya no se pueden ejercer medidas cautelares, y la copia y el original no se distinguen, sacar la copia de circulación resulta inútil, ya no se puede establecer un punto de jurisdicción, no se puede determinar cuándo una obra será de dominio público pues no es posible precisar el día ni el lugar de su publicación, y han surgido innumerables problemas que no encuentran su resolución en la actual normativa.

En este sentido, las bibliotecas virtuales deben valorar la inclusión de algún tipo de software que posibilite que el usuario visualice una obra en pantalla (por tratarse de una mera consulta) pero que le impida la descarga total de la misma, pues esa reproducción excede los límites a los derechos de autor al tratarse de una reproducción o préstamo permanente e integral de la obra (esa integralidad violenta las prerrogativas de copia por razón de educación).

No puede la ley dirigirse a proteger mercados exclusivos que impidan el acceso a los usuarios o que ensanchen la brecha digital. No puede la ley tampoco impedir el acceso a la cultura, a la información, a la educación, al arte, al conocimiento... Los Estados están llamados a fomentar el desarrollo de las artes, las ciencias y la educación y por tanto no pueden sus mismas leyes imponer trabas a esa actividad en el entorno digital y generar monopolios sobre el conocimiento. Muy por el contrario, las leyes deben proveer mecanismos que faciliten el intercambio cultural en todas sus vertientes; que bien podría lograrse ante la creación de bibliotecas virtuales que faciliten el conocimiento compensando al autor por la reproducción de las obras y manteniendo la gratuidad de la visualización de la obra en pantalla.

V. BIBLIOGRAFÍA

André Bertrand. *Le Droit d'auteur et les droits voisins*. Editorial Dalloz, segunda edición, 1999.

Carlos Rogel Vide. *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*. Bosch Editor, 1998. Barcelona.

D. Reynolds. *Automatización de bibliotecas*. Editorial Fundación Germán Sánchez Ruipérez. Madrid. 1989

Delia Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO. Buenos Aires. 1993.

Eduardo Serrano Gómez. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas. Madrid. 2000.

Eduardo Serrano Gómez. *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Editorial Dykinson 2000

Enrique Fernández Masiá. *La protección internacional de los programas de ordenador*. Editorial Comares. Granada, 1996.

Javier Plaza Penades. *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1,b) de la Constitución*. Tirant Monografías. Valencia, 1997.

María Asunción Esteve Pardo. *La obra multimedia en la legislación española*. Editorial Aranzadi. 1997. Pamplona.

Mercedes Caridad Sebastián. *Fundamentos teóricos en documentación automatizada: programa y bibliografía*. PPU Editores. Barcelona 1993.

Miguel Angel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*. Editorial Aranzadi. Madrid, 1999.

Pedro de Miguel Asensio. *Derecho Privado de Internet*. Madrid, Editorial Civitas 2000.

Ricardo Antequera Parilli. *Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derechos de Autor. Caracas. Segunda edición 1998.

Santiago Muñoz Machado. *La regulación de la red*. Madrid. Editorial Taurus. 2000.

Shapiro, Carl & Hal R. Varian. *El dominio de la información. Una guía estratégica para la economía de la red*. Editor Antoni Bosch. Barcelona 1999.

Subdirección General de Coordinación Bibliotecaria del Ministerio de Educación y Cultura, *Las tecnologías de la información y la comunicación en las bibliotecas públicas española: Informe elaborado para el estudio de la Comisión Europea sobre las bibliotecas públicas en la sociedad de la información*, Métodos de Información, Noviembre de 1996.