

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

SCCR/19/5

ORIGINAL: Francés

FECHA: 26 de octubre de 2009

S

COMITÉ PERMANENTE DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

**Decimonovena sesión
Ginebra, 14 a 18 de diciembre de 2009**

ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR
Y DERECHOS CONEXOS EN BENEFICIO DE LA ENSEÑANZA EN ÁFRICA

*preparado por
Joseph Fometeu**
*Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de
la Universidad de Ngaoundéré (Camerún)*

* Las opiniones y puntos de vista expresados en el presente estudio son responsabilidad del autor. El estudio no refleja los puntos de vista de los Estados miembros de la OMPI ni los de su Secretaría.

ÍNDICE

PRÓLOGO	4
SINOPSIS.....	5
I. INTRODUCCIÓN	8
A. CONCEPTOS DE LIMITACIÓN Y EXCEPCIÓN.....	8
B. CONCEPTO DE ENSEÑANZA	9
C. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO	11
D. INTERÉS DEL ESTUDIO	12
E. OBJETIVO DEL ESTUDIO	13
II. ÁMBITO DEL ESTUDIO	13
A. MARCO ESPACIAL.....	13
B. ÁMBITO CIENTÍFICO	13
1. La enseñanza en sentido estricto	14
2. Exclusión de la investigación.....	14
3. Exclusión de las bibliotecas	14
4. Exclusión de la enseñanza en beneficio de los discapacitados visuales	14
III. FUENTES INTERNACIONALES DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA.....	15
A. LA FUENTE COMÚN A TODOS LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: LA PRUEBA DEL CRITERIO TRIPLE.....	15
B. EL CONVENIO DE BERNA Y SU ANEXO	18
1. El Artículo 10 del Convenio de Berna	18
2. El Anexo del Convenio de Berna.....	20
a) Condiciones para la concesión de las licencias previstas en el Anexo del Convenio de Berna	21
b) Régimen de licencia internacional de reproducción	26
C. LA CONVENCION DE ROMA	29
D. EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC	30
1. El Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna	30
2. El Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención de Roma.....	32
E. EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR.....	32
F. TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS	34
IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN ÁFRICA	36
A. ALCANCE JURÍDICO DE LA EXCEPCIÓN O DE LA LIMITACIÓN	36
B. EL CARÁCTER JURÍDICO DE LA RESTRICCIÓN	38
1. Excepción	38
2. Licencia	43
C. TIPOS DE ENSEÑANZAS A LOS QUE SE DIRIGEN LAS LIMITACIONES O LAS EXCEPCIONES	46
D. OBJETOS A LOS QUE CONCERNEN LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	48
E. DERECHOS PATRIMONIALES SUJETOS A LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES.....	51

1.	El derecho de autor puesto en entredicho por las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza	51
2.	Los derechos conexos puestos en entredicho por las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza	53
F.	ACTIVIDADES AUTORIZADAS EN EL MARCO DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	55
1.	Reproducción	56
2.	Transformación	60
3.	Representación	61
4.	Citas.....	63
G.	ACTIVIDADES ABARCADAS POR LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	66
H.	BENEFICIARIOS DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	70
1.	Instituciones	70
2.	Docentes	71
3.	Alumnos	72
I.	CONDICIONES QUE RIGEN LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES.....	74
1.	Finalidad de la utilización: la ilustración de la enseñanza	74
2.	Publicación o divulgación previa de la obra	75
3.	Ausencia de carácter lucrativo	76
4.	Ausencia de abuso	77
5.	El público y los locales en relación con la utilización	80
6.	Magnitud de la utilización.....	82
7.	Duración de la utilización o de la conservación.....	85
8.	Respeto del derecho moral	85
9.	Otras condiciones	86
J.	COMPENSACIÓN POR LA RESTRICCIÓN.....	88
K.	REPERCUSIONES DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL	90
L.	REPERCUSIONES DE LAS MEDIDAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN	93
VIII.	CONCLUSIÓN	98
ANEXO: CUADROS ANALÍTICOS DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES PREVISTAS EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA.....		100

PRÓLOGO

El presente estudio se concibió con el fin de reseñar las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza previstas en los instrumentos internacionales y en las leyes sobre derecho de autor y derechos conexos de 45 países del África subsahariana. Por consiguiente, el estudio supuso una empresa muy ambiciosa tanto en el plano geográfico como en el jurídico. Ahora bien, su realización se vio dificultada por importantes obstáculos.

El primero de ellos, de carácter material, fue el acceso a las fuentes, o sea, a los diferentes textos necesarios para realizar el estudio. Este inconveniente no se pudo superar totalmente. A pesar de los esfuerzos desplegados por los servicios pertinentes de la OMPI, de las búsquedas en Internet y de las relaciones personales del autor, no se pudieron encontrar todas las leyes sobre el tema en cuestión. En consecuencia, el lector notará que algunos países no se han considerado a saber: Burundi, Comoras, Eritrea, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Lesotho y Sierra Leona¹. No obstante, a fin de relativizar esta carencia, se puede pensar que algunos de los países miembros de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) continúan aplicando el Anexo VII del Acuerdo de Bangui, en virtud del cual se creó esa Organización, cuya versión revisada entró en vigor en 2002. Tal es el caso de Gabón, Guinea y Guinea-Bissau².

El segundo obstáculo, de carácter intelectual, ha sido la comprensión e interpretación de las distintas leyes nacionales redactadas en tres idiomas diferentes (francés, inglés y portugués), lo que denota la pertenencia de África a dos familias distintas en lo que respecta a propiedad literaria y artística, a saber: la del *droit d'auteur* y la del *copyright*. El autor ha procurado integrar las exigencias de ambos marcos jurídicos, teniendo en cuenta los fundamentos comunes que proporcionan los instrumentos internacionales. Sin embargo, es consciente de las deficiencias que puede presentar el resultado. En efecto, es preciso recordar que incluso en la esfera de la propiedad intelectual, fuertemente caracterizada por el importante número de acuerdos multilaterales, las leyes nacionales permanecen firmemente arraigadas en contextos sociojurídicos internos que justifican algunas de sus disposiciones, por lo que toda persona ajena a esos contextos es, al menos parcialmente, incapaz de comprenderlos cabalmente. De aquí en más, se solicita la indulgencia del lector por cualquier interpretación cuestionable que el autor pueda haber hecho de alguna ley nacional.

¹ En lo que respecta a Rwanda, al momento de entregarse el presente estudio el texto utilizado era aún un proyecto de ley. No obstante, ya se lo había aprobado y sólo faltaba su publicación.

² De conformidad con el Artículo 3.1) del Acuerdo de Bangui, los derechos relativos a la propiedad intelectual con arreglo a los anexos de ese Acuerdo son derechos nacionales independientes, sujetos a la legislación de cada Estado miembro en el que estén en vigor. Esta disposición supone que los anexos del Acuerdo son aplicables como legislación nacional en los Estados miembros, hasta tanto éstos legislen a ese respecto. En los casos en que ya lo hubieren hecho, las disposiciones de los anexos constituyen una legislación subsidiaria que llena los vacíos de la legislación interna.

AGRADECIMIENTOS

El autor desea manifestar su profunda gratitud a algunas personas que hicieron posible la realización del presente estudio o que le han prestado apoyo durante su elaboración. Ellas son:

- Geidy Lung, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- Simon Ouédraogo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- Teresa Hackett, Información Electrónica para Bibliotecas;
- Olav Stokkmo, Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO);
- Anita Huss, Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO);
- Denise Nicholson, Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones de Bibliotecarios;
- Carole Croella, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- Geneviève Doyon, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- Valérie Etim, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
- Sylvestre Yamthieu, doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Ngaoundéré (Camerún);
- Dr. Dick Kawooya, Proyecto sobre el Derecho de Autor y el Acceso al Conocimiento en África y Alianza Africana para el Acceso al Conocimiento; y
- Todas las personas, responsables de sociedades de gestión colectiva u otras instituciones, que han tenido la amabilidad de responder al cuestionario que se les envió.

SINOPSIS

El estudio sobre las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza en África se inscribe en el contexto de una serie de investigaciones realizadas con los auspicios de la OMPI sobre la importante cuestión que plantean las excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. De hecho, este estudio tiene precedentes en estudios similares especialmente dedicados al entorno digital, a los discapacitados visuales y a las bibliotecas. Además, el estudio sólo abarca la región de África, dado que para las demás regiones del mundo se han realizado otros estudios sobre el tema.

El estudio reviste un interés especial. Ante todo, permite poner de relieve el concepto de enseñanza, entendido como sinónimo de educación. Este concepto, utilizado en algunos instrumentos internacionales, no plantea ningún problema particular de definición. La dificultad consiste más bien en identificar los tipos de educación que podrían beneficiarse de las excepciones o limitaciones acordadas por la ley. A ese respecto, sería conveniente excluir la educación con fines de lucro y someterla al sistema ordinario de derecho de autor.

Por otra parte, el estudio ofrece la oportunidad de volver a examinar las fuentes internacionales que inspiran las excepciones y limitaciones previstas en las legislaciones nacionales. A ese respecto, de los principales instrumentos internacionales se desprende que la fuente común para las excepciones y limitaciones es la norma del criterio triple, generalizada y conocida también como norma de la prueba triple o prueba en tres etapas. Con

arreglo a esa norma, los Estados restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en los instrumentos internacionales, a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. En otras palabras, siempre que una excepción o limitación incluida o por incluir en un texto nacional deje de ser satisfactoria o no satisfaga las diferentes etapas de la prueba (1. ¿La excepción constituye un caso especial? 2. ¿La excepción atenta contra la explotación normal de la obra? 3. ¿La excepción causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos?) se la deberá releer y modificar, en caso necesario, mediante la creación de una licencia en favor de los titulares de los derechos. Esta norma es actualmente un preciado instrumento de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los del público en general, especialmente en la esfera de la educación.

La segunda fuente importante de excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza es el Artículo 10 del Convenio de Berna. Ese artículo representa el marco particular por el que este instrumento multilateral ofrece a los legisladores nacionales la posibilidad de imponer restricciones en beneficio de la enseñanza. El artículo incluye una disposición especial que crea un verdadero derecho de cita y una disposición general que define el marco por el que se regirán las leyes nacionales para establecer restricciones en beneficio de la enseñanza. De estas disposiciones se desprende que la cita es una excepción imprescindible y que la excepción general es sólo una facultad.

La tercera fuente importante, en particular para África, es el Anexo del Convenio de Berna. Ese Anexo prevé un régimen de licencias obligatorias para satisfacer necesidades de la enseñanza en los países en desarrollo. El objetivo perseguido por los promotores de estas licencias era ciertamente loable. Sin embargo, en la actualidad se puede constatar que esas licencias se han visto obstaculizadas por un procedimiento extremadamente complejo que dificulta su aplicación. Casi cuarenta años después de su introducción en el sistema del Convenio de Berna, esas licencias aún no se han generalizado. La invasión digital no modificará esa situación. Por último, si realmente se desea mantener el régimen de licencias y darle una utilidad distinta de una medida conminatoria destinada a obligar a los titulares de derechos a prestar servicios al tercer mundo, es preciso modernizarlo y hacerlo más atractivo.

La última categoría de fuentes está formada por el Acuerdo sobre los ADPIC, el WCT, el WPPT y la Convención de Roma. Estos instrumentos refuerzan las disposiciones del Convenio de Berna y las adaptan a las nuevas circunstancias comerciales (ADPIC) y tecnológicas (WCT y WPPT), así como a los derechos conexos del derecho de autor (Convención de Roma y WPPT). Si bien la conciliación de estos diferentes textos no siempre es fácil, se entiende que, en su conjunto, el objetivo común permite alcanzar soluciones más o menos homogéneas.

Por último, el estudio posibilita el análisis detallado de las excepciones y limitaciones previstas en las leyes nacionales de los países africanos. Es preciso hacer una primera observación: todas las leyes analizadas incluyen una excepción o una limitación en beneficio de la educación. Éstas difieren en amplitud y alcance debido a la libertad que tienen los Estados en virtud de los instrumentos internacionales mencionados. El tipo de restricción elegido proporciona un primer ejemplo. Algunas legislaciones sólo establecen una excepción o limitación, mientras que otras prevén, además, el otorgamiento de una licencia o sientan las bases para ello. No obstante, cualquiera sea la opción, una licencia puede sustituir a una excepción o limitación si se comprueba que estas últimas no satisfacen o han dejado de satisfacer la segunda o la tercera condición de la prueba triple. Esto explica el hecho de que en

muchos países cuyas legislaciones prevén excepciones o limitaciones en beneficio de la enseñanza se hayan concertado, o se estén negociando, contratos con instituciones escolares y universitarias destinados a fijar el pago de una remuneración equitativa. Las actividades autorizadas en el marco de las restricciones en beneficio de la enseñanza proporcionan un segundo ejemplo. Una proporción importante de países sólo se refieren a ‘la utilización’ de la obra a los fines de la ilustración de la enseñanza, lo que permite suponer que la diversidad de actividades autorizadas es bastante amplia, mientras que otros países identifican, en relación con ciertas actividades, los tipos de enseñanza en cuyo beneficio se establece una excepción. En esta misma esfera, algunos Estados no incluyen la representación total o parcial de objetos protegidos en el ámbito de la excepción o de la limitación, lo que implica que esa representación se estará sometida al mecanismo ordinario de propiedad intelectual. Esta es una opción lamentable.

Es preciso señalar asimismo una segunda observación: a pesar de las diversas condiciones que rigen las excepciones o limitaciones, casi todos los países exigen que se mencione el nombre del autor y la fuente.

También se puede hacer una tercera observación. Esta tiene dos aspectos, a saber: por una parte se percibe cierto recelo respecto de las reproducciones digitales y, por otra, se observa una verdadera desconfianza del legislador hacia los medios de reproducción masiva, en particular la reprografía. El primer aspecto da lugar a un inquietante silencio total o parcial, incluso en las leyes posteriores al WCT y al WPPT. El segundo origina una reglamentación más precisa que para las otras formas de utilización de las obras en el ámbito de la enseñanza.

En resumen, con miras a mejorar el sistema normativo internacional o el nacional se pueden formular las siguientes propuestas:

- Los instrumentos internacionales fijan un marco relativamente satisfactorio de tolerancia en beneficio de la enseñanza. Sin embargo, el sistema de licencias previsto en el Anexo del Convenio de Berna e incorporado en sus disposiciones por instrumentos ulteriores se debe simplificar para hacerlo más atractivo.
- Las legislaciones internas vigentes no parecen adecuadas para todas las exigencias de la tecnología digital. Por consiguiente, es necesario modificarlas. Las modificaciones permitirán incorporar disposiciones unívocas relativas a la digitalización de obras en el marco de las actividades educativas; la utilización de obras en el marco de la enseñanza por Internet y el tipo de medidas técnicas de protección sometidas a las exigencias de la educación.
- Tal vez sea necesario instaurar un marco legislativo que facilite las negociaciones orientadas a establecer un sistema de licencias que tenga en cuenta, entre otras cosas, parámetros tales como los niveles primario, secundario o superior del centro educativo, la suma de las tasas de matriculación que deben sufragar los alumnos y la magnitud de la utilización de las obras.
- Es conveniente hacer extensiva la restricción en beneficio de la enseñanza a todas las categorías de obras, dado que todos los objetos protegidos podrían utilizarse en el contexto de la enseñanza escolar o universitaria. En particular, ninguna legislación debería excluir del ámbito de la restricción relativa a la enseñanza, a las obras audiovisuales. Sobre todo en el contexto africano, es conveniente no excluir de ese ámbito a los objetos creados con fines didácticos.
- Es preciso que la excepción en beneficio de la enseñanza abarque todas las actividades habitualmente necesarias en esa esfera.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se articula en torno a varios conceptos fundamentales cuyos contenidos se deben precisar. Se trata de los conceptos de excepción y limitación, por una parte, y de enseñanza, por otra. Esta precisión permitirá comprender los límites del estudio, despertar el interés y fundamentar los objetivos.

A. Conceptos de limitación y excepción

Es necesario definir los términos ‘excepción’ y ‘limitación’. A tenor de la doctrina³, la palabra *limitación* se refiere a situaciones en las que el derecho exclusivo cesa en favor de un derecho de remuneración. En cuanto a la palabra *excepción*, alude a la situación en la que el derecho exclusivo se suspende; en la que una actividad (por ejemplo, la reproducción o la comunicación al público) que en principio concierne al derecho exclusivo del titular de los derechos, se puede realizar sin su consentimiento. No obstante, se debe hacer una aclaración importante: algunas excepciones afectan a la propia existencia del derecho, mientras que otras sólo afectan al carácter exclusivo. Las del primer grupo son las que no pueden, en ningún caso, dar derecho a una remuneración. Se trata, por ejemplo, de las excepciones aplicables a las citas breves y las parodias. En cuanto a las del segundo grupo, ellas podrían dar lugar a remuneración a condición de que se cumplieran ciertos requisitos⁴. Es el caso de las excepciones para uso privado o en beneficio de la enseñanza⁵.

El término ‘excepciones’ se utiliza en numerosas legislaciones africanas, en particular en las de Benin, Botswana, Namibia, Nigeria y Sudáfrica, entre otras. En cuanto a ‘limitaciones’, se lo utiliza principalmente en las legislaciones de Burkina Faso, Congo, Côte d'Ivoire, Madagascar, Swazilandia, República Unida de Tanzania, Togo y Uganda. También figura en el Anexo VII del Acuerdo de Bangui. En otras legislaciones, los dos términos aparecen asociados. Ello ocurre, especialmente, en una ley de Angola, cuyo capítulo VI se titula ‘límites y excepciones al derecho de autor’. Existe un último grupo de legislaciones en el que no se recoge ningún término específico. Tal es el caso del Camerún, cuya legislación recurre a una perífrasis. De hecho, al comienzo del artículo 29 se lee: ‘si la obra se ha publicado con la autorización del autor, éste último no puede prohibir...’. Casos semejantes se encuentran en otras legislaciones, por ejemplo la del Níger, que se refiere simplemente a la ‘libre utilización’. Sin embargo, en la lectura de las disposiciones legislativas todo lleva a pensar que en el espíritu de los redactores de esos textos la intención consiste, más allá de la formulación escogida, en definir una zona de libre utilización, fuera del control de los titulares del derecho de autor o de los derechos conexos⁶ a cambio, en su caso, de una remuneración equitativa. Por consiguiente, cada uno de estos conceptos contribuye a delimitar el ámbito de

³ A. y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ª ed., Litec, 2006, números 314 y 321, págs. 256 y 259.

⁴ Se trata, principalmente, de los requisitos segundo y tercero de la norma de prueba triple sobre la que volveremos a referirnos.

⁵ A ese respecto, véase C. Alleaume, *Les exceptions de pédagogie et de recherche, Communication - Commerce électronique*, noviembre de 2006, pág. 14.

⁶ Por otra parte, el Anexo VII del Acuerdo de Bangui, cuyo Capítulo IV de la Primera Parte del Título I está dedicado a la ‘limitación de los derechos patrimoniales’, incluye numerosas disposiciones relativas a ‘reproducciones libres’ o ‘utilizaciones libres’.

oponibilidad de la propiedad intelectual, o sea, en términos más comunes, a “determinar las utilidades de elementos protegidos que no estén sometidas a autorización o remuneración”⁷. Por consiguiente, es inútil entablar un debate semántico en el marco del presente estudio. En el fondo, la cuestión que justifica los dos términos, que aparecieron asociados por primera vez en el Acuerdo sobre los ADPIC, y posteriormente en los dos tratados de la OMPI (WPPT y WCT), es la misma, a saber, contribuir a encontrar un justo equilibrio entre los intereses del público y los de los titulares de derechos. Por ello, en el marco del presente trabajo, ambos términos se emplearán paralelamente.

B. Concepto de enseñanza

La definición del concepto de enseñanza no plantea ningún problema particular. Para el diccionario francés Robert, que lo considera justamente como sinónimo de educación, es ‘la acción o el arte de enseñar, de transmitir conocimientos a un alumno’. Esta definición pone de relieve tres elementos esenciales.

El primero, el más visible, es el alumno. Se trata, en sentido estricto, de una persona que recibe conocimientos impartidos en un establecimiento de enseñanza. Sin embargo, el concepto de alumno no se debe interpretar en sentido estricto. De hecho, los conocimientos que recibe el alumno se pueden impartir en un centro de nivel más, o menos elevado. También se pueden impartir en un establecimiento público o privado, gratuito o con fines de lucro. Por lo tanto, bien sea en el nivel preescolar o en el Universitario; en una institución de enseñanza estatal que desempeña su función de servicio público de educación o en una perteneciente a un particular que procura obtener un beneficio económico, todas las personas que reciben los conocimientos son alumnos.

El segundo elemento concierne a las personas que imparten los conocimientos. Se trata de todos los profesionales cuya función consiste en transmitir conocimientos a los alumnos. Esos profesionales reúnen características diferentes según el nivel de enseñanza de que se trate. Así pues, comenzaremos con maestro y el profesor universitario, pasando por el profesor de enseñanza secundaria. En cuanto a ellos, poco importa que estén capacitados o no para enseñar. El hecho primordial es su intervención en la transmisión de conocimientos en un establecimiento de enseñanza.

El último elemento concierne al conocimiento transmitido. En teoría, la educación no se puede limitar a un tipo determinado de conocimiento. Puede abarcar tanto el conocimiento general como el especializado. En otras palabras, si los educandos son alumnos que reciben los conocimientos en un establecimiento de enseñanza, poco importa el contenido de esos conocimientos. En el marco de este razonamiento se pueden incorporar en la categoría de establecimientos de enseñanza las escuelas, los liceos y las universidades, ya sean de enseñanza general o especializada. En esta última categoría se pueden incluir las escuelas de formación profesional, tanto públicas como privadas.

⁷ A ese respecto, véase P. Sirinelli, Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, publicado en www.wipo.int/copyright/fr/limitations/studies.html. El autor considera que los conceptos de ‘límites’ y ‘fronteras’ comparten la misma filosofía.

En definitiva, está claro que la enseñanza, entendida como se ha explicado, posee un contenido muy amplio que abarca ‘la enseñanza a todos los niveles, o sea, en los establecimientos u otros organismos escolares o universitarios; en las escuelas públicas (municipales o estatales) y en las privadas’⁸.

Sin embargo, es importante mencionar otras dos cuestiones. Por una parte, determinar si el concepto de enseñanza se entiende únicamente como referido a la enseñanza convencional *presencial*, o sea la capacitación impartida en un aula, o si se pueden incluir en ese concepto los cursos por correo o por Internet en los que los alumnos no están en presencia de un docente⁹. Por otra parte, precisar si se deben excluir los cursos de formación y las campañas de alfabetización dirigidas específicamente a los adultos.

El interés de la primera cuestión reside en que ‘Internet se ha convertido en un instrumento indispensable de formación y transferencia de conocimientos, bien sea como simple apoyo complementario de los cursos presenciales o como medio para impartir integralmente la verdadera formación a distancia. Al igual que en el contexto de los cursos presenciales, los profesores y diseñadores de los cursos en línea recurren con frecuencia a elementos protegidos por el derecho de autor’¹⁰. En principio, los criterios de la enseñanza descritos anteriormente se pueden trasladar fácilmente a la enseñanza a distancia y al aprendizaje con medios electrónicos. De hecho, los destinatarios de la enseñanza son alumnos que reciben los conocimientos impartidos por los docentes, y las instituciones de formación que proporcionan esos conocimientos tienen la misma vocación de interés general que las instituciones tradicionales. Por último, en muchos países, este tipo de enseñanza ha conquistado un lugar muy importante. En consecuencia, cabe preguntarse si no sería conveniente no excluirla de la definición de enseñanza tal como se la debe interpretar en beneficio de una excepción o una limitación al derecho de autor.

El interés de la segunda cuestión reside en aspectos destacados de los cursos para adultos. En esta categoría se inscriben los cursos de idiomas, los cursos de actualización y perfeccionamiento e incluso las campañas de alfabetización. Durante las actividades de la conferencia de Estocolmo se abogó por excluir la enseñanza fuera de los establecimientos u organizaciones generales accesibles al público. Cabe preguntarse entonces si se debe seguir esa recomendación y negar a los institutos públicos o privados que imparten esos cursos la posibilidad de invocar una restricción en beneficio de la enseñanza.

Estas preguntas convergen en la necesidad de determinar si todos los tipos de enseñanza se deben beneficiar de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos previstas en los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales.

⁸ Informe del Sr. Bergström (Actas del Convenio de Berna, vol. II N° 97, pág. 1155), citado por A. Françon, A. Kerever y H. Desbois, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, N° 171, pág. 202.

⁹ La expresión utilizada más comúnmente en los últimos años se refiere a la ‘formación abierta a distancia’. Según N. Garnett, la expresión concierne a diversas modalidades, a saber: formación continua, autoformación, educación de adultos, enseñanza basada en la tecnología, etc. Cf. N. Garnett, Estudio sobre sistemas automatizados de gestión de derechos y limitaciones y excepciones al derecho de autor, publicado en http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=59952.

¹⁰ P. Laurent, *Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement: l'ère de l'e-learning*, Auteurs & Media N° 2008/3, pág. 180.

La respuesta puede ser objeto de discusión. En efecto, hay quienes consideran que la excepción del párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna, a la que es preciso asociar los demás instrumentos internacionales que prevén excepciones en beneficio de la enseñanza, debe aplicarse a todos los tipos de enseñanza, independientemente de su carácter gratuito o lucrativo¹¹. En ese contexto, el criterio prevaleciente sería que la enseñanza se impartiera en un establecimiento u organismo de carácter general accesible al público. La aplicación de ese criterio permitiría que numerosas instituciones de capacitación se beneficiaran de las restricciones a la propiedad intelectual, dado que los únicos aspectos importantes son su carácter general y su amplio acceso al público.

Otros autores estiman que la enseñanza, tal como se la entiende en el contexto de los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales pertinentes a las excepciones y limitaciones se debe ceñir a “una instrucción sin carácter comercial o una enseñanza basada en programas de estudios impartida por los docentes a sus alumnos en establecimientos sin fines de lucro”¹². Dicho de otra forma, la enseñanza con fines comerciales se debería excluir del ámbito de las excepciones y limitaciones. Esta opinión es defendible. En efecto, dado que los promotores de este tipo de enseñanza suelen buscar un beneficio económico por medio de las tasas, a veces muy elevadas, exigidas a los alumnos, deberían pagar regalías por la utilización de objetos protegidos. Además, el número relativamente importante de textos que excluyen total o parcialmente del ámbito de las excepciones o limitaciones a la enseñanza que no esté orientada ‘directa ni indirectamente a la obtención de un beneficio comercial’ respaldan esta interpretación que aboga por una aplicación pura y simple del mecanismo habitual de la propiedad intelectual.

En esta lógica, incluso los cursos de capacitación para adultos se deberían considerar conocimientos impartidos con fines de lucro y, consiguientemente, sujetos al pago de derechos de autor. En cuanto a los cursos de alfabetización, el Estado que toma la iniciativa no persigue beneficio económico alguno. Al contrario, desempeña una función social. En vista de ello, cabe plantearse si para alcanzar ese objetivo se debe obligar a los titulares de derechos a prestar su apoyo. Sería deseable que el Estado considerara que los titulares de derechos no deben contribuir a la capacitación de los analfabetos más que los demás nacionales y les pagara una remuneración equitativa por la utilización de sus obras para las actividades de alfabetización de adultos.

C. Presentación del estudio

En el ejercicio cotidiano de su actividad, los docentes se esfuerzan por adaptar sus métodos de enseñanza al entorno. Para mantener la atención de los alumnos y mejorar su capacitación de aprendizaje recurren en buena medida a libros contemporáneos, periódicos, revistas, fotografías, grabaciones de video, diapositivas, grabaciones de audio y audiovisuales, emisiones de radio, presentaciones PowerPoint y, en la actualidad, a Internet y a los demás soportes modernos de comunicación. Se puede observar que las obras protegidas están en el

¹¹ G. Karnell, *Utilización de obras protegidas por el derecho de autor en actividades pedagógicas o didácticas*, Boletín de Derecho de Autor, vol. XX, N° 1, 1986, pág. 8 del original francés.

¹² L. Guibault, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, con la supervisión de B. Hugenholtz, e-Boletín de Derecho de Autor, octubre – diciembre 2003, pág. 18.

centro de la educación. Constituyen su principal materia prima. Ahora bien, cómo proteger los derechos de sus titulares sin poner en entredicho la necesidad divergente de difundir conocimientos. El presente estudio expone los compromisos alcanzados en torno a estas cuestiones divergentes en el marco de instrumentos internacionales y de la labor de los legisladores africanos, mediante un examen de las disposiciones que reglamentan una excepción o una limitación en beneficio del sistema educativo. El estudio procura ir más allá y realizar un juicio de valor sobre cada uno de esos instrumentos jurídicos internos o internacionales, a fin de formular sugerencias para su mejoramiento.

D. Interés del estudio

La particularidad de la situación de los centros de enseñanza reside en que son, al mismo tiempo, productores y utilizadores de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos. Se han desarrollado argumentos contradictorios para justificar o rechazar el establecimiento de excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza. En defensa de su establecimiento se afirma, por una parte, que la libertad de expresión, el derecho a la información y, de forma más general, el derecho de cada pueblo de acceder al conocimiento, presuponen que los derechos de los beneficiarios de la protección del derecho de autor y derechos conexos dejan espacios de libertad suficientes para permitir el disfrute de esos valores fundamentales. Se añade, por otra parte, que el establecimiento legal de excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza permite evitar cierta hipocresía. Se sostiene que la ley, haya establecido o no una excepción o limitación, materialmente no puede supeditar al pago de regalías todas las utilidades de obras protegidas en los ámbitos escolar y universitario. En contra del establecimiento de excepciones y limitaciones se plantean dos argumentos de peso. Según el primero, es conveniente dejar que las negociaciones sigan libremente su curso. Esto permite a los titulares de derechos controlar de la mejor manera posible la utilización de sus objetos protegidos y adaptar sus regalías en función de esa utilización. A tenor del segundo, una excepción o limitación en beneficio de la enseñanza no puede pasar la prueba del criterio triple, dado que afectará inevitablemente a la explotación normal de la obra y provocará un perjuicio injustificado a los intereses de los titulares de derechos¹³.

Esta controversia cobra un relieve particular en el contexto africano, caracterizado en ciertas de regiones por una baja escolarización evidente; una brecha digital significativa respecto de los países occidentales; y la pertenencia de esos países en su conjunto, a la categoría de países en desarrollo. Debido a esos tres factores interrelacionados, la necesidad de utilizar objetos protegidos es aún mayor. Sin embargo, a los países desarrollados que abordan este tema se les plantea la cuestión de determinar si es necesario sacrificar los intereses de los titulares de derechos y en qué medida.

Si se decide privilegiar los intereses del público se promueve la educación porque se facilita el acceso gratuito a las obras. En ese contexto, no se paga ninguna remuneración a los titulares de derechos. Por lo tanto, se desalienta la creatividad, y la educación corre el riesgo, en última instancia, de agotar su propia fuente. En cambio, si se privilegian los intereses de los titulares de derechos, se debe exigir a las instituciones de enseñanza y a los gobiernos el pago de regalías a los autores, aun cuando, en ocasiones, no les resulte fácil obtener los

¹³ Estos argumentos están admirablemente elaborados por A. Lebois en *Les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche, la consécration ?* Revue Lamy Droit de l'immatériel, suplemento N° 25, marzo de 2007, pág. 18.

recursos financieros mínimos para permitir el funcionamiento de esas instituciones. Esos intereses antagónicos justifican ampliamente este estudio. Se observará que casi todos los países han adoptado una excepción o una limitación, en general sin ninguna compensación para los titulares de derechos. Sin embargo, se verá que cualquiera sea la opción elegida por la legislación, la organización de un sistema convencional o jurídico que prevea el pago de una remuneración equitativa es sin duda la mejor forma de conciliar esos intereses contrapuestos.

E. Objetivo del estudio

El estudio permitirá examinar las excepciones y limitaciones relativas a las actividades educativas previstas en los instrumentos internacionales concernientes al derecho de autor y derechos conexos, en particular el Anexo del Convenio de Berna. Asimismo, y sobre todo, posibilitará el examen de las mencionadas restricciones incorporadas en las legislaciones nacionales, con el fin de evaluar, en lo posible mediante casos concretos, los problemas que afrontan los alumnos, estudiantes y docentes en el contexto de la transmisión de conocimientos, así como las soluciones aportadas por las legislaciones nacionales. Además, el estudio permitirá comparar esas diferentes legislaciones a fin de considerar las que ofrecen las mejores soluciones para las actividades educativas. Por otra parte, facilitará la reflexión sobre la adaptación o la adaptabilidad de las normas existentes a la tecnología digital y al desarrollo de la enseñanza a distancia y, particularmente, al *e-learning*.

II. ÁMBITO DEL ESTUDIO

El estudio se limita a un marco espacial determinado y a una esfera de actividad muy precisa.

A. Marco espacial

El estudio se realizó en el ámbito de los países del África subsahariana, incluida Sudáfrica. Por consiguiente, abarca la mayor parte del continente. Con respecto a esta circunstancia, no se hizo ninguna diferencia entre los países en función de que hubieran adoptado una legislación inspirada en el derecho de autor o en un enfoque personalista, ni en relación con el idioma oficial que tuvieran, ya fuera francés, inglés o portugués.

Sin embargo, no se pudieron consultar las leyes nacionales de algunos países relativas al derecho de autor y derechos conexos. A pesar de ello, en ciertos casos se hace referencia a esas leyes. Ello ocurre, por ejemplo, en relación con Burundi. Con respecto a otros países, la falta de acceso a las leyes nacionales es inexplicable. Es cierto que algunos de estos países son miembros de la OAPI, lo que podría sugerir que aplican el anexo VII del Acuerdo de Bangui relativo a la propiedad literaria y artística y a la protección del patrimonio cultural. En particular, se trata del Gabón, Guinea y Guinea Bissau.

B. Ámbito científico

La definición del ámbito científico de este estudio presupone una serie de aclaraciones. Por una parte, el estudio sólo se refiere a la enseñanza en sentido estricto, con exclusión de la investigación, las bibliotecas y los servicios de archivo. Por otra parte, el estudio no aborda el caso específico de los discapacitados visuales.

1. La enseñanza en sentido estricto

El estudio está dedicado a la enseñanza tal como se la ha definido anteriormente. En ese marco se considerarán todas las excepciones y limitaciones pertinentes, si bien en proporciones diferentes. Esa diferenciación se justifica por el mero hecho de que algunas sólo guardan una relación indirecta con la enseñanza o no están previstas con el único propósito de satisfacer las necesidades de la educación. Es el caso de la excepción general relativa a la copia privada. Ésta concierne a las reproducciones realizadas por particulares que no tienen ninguna relación con una institución escolar, y abarca asimismo algunas utilidades por parte de personas vinculadas a una institución en la cual, o por medio de la cual, esas personas reciben enseñanza.

Otras situaciones relacionadas con la educación no se abordarán porque ya se han considerado o porque plantean cuestiones que se apartan de los problemas centrales relativos a la enseñanza. Se trata principalmente de la situación concerniente a la investigación y las bibliotecas, aunque también es el caso de los discapacitados visuales.

2. Exclusión de la investigación

La investigación suele estar relacionada con la enseñanza. Sin embargo, presenta problemas específicos, entre ellos los relativos a la titularidad de los derechos sobre los objetos creados y al grado de libertad de los investigadores con respecto a las creaciones existentes. Por lo tanto, la investigación no se examina en el contexto del presente estudio.

3. Exclusión de las bibliotecas

Al igual que la investigación, las bibliotecas son un complemento necesario de las instituciones de enseñanza beneficiarias de las excepciones y limitaciones objeto del presente estudio. Sin embargo, ya han sido examinadas en profundidad por *Kenneth Crews* en un estudio previo realizado en nombre de la OMPI.

4. Exclusión de la enseñanza en beneficio de los discapacitados visuales

Según una definición de Judith Sullivan¹⁴, se pueden considerar discapacitados visuales a aquellas personas “que no pueden leer obras protegidas por el derecho de autor en el formato en que han sido publicadas”. Esas personas representan un grupo realmente especial de consumidores de las obras del espíritu, y el alcance de las actividades destinadas a esas personas o por ellas realizadas en relación con esas obras protegidas es, en muchos aspectos, diferente del que corresponde al contexto de la educación convencional. Es sin duda por este motivo que la OMPI ha encargado la realización de un estudio sobre las excepciones y limitaciones que conciernen a dicho grupo¹⁵. De ello se desprende que estas personas quedan fuera del ámbito del presente estudio.

¹⁴ J. Sullivan, Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales, disponible en http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=75696

¹⁵ *Ibíd.*

III. FUENTES INTERNACIONALES DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA

Varias fuentes internacionales podrían justificar las excepciones y limitaciones previstas en las leyes nacionales. Se trata, en realidad, de todos los instrumentos internacionales relativos al derecho de autor y derechos conexos que incluyen disposiciones de cumplimiento obligatorio o facultativo en esa esfera. En el orden cronológico de adopción, podemos ver que, efectivamente, el Convenio de Berna y la Convención de Roma contienen disposiciones relativas a la cuestión que es objeto del presente estudio. Lo mismo ocurre con el Acuerdo sobre los ADPIC, el WCT y el WPPT. Pero, sobre este tema, esos instrumentos internacionales poseen la misma base, que se puede considerar como una fuente común.

A. La fuente común a todos los instrumentos internacionales: la prueba del criterio triple

Los principales instrumentos internacionales relativos al derecho de autor y derechos conexos incluyen una norma que otorga a los legisladores nacionales facultades para establecer excepciones a los derechos protegidos y, al mismo tiempo, regula esas atribuciones. Esa norma, muy difundida en la actualidad, se incluyó en el Convenio de Berna y mucho más tarde en los ADPIC “más por accidente que por designio pues al presentarse inmediatamente como fórmula de primera mano, fácil de utilizar...”¹⁶ se ha reflejado en los dos convenios posteriores de la OMPI concernientes al derecho de autor y derechos conexos. Se trata de la famosa norma del criterio triple, llamada también prueba del criterio triple o prueba triple. Su aplicación está prevista en el párrafo 2 del Artículo 9 del Convenio de Berna, a tenor del cual “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

En los ADPIC, la norma se refleja en el Artículo 13, con arreglo al cual “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

En el WCT, el Artículo 10 hace una doble referencia en los términos siguientes:

“1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

¹⁶ S. Ricketson, Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital, disponible en http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=16805. El autor añade que “no es evidente que quien se encuentre al comienzo del proceso adopte inmediatamente la prueba del criterio triple como fórmula general para las limitaciones y excepciones”.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

Por último, en el WPPT la norma se incluye en el párrafo 2 del Artículo 16, según el cual “las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”. Estas diferentes disposiciones han dado origen a la mencionada norma del criterio triple, que desde entonces se ha generalizado. Existe abundante bibliografía¹⁷ sobre esta norma. La autoridad a la que incumbe la aplicación de esta norma en un Estado signatario de alguno de los instrumentos que la incluyen es objeto de controversia, al igual que su contenido y su alcance. Para algunos ‘la atribución para anular una excepción prevista en la legislación es prerrogativa de una autoridad pública cuando ello pudiera ocasionar a los titulares de derechos un perjuicio desproporcionado que desviaría, de alguna manera, la finalidad de la excepción y la privaría de justificación’¹⁸. Según esa corriente, la prueba del criterio triple constituye el marco de legitimidad de las excepciones que el legislador o el juez, según las interpretaciones de la prueba, deberá tener en cuenta al adoptar o aplicar las excepciones al derecho de autor y los derechos conexos¹⁹. De ello se deduce que, para esos autores, la prueba del criterio triple incumbe, en cada Estado, bien sea al legislador o al juez. En cambio, hay quienes consideran, en particular en lo que concierne al Convenio de Berna, que las disposiciones se dirigen de forma inequívoca a los legisladores y no a los tribunales²⁰. De todos modos, los autores coinciden en lo que respecta al número y la formulación de los criterios que deben satisfacer las excepciones o limitaciones previstas por las legislaciones nacionales. Por lo tanto, en el contexto del presente estudio se presentan de forma resumida. De hecho, se pueden resumir en tres preguntas que permiten verificar la compatibilidad de una excepción o limitación con los requisitos de los instrumentos internacionales:

1 - ¿La excepción constituye un caso especial? Al parecer, la respuesta a esta pregunta es afirmativa, porque la excepción no es general sino que tiene un propósito especial. Esta primera etapa generó una controversia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. Las primeras consideraban que el artículo 110 (5) de la Ley estadounidense sobre derecho de autor, que en determinadas condiciones eximía a los establecimientos comerciales del derecho exclusivo del autor por la difusión de música a través de un aparato de radio o televisión, no tenía un ‘propósito especial’ Un grupo

¹⁷ S. Ricketson, Estudio mencionado, en particular, págs. 71 y siguientes; V.-L. Benabou, *Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée, A propos de la vénérable décision de la Cour de Cassation dans l'affaire «Mulholland Drive»*, Juriscom.net, 20 de abril de 2006, <http://www.juriscom.net>; A. Lucas, nota anterior: Cass. 1^o civ., 28 de febrero de 2006, JCP G 2006, II, 10084; A. y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^a ed., Litec, N^o 331 y 332, págs. 269 y 270; C. Geiger, *Le test des étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, N^o 15, abril de 2006, pág. 49.

¹⁸ P. Y Gautier, *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes »*, Communication - Commerce électronique, Noviembre de 2006, pág. 10.

¹⁹ S. Dusollier, *L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Communication - Commerce électronique, Noviembre de 2006, pág. 21.

²⁰ C. Geiger, véase nota 17 anterior

de trabajo de la OMC²¹ respaldó esa opinión, porque estimó que el número de establecimientos exentos era demasiado importante²².

2 - *¿La excepción atenta contra la explotación normal de la obra?* Para algunos, este criterio obliga a preguntarse si la excepción, con arreglo a la ley, tiene o no una influencia apreciable en el modo de explotación en cuestión. Según el mencionado grupo de trabajo, la condición de ausencia de perjuicio contra la explotación normal de la obra no se cumplía porque los usuarios exentos privaban de beneficios comerciales significativos o tangibles a los titulares de los derechos, habida cuenta de los efectos reales y posibles sobre las condiciones comerciales y tecnológicas en la actualidad o el futuro próximo.

3 - *¿La excepción ocasiona un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos?* El concepto de perjuicio injustificado es difícil de definir²³. Se sabe que este criterio de prueba posibilita el examen de los fundamentos que justifican el límite²⁴. Además, permite aceptar la idea de que el titular del derecho no puede disponer de atribuciones para controlar todas las utilizaciones de sus obras, dado que algunos perjuicios se justifican teniendo en cuenta valores que se consideran superiores a sus intereses. Por lo tanto, se entiende que el derecho exclusivo del titular del derecho cede ante el valor que conlleva la promoción de la enseñanza.

También se sabe que en el entorno digital, los efectos de las excepciones existentes se han agravado. En consecuencia, es necesario proponer que los efectos de la excepción o limitación se tengan en cuenta para evaluar si el perjuicio es justificado o no. Cuando los efectos sean realmente perjudiciales, será preciso adoptar un enfoque orientado hacia un sistema de licencias con derecho a remuneración, como en el caso de la copia privada.

Con respecto a las excepciones en beneficio de la enseñanza, es importante señalar que, como se verá, los acuerdos les dedican disposiciones específicas. Sin embargo, a pesar de esas disposiciones, la prueba del criterio triple se debe considerar como la base sobre la que se asientan todas las excepciones y limitaciones. Esto implica que ninguna disposición especial relativa a una excepción o limitación a los fines de la enseñanza o de cualquier otro propósito se interpretará en el sentido de que el legislador nacional tiene derecho a desdeñar la prueba del criterio triple²⁵. Por ejemplo, si una excepción a los fines de la enseñanza, que está específicamente prevista en párrafo 2 del artículo 10 y en el Anexo del Convenio de Berna, pudiera tener el efecto de causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, se la deberá revisar, especialmente con miras a suprimirla o, al menos, reemplazarla por una licencia.

²¹ Informe del Grupo Especial, WT/DS/160/R, 15 de junio de 2000 – véase http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm

²² A. y H.-J. Lucas, obra citada, números 331 y 332, págs. 269 y 270. Estos prestigiosos autores estiman que la solución es cuestionable, por cuanto el mero hecho de circunscribir una excepción a los límites cuantitativos no basta para considerarla un caso especial.

²³ Incluso, cabría preguntarse si un efecto que se conviene en llamar ‘perjuicio’ se puede justificar.
²⁴ C. Geiger, *Le test des étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ?*, véase nota 20 anterior.

²⁵ Contra: S. Ricketson, obra citada, pág. 70.

B. El Convenio de Berna y su Anexo

El Convenio de Berna contiene ciertas disposiciones particulares que podrían justificar algunas excepciones o limitaciones en una ley nacional. Se trata, además de las disposiciones mencionadas, del Artículo 10 y del Anexo del Acta de París de 1971.

1. El Artículo 10 del Convenio de Berna

Sin duda, el Artículo 10 del Convenio de Berna es la fuente esencial de las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza previstas en las legislaciones nacionales. Ya en el párrafo 1 se sientan las bases del derecho de cita. A tenor de esa disposición, “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”. Según ese texto, la cita es un procedimiento lícito. En otras palabras, la regulación del derecho de cita no es una facultad acordada a los legisladores nacionales. Es una excepción imperativa que ellos deberán prever²⁶. Por lo tanto, se la puede incorporar en la esfera de las restricciones establecidas en beneficio de la enseñanza.

Las condiciones previstas en el Convenio de Berna para que la cita tenga carácter lícito son relativamente claras. Primeramente, la obra citada, es decir, la que proporciona el material, se debe haber “hecho lícitamente accesible al público”. Esta exigencia remite básicamente a la difusión lícita de la obra²⁷. A continuación, el párrafo 1 del Artículo 10 exige que la cita se haga conforme a los usos honrados. Seguramente, la reproducción de un fragmento extenso de la obra no es compatible con los usos honrados, por cuanto no sólo exige de utilizar la obra que proporciona el material de la cita, sino que, además, podría afectar a su explotación normal. Además, como se verá, la observancia de los usos honrados supone que el préstamo de una obra anterior de un autor se integre en una obra nueva perteneciente al prestatario. En otras palabras, la cita no se ajustaría a los usos honrados si no se integrara en la obra perteneciente a la persona que la utiliza. Para simplificar aún más, es preciso señalar que la obra del prestatario debe poder subsistir si se le suprime la cita. Por último, la cita está limitada por su propia finalidad. Este requisito ayuda a definir los límites de los préstamos tomados de una obra existente. De hecho, generalmente se acepta la cita como un préstamo de una obra literaria por necesidades pedagógicas, de examen, científicas, críticas, etc. Por consiguiente, esas necesidades determinarán la extensión del préstamo²⁸.

No obstante, el párrafo 2 del Artículo 10 proporciona la fuente más importante para orientar a los legisladores nacionales que deseen reglamentar las excepciones o limitaciones en beneficio de la enseñanza. Con arreglo a ese texto, “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa

²⁶ A ese respecto, véase L. Guibault, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, obra precitada.

²⁷ Véase *infra*

²⁸ Los requisitos relativos a las citas se presentarán con mayor detalle más adelante, en la parte del estudio dedicada al análisis de las excepciones y limitaciones en las legislaciones nacionales.

utilización sea conforme a los usos honrados”. Ese párrafo se complementa con el párrafo 3, según el cual “las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”.

La lectura de estos dos últimos párrafos del Artículo 10 revela las condiciones en las que se puede prever una excepción o limitación general en beneficio de la enseñanza.

Ante todo, es preciso destacar que el Convenio no impone ninguna obligación de prever una excepción o limitación a tal fin. El instrumento se limita, por una parte, a delegar en cada legislador nacional y en los acuerdos bilaterales y multilaterales entre los países miembros de la Unión, la tarea de decidir la conveniencia de establecer o no una restricción a los derechos protegidos. Por otra parte, en cambio, el Convenio impone límites a las medidas de los países que decidieran establecer tales excepciones o limitaciones.

El primero de esos límites se refiere a las obras. Sobre este punto el Convenio no determina a qué obras afecta la excepción o limitación. Al mencionar las obras “literarias o artísticas” el Convenio recuerda que toda obra se puede utilizar en el marco de la restricción siempre que su utilización se destine a ilustrar la enseñanza. Sin embargo, es evidente que la disposición se refiere principalmente a las obras literarias y posteriormente a las obras de arte o las fotografías que las ilustran. Pero la utilización de las obras divulgadas bajo otras formas, en particular las sonoras o audiovisuales, no es ilícita. Además, el empleo de técnicas digitales en el ámbito de la enseñanza hace inevitable la utilización de tales obras.

El segundo límite concierne a la magnitud o el volumen de la utilización de las obras en el contexto de la enseñanza. A ese respecto, se consideró realista no fijar ningún límite cuantitativo y, en cambio, limitarse a establecer directrices orientativas. Por eso, el párrafo 2 del Artículo 10 dispone que la excepción sólo es admisible “en la medida justificada por el fin perseguido” a los fines de “la ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales”. La combinación de estas directrices permite comprender ante todo el marco de la restricción que rige el control del volumen de las utilizaciones (ese marco es la ilustración de la enseñanza, entendida según se vio anteriormente). Una vez definido, el marco condiciona el volumen de las utilizaciones, que entonces no podrá rebasar dicho marco. En consecuencia, el marco permite limitar el número de copias realizadas en el caso de publicaciones y grabaciones sonoras o visuales y sirve de instrumento de control para el público al que se destinarán las emisiones con fines educativos. En el universo digital se supone que el marco será la medida de referencia de la utilización de las obras en el ámbito de la enseñanza a distancia que, en la actualidad, se basa fundamentalmente en Internet.

El tercer límite sirve de barómetro variable para controlar el uso que cada institución de enseñanza hace de los objetos protegidos. Se trata de la compatibilidad con los “usos honrados”. S. Ricketson²⁹ considera que la utilización no es conforme a los usos honrados si atenta contra la explotación normal de la obra y causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Añade que tal sería el caso de los estudiantes o alumnos que realizan un gran número de copias. En ese caso, el autor propone una remuneración bajo la forma de licencia con el fin de que la utilización sea compatible con los “usos honrados”. Esta propuesta es pertinente, pero se la puede simplificar, porque, si se examina detalladamente la

²⁹ S. Ricketson, estudio mencionado, pág.17.

exigencia de conformidad con los usos honrados se podría interpretar que la utilización de una obra protegida no debe ser abusiva ni lucrativa.

En cuanto al carácter abusivo, el número de copias puede, efectivamente, determinar la existencia de un abuso en la utilización de la obra a los fines de la ilustración de la enseñanza. Si ese número es tan significativo como para ocasionar al autor una pérdida de ingresos considerable, la utilización es, seguramente, contraria a los usos honrados. Las circunstancias de la utilización de la obra también puede ser un criterio de evaluación de la conformidad con los usos honrados. De hecho, si la utilización de la obra no reviste ningún interés o sólo tiene un interés objetivamente insignificante para la ilustración de la enseñanza, ello significará que el docente no tenía ningún motivo para recurrir a la obra y que, por lo tanto, la utilización no es compatible con los usos honrados. Por último, la duración de la utilización o conservación también puede proporcionar un criterio de evaluación. Si bien es cierto que en el ámbito de la enseñanza algunos documentos perduran a través del tiempo y no caducan jamás, también es cierto que si se impone la necesidad de utilizar repetidamente la misma obra para ilustrar alguna enseñanza, ello significa que esa obra representa una de las bases de esa enseñanza y que, en la medida de lo posible, se deberían proporcionar ejemplares legítimos a los alumnos. En cambio, si se realizan nuevas ediciones para cada año académico, o si se utilizan las mismas ediciones, la utilización seguramente será contraria a los usos honrados.

En cuanto al carácter lucrativo o no de la utilización, su apreciación es evidente. Éste remite a la exigencia de una ausencia total de compensación pagada por los destinatarios de la utilización (alumnos o estudiantes) a su docente o al centro de capacitación, salvo los gastos necesarios para la realización de las copias o la organización de la representación. Esta interpretación habría inspirado a muchos legisladores africanos. En efecto, algunos citan lisa y llanamente los términos del Convenio de Berna para establecer la excepción o limitación relativa a la enseñanza. Otros van más lejos en el detalle y precisan que la explotación no debe ser abusiva, ni tener fines de lucro y, en ciertos casos, prevén disposiciones relativas al número de ejemplares y a la duración de su conservación. Otros prevén, incluso, en casos extremos, una compensación en beneficio de los autores.

El último límite se desprende del párrafo 3 del mencionado Artículo 10. Plantea la exigencia del respeto del derecho moral del autor y, en particular, de su autoría. Eso significa, sencillamente, que la utilización de la obra conllevará siempre la adecuada identificación del autor por su apellido, nombre o seudónimo. Además, supone la exigencia de mencionar los detalles relativos a la edición de la obra y al nombre de toda obra más vasta que incluyera a la obra en cuestión. Esa exigencia figura literalmente en casi todas las legislaciones de nacionales africanas.

2. El Anexo del Convenio de Berna

En ocasión de la revisión de París, efectuada en 1971, se adoptaron disposiciones especiales en favor de los países en desarrollo. Ellas figuran en un anexo que prevé un régimen de licencia obligatoria equivalente a una limitación de los derechos de reproducción y traducción de los autores de obras producidas en el Norte, que no estuvieran disponibles en los países del Sur en condiciones tales que permitieran su utilización a los fines de la enseñanza escolar y universitaria y de la investigación.

Para acogerse a ese régimen de licencias, particularmente pertinente al presente estudio, es preciso que el país de origen del solicitante sea un país en desarrollo que haya presentado

en el momento de la ratificación o adhesión al Acta de París del Convenio de Berna, o con posterioridad, una notificación por la cual declare que podrá acogerse a ese régimen. No obstante, se debe señalar, ante todo, que la mayor parte de los autores estiman que ese sistema es complejo³⁰. Sin duda ello es verdad, por cuanto las condiciones para beneficiarse de esas licencias son muy numerosas y no siempre fáciles de comprender (a). Lo mismo puede decirse de las disposiciones que organizan su régimen (b).

- a) Condiciones para la concesión de las licencias previstas en el Anexo del Convenio de Berna

Las licencias de reproducción y traducción previstas en el Anexo del Convenio de Berna sólo se pueden conceder a nacionales de un país en desarrollo. Además, no atañen sino a algunas creaciones intelectuales. Por último, la concesión de esas licencias presupone que el solicitante no pudo concertar un contrato ordinario de reproducción o traducción con el titular del derecho de autor; respetó ciertos plazos y siguió un procedimiento muy riguroso.

El país del solicitante de la licencia debe ser un país en desarrollo.

Esta exigencia dimana del Artículo primero del Anexo, que establece dos criterios, uno subjetivo y otro objetivo, para determinar si un país es un país en desarrollo o no.

El criterio subjetivo se basa en la apreciación del país que ratifica el Convenio respecto de su propio nivel de desarrollo económico y sus necesidades sociales o culturales, a raíz de la cual ese país considera que no está en condiciones de asegurar “de inmediato” un nivel de protección satisfactorio, con miras a presentar la mencionada notificación. Ese criterio, muy conveniente para los Estados miembros, es difícil de gestionar dado que es ‘vago y arbitrario por cuanto el país de que se trate es, en cierta forma, juez y parte³¹’.

En cuanto al criterio objetivo, supone que el país se considerará en desarrollo “de conformidad con la práctica establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas” (párrafo 1 del Artículo primero). Sin embargo, esa referencia es algo sorprendente porque la Asamblea General de las Naciones Unidas no enumera los países en desarrollo. Tampoco menciona los criterios del desarrollo. Por lo tanto, cabe preguntarse cómo clasificar a un Estado de conformidad con “la práctica” establecida por la Asamblea.

Se han presentado algunas propuestas³², pero, al parecer, la más próxima al espíritu del Anexo es la relativa a la determinación de un ‘ingreso anual *per capita*, que permite una gestión fácil y refleja fielmente el estado de crecimiento económico: un país cuya población vive al límite de sus necesidades difícilmente generará obras literarias y artísticas, porque el gusto por las letras y las artes presupone que se hayan satisfecho las necesidades materiales básicas³³’.

³⁰ Véase, en particular: C. Colombet, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, obra citada págs. 150 y subsiguientes; D. Ladd, *El Derecho de autor ante las nuevas tecnologías internacionales*, Boletín de Derecho de Autor, vol. XVII, N° 3, 1983, pág. 1.

³¹ C. Colombet, obra citada, pág. 150.

³² Sobre ese tema, véase: A. Françon, A. Kerever, H. Desbois, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, París 1976, N° 218 y subsiguientes, págs. 260 y siguientes.

³³ *Ibíd.*, N° 220, pág. 262

En realidad, si el ingreso anual por habitante permite medir el nivel de desarrollo económico de un país y, por consiguiente, clasificarlo o no entre los países en desarrollo con el fin de que se pueda beneficiar de las licencias previstas en el Anexo, ese dato no puede servir de barómetro para medir el desarrollo cultural; bien se podría pintar, cantar o escribir su miseria. Con esta salvedad, se puede considerar el ingreso anual por habitante como parámetro para admitir que el nacional de un país dado pueda solicitar una licencia de reproducción o traducción.

Sólo se podrán reproducir mediante la licencia “las obras publicadas en forma de edición impresa o cualquier otra forma análoga de reproducción”, según lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo II y en los apartados a) y b) del párrafo 7 del Artículo III del Anexo. Ello concierne a toda obra literaria. Eso significa que es aplicable a una licencia de reproducción, un resumen, un manual sobre cualquier materia, una antología de obras literarias, un tratado elemental de física o un manual dedicado al funcionamiento de un motor. Asimismo, se podría aplicar a toda obra que pudiera ser objeto de impresión. Tal es el caso de las composiciones musicales con o sin texto, las obras de teatro e incluso las obras de arte. Sobre esta base, sólo se excluyen del ámbito de la licencia de reproducción las grabaciones fonográficas³⁴, que no pueden ser objeto de impresión o de un procedimiento análogo. El Anexo se aplicará igualmente a la reproducción audiovisual (apartado b) del párrafo 7 del Artículo III). Para este tipo de obras la licencia de reproducción abarca no sólo las imágenes y los sonidos (especialmente la música) sino también la traducción del texto que los acompaña, en un idioma de uso general en el país en el que se solicita la licencia. Sin embargo, es preciso que las fijaciones audiovisuales en cuestión hayan sido concebidas y publicadas exclusivamente a los fines de su utilización en los ámbitos escolar y universitario.

En cuanto a una licencia de traducción, la referencia a la impresión remite a las mismas condiciones concernientes a la determinación de las obras abarcadas. Además, el párrafo 7 del Artículo II precisa que para las obras compuestas principalmente de ilustraciones, sólo se podrá conceder una licencia para efectuar y publicar una traducción del texto si se cumplen también las condiciones correspondientes a una licencia de reproducción. En otras palabras, para este tipo de obras, la licencia para traducir y publicar la traducción de los textos deberá ir acompañada de una licencia para reproducir y publicar las ilustraciones.

Como en el caso de las licencias de reproducción, las licencias de traducción se pueden aplicar a las obras audiovisuales. En efecto, del Anexo se desprende que el beneficiario de la licencia puede ser un organismo de radiodifusión con sede en un país en desarrollo que reúna las condiciones descritas anteriormente. Por consiguiente, se puede autorizar a ese organismo a traducir una obra impresa a partir de un ejemplar lícitamente producido y adquirido, y a utilizar la traducción en emisiones también lícitas destinadas a la enseñanza y sin fines de lucro. Asimismo, se lo puede autorizar a traducir un texto incluido en una obra audiovisual creada y publicada con fines de utilización en los ámbitos escolar y universitario.

Actualmente se puede plantear la cuestión de saber si las obras publicadas en las redes pueden ser objeto de una licencia obligatoria de reproducción o de traducción con arreglo al Anexo del Convenio de Berna. Con respecto a los Artículos II y III cabría preguntarse si es posible considerar que esas obras disponibles en forma de textos, sonidos y/o imágenes

³⁴ A. Françon, A. Kerever, H. Desbois, *obra mencionada*, N° 248 y subsiguientes, págs. 260 y siguientes.

constituyen publicaciones en forma de edición impresa o de cualquier otra forma análoga. La cuestión reviste sumo interés por cuanto todo hace pensar que cuando la obra formada por textos se visualiza en la pantalla de un ordenador no es una obra impresa, si bien se puede imprimir. Esto es cierto tanto para los textos presentados en un formato original como en formato secundario, por ejemplo, los textos escaneados (en cualquier formato: JPEG u otro). Por lo tanto, cabe preguntarse si se debe considerar que la publicación de la obra en formatos digitales para su puesta a disposición del público a través de las redes equivale a una forma impresa. En caso afirmativo, se amplía considerablemente la gama de obras que podrían ser objeto de licencia, lo que, evidentemente, beneficia a los países en desarrollo. Sin embargo, esa opción no es aceptable porque se puede considerar que la puesta a disposición de la obra por medio de las redes resuelve el problema de la publicación de la obra en el país beneficiario. En ese contexto, ni siquiera los costos de conexión pueden servir de justificación para la licencia. Efectivamente, no se puede afirmar que en los países en los que esos costos son elevados la obra no se pone a disposición del público a un costo que permita su utilización a los fines de la enseñanza escolar o universitaria. Además, si se concedieran esas licencias, cabría preguntarse de qué manera se cumplirían las otras condiciones, en particular la que prohíbe la exportación de las obras reproducidas bajo licencia³⁵.

El problema se debería plantear de manera diferente cuando se tratase de la traducción. La cuestión consistiría simplemente en saber si es posible tomar una obra disponible en la red para publicarla en un idioma de uso general en el país beneficiario. La duda es admisible en la medida en que pueda ser verdaderamente importante para ese país disponer de una traducción de la obra cuando tal traducción no exista ni en las redes ni en forma impresa. Se puede sugerir la posibilidad de permitir un régimen de licencia de traducción para esas obras que prevea la difusión de la traducción únicamente en su forma impresa, con el fin de respetar la prohibición de exportación prevista en la licencia.

El problema se plantea en términos similares para las obras audiovisuales a las que se refiere el Anexo, tanto en lo concerniente a la licencia de reproducción como a la de traducción; la respuesta parece más sencilla teniendo en cuenta que, probablemente, la única restricción prevista por el Convenio es que la obra audiovisual se haya concebido y publicado exclusivamente a los fines de su utilización en los ámbitos escolar y universitario. En consecuencia, cuando una obra de este tipo este disponible en las redes y satisfaga el requisito relativo al objetivo para el que se ha creado y publicado, deberá poder ser objeto de una licencia.

La finalidad de la licencia es la promoción de la educación y la investigación. Precisamente, las obras aludidas sólo se pueden reproducir con licencia para satisfacer necesidades de la enseñanza escolar y universitaria, o de investigación. No obstante, esa finalidad no justifica por sí sola la concesión de la licencia. Además, es preciso que pasado cierto tiempo a partir de la primera publicación de una edición, no hayan sido puestos a la venta por el titular del derecho de reproducción o con su autorización, en dicho país, ejemplares de esa edición para responder a las necesidades del público en general o de la enseñanza escolar y universitaria, a un precio comparable al que se cobre en dicho país para obras análogas (párrafo 2 del Artículo III). La posibilidad de la licencia también está prevista en el caso de que las obras se hubieran puesto a la venta en el país, pero las existencias se

³⁵ Sería preciso resolver el problema planteado por las modalidades de distribución de los ejemplares reproducidos bajo licencia. Especialmente, sería necesario decidir si esa distribución se haría exclusivamente mediante la fabricación de ejemplares.

hubiesen agotado y no se hubiesen renovado durante un plazo de seis (6) meses (apartado b) del párrafo 2 del Artículo III). No se concederá licencia para una traducción que haya sido publicada en régimen de licencia obligatoria o no esté en un idioma de uso general en el país (apartados i) y ii) del párrafo 5 del Artículo III).

Si la licencia solicitada es una licencia de traducción, la finalidad debe ser la misma (párrafo 5 del Artículo II). Además, como en el caso de la licencia de reproducción, debe transcurrir cierto plazo a partir de la primera publicación, sin que una traducción de dicha obra en un idioma de uso general en ese país sea publicada por el titular del derecho de traducción o con su autorización (apartado a) del párrafo 2 del Artículo II), o deben haberse agotado todas las ediciones de la traducción publicada en el idioma de que se trate.

La licencia de reproducción o de traducción sólo se puede conceder en los casos en que sea imposible concertar un acuerdo con los titulares de los derechos. En realidad, el sistema de licencia previsto en el Anexo no tiene la finalidad de sustituir a las negociaciones, por cuanto constituye una grave distorsión de los derechos sobre las obras reproducidas o traducidas bajo licencia³⁶. Por ese motivo, se deberán hacer todos los esfuerzos por concertar un acuerdo³⁷. Únicamente en caso de que sea imposible llegar a un acuerdo se pondrá en marcha el mecanismo de la licencia.

La imposibilidad de concertar un acuerdo puede ser el resultado de dos hechos, uno normal, y otro que representa un menoscabo real de los derechos sobre la obra solicitada.

El primer hecho que determina la imposibilidad de concertar un acuerdo deriva de la imposibilidad de ponerse en contacto con los titulares del derecho de reproducción o de traducción (párrafos 1 y 2 del Artículo IV). En ese caso, el mecanismo de la licencia está llamado a resolver un problema inextricable al que se enfrenta el beneficiario.

El segundo hecho es el rechazo del autor (párrafo 1 del Artículo IV). En ese caso, la imposibilidad es sólo relativa, si se tiene en cuenta que probablemente las negociaciones han fracasado debido a las condiciones propuestas. La lógica del derecho de autor implica que el beneficiario debería abstenerse de reproducir o traducir la obra. Sin embargo, gracias al sistema de licencia obligatoria, el beneficiario podría burlar la negativa del titular del derecho.

La observancia de los plazos prescritos es también una de las condiciones imperativas. Esos plazos son de dos categorías diferentes y varían según se trate de una licencia de reproducción o de traducción. *Para la licencia de reproducción* la primera categoría incluye los plazos que se han de respetar a contar desde la primera publicación de la obra, antes de la presentación de cualquier solicitud de licencia: son los *plazos de inmunidad*. En efecto, a partir de la fecha de publicación de determinada edición de la obra solicitada debe transcurrir, en principio, un plazo de cinco (5) años antes de que sea posible cualquier concesión de licencia. Sin embargo, ese plazo se reduce a tres años si la obra versa sobre ciencias exactas o naturales o sobre tecnología. En cambio, se prolonga hasta siete años si corresponde al ámbito de la fantasía. Es el caso de las novelas, las obras poéticas, teatrales, musicales y los libros de arte.

³⁶ A ese respecto, véase: D. Ladd, *obra mencionada*.

³⁷ Si la obra solicitada es una traducción, se deberá consultar igualmente a su autor. A ese respecto, véase: A. Françon, A. Kerever y H. Desbois, *obra citada*, N° 249, pág. 296.

Esta primera categoría de plazos se justifica por cuanto es preciso, a pesar de las necesidades, dejar transcurrir un tiempo suficiente para que los titulares legítimos de los derechos puedan introducir ejemplares de la obra en el mercado de los potenciales países solicitantes. El acortamiento a tres años del plazo previsto para las obras concernientes a las ciencias exactas se explica porque la rápida evolución de los descubrimientos científicos vuelve obsoletas en poco tiempo las obras y la información conexas. En cuanto a las obras de la fantasía, la duración del plazo de inmunidad se puede justificar por el hecho de que, con frecuencia, se incluyen de manera complementaria en los programas escolares y universitarios y muy difícilmente pierden su actualidad. Por último, el plazo normal se aplica a toda obra a la que no concierne el plazo de tres años ni el de siete años, por ejemplo, las obras de Derecho.

La segunda categoría concierne a los plazos que se han de observar a partir de la fecha de introducción de la solicitud: son los *plazos de contemporización*. Estos dimanarían de los apartados a) y b) del párrafo 4 del Artículo III del Anexo, en virtud del cual el solicitante deberá observar un plazo adicional de seis meses en los casos en que se pueda obtener una licencia al expirar un plazo de tres años, es decir, cuando la licencia atañe a una obra sobre ciencias exactas o naturales o tecnología. En los otros dos casos el solicitante deberá observar un plazo de tres meses. Estos nuevos plazos comienzan a contarse a partir del día en que el solicitante inicia el procedimiento de obtención de la licencia. En otras palabras, se trata de permitir al autor o a los derechohabientes la venta, el reabastecimiento del mercado o el ajuste de los precios, con el fin de evitar la licencia obligatoria³⁸.

Para la licencia de traducción el plazo de inmunidad es de tres años. Sin embargo, sólo será un plazo mínimo cuando el idioma al que se traduzca la obra no sea de uso general en uno o varios países en desarrollo. Efectivamente, en ese caso la legislación del país en desarrollo que ofrece la posibilidad a sus nacionales de solicitar licencias puede prever plazos más largos. Durante ese plazo, no se deberá publicar ninguna traducción en un idioma de uso general en el país del solicitante. En cambio, en caso de que el idioma de la traducción prevista no sea de uso general en uno o varios países en desarrollo, el plazo de inmunidad se reduce a un año (apartado a) del párrafo 3 del Artículo II). Asimismo, ese plazo puede ser inferior a tres años, pero no será menos de un año, en caso de que el país solicitante consiga obtener el acuerdo unánime de los países miembros de la Unión que utilicen su mismo idioma³⁹.

El *plazo de contemporización* previsto es de seis meses cuando el plazo de inmunidad es de tres años, y de nueve meses cuando el plazo de inmunidad es de un año (apartado a) del párrafo 4 del Artículo II). Como en el caso de la licencia de reproducción, esos plazos comienzan a contarse cuando se inicia la tramitación para la obtención de la licencia. De forma análoga, si en el plazo de contemporización una traducción es publicada por el titular de los derechos o con su autorización en el idioma respecto del cual se ha presentado la solicitud, la licencia no se concederá.

Por último, *los trámites de obtención de la licencia son bastante numerosos*. Están previstos en los párrafos 1 y 2 del Artículo IV y su objetivo consiste en obligar al solicitante a

³⁸ La licencia no se podrá conceder si durante ese plazo se ponen en venta ejemplares de la obra a un precio comparable al que se cobre en el país en cuestión por obras análogas.

³⁹ Esta posibilidad está excluida en los casos en que se trate del inglés, el francés o el español. En todos los casos en que se concierte un acuerdo se notificará de ello al Director General.

negociar con los titulares del derecho de reproducción o de traducción. Por lo tanto, la licencia sólo se podrá conceder si el solicitante demuestra que después de haber solicitado a los titulares de los derechos una autorización para reproducir o traducir la obra y publicarla (de conformidad con las disposiciones vigentes en el país de que se trate) no ha podido obtener esa autorización, o que tras realizar los trámites pertinentes no ha conseguido localizar a los titulares de los derechos.

Al final del párrafo 1 se añade que, además de la solicitud dirigida a los titulares de los derechos, es preciso informar a todo centro nacional o internacional designado a tal efecto, mediante una notificación dirigida al Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual por el Gobierno del país en el que supuestamente el editor tiene su centro principal de actividades.

Pero, especialmente cuando el titular de los derechos no puede localizar, el centro nacional o internacional designado se convierte en la piedra angular del sistema. Ese centro pasa a ser, de alguna manera, la justificación de la licencia. Sin embargo, además de la presentación de la solicitud en las condiciones mencionadas, el solicitante debe enviar por correo aéreo certificado al editor cuyo nombre figura en la obra, copias de la solicitud presentada ante la autoridad competente⁴⁰ encargada de conceder la licencia.

b) Régimen de licencia internacional de reproducción

El régimen de licencia es muy restrictivo de la libertad del licenciataria. Le impone rigurosas limitaciones no sólo en virtud del tipo de licencia sino también mediante la obligación de compensar al autor y respetar su derecho moral. Por último, se debe señalar que la licencia es, en cierta medida, aleatoria, debido a las circunstancias que pueden dar lugar a su caducidad.

Las características de la licencia imponen cierto número de limitaciones. Efectivamente, la preocupación que ha llevado a la creación de la licencia de reproducción en el marco del derecho internacional consistía en permitir a los nacionales de un país satisfacer por sí mismos sus necesidades pedagógicas de obras extranjeras. Esta circunstancia no debería reportar un beneficio excesivo a ninguna persona. Por ese motivo, la licencia no es exclusiva ni transferible (párrafo 1 del Artículo II y párrafo 1 del Artículo III)⁴¹.

Cuando se trata de una licencia de reproducción, los ejemplares fabricados no se pueden exportar. En otras palabras, en un país podrían existir varios licenciataria autorizados a realizar copias de la misma obra, obligados a venderlas en el interior de ese país.

Una interpretación restrictiva de esa prohibición de exportación podría llevar a pensar que el licenciataria no puede hacer fabricar los ejemplares fuera de su país. Pero eso sería penalizar a los Estados que no disponen de infraestructura para impresión. Por ello es admisible la impresión fuera del territorio nacional. No obstante, se exigen algunos requisitos para que la impresión se pueda realizar fuera del territorio del Estado que concede la licencia.

⁴⁰ La autoridad competente puede ser administrativa, judicial o una instancia especial. A ese respecto, véase C. Colombet, obra mencionada, pág. 151.

⁴¹ No obstante, Desbois, Françon, y Kerever consideran que la cesión es posible con el acuerdo de la autoridad competente. Véase: *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, obra citada, N° 254, pág. 304.

En primer lugar, el Estado debe carecer de los medios de impresión o, si cuenta con ellos, esos medios deben ser insuficientes para poder asegurar la fabricación de los ejemplares, ya sea por motivos económicos o políticos. En segundo lugar, el país en el que se realizará la impresión debe ser miembro de la Unión de Berna. En tercer lugar, el establecimiento que realice la impresión en el extranjero no puede estar especializado en ese tipo de actividades y se debe comprometer a enviar los ejemplares impresos al Estado que los haya encargado, en un solo envío o en varios envíos agrupados. Por último, cada ejemplar incluirá una nota que advertirá que el ejemplar sólo circula en el país o en el territorio donde se aplica la licencia (párrafo 5 del Artículo IV).

En todo caso, los ejemplares fabricados bajo licencia no se pueden distribuir en el interior del país beneficiario salvo para su uso en los ámbitos escolar y universitario, por lo que sólo podrán adquirirlos los alumnos y estudiantes y sus profesores.

La licencia de traducción también prohíbe toda exportación, o sea, según el apartado b) del párrafo 4 del Artículo IV “el envío de ejemplares desde un territorio al país que, con respecto a ese territorio, haya hecho una declaración de acuerdo al Artículo I.5)”. Sin embargo, esa prohibición de exportación no es absoluta. En efecto, cuando un organismo gubernamental u otro organismo público conceden una licencia para la traducción en un idioma que no sea español, francés ni inglés, la exportación es posible a reserva de que los destinatarios sean nacionales del Estado que despacha los ejemplares fuera de su territorio, los ejemplares estén destinados a su distribución sin fines de lucro para su utilización en los ámbitos escolar o universitario, y el país destinatario de esos ejemplares haya concertado un acuerdo con el país cuya autoridad competente ha expedido la licencia para autorizar la recepción y la distribución, o ambas operaciones (párrafos 3 y 4 del Artículo IV)⁴².

La licencia obligatoria no es gratuita. En favor de los titulares del derecho de reproducción o de traducción esta licencia prevé “una remuneración equitativa y ajustada a la escala de cánones que normalmente se abonen en los casos de licencias libremente negociadas entre los interesados en los dos países de que se trate” (inciso i) del apartado a) del párrafo 6 del Artículo IV). Esto significa que el beneficiario está obligado a pagar al autor una suma fija o proporcional, con arreglo a las normas establecidas por la autoridad competente encargada de conceder la licencia. Esa remuneración ha de ser “equitativa”. Sin embargo, se debe precisar que la limitación del público que podría adquirir ejemplares de la obra influye inevitablemente en la suma pagadera al autor, en particular porque esa suma depende necesariamente del precio de venta, que debe ser inferior o igual al de las obras análogas distribuidas en el país beneficiario.

A pesar de estas numerosas circunstancias posibles, si existiera una reglamentación nacional en materia de divisas, la autoridad competente no escatimará esfuerzos para asegurar la transferencia de la remuneración en moneda internacionalmente convertible o en su equivalente, recurriendo, en su caso a mecanismos internacionales (inciso ii) del apartado a) del párrafo 6 del Artículo IV).

El respeto del derecho moral es otra de las exigencias de la licencia. Efectivamente, es preciso subrayar que este derecho se debe respetar en sus dos aspectos. En lo concerniente a la obra, el apartado b) del párrafo 6 del Artículo IV exige que se adopten medidas adecuadas en el marco de la legislación nacional para garantizar una traducción correcta de la obra o una

⁴² Este acuerdo se notificará al Director General de la OMPI.

reproducción exacta de la edición de que se trate, y asegurar la mención del título exacto de la obra en cada ejemplar⁴³. En relación con la autoría, el párrafo 3 del mismo artículo obliga al licenciatarario a indicar el nombre del autor en todos los ejemplares de la obra reproducida o traducida.

Por otra parte, una segunda limitación concierne al derecho de arrepentimiento o retirada del que se benefician los creadores literarios o artísticos en los textos de inspiración personalista: nunca se podrá conceder la licencia si el autor hubiere retirado de la circulación todos los ejemplares de su obra (párrafo 8 del Artículo II). Tampoco se podrá conceder la licencia de reproducción si el autor hubiese retirado de la circulación todos los ejemplares de la edición para la cual se había solicitado la licencia de reproducción y publicación (apartado d) del párrafo 4 del Artículo III). Cabría preguntarse qué ocurriría si el derecho de retirada y arrepentimiento se ejerciera con posterioridad a la concesión de la licencia. En principio la respuesta es sencilla: la concesión de una licencia no puede impedir que el titular ejerza su derecho. En consecuencia, no se puede descartar que algún día se retiren de la circulación en el territorio para el que se hubiere concedido esa licencia y fuera de él, los ejemplares fabricados bajo licencia y los fabricados con autorización del autor. Esta situación extrema podría presentarse si, intencionadamente, un autor quisiera impedir la competencia de un licenciatarario, sobre todo si la licencia se concedió porque las obras vendidas tenían un precio superior al de las obras análogas. No obstante, en realidad, ello no beneficiará al licenciatarario ni al autor. Además, en ese caso, el licenciatarario sería una de las personas a las que debería indemnizar el autor que ejerciera su derecho de arrepentimiento⁴⁴.

En determinadas circunstancias la licencia caduca. Algunas de esas circunstancias derivan de un acto voluntario del autor, mientras que otras son independientes de su voluntad.

En lo que concierne al acto voluntario del autor se pueden prever dos hipótesis. Es posible que el autor decida retirar de la circulación la obra reproducida o traducida bajo licencia en uno o varios países en desarrollo, pero, en particular, es posible que él mismo, personalmente o por medio de un tercero, ponga en circulación traducciones o ejemplares de esa obra destinados al público en general o a su utilización en los ámbitos escolar y universitario. En este último caso, si los ejemplares o las traducciones de la obra se venden a un precio comparable al que se cobra en el país por obras análogas, y si están en el mismo idioma y su contenido es esencialmente el mismo que el de las reproducciones o traducciones publicadas bajo licencia, el Anexo dispone que la licencia expirará automáticamente (párrafo 6 del Artículo II y párrafo 6 del Artículo III). Sin embargo, los ejemplares producidos antes de la expiración de la licencia se pueden comercializar hasta que se agoten. De ello se desprende que la vigencia de la licencia depende en cierta medida de la buena voluntad del titular de los derechos.

En lo que atañe a las circunstancias que no dependen de la voluntad del autor también se pueden plantear dos hipótesis. Por una parte, es preciso recordar que la licencia se concede únicamente en favor de los países en desarrollo, lo que implica una duración indefinida, más o menos prolongada: a partir del preciso momento en el que un país deje de ser considerado como país en desarrollo, cesará su derecho de acogerse a las disposiciones del Anexo del Acta

⁴³ Si se tratara de una traducción, el título original (o sea, no traducido) también deberá figurar en todos los ejemplares.

⁴⁴ En casi todas las legislaciones nacionales el ejercicio del derecho de arrepentimiento y retirada está sujeto a la indemnización previa de los derechohabientes del autor.

de París de 1971. Este caso de caducidad dimana del párrafo 3 del Artículo I y se aplica a todo Estado, independientemente de que haya retirado o no su declaración en virtud de la cual puede invocar el mecanismo del Anexo o de que haya renovado o no esa declaración cuyo plazo de expiración es de diez años.

Además, precisamente, la expiración de un período decenal deja automáticamente sin efecto las declaraciones efectuadas al principio o en el curso de ese período. En consecuencia, las licencias que se hubiesen concedido caducan⁴⁵.

Seguramente, el procedimiento presenta algunas ventajas. En efecto, se observará que para el licenciatario es más una cuestión de plazo que de certeza o incertidumbre respecto del resultado del procedimiento. Por eso, ante las quejas formuladas por algunos países en desarrollo respecto de la lentitud y las complicaciones del procedimiento, un autor responde que ‘para ser justos, habría (...) que decir que el sistema de licencias tal como se presenta en la actualidad no debería utilizarse jamás; el hecho de que exista este último recurso es un poderoso motivo para transigir amistosamente en interés de ambas partes’⁴⁶. En cambio, el sistema tiene el doble inconveniente de su complejidad y aleatoriedad. Es complejo debido a la multiplicidad de requisitos exigidos para la concesión de una licencia y a las etapas del procedimiento. Es aleatorio porque su resultado y supervivencia están en cierta forma subordinados a la buena voluntad de los titulares de los derechos. Sin duda por esos motivos los nacionales de países en desarrollo dudan en acogerse a este régimen especial, creado oficialmente para favorecerlos.

C. La Convención de Roma

Muy pocos acontecimientos específicos se pueden asociar a la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Por lo menos dos son los motivos que explican esa circunstancia. Por una parte, las disposiciones del Artículo 15 de esa Convención, en el que se establecen las excepciones, se deben armonizar con el Acuerdo sobre los ADPIC y el WPPT, de lo contrario su examen no sería completo. Por otra parte, los estudios anteriores, entre ellos el de Ricketson⁴⁷, han contribuido apropiadamente a aclarar el contenido del artículo 15. Se analizarán sólo tres elementos principales. Primeramente, esta disposición plantea que las excepciones en ella previstas son facultativas para los Estados signatarios. A continuación, se ha de observar que incluye una enumeración positiva de las excepciones. A ese respecto, la disposición aborda las necesidades de la enseñanza en el apartado d) del párrafo 1. Por último, cabe mencionar la facultad que otorga el párrafo 2 a las legislaciones nacionales. Según ese párrafo, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, los Estados pueden establecer limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas con respecto al derecho de autor⁴⁸.

⁴⁵ Los países en desarrollo que no dejen de ser considerados como tales al expirar el período decenal tienen la posibilidad de renovar su declaración por otro período decenal.

⁴⁶ El sistema de licencias previsto en el Anexo representa una medida verdaderamente conminatoria que puede obligar a los titulares de derechos sobre obras protegidas en los países en desarrollo a entablar negociaciones. Véase D. Ladd, obra citada.

⁴⁷ S. Ricketson, estudio mencionado, págs. 48 y sucesivas.

⁴⁸ La única restricción concierne a las licencias obligatorias, que no se podrán conceder “sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención”.

D. El Acuerdo sobre los ADPIC

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio reitera la protección de las obras literarias y artísticas a las que se aplica el Convenio de Berna. Además, amplía la protección a categorías nuevas tales como los programas de ordenador⁴⁹ y las compilaciones de datos. Con respecto a las excepciones y limitaciones, es preciso diferenciarlas según el Acuerdo sobre los ADPIC se relacione con el Convenio de Berna o con la Convención de Roma.

1. El Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de Berna

En cuanto a las relaciones del Acuerdo sobre los ADPIC con el Convenio de Berna es preciso señalar, ante todo, que el procedimiento utilizado por el Acuerdo sobre los ADPIC consistió en retomar la sustancia del Convenio de Berna mediante una referencia a los Artículos 1 a 21 de ese instrumento anterior, con exclusión del Artículo *6bis* relativo al derecho moral⁵⁰, y agregar algunas soluciones nuevas. A pesar del criterio adoptado, algunas disposiciones sugieren que ese Acuerdo puede servir de base para introducir en las legislaciones nacionales una restricción en beneficio de la enseñanza.

En el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, relativo al tratamiento de los nacionales, figura una primera alusión a las excepciones. Con arreglo a esa disposición, “cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, ... el Convenio de Berna (1971)...”. Se interpretó que con arreglo a esta disposición ‘los Miembros pueden aplicar las excepciones previstas en el Convenio de Berna, al menos en lo que concierne a los extranjeros que solicitan una protección en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC’⁵¹. Además, el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC estipula que “los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”. Esta disposición significa, sin duda, que al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC es preciso equilibrar los intereses de los titulares de derechos con otros intereses públicos divergentes, entre ellos las necesidades de la enseñanza⁵².

⁴⁹ Se ha de precisar que la protección de los programas de ordenador en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC se establece con referencia al Convenio de Berna, por cuanto el Acuerdo dispone, en su artículo 10, que esos programas serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna.

⁵⁰ Esta repetición se menciona en el artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC en los términos siguientes: “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo *6bis* de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”.

⁵¹ S. Ricketson, estudio mencionado, pág. 51.

⁵² S. Ricketson, estudio mencionado, pág. 53.

Por último, en su artículo 13, el Acuerdo condiciona toda excepción o limitación a la prueba del criterio triple prevista en el Convenio de Berna, por medio de una versión ligeramente modificada del párrafo 2 del Artículo 9 de ese Convenio, en los términos siguientes: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. La interpretación de este artículo se debe diferenciar de la del párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna. En efecto, este párrafo abarca sólo el derecho de reproducción mientras que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC abarca los “derechos exclusivos” en su conjunto. La pregunta que por lógica se plantea es si el artículo 13 permite establecer excepciones o limitaciones a todos los derechos exclusivos previstos por el Convenio de Berna, incluido el derecho de reproducción, y los previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular el derecho de arrendamiento.

El Grupo Especial de la OMC que examinó la excepción para ‘la utilización privada’ y el uso de tipo comercial con arreglo al artículo 110(5) de la ley derecho de autor de los Estados Unidos de 1976⁵³ respondió afirmativamente a esa pregunta. También Gaubiac considera que ‘la excepción prevista por el Acuerdo sobre los ADPIC abarca todos los derechos consagrados por el Convenio de Berna y retomados por ese Acuerdo, así como los derechos especialmente establecidos por este último instrumento’⁵⁴. Sin embargo, si se considerase el Acuerdo sobre los ADPIC como un Arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna, tal interpretación sería cuestionable. Efectivamente, a tenor de esa disposición, los países de la Unión pueden concertar arreglos particulares entre sí, siempre que esos arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los acordados por el Convenio de Berna, o que incluyan otras disposiciones que no sean contrarias a ese Convenio. En consecuencia, como lo ha señalado P. Goldstein, no se puede considerar que el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC faculte a las Partes a imponer limitaciones a derechos que no sean el derecho de reproducción y, por consiguiente, no se puede invocar ese artículo para justificar la derogación de un derecho mínimo establecido por el Convenio de Berna⁵⁵. Se puede deducir que los legisladores nacionales deseosos de crear excepciones a los derechos protegidos por el Convenio de Berna (con excepción del derecho de reproducción) no se deberán basar en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, sino más bien en el propio Convenio de Berna. Si este instrumento no permite justificar esas excepciones, se deberán abstener de crearlas. Con respecto a las cuestiones relativas a la enseñanza, los Estados miembros en el Acuerdo sobre los ADPIC se remitirán al marco que ofrece el Artículo 10 del Convenio de Berna examinado anteriormente y al Anexo, reflejado asimismo en el artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, por cuanto la excepción concierne a un derecho previsto en el Convenio de Berna. En cambio, si el Estado miembro desea crear en beneficio de la enseñanza una excepción relativa al derecho de arrendamiento de obras cinematográficas y de programas de ordenador con arreglo a lo previsto en el artículo 11 del Acuerdo sobre los ADPIC, el acto del legislador se fundamentará en ese Acuerdo, que es el

⁵³ Informe de 15 de junio de 2000, WT/DS/160/R, pág.33, citado por S. Ricketson, obra citada, pág. 52.

⁵⁴ Y. Gaubiac, *De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne*, acta del coloquio celebrado en Lyon el 18 de noviembre de 1994 sobre el derecho de autor y la Convención de Marrakech, Les petites affiches, 11 de enero de 1995, pág.11.

⁵⁵ P. Goldstein, *International Copyright: Principles, law and practice*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 2001, págs.295 y siguientes, citado por S. Ricketson, obra citada, pág.52.

instrumento que ha establecido ese derecho. Para poner en práctica esa excepción, el legislador nacional se asegurará de que la excepción satisfaga el criterio triple previsto en el artículo 13 (dado que el artículo 11 no prescribe ninguna excepción en beneficio de la enseñanza, como el artículo 10 del Convenio de Berna)⁵⁶.

2. El Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención de Roma

Las relaciones entre la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC presentan cierta complejidad. En efecto, en lo que respecta a la cuestión de las excepciones y limitaciones, debemos remitirnos a tres de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. La primera es el párrafo 2 del artículo 2, a tenor del cual los Miembros deben respetar las obligaciones que pudieran tener entre sí en virtud de diversos instrumentos internacionales anteriores, entre ellos la Convención de Roma. La segunda es el párrafo 1 del artículo 3, dedicado a la norma que rige el trato de los nacionales. La tercera es el párrafo 6 del artículo 14, con arreglo al cual “en relación con los derechos conferidos por los párrafos 1, 2 y 3, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma”.

Combinar el conjunto de esas disposiciones parece tarea difícil. Sin embargo, sólo su examen simultáneo permitirá formarse una opinión respecto de la utilización del Acuerdo sobre los ADPIC como fuente obligatoria en la labor de los legisladores nacionales relativa a la creación de excepciones y limitaciones a los derechos conexos. En efecto, el párrafo 2 del artículo 2 incluye una norma general cuyo objeto es obligar a los Miembros a respetar las disposiciones de la Convención de Roma. El párrafo 1 del artículo 3 proporciona precisiones en lo concerniente al trato de los nacionales. En el contexto de los ADPIC, el trato de los nacionales previsto en el Acuerdo no se aplica a los derechos establecidos en la Convención de Roma sino, únicamente a los derechos enunciados en los párrafos 1 a 5 del artículo 14 de ese Acuerdo⁵⁷. Por último, el párrafo 6 del artículo 14, que sigue a la enumeración de derechos protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC, estipula claramente que se pueden establecer excepciones sólo en la medida permitida por la Convención de Roma. En definitiva, contrariamente a lo que sostiene Ricketson⁵⁸, sobre esta última disposición se basan las facultades de los legisladores nacionales que desean fundamentar en el Acuerdo sobre los ADPIC la creación de una excepción o limitación⁵⁹.

E. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

En el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) se recogen formulaciones que sugieren que ese instrumento no tiene, en absoluto, la finalidad de derogar las excepciones admitidas en el régimen del Convenio de Berna. Efectivamente, se menciona que las Partes Contratantes reconocen “la necesidad de mantener un equilibrio entre los

⁵⁶ Se ha de señalar también que para cumplir lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, la excepción no podrá exceder los límites previstos en el Convenio de Berna.

⁵⁷ Según el párrafo 1 del artículo 3, “(...) En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo (...)”.

⁵⁸ S. Ricketson, estudio citado, pág.54

⁵⁹ A ese respecto, véase J. Sullivan, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales*, obra citada, pàgs. 23 y sucesivas.

derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”. Así se manifiesta claramente la orientación respecto de la tolerancia resultante de la aplicación de este nuevo instrumento internacional, en particular en lo concerniente a las excepciones en beneficio de la enseñanza establecidas o que se pudieran establecer en virtud de leyes nacionales, de conformidad con el régimen del Convenio de Berna. Esa tolerancia se refleja en el párrafo 1 del Artículo 1, que precisa el carácter jurídico del WCT: es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna. Por lo tanto, ninguna de sus disposiciones supone la derogación de las obligaciones de las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna. Además, el WCT no deberá servir de base para poner en entredicho ninguna excepción establecida compatible con ese Convenio.

Seguidamente, la mencionada tolerancia se manifiesta por una obligación semejante a la que figura en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, a tenor del cual los Miembros observarán los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y su Anexo, incluido el Artículo 6bis relativo al derecho moral. Aparentemente, esta disposición implica que si una excepción en beneficio de la enseñanza es compatible con el párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna o con su Anexo lo será también con el WCT. Si una de las Partes Contratantes del WCT no es signataria del Convenio de Berna, la excepción en beneficio de la enseñanza sólo tendrá validez si es compatible con el párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna. En tal caso, la Parte Contratante del WCT que no sea signataria de la Unión de Berna no puede invocar el régimen de licencia previsto en el Anexo antes mencionado, por cuanto éste emana de una notificación depositada en el momento del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión al Convenio de Berna, o con posterioridad⁶⁰.

La exigencia de conformidad de la excepción con el Convenio de Berna es crucial por cuanto el derecho protegido concierne a ese instrumento. En esa situación se comprueba que el WCT no puede, por sí sólo, proporcionar la autonomía necesaria para justificar la excepción. Además, los trabajos preparatorios del WCT revelan que ‘la intención no consiste en modificar el *statu quo* establecido por el Convenio de Berna’. Esta idea se reafirma en el segundo párrafo de la Declaración concertada relativa al Artículo 10. Su formulación es la siguiente: “También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.

Por último, la tolerancia reflejada en el preámbulo del WCT se manifiesta también en el párrafo 1 de la Declaración concertada relativa al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor concerniente al Artículo 10. Según ese párrafo, “queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”. En otras palabras, si bien queda claro que el objetivo del WCT no consiste en modificar el *statu quo* establecido por el Convenio de Berna, también es cierto que la consideración del entorno digital supone una adaptación a ese entorno. En lo relativo a las excepciones y limitaciones, esto se debía traducir, necesariamente, en la creación de nuevas excepciones o limitaciones mediante la adaptación de las existentes a las nuevas posibilidades de explotación o utilización de los objetos protegidos. De esa forma, las reproducciones temporales se incorporaron en muchas

⁶⁰ Párrafo 1 del Artículo I del Anexo del Convenio de Berna.

legislaciones nacionales (el Camerún, el Senegal y otros). No obstante, se debe precisar la fuente y el alcance de las facultades de los legisladores nacionales: las adaptaciones derivadas de la evolución técnica que afectan a la explotación de derechos protegidos en virtud del Convenio de Berna, deberán servir de referencia para establecer excepciones y limitaciones relativas a esos derechos.

Sin embargo, el razonamiento sería diferente si el derecho en cuestión fuera uno de los previstos en el WCT. Tal es el caso, en particular, del derecho de distribución consagrado en el Artículo 6, el derecho de alquiler establecido en el Artículo 7 y el derecho de comunicación al público reconocido en el Artículo 8, que son atribuciones propias del WCT⁶¹. A ese respecto es aplicable la norma de la prueba triple dimanante del párrafo 1 del Artículo 10 del WCT. En consecuencia, en lo concerniente a esos derechos la creación de una excepción en beneficio de la enseñanza no será posible sino de conformidad con el WCT, con exclusión del Convenio de Berna que no los reconoce.

F. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) aborda la cuestión relativa a las excepciones y limitaciones de forma análoga al WCT. Sin embargo, prevé un régimen diferente. En efecto, al igual que el WCT, el WPPT reconoce en su preámbulo “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”. Ese reconocimiento se puede interpretar como un signo palpable de la identidad filosófica común de los dos tratados.

Más adelante, en relación con la Convención de Roma, el WPPT establece, como lo hace el WCT, que ninguna de sus disposiciones “irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961”.

Por último, más expresamente, en el Artículo 16 se establece que:

- “1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.
- 2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

Conviene señalar que esas disposiciones se deben leer teniendo presentes las Declaraciones concertadas y los textos pertinentes, y que están tomadas de las Declaraciones

⁶¹ Este último derecho no es nuevo. Incluye, inevitablemente, los derechos previstos en el párrafo 1 del Artículo 11*bis* del Convenio de Berna.

concertadas que acompañan a algunas disposiciones del WCT. Se trata, en particular de la que determina la adaptabilidad de los derechos dimanantes del Convenio de Berna y de la Convención de Roma al entorno digital, así como del propio WPPT, y de la que precisa los límites establecidos por el WPPT a las legislaciones nacionales en lo concerniente a las excepciones y limitaciones.

Para aprovechar los beneficios de estas disposiciones se puede, ante todo, coincidir con la conclusión de Ricketson, según la cual, en virtud del mencionado párrafo 1 del Artículo 16, las excepciones y limitaciones incorporadas en las legislaciones nacionales relativas a los derechos de autor se pueden trasladar, *mutatis mutandis*, a los derechos conexos. En otras palabras, si una ley nacional prevé una excepción a un derecho relativo a las obras literarias o artísticas, también puede prever una excepción similar al mismo derecho en relación con un objeto protegido en virtud de derechos conexos. Esto significa, en resumen, que en lo que respecta al párrafo 1 del Artículo 16, las limitaciones a los derechos de autor constituyen la base y la medida de referencia de las limitaciones a los derechos conexos. Esta deducción lógica adoptada por el WPPT atañe a los instrumentos relacionados con los derechos de autor (Convenio de Berna, Acuerdo sobre los ADPIC y WCT), dado que la excepción prevista en la legislación nacional respecto de esos derechos de autor deberá ser compatible con alguno de esos instrumentos.

Sin embargo, el párrafo 1 del Artículo 16 señala claramente que el establecimiento de las excepciones relativas a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas inspiradas en las excepciones previstas en el contexto de los derechos protegidos en beneficios de los autores, es sólo una facultad, y no una obligación.

Por consiguiente, se podría pensar que si un Estado es signatario de la Convención de Roma y del WPPT será preciso interpretar el Artículo 16 de este último instrumento a la luz del Artículo 15 del primero. Siguiendo ese razonamiento, a primera vista se podría pensar que la facultad acordada a las Partes Contratantes del WPPT es más importante que la otorgada por la Convención de Roma. Semejante apreciación sería errónea. Si bien en el párrafo 1 del Artículo 15 de la Convención de Roma se enumeran las diferentes excepciones que se pueden incluir en el derecho nacional, ello refleja una voluntad de precisar, más que de crear situaciones específicas no incluidas en el párrafo 2. Efectivamente, dado que las excepciones a los derechos protegidos en beneficio de los autores que figuran en el párrafo 1 están previstas en casi todos los países, podrían haber sido automáticas en aplicación del párrafo 2, aun cuando la enumeración del Artículo 1 no existiera.

En lo que atañe específicamente a la excepción en beneficio de la enseñanza, teniendo en cuenta que en virtud del párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna se podría establecer una excepción de ese tipo, también se la podría crear mediante el simple recurso al párrafo 2 del Artículo 16 del WPPT, aunque el párrafo 1 no existiera. Además, como se ha señalado anteriormente, la prueba del criterio triple influye en el conjunto de las excepciones, incluso en las que están previstas por disposiciones específicas. En consecuencia, no es creíble que por influencia del WPPT un régimen pueda ser más o menos favorable para un país signatario, dado que ese instrumento, al igual que el WCT, no se orienta en absoluto a modificar el *statu quo* en lo concerniente a excepciones y limitaciones.

De las consideraciones precedentes se desprende que si un Estado signatario de la Convención de Roma lo es también del WPPT, las excepciones que hubiere creado en virtud del primero de esos instrumentos, inspiradas en las establecidas en materia de derecho de autor y de conformidad con los instrumentos internacionales relativos a la protección de las

obras literarias o artísticas pueden, en caso necesario, adaptarse al entorno digital con arreglo al criterio triple aplicado por el WPPT a los derechos conexos. Eso significa que con respecto a una excepción cuya adaptación no es necesaria, en principio, se mantendrá el *statu quo*.

Si una Parte Contratante del WPPT no es signataria de la Convención de Roma, el WPPT bastará por sí solo para fundamentar la creación de una excepción o limitación; este tratado ha adoptado y modernizado el mecanismo de la Convención de Roma pero no remite a las disposiciones de ningún otro tratado. Según este enfoque, la restricción incorporada en la legislación nacional simplemente deberá ser compatible con el criterio triple previsto en el párrafo 2 del Artículo 16.

IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN ÁFRICA

El análisis de las excepciones y limitaciones en favor de la enseñanza presupone el examen de algunas cuestiones complementarias. La primera consiste en saber si la restricción concierne al derecho de autor, a los derechos conexos, o a ambos. La segunda consiste en determinar si la restricción es una verdadera excepción o si se trata sólo de una licencia. Las demás, muy diversas, despiertan el interés por los tipos de enseñanza a los que conciernen, los objetos protegidos examinados, los derechos que abarcan, los actos autorizados, las actividades que cubren, los beneficiarios de las restricciones y las condiciones que rigen esas restricciones. No obstante, la evolución de la tecnología plantea una doble cuestión adicional: la concerniente a las repercusiones del entorno digital y de las medidas técnicas de protección sobre el beneficio de las restricciones.

A. Alcance jurídico de la excepción o de la limitación

La cuestión concerniente al alcance jurídico de las excepciones y limitaciones en favor de la enseñanza en África permite verificar si éstas se establecen exclusivamente en relación con los derechos de autor o si se aplican también a los derechos conexos. A ese respecto, es preciso distinguir dos categorías de legislaciones nacionales.

La primera categoría prevé excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza relacionadas sólo con el derecho de autor, mientras que la segunda abarca simultáneamente el derecho de autor y los derechos conexos.

En la primera categoría se incluyen, en particular, las legislaciones nacionales de Angola, Cabo Verde, Chad, Côte d'Ivoire, Kenya, Madagascar, Malí, Namibia, Níger, Nigeria, República Centroafricana, Seychelles, Sudáfrica, Swazilandia y Zambia.

En la segunda categoría figuran el Anexo VII del Acuerdo de Bangui, Benin, Botswana, Burkina Faso, Camerún, Congo, Ghana, Malawi, Mauricio, Mozambique, República Democrática del Congo, República Unida de Tanzania, Togo y Zimbabwe⁶². No es fácil

⁶² No obstante, se debe precisar que es imposible delimitar las dos categorías de la misma manera en todos los países. La protección no siempre se extiende expresamente a los derechos conexos. Algunos países del *copyright* conceden las prerrogativas del derecho de autor a ciertos objetos, entre ellos los fonogramas, mientras que en los países que han adoptado un enfoque personalista sólo están protegidos por derechos conexos.

entender el motivo por el que aparecen estas diferencias en las legislaciones nacionales. Ciertamente, en algunas leyes que no prevén restricciones en beneficio de la enseñanza relacionadas con los derechos conexos aún no se ha incorporado la protección de esos derechos. En otras, en cambio, ya se ha incorporado esa protección pero, se ha optado por evitar las restricciones al derecho de autor.

Por lo tanto, cabría preguntarse en un país cuya legislación prevé una restricción en beneficio de la enseñanza relacionada con el derecho de autor y no con los derechos conexos, un titular de ese derecho puede invocar su derecho exclusivo para oponerse a la utilización así autorizada.

Tres elementos pueden facilitar la respuesta a esa pregunta. Ante todo, es posible considerar que lo que se autoriza para los autores se debería autorizar también para los titulares de derechos conexos, dado que los derechos de estos últimos se definen como derivados de los primeros. Por otra parte, los textos relativos a los derechos conexos afirman que la protección que otorgan deja intacta la protección acordada a los autores de obras literarias o artísticas.

Se puede afirmar que, aun cuando la legislación nacional no lo prevea, la utilización autorizada de un objeto protegido por derecho de autor pero no por derechos conexos podría estar cubierta por el apartado d) del párrafo 1 del Artículo 15 de la Convención de Roma, si el Estado en cuestión es una de sus Partes Contratantes. Si no lo fuera, pero fuera signatario del WPPT, se debería poder recurrir a este tratado para fundamentar la restricción.

Por último, se puede considerar que la omisión de los legisladores respecto de la creación de restricciones a los derechos conexos se justifica por el carácter de las obras que se podrían utilizar en el ámbito de la enseñanza. Con mucha frecuencia se trata de obras literarias en relación con las cuales no interviene ningún titular de derechos conexos.

Ninguno de estos argumentos es completamente satisfactorio. En lo que respecta al primero, es evidente que un razonamiento no puede ser suficiente, teniendo en cuenta la autonomía que tiende a caracterizar los dos componentes de la propiedad literaria y artística. Con respecto al segundo, se comprobará que el recurso a los dos instrumentos internacionales no basta para llenar los vacíos de una legislación nacional. En efecto, la reglamentación de las excepciones y limitaciones previstas en esos textos es sólo una facultad, y no una obligación, pero, además, dicha reglamentación se delega en los legisladores nacionales.

En lo que respecta a la tercera, las obras literarias son las más frecuentes en el ámbito de la enseñanza. Sin embargo, no son las únicas. En ese ámbito también se utilizan algunas obras cuyos derechos conexos se extienden a diversos beneficiarios. Tal es el caso, por ejemplo, de las obras audiovisuales, las obras musicales y las obras de arte.

No obstante, es conveniente desdramatizar la cuestión. Efectivamente, pareciera que el silencio que guardan las legislaciones nacionales en lo concerniente a las excepciones y limitaciones a los derechos conexos, aunque sí las establecen para los derechos de autor, se explica más por una cierta negligencia que por la exclusión de las restricciones de esa esfera. Con frecuencia, cuando los titulares de derechos conexos reclaman la protección de esos derechos lo hacen menos para oponerse a cualquier utilización de los objetos protegidos que para ser considerados entre los beneficiarios de diversas remuneraciones. Por consiguiente, esos titulares de derechos conexos no deberían obstaculizar la aplicación de una excepción prevista en relación con el derecho de autor. En cambio, cuando la restricción, aunque sólo

esté prevista para los derechos de autor, se puede reflejar en una licencia, esos titulares tienen sumo interés en participar en la distribución de la remuneración equitativa percibida.

B. El carácter jurídico de la restricción

Las legislaciones nacionales africanas presentan dos categorías de restricciones en beneficio de la enseñanza. Algunas prevén verdaderas excepciones a los derechos de autor y, en su caso, a los derechos conexos (1). Otras señalan el perjuicio que puede ocasionar la utilización del objeto protegido en el ámbito de la enseñanza para acompañar las excepciones de uno o varios regímenes de licencia (2).

1. Excepción

La mayor parte de las leyes nacionales que prevén restricciones a la protección de los derechos de autor y, en su caso, de los derechos conexos, optan por el sistema de la excepción. Los títulos de los artículos pertinentes y las fórmulas utilizadas no dejan lugar a duda respecto de esa elección. Por ejemplo, el artículo 12.4 de la ley de Sudáfrica se titula ‘Excepciones generales a la protección (...)’ y su formulación es la siguiente: ‘La utilización de una obra literaria o musical en la medida justificada por la finalidad de ilustrar la enseñanza en cualquier publicación, emisión o grabación sonora o visual no constituirá una infracción del derecho de autor (...)’. Con igual criterio, la ley de Botswana incluye una parte titulada ‘excepciones al derecho exclusivo respecto del derecho de autor’, cuya introducción reza: ‘Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 7, las actividades que a continuación se mencionan relativas a una obra se podrán realizar sin autorización del autor o de otros titulares del derecho de autor (...)’.

El carácter jurídico de la restricción se desprende de la ley, incluso cuando en ella no se utilice expresamente el término *excepción*. En efecto, en algunas leyes nacionales se aprecia una perífrasis que alude a una serie de restricciones, incluidas las previstas en beneficio de la enseñanza. Tal es el caso, especialmente, de las leyes inspiradas en el derecho francés. Se trata, en particular, de leyes de Benin, Burkina Faso, el Camerún, Chad, la República Centroafricana y Togo, cuyos artículos dedicados a la serie principal de excepciones se inician con la formulación siguiente: ‘una vez que la obra se ha puesto lícitamente a disposición del público el autor no puede prohibir (...)’; o con una formulación equivalente que en la práctica significa lo mismo: ‘una vez que la obra se ha publicado con la autorización del autor, éste no puede prohibir (...)’.

Incluso algunos textos de inspiración anglosajona introducen las excepciones por medio de perífrasis. Entre ellos las leyes de Kenya y Mauricio. En la ley de Kenya, el párrafo 1 del artículo 26 que establece los derechos patrimoniales concluye con la formulación siguiente: ‘aunque el derecho de autor sobre cualquier (...) obra ni incluirá el derecho de controlar (...)’.

Lo mismo ocurre con las leyes de inspiración portuguesa, como son las de Angola y Cabo Verde. En la ley del primero de esos países, el capítulo VI, cuyas disposiciones se refieren a las excepciones, se titula ‘límites y excepciones al derecho de autor’. En ese capítulo, el artículo 29, dedicado a la utilización a los fines de la enseñanza se titula ‘utilizaciones lícitas sin autorización’, y la perífrasis que permite comprender que se trata de una excepción reza: ‘están permitidas, independientemente de toda autorización del autor y sin que exista derecho alguno a ninguna remuneración, las siguientes modalidades de utilización de las obras (...)’. En la ley de Cabo Verde se utiliza una perífrasis idéntica, si bien

el título ‘utilizaciones’, que encabeza el artículo 48 dedicado a esta cuestión no alude en absoluto a una restricción de los derechos protegidos.

En otras legislaciones nacionales se emplea el término ‘limitaciones’ o ‘limitados’. Sin embargo, la lectura revela que se hubiese podido utilizar igualmente el término ‘excepción’ sin traicionar la intención del legislador. Ello ocurre en la ley del Congo, cuyo artículo 33 titulado ‘limitaciones generales’ se refiere, de hecho, a numerosas excepciones, incluida una en beneficio de la enseñanza. Lo mismo ocurre en la mencionada ley de Angola y en las leyes de los países que aplican el Anexo VII del Acuerdo de Bangui, así como en las leyes de Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire y Madagascar.

En una última categoría de leyes nacionales, las disposiciones que establecen las restricciones a los derechos protegidos llevan títulos tales como ‘utilizaciones libres’, ‘uso permitido de obras protegidas por derecho de autor’ o ‘actividades no regidas por el derecho de autor’. Es el caso de las leyes de Ghana, Nigeria y Seychelles. De la lectura de esas restricciones se desprende que la intención de los legisladores era establecer excepciones a los derechos protegidos.

Además, en los países que protegen los derechos conexos, las excepciones previstas a esos derechos recurren a fórmulas en general idénticas a las utilizadas para los derechos de autor (véase, por ejemplo, el capítulo XII de la ley de Benin, titulada ‘utilizaciones libres’ y el artículo 30 de la ley de Mauricio titulado ‘limitaciones de la protección’).

La ley del Senegal emplea una formulación que merece particular atención. Se limita a trasladar a los derechos conexos las excepciones previstas para el derecho de autor. En el artículo 89 estipula que ‘las excepciones al derecho de autor (...) se aplican, *mutatis mutandis*, a los derechos conexos’. El mismo procedimiento han utilizado los legisladores de Rwanda, la República Unida de Tanzania y Zimbabwe. En este último el legislador se ha limitado a recordar que todas las actividades autorizadas en virtud de las disposiciones relativas al derecho de autor se aplican también a los derechos conexos, mientras que en los otros dos, antes de recordar esa analogía, los legisladores enumeran algunas actividades concretas relativas a la excepción a los derechos conexos en beneficio de la enseñanza.

Ahora bien, en general, los diferentes términos utilizados en las leyes no influyen en la práctica. Lo que interesa con mayor frecuencia es el objetivo perseguido por el órgano legislativo.

La elección del mecanismo de la excepción tiene consecuencias importantes para los titulares de los derechos. Ello supone, en principio, que éstos no recibirán remuneración alguna por la utilización de sus obras. Como se ha visto anteriormente, esa opción prevista en los instrumentos internacionales podría estar muy justificada en el contexto africano. En efecto, las poblaciones están generalmente empobrecidas, por lo que el pago sistemático de derechos de autor por parte del Estado, propietario de la mayoría de los establecimientos de enseñanza, podría entrañar costos difíciles de afrontar. Aun cuando el establecimiento fuera privado e impusiera tasas de matriculación escolar, el pago de los derechos de autor no es necesariamente conveniente por cuanto podría ocasionar un encarecimiento de la escolarización.

En ocasiones, a pesar de la existencia de un régimen de excepciones, se adoptan medidas orientadas al pago de una remuneración por parte de las instituciones de enseñanza. Ello ocurre en el Camerún. En efecto, el artículo 29 de la ley establece que:

‘Cuando la obra se ha publicado con la autorización del autor, éste no puede prohibir:

(...)

b) las representaciones gratuitas que se realicen a los fines de la enseñanza escolar o durante un servicio religioso en los recintos afectados a esos usos;

(...)

e) la utilización de obras literarias o artísticas destinadas a la ilustración de la enseñanza a través de la publicación, la emisión televisiva o las grabaciones sonoras o visuales, a reserva de que esa utilización no sea abusiva y esté desprovista de todo carácter lucrativo’.

Estas disposiciones no dejan lugar a duda sobre la gratuidad de las utilidades de las obras intelectuales en el ámbito de la enseñanza. Sin embargo, el Ministro de Cultura del Camerún ha firmado dos decisiones en virtud de las cuales se fijan regalías pagaderas por derecho de autor. El artículo I de la primera decisión⁶³ dispone que ‘la suma de las regalías anuales pagaderas por concepto de derecho de autor y derechos conexos por parte de las instituciones de enseñanza preescolar, primaria y secundaria se fija según el detalle siguiente:

- instituciones preescolares y escuelas primarias: cien (100) francos CFA por alumno y por año;
- escuelas secundarias: doscientos (200) francos CFA por alumno y por año’

La segunda decisión⁶⁴ establece en su artículo I que ‘la suma de las regalías anuales pagaderas por concepto de derecho de autor y derechos conexos por parte de los centros de capacitación y las instituciones universitarias privadas se fija en quinientos (500) francos CFA por estudiante y por año’

En cuanto a las siete universidades estatales que existen actualmente en el Camerún, ningún texto legislativo hace referencia a ellas. A pesar del silencio de la administración, la sociedad de gestión colectiva de los derechos de los autores de obras literarias y de arte dramático ha enviado cartas a los Rectores de las Universidades Estatales para solicitarles el pago de regalías por derecho de autor, fijadas en mil (1.000) francos CFA por estudiante. Se debe destacar un hecho significativo: esas cartas se trasladaron al Ministerio de Enseñanza Superior, que sugirió a los Rectores que respondieran a la solicitud con una ‘opinión favorable’

En relación con esas decisiones es preciso hacer algunas observaciones. Ante todo, la que concierne a las instituciones de enseñanza preescolar, primaria y secundaria no identifica al deudor de las regalías cuando la institución de enseñanza que utiliza las obras es un establecimiento público. Por consiguiente, habría que determinar si esa remuneración será sufragada con cargo al presupuesto del establecimiento, por el Estado, o directamente por las familias de los alumnos. Esta última posibilidad es la más probable. Efectivamente, en el

⁶³ Véase la decisión N° 004/073/MINCULT/CAB de 5 de agosto de 2004 por la que se fija la suma de las regalías anuales pagaderas en concepto de derecho de autor y derechos conexos por parte de las instituciones de enseñanza preescolar, primaria y secundaria, en *Textes usuels de droit d’auteur et droits voisins applicables au Cameroun*, PUA, 2006, pág.284.

⁶⁴ Véase la decisión N° 004/074/MINCULT/CAB de 5 de agosto de 2004 por la que se fija la suma de las regalías anuales pagaderas en concepto de derecho de autor y derechos conexos por parte de los centros de capacitación y las instituciones universitarias privadas, en *Textes usuels*, obra citada, pág. 285.

Camerún la enseñanza primaria pública es gratuita; los alumnos no pagan ninguna tasa a sus escuelas que, por lo tanto, no disponen de presupuesto alguno para su funcionamiento. Cada centro recibe simplemente un suministro de material didáctico llamado ‘paquete básico’. Para los establecimientos de enseñanza secundaria estatales los gastos de escolaridad que pagan los alumnos son relativamente moderados y no permiten sufragar la suma de quinientos (500) francos CFA exigidos en virtud de la decisión. En lo que concierne a los establecimientos privados de enseñanza primaria y secundaria, se exige una suma relativamente importante por concepto de derecho de matrícula. Esa suma varía de un establecimiento a otro, pero en las escuelas privadas religiosas es generalmente moderada. Consiguientemente, no se las puede clasificar, como aquellas en las que esa suma es importante, entre los establecimientos privados con fines de lucro. Por lo tanto, se las puede considerar de la misma manera que a las escuelas estatales o pertenecientes a una entidad territorial descentralizada.

La decisión relativa a los centros de capacitación y a las universidades privadas se justifica, sin duda, por el hecho de que esos centros de capacitación superior son verdaderas empresas comerciales. En efecto, en lo que concierne a las universidades privadas que ofrecen capacitación a nivel de Técnico Superior Diplomado y títulos profesionales, así como otros diplomas profesionales, a veces en asociación con universidades públicas nacionales o universidades públicas o privadas extranjeras, las tasas de matrícula suelen ser elevadas, de modo que se las puede considerar fácilmente como instituciones creadas con fines de lucro. Por lo tanto, es comprensible que se les pueda exigir el pago de regalías. En lo que atañe a los centros de capacitación cabría aplicar el mismo razonamiento. Además, es preciso añadir que en la mayoría de los casos estos centros imparten capacitación para adultos. Se trata, en particular, de escuelas de idiomas y otros centros privados que ofrecen capacitación en diversas áreas. En estos casos, teniendo en cuenta que el objetivo perseguido por los promotores es el beneficio económico, es comprensible que se les pueda exigir el pago de regalías.

No obstante, cabría preguntarse si no sería preciso modificar previamente la legislación. Dos elementos, al menos, permiten responder a esa pregunta.

El primer elemento deriva de la norma que rige la interpretación de las excepciones. Según la doctrina y la jurisprudencia basadas en un enfoque personalista, las excepciones requieren una interpretación estricta⁶⁵. En consecuencia, su alcance no se debe extender a los ámbitos de la enseñanza no previstos en los instrumentos internacionales que autorizan las restricciones a los fines de la educación.

El segundo elemento se puede desprender de la norma del criterio triple examinada anteriormente. Según esa norma, no se establecerá ni se mantendrá ninguna excepción o limitación a un derecho protegido si esa excepción o limitación pudiera causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del autor o atentar contra la explotación normal de la obra. En cuanto a la utilización de la obra en los establecimientos de enseñanza con fines de lucro, la existencia de beneficios económicos para los promotores permite considerar apropiadamente que esa circunstancia hace injustificable el perjuicio ocasionado a los titulares de los derechos y, por lo tanto, fundamentar su participación en esos beneficios.

⁶⁵ El enfoque sería diferente en los países del *copyright* en los que ‘se hace hincapié en el interés público, lo que da lugar a un sistema más restrictivo en cuanto a las prerrogativas y más abierto en lo que respecta a las excepciones’. Véase, A. Y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^a ed., Litec, 2006, N° 321, pág. 260.

Un tercer elemento deriva de la posibilidad de neutralizar una excepción mediante un contrato. En efecto, dado que según el enfoque personalista las excepciones no suponen derechos subjetivos en beneficio de los usuarios⁶⁶, la independencia de la voluntad de las partes permite al titular de los derechos imponer a la otra parte una cláusula que restrinja o neutralice una excepción de la que esa parte se habría beneficiado en virtud de la ley⁶⁷. Esto se comprende fácilmente: la restricción en beneficio de la enseñanza es una ‘excepción al carácter exclusivo de los derechos y no una excepción a la existencia del derecho’⁶⁸. En consecuencia, no deroga el derecho sobre la obra protegida. Ese derecho permanece latente y se restablece en determinadas circunstancias (atentado a la explotación normal y perjuicio injustificado a los intereses de los titulares de derechos) para convertir esa restricción en una licencia.

En lo que atañe a los centros de capacitación, el público destinatario de la capacitación impartida suele estar formado por adultos con posibilidades de adquirir ejemplares legítimos de las obras utilizadas en el marco de su capacitación. El hecho de no alentarlos a adquirir esos ejemplares se podría considerar atentatorio contra la explotación normal de la obra. Tal enfoque no es sorprendente en absoluto si se recuerda la consideración reservada con frecuencia a las excepciones y limitaciones, a saber: éstas no sólo no constituyen derechos en beneficio del público, sino que, además, es posible derogarlas en cualquier momento en virtud de un tratado. Sobre el primer punto, más allá de casos particulares tales como la cita y la parodia⁶⁹, que benefician a otros autores, las excepciones no entrañan derechos en beneficio de los usuarios. Con respecto al segundo punto, consecuencia del primero, es conveniente recordar que la existencia de una excepción prescrita por la ley no impide entablar negociaciones para acordar el pago, por parte del beneficiario de la excepción, de una remuneración a cambio de la utilización de las obras protegidas.

De las consideraciones precedentes se desprende que una excepción en beneficio de la enseñanza no se debe interpretar de forma automática para todas las instituciones de capacitación. En particular, se deberán aplicar a las que persiguen fines de lucro. Por lo demás, esta excepción bien puede, en la práctica, abandonarse a cambio de una remuneración negociada libremente entre las instituciones de capacitación y los titulares de derechos. No obstante, deberá ser una negociación y no una decisión administrativa. El recurso a tal opción sugiere que el poder ejecutivo recupera con una mano lo que el legislativo había concedido con la otra. En otras palabras, que el ejecutivo ha transformado una utilización gratuita en una licencia legal, sin que el legislativo lo hubiera facultado para ello.

De todos modos, es preciso señalar que la sociedad de gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos en la esfera de la literatura y las artes dramáticas del Camerún jamás consiguió cobrar las regalías fijadas en esas decisiones. En cambio, aunque hasta el presente ninguna universidad estatal ha pagado regalías, nada impide que una universidad

⁶⁶ El razonamiento es diferente en los países del *copyright*. Las limitaciones se consideran en el mismo plano que los derechos exclusivos. Por lo tanto, ‘no existe abuso en lo que respecta a los derechos de los usuarios’. A. y H-J. Lucas, obra citada, N° 322, págs. 260 y 261.

⁶⁷ A ese respecto, véase: J. Sullivan, *estudio citado*, pág. 49.

⁶⁸ C. Alleaume, *Les exceptions de pédagogie et de recherche*, Communication - Commerce électronique, noviembre de 2006, pág. 14.

⁶⁹ A ese respecto, véase: A. y H-J. Lucas, obra citada, N° 322, págs. 260 y 261.

podiera aceptar pagar una remuneración a dicha sociedad en el marco de un contrato como el propuesto.

2. Licencia

Con el fin de compensar el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos en el ámbito de la enseñanza se podrían utilizar dos tipos de licencias. El primero incluye las licencias otorgadas en virtud de una disposición interna (a), mientras que el segundo abarca las licencias concedidas en virtud del Anexo del Convenio de Berna (b).

a) Licencia acordada en virtud de una disposición interna

Benin, Malí y Togo proporcionan ejemplos singulares de creación de una licencia legal en beneficio de la enseñanza.

En su artículo 79 la ley de Benin dispone que si la reproducción de obras literarias y artísticas se realiza a título privado mediante fotocopia 'y si los aparatos de pago destinados a la realización de esas reproducciones están a disposición del público en escuelas, establecimientos de enseñanza (...), el autor tiene derecho al pago de una remuneración que el explotador del aparato deberá efectuar por conducto del órgano de gestión colectiva'. Esta solución tiene varias virtudes, entre las cuales la primera es la de existir. En efecto, al establecer el principio de una remuneración que se deberá pagar por las reproducciones privadas realizadas en el recinto de un establecimiento de enseñanza para sufragar los gastos de reproducción, esta solución orienta las negociaciones destinadas a fijar la suma de la remuneración. Además, se adapta convenientemente a la realidad de los alumnos y los universitarios africanos, caracterizada por una nutrida presencia de particulares que, con o sin autorización, ofrecen servicios de fotocopia en el interior o cerca de los recintos universitarios. Ahora bien, esos servicios son la profesión del propietario de las fotocopadoras, pero al mismo tiempo permiten a los alumnos y docentes efectuar copias para su uso privado.

No obstante, al invocar la noción de uso privado cabría preguntarse si lo es también en el marco de la excepción en beneficio de la enseñanza. Sin duda la respuesta es afirmativa. Los aparatos deben estar a disposición del público en escuelas o establecimientos de enseñanza para que esta licencia específica sea aplicable. De todos modos, una respuesta diferente implicaría que en las escuelas de Benin las fotocopias se harían con arreglo a dos modalidades: una gratuita, aplicable cuando la copia destinada a la enseñanza se efectúa en el establecimiento y, en su caso, con aparatos de su propiedad; y la otra aplicable a las copias realizadas en el establecimiento con aparatos pertenecientes a terceros y destinadas al uso privado, y por las cuales el propietario de los aparatos podría percibir una retribución. Con seguridad, esta interpretación complicaría inútilmente el régimen de los servicios de reprografía. Todo llevaría a pensar que el legislador ha querido, mediante esta licencia, ofrecer a los autores una remuneración equitativa como contrapartida por las reproducciones realizadas en el interior de un establecimiento de enseñanza.

De este enfoque se desprende que la solución de Benin no es aplicable en todos los países que prevén una remuneración por la copia privada de obras impresas. En efecto, por ejemplo, cuando la ley del Camerún estableció esa remuneración (artículos 72 a 74) no se basó en el número de reproducciones, como parece sugerirlo la ley de Benin. Por el contrario, las personas obligadas no son los propietarios de los aparatos, que podrían trasladar la carga a los precios de las copias, sino los fabricantes y los importadores de esos dispositivos, que

están obligados a pagar dicha remuneración antes de poner los aparatos en el mercado camerunés⁷⁰. En consecuencia, la remuneración por la copia privada de obras impresas tal y como se prevé en la legislación del Camerún se debe interpretar fuera del marco de la excepción en beneficio de la enseñanza.

En lo que respecta a la licencia prevista por la ley de Togo en el artículo 110, su formulación es la siguiente: ‘el Ministerio de Cultura concede licencias para realizar copias de fonogramas siempre que esas reproducciones se destinen exclusivamente a la utilización en los ámbitos de la enseñanza o de la investigación científica; se realicen y distribuyan en el territorio de Togo y excluyan cualquier tipo explotación de las copias; y conlleven para el productor de fonogramas una remuneración equitativa fijada por el Ministerio mencionado, teniendo en cuenta, en particular, el número de copias que se realizarán y distribuirán’. Su ámbito, limitado a los fonogramas destinados a la enseñanza y la investigación reduce considerablemente el alcance y le resta casi todo el interés. La utilización de los fonogramas en las actividades académicas es cada vez menos frecuente porque se prefieren otros soportes.

En cambio, el enfoque del artículo 40 de la ley de Malí es muy interesante. Parece completar apropiadamente la excepción que permite la utilización de las obras, en principio gratuita, en el ámbito de la enseñanza. En efecto, según esa disposición, ‘en caso de necesidad, el Ministerio de las Artes y la Cultura puede autorizar a las bibliotecas públicas, los centros de documentación no comerciales, las instituciones científicas, los establecimientos de enseñanza y los centros de alfabetización a reproducir, a cambio de una remuneración equitativa, un número de ejemplares suficientes para satisfacer las necesidades de sus actividades, mediante un procedimiento científico, a condición de que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor’. Se entiende entonces que, cuando las circunstancias lo exijan, un establecimiento de enseñanza puede realizar reproducciones para satisfacer las necesidades de una o varias lecciones, contra el pago de una remuneración equitativa. Esta licencia sólo debería aplicarse cuando las reproducciones son de cierta magnitud. Cuando sólo sean copias aisladas realizadas por alguno de los agentes de la educación, éstas se registrarán por la excepción general. En términos más sencillos, si sólo algunos alumnos deben reproducir la obra, esa reproducción podría estar cubierta por la excepción en beneficio de la enseñanza, si no lo está con arreglo al uso privado. En cambio, si la mayoría de los alumnos o todos ellos deben efectuar la copia, el establecimiento puede agrupar a los interesados y solicitar una autorización del Ministerio para realizar colectivamente las copias y distribuir las, y posteriormente recaudar o pagar la suma requerida a título de remuneración. Como se puede ver, el régimen de esta licencia es plenamente satisfactorio por cuanto observa las condiciones dimanantes de la norma de la prueba triple.

Las leyes de otros países aluden a las licencias para manifestar que los establecimientos de enseñanza sólo se benefician de la excepción legal en el caso de que no exista una licencia. Se trata de Botswana y Mauricio. Los términos utilizados son bastante sibilinos. Efectivamente, esos dos textos autorizan la reproducción a los fines de la enseñanza bajo ciertas condiciones. Entre otras cosas estipulan que *‘no deberá existir ninguna licencia disponible ofrecida por un organismo de gestión colectiva, que sea o pueda ser conocida por la institución educativa y con arreglo a la cual se pueda realizar la reproducción’*. La

⁷⁰ Mediante la decisión N°004/033/MINCULT/CAB del Ministerio de Cultura, de 14 de julio de 2004 se pudo establecer una regalía anual de 10.000 francos CFA por cada aparato, pagadera por los propietarios de las fotocopiadoras.

orientación de esos dos textos es original. De hecho, sugiere que siempre que exista una licencia colectiva ofrecida por un organismo de gestión colectiva que sea o pueda ser conocida por el establecimiento de enseñanza y rija las condiciones bajo las que se permite la reproducción, la excepción no es aplicable. En otras palabras, se trata de un sistema en cuyo marco la existencia de la licencia contractual sustituye a la excepción prevista por la ley, prueba adicional de que mediante un contrato los agentes de la educación y los titulares de derechos pueden soslayar la restricción legal en beneficio de la enseñanza.

Esos sistemas que permiten la coexistencia legal de una licencia y una restricción gratuita son relativamente tentadores. En particular, el atractivo del sistema de Malí es que, por una parte, aplica la excepción en beneficio de la enseñanza a todas las utilidades distintas de las reproducciones, así como a las reproducciones de importancia desdeñable y, por otra parte, obliga a los establecimientos a solicitar una licencia del Ministerio de Cultura cuando esa utilización adquiera mayor importancia. No obstante, podría parecer complicado en algunos aspectos. Ciertamente, el sistema se basa en la buena fe de los responsables de los establecimientos, que deben evaluar, ellos mismos, las circunstancias en las que se podría rebasar el umbral de lo aceptable, y en un control que, posteriormente, podrían ejercer las sociedades de gestión colectiva. En cambio, el sistema de Benin que regula la licencia cuando las reproducciones se realizan a cambio de un pago a los propietarios de los aparatos, se puede aplicar en general a todos los casos en que las reproducciones constituyan la profesión habitual de esos propietarios. Quedaría por resolver el caso de las reproducciones que los establecimientos efectúan con sus propios medios, en particular las realizadas con las fotocopadoras que suele haber en las oficinas, bibliotecas y centros de documentación. Es evidente que si se conviene en excluir del ámbito de la licencia a las actividades de representación, en vista del escaso efecto que pueden tener para la explotación de los derechos, es preciso reconocer que la libre autorización de las reproducciones en beneficio de la enseñanza en cualquier circunstancia podría dar lugar al agotamiento de sus fuentes.

b. Licencia concedida en virtud del Anexo del Convenio de Berna

Al parecer, ningún país en desarrollo ha expedido jamás una licencia de reproducción o de traducción sobre la base del sistema previsto en el Anexo del Convenio de Berna. Sin embargo, algunos países han incorporado en sus legislaciones disposiciones orientadas a reflejar las del Anexo y aplicarlas en caso de que uno de sus nacionales solicitara ese tipo de licencia. Tal es el caso de las leyes de Angola (artículo 30), el Congo (artículos 35 y 36), Malí (artículos 41 y 42, artículos 96 a 114 y 118 y siguientes), Malawi (artículos 17 a 21), Nigeria, la República Centroafricana (artículos 19 y 20), Rwanda (artículos 238 y siguientes), Togo (artículos 24 y 25) y Uganda (artículos 17 y siguientes). Lamentablemente, en las investigaciones realizadas en el marco del presente estudio no se pudo verificar la concesión de ninguna licencia con arreglo a esas disposiciones. De ello se deduce que los nacionales de los países en desarrollo no han encontrado ese sistema suficientemente atractivo. Eso se explica, sin duda, por la complejidad unánimemente reconocida del procedimiento de concesión de dichas licencias⁷¹. No obstante, esa complejidad no podría explicar por sí sola tal desinterés si el resultado pudiera ser económicamente interesante para un potencial operador económico dispuesto a realizar una inversión para poner los libros al alcance de los escolares o universitarios de su país. Aparentemente, la justificación más plausible podría

⁷¹ En particular, véase: C. Colombet, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, obra citada, págs. 150 y siguientes; D. Ladd, *El Derecho de autor ante las nuevas tecnologías internacionales*, Boletín de Derecho de Autor, vol. XVII, N° 3, 1983, pág. 1.

residir en la estrechez del mercado editorial. En efecto, en la mayor parte de los países en desarrollo ese mercado está limitado, ante todo, por el bajo poder adquisitivo de la población. Además, abarca tanto los libros nuevos como los usados. Entre los primeros, los manuales de la mayoría de las materias del programa escolar son generalmente económicos. En cuanto a los libros usados, su precio se acuerda fácilmente con los vendedores. Además, en algunos países, por ejemplo, en el Camerún, esos vendedores ofrecen lo que llaman “bolsas de libros”, un servicio que consiste en recibir los libros usados y ofrecer otros, de modo que el cliente sólo paga la diferencia cuando los libros entregados tienen un valor inferior a los adquiridos.

En el nivel universitario el mercado es aún más reducido. Los estudiantes no tienen ninguna obligación respecto de la adquisición de los libros. Además, a partir de 1988 algunos países desarrollados, entre ellos Francia, comenzaron a ejecutar un programa de subsidios de libros⁷², gracias al cual los precios de venta en África resultan inferiores a los de Francia. Por otra parte, muchos países suprimieron los derechos aduaneros para esos libros, lo que ha contribuido a su abaratamiento. Por último, el mercado editorial está amenazado por la banalización de la reprografía. En consecuencia, la amortización de una inversión en ese sector no es precisamente segura.

Sin duda, la combinación de todos estos factores puede explicar la falta de entusiasmo por las licencias previstas en el Anexo del Convenio de Berna. Para alentar a los nacionales de los países en desarrollo a solicitarlas se debería comenzar por una simplificación de los procedimientos. Ello supondría, en particular, una reducción importante de los plazos de inmunidad y una supresión pura y simple de los plazos de temporización. En cierta medida, los primeros menoscaban la información antes de que llegue a los nacionales de los países del Sur mediante las licencias, mientras que los segundos constituyen una verdadera medida conminatoria para el solicitante de una licencia. Para presentar claramente la situación, los editores del Norte que reciben información sobre una solicitud de licencia procedente del Sur deberían apresurarse a enviar ejemplares al país de origen del solicitante de la licencia ya que, si la solicita es porque existe un mercado potencial. Ahora bien, a ninguna persona le interesaría atraer la atención de un comerciante respecto de un beneficio que ella misma deseara obtener.

Esta simplificación incluiría también una nueva interpretación de las condiciones mínimas para la concesión de la licencia. Por ejemplo, sería necesario otorgar al licenciatarario el derecho de exportar las copias o las traducciones a otros países del sur que tuvieran un nivel de desarrollo similar, que no se abastecieran de ejemplares originales y que hubiesen presentado la declaración prevista en el Anexo.

C. Tipos de enseñanzas a los que se dirigen las limitaciones o las excepciones

En la mayoría de los casos, las leyes de los países africanos no especifican el tipo de enseñanza que se podría beneficiar de la restricción. En efecto, en la mayor parte de los textos, las formulaciones son más o menos generales. Las disposiciones tienden a manifestar simplemente que la restricción se establece ‘con fines didácticos’ o ‘a los fines de la enseñanza’, e incluso ‘a título de ilustración de la enseñanza’.

⁷² Para mayores detalles sobre ese programa, véase <http://celf.fr/programm.htm>

Otros textos, en cambio, son más precisos. Algunas leyes estipulan claramente que en relación con ciertos aspectos de la restricción en beneficio de la enseñanza la capacitación en cuestión no debe tener fines de lucro. Otros añaden que la excepción o limitación incluye la capacitación profesional.

En el primer grupo se inscribe la ley de Botswana relativa a la excepción de la reproducción reprográfica de objetos protegidos destinados a la enseñanza *presencial*. A tenor del apartado b) del párrafo 1 del artículo 15, esa reproducción sólo se permite en las instituciones educativas cuyas actividades no se orienten directa ni indirectamente a la obtención de un beneficio económico. Asimismo, se pueden citar las leyes de Mauricio (apartado b) del párrafo 1 del artículo 15) y Mozambique (apartado b) del párrafo 11 del artículo 15) que incluyen disposiciones similares. Cabe preguntarse qué alcance debe darse a esa precisión. ¿Se debe inferir que todos los tipos de enseñanza, incluida la que se imparte con fines de lucro, se pueden beneficiar? Prácticamente, la cuestión obliga a preguntarse si en esos países es preciso establecer una distinción en el ámbito de la excepción en beneficio de la enseñanza. Una respuesta afirmativa parece ser la más apropiada. Como corolario, se tiene, por una parte, la utilización por reproducción reprográfica, en relación con la cual se debe determinar si la enseñanza se imparte con fines de lucro. Si se verificara que así es, el beneficio de la excepción se denegaría. Por otra parte, en particular cuando la utilización de la obra no implica ninguna reproducción o implica una reproducción por otro procedimiento, la determinación del carácter lucrativo de la enseñanza no se realizará. Esto se debe a que en tales casos todos los tipos de enseñanza reunirían los requisitos para beneficiarse de la restricción. Esta diferencia de régimen complica la aplicación de la excepción o limitación. Sin embargo, la letra de la ley sugiere que los legisladores han proporcionado detalles precisos sobre el carácter lucrativo de la enseñanza en el contexto de la restricción concerniente a las reproducciones reprográficas con el ánimo, en realidad, de dar un marco particular a esta forma de utilización de las obras, que es particularmente peligrosa para la creatividad.

Este enfoque en diferentes planos se puede evitar si se recuerda que la enseñanza beneficiaria de la excepción prevista en los instrumentos internacionales no debe tener fines de lucro. Sobre esa base, la distinción en el contexto de las leyes no tiene razón de ser: por lo tanto, cualquiera sea el aspecto de la restricción que se considere, el razonamiento deberá ser el mismo. Cuando la enseñanza se orienta a la obtención de un beneficio para su promotor deberá estar sujeta al pago de regalías de autor.

En el segundo grupo de países, cuyas legislaciones añaden que la excepción se puede aplicar a la capacitación profesional, se incluyen Cabo Verde, Congo, Ghana, Malawi y la República Unida de Tanzania. Al menos dos observaciones merecen destacarse.

La primera consiste en distinguir entre educación y capacitación profesional, y la segunda en determinar quiénes son los destinatarios de la capacitación. La distinción entre educación y capacitación profesional puede parecer innecesaria en ciertos aspectos. En efecto, como se ha visto, en la categoría de establecimientos de enseñanza se incluyen las escuelas, los liceos y las universidades, tanto de enseñanza general como técnica. En esta última categoría se pueden incluir las escuelas de capacitación profesional públicas o privadas. De esta manera, a reserva del carácter lucrativo de la enseñanza o la capacitación, la capacitación profesional se podría beneficiar de la excepción en beneficio de las actividades educativas. En otros aspectos, sin embargo, la distinción podría ser conveniente. En verdad, cabría preguntarse si, al mencionar en las leyes nacionales la capacitación profesional sin dar más precisiones, los legisladores no rebasan el marco previsto por las disposiciones de los

instrumentos internacionales. Aparentemente, en el ámbito de esas disposiciones referidas a ‘la enseñanza’ o ‘la educación’ no se ha querido incluir todos los tipos de capacitación profesional. Algunos centros de capacitación que imparten conocimientos técnicos a los alumnos jóvenes no están organizados de forma tal que se los puede clasificar como escuelas o universidades, que son las únicas instituciones a las que se refieren los instrumentos internacionales.

La segunda observación consiste en verificar quiénes son los destinatarios de la capacitación. Como se ha destacado, conviene observar cierto rigor respecto de la capacitación que se imparte a los adultos. En ese caso, el establecimiento de capacitación profesional no debería beneficiarse de la excepción en beneficio de la enseñanza, salvo que se lo pudiera clasificar como escuela o universidad y que la capacitación no se impartiera con fines de lucro.

D. Objetos a los que conciernen las excepciones y limitaciones

Los objetos a los que conciernen las excepciones y las limitaciones constituyen uno de los aspectos que plantean el mayor número de dificultades en el marco del presente estudio, no porque la identificación de esos objetos entrañe problemas particulares, sino porque algunas legislaciones limitan su alcance. Efectivamente, un primer grupo de legislaciones se abstienen de precisar los tipos de objetos a los que concierne la restricción acordada en beneficio de la enseñanza, mientras que un segundo grupo proporciona tal precisión.

El primer grupo es mayoritario. En la mayoría de las leyes nacionales los legisladores se limitan a utilizar formulaciones generales. Las más extendidas se refieren al término ‘obra’ o a la expresión ‘obra protegida’, en inglés “work”, o en portugués “obra”. Esta formulación no deja lugar a dudas sobre la intención del legislador: a tenor de esas leyes, todas las obras intelectuales se pueden utilizar para ilustrar actividades educativas.

En los países que establecen la protección de los derechos conexos y prevén una excepción para las actividades educativas el planteo lógico es, en general, el mismo. Existe una disposición sobre excepciones o limitaciones, incluida una en beneficio de la enseñanza.

Una primera explicación se puede encontrar sin duda en la formulación de la ley. En la mayoría de los casos, la excepción en beneficio de la enseñanza se presenta junto a algunas otras excepciones, en una sección, un capítulo o un artículo concerniente, como se ha visto, a ‘excepciones’, ‘limitaciones’, ‘límites’, ‘libres utilizaciones’ e incluso, ‘actividades no sujetas al derecho de autor’. Por lo tanto, dado que la sección, el capítulo o el artículo se refieren a las excepciones a la protección de todas las obras o de todos los objetos pertinentes a los derechos conexos, la ley no proporciona más precisiones sobre el tipo particular de obras al que se podría aplicar la restricción en beneficio de la enseñanza.

El mismo criterio se aplica con respecto a los derechos conexos. Tal es el caso, en particular, del artículo 97 de la ley de la República del Congo. Ese artículo prescribe que ‘los artículos relativos a los derechos conexos no son aplicables a los casos siguientes:’. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 69 de la ley de Benin, a tenor de la cual, ‘no obstante las disposiciones de los artículos 60 a 66 (que especifican los objetos y las personas que se benefician de la protección) de la presente ley, las actividades siguientes están permitidas sin la autorización de los derechohabientes mencionados en esos artículos:’. Por último, idéntico propósito se refleja en el artículo 67 de la ley del Camerún; el artículo 80 de la ley de Burkina

Faso; y el artículo 47 de la ley de Mozambique y el artículo 47 de la ley de Nigeria. Con seguridad, esas formulaciones generales implican que todos los objetos protegidos por derechos conexos están sujetos a la excepción en beneficio de la enseñanza. Por consiguiente, esas leyes abarcan las ejecuciones, las interpretaciones, los fonogramas, los videogramas y los programas.

Una segunda explicación sería de carácter técnico: todas las obras intelectuales pueden, de hecho, utilizarse con el fin de ilustrar la enseñanza. Según lo manifiesta acertadamente la Dra. Guibault, “los maestros recurren cada vez más a textos, periódicos, revistas, fotografías, vídeos, diapositivas, grabaciones sonoras, programas audiovisuales y otros medios de difusión contemporáneos”.⁷³ La autora añade que “en la práctica, los establecimientos escolares hacen diariamente en todos los países millones de fotocopias de material protegido. Además, la interpretación o la ejecución de obras, la difusión de transmisiones de radio o televisión y la comunicación de vídeos o grabaciones sonoras son particularmente útiles para la enseñanza en las aulas”. Por último, con respecto a la educación superior, señala que “la información que transmite va de complejos datos gráficos y sonoros a textos sumamente sencillos, y que sus destinatarios pueden ser científicos eminentes agraciados con el Premio Nobel o estudiantes novatos que siguen cursos de recuperación, la comunicación sobre temas especializados ha de cubrir una gama muy amplia de contenidos y transmitirse por todos los medios de difusión”⁷⁴. En consecuencia, es evidente que cualquier creación intelectual u objeto protegido por derechos conexos se podría utilizar en el contexto de una actividad escolar o universitaria, así como de toda enseñanza de apoyo o complementaria que contribuya a la educación básica del alumno. En esas condiciones, cuando la ley se limita a prever una excepción o limitación sin precisar los objetos que abarca, es conveniente interpretarla de forma tal que incluya todos los objetos protegidos.

Las legislaciones del segundo grupo son minoritarias y obedecen a un planteo lógico diferente. De hecho, algunas leyes circunscriben la excepción en beneficio de la enseñanza únicamente a las obras literarias (Swazilandia), mientras otras sólo la aplican a las obras literarias y musicales (Namibia, Seychelles y Sudáfrica). Incluso en materia de derechos conexos, se observa que la excepción en beneficio de la enseñanza se limita a determinados objetos. Ello se refleja, por ejemplo, en el artículo 35 de la ley de Ghana, que restringe la excepción en beneficio de la enseñanza a las ejecuciones e interpretaciones de los artistas intérpretes, así como a los programas de radiodifusión. Esto se explica fácilmente por el hecho de que esos países sólo protegen los derechos conexos.

En todo caso, cabe destacar que los países que restringen las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza a determinados objetos protegidos son de orientación jurídica anglosajona. El único país francófono cuya ley es bastante difícil de interpretar sobre este punto es la República Democrática del Congo. En el artículo 25, la norma orientada a proteger el derecho de autor dispone que ‘a fin de ilustrar un texto, se autoriza la reproducción de *fotografías* en las antologías destinadas a fines didácticos en las obras científicas’. En el artículo 27 se añade que ‘los destinatarios de las lecciones dictadas en el contexto de la enseñanza pueden reproducirlas o resumirlas. No obstante, esas lecciones no se podrán

⁷³ L. Guibault, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, con la supervisión de B. Hugenholtz, e.Boletín de Derecho de Autor, octubre-diciembre de 2003, pág. 18.

⁷⁴ *Ibíd.*

publicar ni total ni parcialmente sin autorización escrita de los autores o de sus derechohabientes'. Por último, el artículo 31 dispone que 'una vez que *la obra* ya se haya divulgado se podrán realizar sin autorización previa del autor representaciones gratuitas en los establecimientos de enseñanza, durante las horas de clase y en relación directa con el tema de la clase'. La interpretación de ese texto no es fácil. Aparentemente, es preciso combinar las diferentes disposiciones para determinar qué obras pertenecen a la esfera de las restricciones en beneficio de la enseñanza y, posteriormente, realizar una aplicación distributiva de las mismas disposiciones con miras a identificar los derechos protegidos que restringen las excepciones o limitaciones. En consonancia con ese razonamiento es posible considerar tres etapas. Ante todo, se puede decir que, con arreglo al artículo 25, sólo las obras fotográficas se pueden utilizar en el marco de una actividad educativa que ponga en entredicho la reproducción. Seguidamente, se puede agregar que, de conformidad con el artículo 31, cuando la actividad didáctica sólo pone en tela de juicio la representación, se permite utilizar cualquier obra que tenga 'relación directa con el tema de la clase'. Por último, si la obra es una lección, el artículo 27 autoriza a sus destinatarios a realizar una reproducción o un resumen y prohíbe la publicación sin autorización del autor. En verdad, esta última situación no introduce ninguna novedad respecto de las demás leyes nacionales que no la mencionan. El motivo es simple: es esencial que el alumno reproduzca la lección impartida y la resuma a fin de obtener una síntesis que facilite el repaso. Por lo tanto, la restricción que concierne a las lecciones, es superflua. Por otra parte, aunque no existan disposiciones expresas, se debe señalar que el alumno no podría realizar una publicación de su lección sin atentar contra los derechos de autor de su profesor.

La restricción a los derechos conexos en beneficio de la enseñanza no es menos sibilina. En efecto, el artículo 89 de la ley de la República Democrática del Congo dispone que 'los organismos de radiodifusión pueden, sin autorización de los intérpretes o ejecutantes, efectuar registros de una interpretación o una ejecución realizada por un artista, con el fin exclusivo de utilizarla en emisiones didácticas o culturales, en número previamente determinado'. Esto deja entender que los únicos objetos protegidos en relación con los derechos conexos que se pueden utilizar para ilustrar la enseñanza son las interpretaciones, a reserva de proceder de conformidad con la ley. Esa restricción de la excepción es menos explicable aún, por cuanto la ley de la República Democrática del Congo protege, junto con las interpretaciones y ejecuciones previstas en la excepción, los programas de radiodifusión, los fonogramas y los videogramas.

En todo caso, dado que la ley reduce el ámbito de la excepción a esas obras, no es posible hacerlo extensivo a otras. No obstante, esa opción se puede cuestionar por cuanto, como se ha visto, todos los objetos protegidos se pueden utilizar en el contexto de la enseñanza escolar o universitaria. En particular, ninguna legislación debería excluir las obras audiovisuales del ámbito de la restricción relativa a la enseñanza: siempre se ha reconocido que una imagen dice más que mil palabras. Además, el hecho de restringir el alcance de la excepción crea problemas prácticos en algunos de los países mencionados. Ello ocurre, por ejemplo, en Sudáfrica, donde las instituciones de educación deben solicitar la autorización de los titulares de derechos para poder presentar obras de este tipo, lo que dificulta considerablemente la difusión de la información presentada en ese formato.

En ese país, una clase dedicada a la historia de Alemania no se podría ilustrar con la proyección de una película documental sobre la caída del muro de Berlín. Esa situación restringe considerablemente el acceso a recursos protegidos que podrían servir para ilustrar la enseñanza. Sería conveniente que el régimen de excepción se hiciera extensivo, como en la mayoría de los países, a todas las categorías de obras.

E. Derechos patrimoniales sujetos a las excepciones y limitaciones

En aras de la claridad conviene hacer una distinción entre los derechos patrimoniales puestos en entredicho por las excepciones que conciernen a los autores, y los que conciernen a los titulares de derechos conexos.

1. El derecho de autor puesto en entredicho por las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza

Dos prerrogativas de los autores, dimanantes de los instrumentos internacionales, se ponen particularmente en entredicho en el marco de las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza. Se trata del derecho de reproducción y del derecho de representación.

En cuanto al *derecho de reproducción*, es preciso, ante todo, señalar que su reconocimiento en las legislaciones africanas no plantea ninguna discusión. En efecto, en todos esos países el derecho está consagrado prácticamente en los mismos términos y con el mismo alcance. De hecho, en algunas leyes nacionales la protección de ese derecho se extiende en forma subyacente a las adaptaciones de obras protegidas, a las traducciones e incluso a la distribución de ejemplares reproducidos. Ello ocurre, por ejemplo, en la ley de Côte d'Ivoire, que proporciona un excelente ejemplo a ese respecto. Esta ley define el concepto de reproducción y proporciona sus elementos en los términos siguientes:

‘Por reproducción se entiende la fijación material de la obra mediante cualquier procedimiento que permita transmitirla al público de manera directa, especialmente:

1. la reproducción de la obra en cualquier formato material, incluidos los de película cinematográfica o fonograma y los procedimientos gráficos o fotográficos;
2. la distribución de la obra así reproducida y, en particular, la representación o ejecución pública de la reproducción mediante película o fonograma;
3. la traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra transformación de la obra’.

De esta disposición, inspirada en el derecho de autor francés, se desprende que el derecho de reproducción abarca todas las modalidades de reproducción de la obra.

Otras legislaciones han identificado ampliaciones del derecho de reproducción para convertirlas en derechos específicos. Ello ocurre, por ejemplo, en las leyes del Camerún (artículos 15 y sucesivos), Botswana⁷⁵, Benin (artículo 4.2), Burkina Faso (artículo 16), el Congo (artículo 28), Ghana (artículo 5), República Unida de Tanzania (artículo 9) y Togo⁷⁶. Sólo la ley de la República Democrática del Congo establece la protección de los derechos de

⁷⁵ De conformidad con el artículo 7.1 de la ley de Botswana, ‘A reserva de las disposiciones de las secciones 13 y 21, el autor u otro titular del derecho de autor tendrán el derecho exclusivo de realizar o autorizar las siguientes actividades relacionadas con la obra: a) reproducción de la obra; b) traducción de la obra; c) adaptación, arreglo u otra transformación de la obra’.

⁷⁶ No obstante, se debe observar que todas esas prerrogativas no siempre se especifican como en la ley del Camerún, que se refiere expresamente al *derecho de reproducción*; el *derecho de distribución*, y el derecho de transformación.

autor (artículo 20) sin enumerarlos expresamente. Sin embargo, la lectura de la ley no deja lugar a dudas sobre la protección del derecho de reproducción.

En lo que concierne a ese derecho, las restricciones en beneficio de la enseñanza son de diversos tipos. Teniendo en cuenta que algunos países establecen limitaciones sobre la base del Anexo del Convenio de Berna, se pueden considerar pertinentes al derecho de reproducción las limitaciones siguientes:

- la inclusión de un extracto o de la totalidad de la obra protegida en una publicación, ya sea en versión original o traducida;
- la traducción de la obra con miras a su utilización en el ámbito de la educación;
- la reproducción de numerosos ejemplares de la obra original o traducida, a los fines de su distribución o venta en el ámbito de la educación;
- la reproducción reprográfica o fotográfica de la obra o de alguna de sus partes;
- la inclusión de la obra o de alguna de sus partes en emisiones de radiodifusión destinadas a actividades educativas;
- la fijación de las emisiones de radiodifusión destinadas a actividades educativas;
- la fijación de la obra en forma escrita, sonora o audiovisual en un soporte analógico o digital;
- la cita;
- las adaptaciones y otras transformaciones de la obra destinadas a la ilustración de la enseñanza;
- la carga de una obra en una plataforma destinada a los estudiantes de cursos a distancia (*upload*);
- la descarga de la obra (*download*) en un disco duro interno o externo efectuada por cualquier docente, alumno o estudiante, a los fines de su utilización en un curso de capacitación a distancia o en el marco de la enseñanza presencial, y la ulterior fijación de esa obra.

En cuanto al *derecho de representación*, el razonamiento puede ser análogo. En efecto, todas las leyes nacionales reconocen ese derecho bajo denominaciones más o menos similares. Esas leyes lo definen con referencia a la acepción tradicionalmente utilizada en el contexto de la propiedad intelectual, o sea que, en particular, se trata de la comunicación directa o indirecta al público y la declamación o la ejecución en público. En ese punto la ley del Camerún se distingue por su exhaustividad y por la forma original en que recurre al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) en relación con el derecho de puesta a disposición⁷⁷, a fin de definir el derecho de representación. En efecto, según la formulación del artículo 16 de la ley:

- ‘1) Por *representación* se entenderá la comunicación de una obra literaria o artística al público, incluida su puesta a disposición al público de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. En particular, la representación incluye:

⁷⁷ El Artículo 10 del WPPT dispone que “los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

- a) la declamación, la representación teatral y la ejecución en público de la obra por cualesquiera medios o procedimientos;
- b) la exposición pública del original o de ejemplares de una obra de arte;
- c) la teledifusión, bien sea por medios inalámbricos, por ejemplo la radiodifusión o la televisión, o bien por cable o mediante cualquier otro dispositivo técnico análogo de sonido, imagen, texto o mensajes del mismo tipo.

2) La emisión de una obra hacia un satélite se considera una representación, incluso si esa emisión se efectúa fuera del territorio nacional, siempre que se haga a petición, por cuenta o con el control de una empresa de comunicaciones cuya sede principal se encuentre en el territorio nacional’.

No obstante, la mayor parte de las leyes nacionales no le dedican un artículo exclusivo, sino que lo incluyen junto con el derecho de reproducción en un único artículo titulado ‘derechos patrimoniales’ o ‘derechos económicos’ (apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 de la ley de Angola; párrafo 2 del artículo 4 de la ley de Benin; artículo 7.1 mencionado de la ley de Botswana; artículo 16 de la ley de Burkina Faso; apartado b) del párrafo 1 del artículo 28 de la ley de Cabo Verde; artículo 5 de la ley de Ghana, artículo 4 de la ley de Mauricio; artículo 7 de la ley de Mozambique; artículo 5 de la ley de Nigeria, etc.). A pesar de este espíritu general de concisión que se infiere de la inclusión de las dos prerrogativas en una única y sola disposición, las leyes africanas mencionan de la manera más detallada posible las actividades sujetas al control del titular del derecho de autor al amparo del derecho de representación. Además, esa mención suele finalizar con una formulación que sugiere que la lista de posibilidades de representación proporcionada no es exhaustiva. Por ejemplo, eso ocurre en el caso de la ley de la República Unida de Tanzania, que en su artículo 9.d) se refiere a ‘*exhibición pública de la obra*’; luego, en el 9.g) a ‘*representación pública de la obra*’ y, por último, en el artículo 9.1) a ‘*otra forma de transmisión de la obra al público*’. Es también el caso de algunas otras leyes que concluyen con una formulación similar a la de ‘transmisión de la obra al público por cualesquiera medios o procedimientos’ o ‘cualquier otro medio’ (apartado a) del artículo 17.1 de la ley de Angola; párrafo 1.a) del artículo 16 de la ley del Camerún, etc.).

La interpretación del derecho de representación no debe variar en los casos en que la ley se limite a mencionar, sin mayor precisión, el derecho de representación o el ‘*derecho de representación pública*’. En efecto, en el razonamiento lógico de esos textos se procura someter al control de los titulares de derechos todos los medios utilizados para transmitir la obra al público. En lo que atañe al derecho de representación, las restricciones en beneficio de la enseñanza son menos numerosas que las que afectan al derecho de reproducción, e incluyen:

- la transmisión directa de la obra al público mediante representaciones ante una audiencia escolar;
 - la difusión de la obra fijada, por medio de emisiones de radio o de televisión;
 - la transmisión de la obra por medios digitales, o sea, su puesta a disposición del público escolar a través de Internet.
2. Los derechos conexos puestos en entredicho por las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza

Cuando un país protege los derechos conexos, las pertinentes prerrogativas puestas en entredicho por las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza son idénticas al modelo aplicado a los titulares del derecho de autor. En efecto, dado que los derechos reconocidos a los auxiliares de la creación, o sea a los artistas intérpretes, las empresas de comunicación audiovisual y los productores de fonogramas y videogramas, están copiados de los derechos otorgados a los titulares del derecho de autor, es lógico que las excepciones afecten a las mismas prerrogativas.

Por consiguiente, los derechos patrimoniales reconocidos a los diferentes beneficiarios de los derechos conexos pertenecen al ámbito de las excepciones y limitaciones.

En lo que concierne a los artistas intérpretes, se trata, en particular, del derecho de comunicar al público su interpretación, incluida la puesta a disposición del público, ya sea por cable o por un medio inalámbrico, de esa interpretación fijada en un fonograma; del derecho de fijar su interpretación no fijada; del derecho de reproducir una fijación de su interpretación; del derecho de distribuir una fijación de su interpretación a los fines de su venta, intercambio o arrendamiento al público; y del derecho de utilizar separadamente el sonido y la imagen de la interpretación cuando estos dos elementos se hubieran fijado simultáneamente. Se trata, asimismo, de todas las prerrogativas de las que se suelen beneficiar esos artistas a raíz de la explotación de sus interpretaciones por parte de los organismos de radiodifusión. Efectivamente, algunas leyes establecen que, salvo acuerdo distinto, la autorización de radiodifusión acordada a una empresa de comunicación audiovisual es personal y no implica la autorización para fijar la interpretación; la autorización de radiodifusión y fijación de la interpretación no presupone la autorización de reproducir la fijación; y, finalmente, la autorización para fijar la interpretación y reproducir esa fijación no conlleva la autorización para televisar la interpretación a partir de la fijación o de sus reproducciones. Esto se puede observar en las leyes del Camerún (artículo 57), Ghana (artículo 32), el Chad (artículo 98) y Benin (artículo 60 y sucesivos).

En cuanto a los productores de fonogramas y videogramas, se trata del derecho de reproducción y del derecho de puesta a disposición del público mediante la venta, el intercambio, el arrendamiento o la transmisión al público del fonograma o videograma, incluida su puesta a disposición del público, bien sea por cable o por un medio inalámbrico (artículo 65 de la ley de Benin, artículo 25 de la ley de Botswana y artículo 93 de la ley del Congo).

En lo que concierne a las empresas de comunicación audiovisual, se trata del derecho de retransmitir, fijar y reproducir sus programas, así como de transmitir esos programas al público por un medio distinto de la radiodifusión, y de poner a disposición del público esos programas mediante la venta, el intercambio y el arrendamiento (artículo 65 de la ley del Camerún, artículo 33 de la ley de Ghana, artículo 111 de la ley del Chad y artículo 17 de la ley de Zambia⁷⁸).

⁷⁸ No obstante, se debe señalar que la ley de Zambia no distingue formalmente entre los derechos de autor y los derechos conexos. De hecho, el artículo 17 establece simultáneamente los derechos concernientes a las obras literarias y musicales, los derechos sobre las obras audiovisuales y los registros sonoros, los derechos sobre las obras artísticas, y los derechos sobre los programas de radiodifusión y las composiciones tipográficas.

Se podrían destacar especialmente dos aspectos. El primero concierne al derecho de puesta a disposición, reconocido recientemente en el marco del WPPT. En efecto, es importante saber si en el contexto de una excepción o una limitación prevista por una legislación nacional, el derecho de puesta a disposición se puede derogar en beneficio de la enseñanza. La pregunta reviste interés por cuanto ese derecho permite que sus beneficiarios obstaculicen el acceso a los objetos protegidos y sólo permitan acceder a ellos mediante el pago de una remuneración a través de un medio aceptado en Internet.

Desde el punto de vista jurídico la respuesta a la pregunta es obvia: dado que las excepciones y limitaciones afectan a los derechos establecidos a título de derechos conexos, no se puede excluir ninguna prerrogativa. Sobre esta base, la restricción en beneficio de la enseñanza afecta al derecho de puesta a disposición de mismo modo que a los otros derechos.

En el plano práctico la situación es menos clara. Es imposible saber con antelación si una utilización tendrá lugar en el marco de una excepción o en otro contexto. Según se puede ver, el problema que plantea el derecho de puesta a disposición concierne a la cuestión general relativa a las medidas técnicas de control del acceso a los objetos protegidos. Esa cuestión tiene una importancia capital y se examinará más adelante⁷⁹.

El segundo aspecto concierne a los derechos de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas, especialmente el derecho de fijación o retransmisión, en relación con las emisoras de radio que a veces se instalan en los campus de establecimientos secundarios o superiores, bautizados frecuentemente “radio campus”. Es preciso hacer una distinción entre las emisiones en función de que sus fines sean educativos o no. En el primer caso, las *radio campus* deberían tener derecho a difundir los programas o a fijarlos para difundirlos en horarios en que los alumnos y estudiantes de la escuela o la universidad puedan escucharlos. Cuando las emisiones difundidas por los organismos de radiodifusión no tengan una finalidad educativa, las *radio campus* no deberían beneficiarse de ningún derecho al respecto y sus retransmisiones en directo o diferidas deberían estar sujetas al pago de regalías a la empresa de comunicación audiovisual titular de los derechos.

F. Actividades autorizadas en el marco de las excepciones y limitaciones

Los legisladores africanos (Anexo VII, Angola, Burkina Faso, Cabo Verde, Congo, Côte d'Ivoire, Ghana, Malawi, etc.) recurren mayormente al término ‘utilización’, que es bastante genérico, para abarcar simultáneamente la reproducción, la representación y la transformación de la obra⁸⁰, a condición de que la finalidad educativa se mantenga y que las actividades concernientes a esa utilización no causen ningún perjuicio injustificado ni atenten contra la explotación normal de la obra. Consiguientemente, el reconocimiento del principio de la existencia de la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza no se puede poner en tela de juicio en razón del carácter digital de la obra o de la presencia de esa obra en las redes digitales. A lo sumo, la excepción o la limitación se podrían adaptar a fin de tener en cuenta los riesgos específicos. A la luz de estas precisiones, las actividades de utilización autorizadas en las leyes nacionales conciernen a la reproducción, la transformación y la representación.

⁷⁹ Véase, *infra*.

⁸⁰ No obstante, se debe señalar que en algunos textos, tras emplearse el término ‘utilizar’, se precisan los diferentes usos posibles de la obra a fin de reducir el ámbito de la excepción.

1. Reproducción

Las actividades relacionadas con la reproducción son las que con mayor probabilidad se realizarán en el contexto de la utilización de obras a los fines de la enseñanza. Efectivamente, en el marco de las actividades de educación, algunos tipos de reproducciones tienen lugar cotidianamente. Ellas incluyen principalmente la reprografía. Sin embargo, también se recurre a otros tipos de reproducciones.

a) Reprografía

Las reproducciones por reprografía son las más comunes en el ámbito de las actividades de enseñanza. Sin duda por ese motivo numerosas legislaciones le han reservado un trato especial. Por ejemplo, el artículo 13 (iii) del Anexo VII del Acuerdo de Bangui, el párrafo 2 del artículo 21 de la ley de Benin y el párrafo 2 del artículo 45 de la ley de Madagascar disponen, en términos casi idénticos, que está permitido ‘reproducir por medios reprográficos a los fines de la enseñanza o de los exámenes en los establecimientos educativos cuyas actividades no se orienten directa ni indirectamente a la obtención de un beneficio comercial, y en la medida que lo justifique el objetivo perseguido, artículos aislados lícitamente publicados en un periódico o una revista, extractos breves de una obra publicada lícitamente o una obra lícitamente publicada...’⁸¹. Esa reglamentación particular para la reprografía se puede explicar por el recurso frecuente a ese tipo de reproducción. La disposición tiende a precisar las actividades autorizadas.

Por ejemplo, está permitida la reproducción de un artículo completo publicado en una revista, una publicación periódica o un periódico. En este caso, aunque el artículo sea una obra completa en sí mismo, su incorporación en una compilación de otras contribuciones lo convierte en una parte de dicha compilación. En cambio, es evidente que si un artículo es lo bastante extenso como para ocupar totalmente un número de una revista o publicación periódica, el razonamiento ya no es el mismo. El número se considerará entonces como una totalidad y sólo se permitirá la reproducción reprográfica de un extracto. Se comprende entonces que en relación con una obra, el derecho de reproducción mediante reprografía esté limitado a extractos.

Como se verá, en todos los casos existe una tendencia a limitar la reproducción reprográfica. En ocasiones, la propia ley incluye una disposición que advierte a ese respecto a los agentes de la educación. Por ejemplo, con arreglo a la ley del Camerún, la excepción para la copia privada no autoriza, en ningún caso, la reproducción reprográfica de un libro entero. La lectura de esa disposición revela la preocupación del legislador por preservar los intereses de los titulares de derechos y, al mismo tiempo, acordar a terceros el derecho de beneficiarse de una excepción. En otras ocasiones, un contrato de licencia concertado entre una sociedad de autores e instituciones de educación fija el alcance de la reproducción mediante reprografía u otro medio similar. A ese respecto, en el convenio propuesto por la Mauritius Society of Authors, la Copyright Society of Malawi y la Reproduction Rights Society of Kenya se pueden leer las cláusulas siguientes relativas a la limitación de la reproducción autorizada:

‘Para cada empleado, estudiante, etc., la reproducción de un libro o una publicación similar se limitará al 15% del número total de páginas. Sin embargo, se podrá reproducir un

⁸¹ El artículo 206.2 de la ley de Rwanda refleja el mismo sentido.

capítulo completo o una unidad similar, o un relato completo o una escena completa de una pieza teatral de una misma y única publicación.

La reproducción de un libro o una publicación similar que no se pudiera adquirir comercialmente ni directamente de la editorial se limitará en forma análoga al 30%. Antes de ejercer el derecho de reproducción más allá de los límites establecidos en el apartado i) del párrafo 21 de la Sección 8 anterior, la universidad deberá dirigirse por escrito a la editorial y cerciorarse de que la publicación en cuestión no se puede obtener en un plazo razonable mediante la publicación a pedido o un método similar.

Las limitaciones establecidas en el párrafo 21 de la Sección 8 anterior no se aplican a la reproducción de publicaciones periódicas tales como periódicos, semanarios, revistas educativas o profesionales, etc., ni a la reproducción de folletos u otras publicaciones de distribución gratuita. No obstante, la reproducción de cualquier número de una publicación (científica) especializada se limitará a dos artículos por año para cada usuario, y en ningún caso podrá exceder del 25% del total de páginas de ese número de la publicación.

La reproducción de una partitura (o publicación similar de una obra musical) y de recopilaciones de partituras (antologías de partituras de dos o más obras musicales) se limitará al 15%, pero a un máximo de 10 páginas de cada publicación individual. Sin embargo, se permitirá la reproducción de todo un movimiento o sección similar de una partitura para su utilización en la enseñanza de la teoría musical.’

Se entiende entonces que la reproducción de una obra completa o de una parte sustancial de una obra mediante la reprografía o un procedimiento similar sólo se permite en casos muy especiales. En su conjunto, el porcentaje de obras que se podrían reproducir con arreglo a la licencia general de reproducción es relativamente bajo. Cuando una institución desee efectuar un número importante de reproducciones se la invita a ponerse en contacto con la sociedad de gestión colectiva a fin de que ésta facilite la concertación de un contrato con los titulares de derechos.

El medio de reproducción reprográfica constituye en sí mismo otro punto de interés. En efecto, en algunas legislaciones nacionales, entre ellas la de Angola, se regula la reproducción por medios fotográficos y otros medios asimilables. Ahora bien, por fotografía se entiende generalmente la técnica que permite crear imágenes por efecto de la luz. La fotocopidora es un dispositivo que recurre a esa técnica ya que las páginas colocadas sobre la superficie de vidrio se ‘fotografian’ y se reproducen sobre el papel. A la luz de esta restricción cabe preguntarse si la excepción se aplica a la impresión de un archivo de texto originalmente en formato digital y la utilización del escáner. En el caso de éste último la respuesta es obvia: el dispositivo sobre cuya superficie de vidrio se coloca el documento lo filma, lo digitaliza y transmite la información al ordenador del usuario. En cuanto a la primera situación, es evidente que si se pretende mantenerla dentro de los límites estrictos de la definición de reprografía, no se puede incluir la impresión de un texto originalmente en formato digital por cuanto ‘se transmiten instrucciones técnicas a una máquina (impresora) a fin de imprimir en determinados lugares de la hoja de papel. En esos casos no existe ninguna captación de luz en el origen de la reproducción’⁸². Sin embargo, el resultado es casi el mismo: en un caso el original de la obra está materialmente disponible en las manos del usuario, mientras que en el

⁸² P. Laurent, *Les nouvelles exceptions au droit d’auteur en faveur de l’enseignement: l’ère de l’e-learning*, Auteurs & Media 2008/3, pág. 180.

otro lo está en la pantalla de su ordenador. Él puede fotocopiar o escanear, como también puede imprimir, total o parcialmente la obra. Al final del procedimiento, el usuario tiene en sus manos copias impresas de la obra. Por lo tanto, se puede considerar que esos dos modos de reproducción son análogos y que las normas aplicables a la reprografía deberían trasladarse a las impresiones.

b. Otras formas de reproducción

En el contexto de las actividades escolares pueden tener lugar algunas otras formas de reproducción. Por ejemplo, las obras de las artes plásticas se pueden reproducir por medio de la fotografía o la realización de copias manuales. A ese respecto, queda claro que el principio de la reproducción destinada a satisfacer las necesidades de la enseñanza no se puede poner en entredicho. En las escuelas de arte o en las clases de arte que se imparten en las escuelas de educación general es indispensable la reproducción de esas obras a los fines de su estudio. Esa reproducción debe ser, necesariamente, integral. Si fuera fragmentaria se alejaría del original y traicionaría, sin duda alguna, la idea de su autor.

Cabría preguntarse si, en el marco de la enseñanza a distancia, un docente puede cargar (*upload*) una obra en las redes, de modo que los estudiantes pueden descargarla (*download*) a los fines del aprendizaje de sus lecciones. A ello se puede responder afirmativamente. Además, por lo general, la carga se realiza en un contexto definido en el que los estudiantes sólo pueden acceder a las lecciones y los documentos puestos a su disposición mediante su identificación con un nombre de usuario y una contraseña⁸³. Se comprende entonces que la enseñanza escaparía al ámbito de la excepción si la obra se cargara de forma tal que estuviera a disposición de cualquier *internauta*.

Un número considerable de leyes nacionales autorizan la inclusión de la obra en una publicación o una antología. En el primer caso, la utilización de la obra permite ilustrar una ‘publicación’ realizada en el marco de la enseñanza. Sin duda, por esto se ha de entender que la obra o una de sus partes se incluye en una obra nueva publicada en el ámbito escolar. Tal sería el caso, por ejemplo, si se incorporaran en un curso impreso algunas partes de la obra, si en ella se reprodujera una fotografía o un dibujo. Asimismo, algunas leyes exigen que en la ‘publicación’ se declare expresamente que ella se hace con fines pedagógicos. Este es el caso, por ejemplo, de las leyes de Swazilandia y Zimbabwe, a tenor de las cuales en la publicación que incluye los extractos o en cualquier documento publicitario pertinente del editor se debe manifestar expresamente que esa publicación está destinada a satisfacer necesidades pedagógicas.

El segundo caso es una particularidad de la ley de la República Democrática del Congo. Según el artículo 25 de esa ley, ‘con el fin de ilustrar un texto queda autorizada la reproducción de fotografías en las antologías destinadas a usos didácticos y en las obras científicas’. Es evidente que el legislador ha querido facilitar la reproducción de fotografías dado que permite ilustrar el texto de una obra literaria destinada a la enseñanza. En cambio, la referencia a las antologías destinadas a la enseñanza es más difícil de entender. De hecho, según los principios generales del derecho de autor, una antología sólo se puede realizar con

⁸³ Sobre la base de algunos elementos técnicos Garnett llega a la conclusión de que “es relativamente fácil concebir un sistema de control técnico que se ajuste a los límites de la reglamentación derivada de la legislación de derechos de autor” Véase, N. Garnett, obra citada, pág. 103.

el acuerdo de los autores de las diferentes obras reunidas. El autor de la antología disfruta entonces de la protección porque ha demostrado su originalidad en la elección o la disposición del material reunido. En consecuencia, si una antología se realizara para satisfacer las necesidades de la enseñanza, su autor debería solicitar el consentimiento de los diferentes titulares de derechos. No se aprecia claramente el motivo por el que los derechos sobre las fotografías se pueden soslayar tan fácilmente. Cabe preguntarse cómo, en esas condiciones, se puede interpretar la ley de la R. D. del Congo. El único enfoque que le daría sentido sería el orientado a considerar que todas las antologías destinadas a satisfacer necesidades didácticas conciernen al ámbito de la limitación de los derechos de los autores. Ahora bien, esto supone un menoscabo de los derechos protegidos. A ese respecto, la ley de Swazilandia incluye una disposición que podría inspirar una posible modificación de la ley de la R. D. del Congo. Efectivamente, esa disposición recuerda, a primera vista, la de este país. De hecho, se refiere a la publicación de la obra en una colección. Sin embargo, especifica que esa colección debe estar integrada principalmente por obras no protegidas, y que las obras que pudieran incluirse en ella sólo podrían ser obras literarias, lo que en última instancia no es más que una modalidad particular de inclusión de la obra en una publicación del tipo examinado anteriormente.

La referencia a las obras científicas incluida en la ley de la R. D. del Congo no escapa a la crítica. Cabría preguntarse cuál es el tipo de obra no científica en el contexto de la educación. Los folletos y otros documentos destinados a presentar de forma simplificada y concisa los elementos de un curso bien se pueden considerar como ‘obras científicas’ en materia de educación, si bien se les debe otorgar un lugar diferente al de las creaciones más elaboradas.

Un número también considerable de leyes nacionales se refieren a la inclusión de la obra en una grabación sonora o audiovisual o una emisión de radio.

En los dos primeros casos se puede pensar que el docente realiza una grabación con el fin de impartir la lección por medio de un fonograma o un videograma puesto a disposición de los alumnos. Esto ocurre cuando se trata de la enseñanza a distancia e incluso en algunos casos de enseñanza presencial. Para este tipo de instrumentos de apoyo la ley autoriza la utilización de obras protegidas de terceros en el contexto de la restricción en beneficio de la enseñanza. Por ejemplo, para una clase de fonética se puede entender que una obra audiovisual consistente en una encuesta en la calle realizada por un órgano de radiodifusión se reproduzca total o parcialmente para aprender a pronunciar las palabras. De forma análoga, se comprenderá que para una clase de historia, una escena filmada o grabada cuando sucedieron los hechos, o una simple representación o reconstrucción, se podrá incluir entre los comentarios elaborados por el docente.

En el último caso la obra protegida se incorpora en una emisión de radio o televisión. Las modalidades de la difusión no revisten mayor importancia. En tanto la enseñanza se puede impartir de forma presencial o a distancia, la difusión se puede efectuar en directo o en diferido; por ondas de radio o por cable y, en su caso, por Internet a determinados alumnos identificados y conocidos.

Cabría plantear la cuestión relativa al cambio de formato de una obra. Sería preciso determinar si ello equivale a una reproducción⁸⁴ que pudiera incluirse en el marco de una excepción o limitación en beneficio de la enseñanza. La respuesta no es fácil. En cierto sentido el cambio de formato no entraña ningún peligro y, por lo tanto, se puede incluir en el ámbito de la restricción en beneficio de la enseñanza. Tal sería el caso, por ejemplo, de una obra original en formato digital, que se imprimiera sobre papel. A la inversa, cuando una obra original en formato analógico se digitaliza, su nuevo formato abre posibilidades que no ofrecía el formato original. En ese caso, sin duda conviene proponer una solución de enfoque doble: si la digitalización en sí misma es necesaria para la lección se la puede incluir en el concepto genérico de ‘ilustración’ utilizado en la mayor parte de las legislaciones nacionales. Ahora bien, si la digitalización es sólo un medio cuyo resultado se utiliza para ilustrar la enseñanza, se podría dudar. En efecto, si el docente o el estudiante realizan la digitalización, se puede considerar que el resultado es una reproducción efectuada con fines privados. Pero, ese es justamente el problema: una copia privada sólo se puede utilizar con fines privados. Esa copia no se debería utilizar en un ámbito público como el de la enseñanza. Sin embargo, podría ocurrir que la digitalización fuera una de las etapas técnicas indispensables para poner la obra o sus partes a disposición de los alumnos en formato analógico. En ese caso, la digitalización no sería más que un medio, y no un fin, y el objetivo de ilustrar la enseñanza podría seguir prevaleciendo sobre cualquier otra consideración.

Ahora bien, si la digitalización se orienta a poner a disposición de los alumnos la obra protegida en formato digital, ello significa que los peligros inherentes a esa forma de explotación de la obra se deben tener en cuenta para introducir la obligación de solicitar el acuerdo de los derechohabientes. Además, si se examinan algunos tratados que acuerdan licencias a los establecimientos de enseñanza del continente africano se comprobará que especifican que la licencia no se aplica a las reproducciones de tipo digital. Por ejemplo, en el acuerdo propuesto a las instituciones de enseñanza superior por la *Reproduction Rights Society of Kenya* respecto de la reproducción de obras protegidas mediante fotocopia y sistemas análogos de reproducción se puede ver que ese instrumento no autoriza ni abarca la utilización de copias digitales, ya sea mediante su visualización en pantalla, su transmisión a través de una red local o exterior, su transmisión a direcciones electrónicas o su almacenamiento en una plataforma, un disquete, un CD-ROM o un soporte similar. En definitiva, el acuerdo prohíbe expresamente la realización de copias digitales en el marco de la enseñanza. Por consiguiente, toda institución de educación que deseara efectuar tales reproducciones debería solicitar el consentimiento de los titulares de los derechos.

Sin embargo, evidentemente, si se adaptara la legislación se podría entender que esas reproducciones se efectuaran en el marco de una licencia que tuviera en cuenta el riesgo de infracción y la certeza casi absoluta de un atentado a la explotación normal de la obra.

2. Transformación

Por transformación se entiende generalmente la adaptación de la obra. Consiste en crear una obra nueva a partir de una preexistente, sin la intervención del autor de esta última. En otras palabras, la transformación da lugar a la creación de una obra de segunda mano u obra

⁸⁴ El cambio de formato (digitalización de una obra existente en formato analógico, realización bidimensional o tridimensional de una obra existente en tres o dos dimensiones, etc.) constituye una reproducción. Véase, a ese respecto, F. Pollaud-Dullian, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, N° 723, págs. 473 y 474.

derivada. En el contexto de una limitación o una excepción en beneficio de la enseñanza son pocas las leyes nacionales referidas expresamente a actividades relacionadas con la transformación de la obra en el ámbito de la enseñanza.

En suma, la facultad para realizar una transformación derivaría de la generalidad de los términos empleados en la ley. En efecto, cuando la ley recuerda sin precisión el derecho de utilizar las obras con miras a ilustrar la enseñanza, es evidente que esa utilización puede implicar la transformación de la obra, en los casos en que esa transformación se integre en las actividades normales del establecimiento de enseñanza donde se realiza.

No obstante, algunas leyes establecen el derecho de efectuar traducciones. Es el caso de la ley de la República Centroafricana. Se debe hacer una distinción importante con respecto a las traducciones. De hecho, es preciso delimitar las que se realizan en el marco de la enseñanza de las que simplemente se utilizan en ese marco. En el primer caso se considera que la traducción es en sí misma una actividad perteneciente al ámbito de la educación. Ello ocurre en las escuelas de traducción e interpretación cuando los alumnos se inician en las técnicas de adaptación de un texto de un idioma a otro. También durante el aprendizaje de un idioma, cuando se dan textos que los alumnos o estudiantes deben traducir. En todo caso, la excepción se hace extensiva a la traducción cuando ésta supone una ‘utilización’ de la obra en el marco de la enseñanza. Esto significa que podría no ser necesaria una disposición expresa. Si la ley se refiere a la ‘utilización’ de la obra en el marco de la enseñanza o al recurso a la obra con el fin de ilustrar la enseñanza, e incluso a su adaptación, ello debería ser suficiente. En el segundo caso la obra utilizada en el marco de la enseñanza es una traducción. En relación con ella, la cuestión de la aplicabilidad de la excepción se plantea en los mismos términos que con respecto a todas las demás obras.

3. Representación

En el marco de las actividades académicas se realizan representaciones de obras del intelecto destinadas a ilustrar las lecciones. Por consiguiente, esas representaciones incumben al ámbito de la excepción o limitación establecida en la ley. Sin embargo, afirmar que las representaciones realizadas en el marco de la enseñanza se orientan a ilustrar las lecciones implica excluir del ámbito de esa restricción a las representaciones realizadas ‘con fines recreativos o lúdicos’, o sea que las kermeses y los actos de fin de año no se exceptuarán del sistema normal de propiedad literaria y artística⁸⁵.

La mayor parte de las legislaciones nacionales incluyen una disposición específica a ese respecto, junto a la excepción general que recurre al concepto de ‘ilustración de la enseñanza’. Tal es el caso de las leyes de Angola, Benin, Cabo Verde, Camerún, Ghana, Madagascar, Malí, Mozambique, Níger, República Centroafricana, Togo, Zambia y Zimbabwe. Cabría preguntarse quién debe realizar la representación: los estudiantes, los docentes o terceros. Algunas leyes, entre ellas la de Zambia, estipulan que la ejecución debe estar a cargo de personal del establecimiento de enseñanza o de sus alumnos y estudiantes. Esta restricción reduce inútilmente el ámbito de la excepción en beneficio de la enseñanza. En efecto, excluye tanto las representaciones realizadas por terceros como las transmisiones efectuadas con apoyo de medios mecánicos o electrónicos. Con respecto a las primeras, la excepción prevista por la legislación de Gambia no permite la participación de artistas profesionales en

⁸⁵ C. Alleaume, *Les exceptions de pédagogie et de recherche*, Communication - Commerce électronique, noviembre de 2006, pág. 14.

representaciones públicas, incluso cuando la obra en cuestión tenga una finalidad educativa. Esta exclusión merece ser censurada. Se debería permitir, por ejemplo, que en el marco de una clase una compañía de teatro profesional representara una obra teatral incluida en el programa de estudios de una escuela de arte o de una institución escolar ordinaria. Con respecto a la segunda, la exclusión de representaciones indirectas mediante soportes pregrabados o retransmisiones radiodifundidas restringe más aún el ámbito de la excepción y le resta una gran parte de su importancia. Todas las formas de transmisión al público se deberían permitir siempre que estuvieran destinadas a ilustrar la enseñanza.

La ley de Zimbabwe (párrafos 4 y 5 del artículo 25) ha evitado esa imperfección presente en la ley de Zambia. En efecto, aquella ley recuerda que los intérpretes de la representación deben ser alumnos o sus profesores, pero incorpora la hipótesis de que podrían terceros. En este caso, la ley prescribe que la representación se debe llevar a cabo en el recinto del establecimiento. Asimismo, prevé el caso de que la representación se realice por medios mecánicos a través de la proyección de una obra audiovisual, la lectura de un fonograma o la difusión de una emisión. La cuestión relativa a las modalidades de comunicación de la obra al público también merece particular atención. Ciertamente, cabe preguntarse si la excepción en beneficio de la enseñanza se aplica tanto a las representaciones ante un público presente en el lugar de la representación, o bien se extiende a las comunicaciones por medios mecánicos y a los modos de comunicación mediante transmisión. Algunos autores sugieren que la comprensión cabal del concepto de representación depende de la formulación de la ley. En el caso de Bélgica, por ejemplo, el hecho de que la ley se refiriera a ‘la ejecución’ se interpreta como una autorización individual para una comunicación particular en un momento y un lugar determinados, ‘lo que significa que esa comunicación se deberá efectuar en presencia de un público reunido en el lugar y en el momento en que se realice originalmente la comunicación’⁸⁶. En otras palabras, esa ‘ejecución’ concierne a la representación de obras *en vivo*, realizada por uno o varios artistas intérpretes (conciertos, representaciones teatrales, recitales y cualquier otro espectáculo), la proyección o la ejecución pública de obras registradas en cualquier tipo de soporte (películas, música, presentaciones de diapositivas o de PowerPoint, etc.) Esta interpretación sugiere la exclusión del ámbito de la excepción de la transmisión (o la retransmisión), o sea la comunicación destinada a una persona o una audiencia no presente en el lugar donde se realiza originalmente esa comunicación, en particular mediante la radiodifusión y la puesta a disposición de las obras a través de redes.

Si bien es comprensible la exclusión de las actividades relativas a la puesta a disposición que requieren una reproducción previa por parte de quien efectúa esa puesta a disposición, no se puede entender la exclusión en general de todas las transmisiones. Éstas se deben incluir en la esfera de la excepción a los fines de la enseñanza. La utilización de emisiones de radio y televisión es muy antigua. Por ello, en una época en la que la comunicación experimenta una verdadera renovación, no es propio que el recurso a esas emisiones deba estar sujeto al pago sistemático de derechos.

Por otra parte, se podría aplicar un razonamiento similar respecto de los países que no prevén expresamente la ampliación de la excepción en beneficio de la enseñanza a, por lo menos, ciertas formas de representación. De hecho, numerosos legisladores han actuado como si sólo la reproducción pudiera permitir la utilización de una obra para satisfacer las necesidades de la enseñanza. Tal es el caso, en particular, de Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Kenya, la República Unida de Tanzania y otros. Cabe preguntarse si el silencio de esos

⁸⁶ P. Laurent, obra citada.

legisladores respecto de las representaciones en los recintos escolares significa que esas actividades deberían estar sujetas al pago de regalías. Si se quiere aplicar rigurosamente la ley la respuesta será afirmativa. Además, teniendo en cuenta la norma según la cual las excepciones y limitaciones se deben interpretar de manera restrictiva, sería inadmisibles crear una excepción donde la ley hubiera guardado silencio. En el sentido estricto de la norma del criterio triple prevista en los instrumentos internacionales, si la ley no prevé una excepción se puede interpretar que el legislador consideró que la situación en cuestión no constituía un 'caso especial'. Esta solución es satisfactoria para el espíritu. Fundamentalmente, implica que la admisión de la representación en los países en que el legislador ha guardado silencio debería ir precedida por una modificación de la ley.

La solución no sería realista. Aun cuando la ley no la hubiera incluido expresamente en el ámbito de la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza, la representación no se debería excluir totalmente de dicho ámbito. En el caso de algunas leyes, entre ellas las de Côte d'Ivoire y Namibia, se podría interpretar que la formulación consistente en autorizar 'la utilización' de la obra a los fines de 'la ilustración de la enseñanza' e identificar ciertos modos de reproducción relativos a esa utilización (publicación, emisiones de radiodifusión, grabaciones, etc.), incluye tanto la reproducción como la representación, y que lo fundamental es la finalidad de la actividad realizada. Efectivamente, cuando la ley autoriza la inclusión de la obra en una grabación audiovisual o sonora, e incluso en una emisión de radio o de televisión, lo hace para que los alumnos o estudiantes la conozcan por medio de una representación en el ámbito escolar o universitario.

Dado que la ley no ha autorizado 'la utilización' en general, sino, únicamente y específicamente la reproducción, la comunicación al público no se excluye. Por ejemplo, la ley de Botswana sólo se refiere a las reproducciones, igual que las leyes del Chad, Swazilandia y otros países. Sin embargo, las leyes de todos esos países aluden a la reproducción de obras en fonogramas y videogramas o en emisiones destinadas a la enseñanza. ¿Habría que pensar, entonces, que sólo se permite la reproducción, y que para realizar representaciones las instituciones de enseñanza deben solicitar el consentimiento de los titulares de derechos? La respuesta proporcionada anteriormente puede servir para esta hipótesis: si las fijaciones están permitidas sobre soportes destinados por definición a la comunicación al público, sería absurdo obligar a los usuarios de esos soportes a solicitar autorización para conocer los contenidos.

4. Citas

La excepción de cita es obligatoria en virtud del Convenio de Berna, que la declara lícita desde un principio, a diferencia de la excepción general de utilización de obras en el ámbito de la enseñanza, que se ha dejado a la discreción de las legislaciones nacionales⁸⁷. De ello se desprende que los legisladores nacionales deben prever esta excepción que algunos especialistas en propiedad intelectual califican, con razón, de derecho subjetivo en beneficio de otros autores⁸⁸. Con esta orientación impuesta por el Convenio de Berna, la gran mayoría de las leyes de los países africanos incorporaron esa restricción a los derechos protegidos.

⁸⁷ A ese respecto, véase: L. Guibault, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*.

⁸⁸ A. y H-J. Lucas, obra citada, N° 322 y posteriores, págs. 260 y siguientes.

En su conjunto, las condiciones necesarias para citar una obra son las mismas en todos los países⁸⁹. Por lo tanto, se entiende por cita un pequeño préstamo que el autor efectúa a la obra de otro con fines pedagógicos, críticos, polémicos, ilustrativos, etc. De esta acepción generalmente admitida se desprende, ante todo, que la cita es el préstamo de un trozo breve de una obra anterior. En otras palabras, el autor que realiza la cita debe, por una parte limitarse a la extensión estrictamente necesaria para la ilustración o el comentario de su obra. Ciertamente, la brevedad es una medida relativa cuya apreciación no se puede hacer en relación con la obra en la que se introduce la cita. En cuanto a las obras literarias, es fácil proceder por comparación: en principio, la cita que exige de recurrir a la obra de la que está tomada excede los límites legales y constituye una infracción. Incluso la necesidad de no desvirtuar el pensamiento del autor o no dar una idea falsa de la obra no puede justificar totalmente los préstamos más extensos. Sin embargo, puede ocurrir que la longitud de la obra original no permita una cita ‘breve’ en el sentido etimológico del término. Es el caso, en particular, de las consignas y de algunos poemas⁹⁰. En esos casos, la obra parece ser un todo respecto del que los demás autores no tienen más que una opción: o bien citan la obra completa, lo que supone una competencia para esta, o se abstienen de citarla. Ese problema sin solución intermedia se resuelve en detrimento del autor de la obra citada: es posible citar completamente una obra, ‘a condición de incorporarla en un contexto que justifique la cita’⁹¹.

La ley de Cabo Verde (artículo 48.e) contiene una disposición original orientada a limitar la extensión de las citas. Esa ley precisa que la importancia de la cita no puede ser tal que perjudique los intereses de la obra citada. En otras palabras, no es admisible que, debido a su extensión, la cita exima a los usuarios de la obra en la que figura, de la necesidad de recurrir a la obra citada.

Además, afirmar que la cita es un préstamo tomado de una obra anterior implica que se pueda identificar esa obra. Por eso, según la opinión unánimemente aceptada, el autor que cita debe indicar la fuente de la cita. La fórmula generalmente utilizada en la legislación incluye esa exigencia. Ello significa que siempre se deberá indicar el nombre del autor citado, si figurara en la fuente, así como, por motivos prácticos, la fecha de publicación de la obra. Esta mención se hará de forma visible, bien sea en el texto o en una nota de pie de página, tras la inclusión de la cita entre comillas o en cursiva.

Si la obra es de autor anónimo o seudónimo, la exigencia se mantiene. En el primer caso, la cita se relacionará con una obra y una empresa editorial determinadas. En el segundo caso no se plantea ningún problema por cuanto el seudónimo no deja ninguna duda sobre la identidad real del autor. Pero si existiera alguna duda, el autor que cita deberá mencionar el seudónimo y la fuente, siempre que ese seudónimo figure en la fuente.

Más adelante, la cita sólo se admite si la efectúa un autor. Esta exigencia supone que la cita sólo es lícita, en principio, cuando se incorpora en otra obra también original. Efectivamente, una recopilación de citas sería más bien una antología y, como tal, estaría

⁸⁹ A modo de introducción, se señala la postura unánime de permitir citar sólo una obra, que haya sido publicada lícitamente.

⁹⁰ Tal es el caso, por ejemplo, del poema chino “Le vent arrive de ci de là en ondulant” (Du Fu), citado por Vivant en: *Pour une compréhension nouvelle de la notion de courte citation*, J.C.P. 1989, I, 3372.

⁹¹ F. Pollaud - Dullian, *Exercice des droits d'auteurs*, Juris - classeur, Propriété littéraire et artistique, fascículo 317, N° 60.

sujeta al derecho de autor. Por lo tanto, quien realice una recopilación de citas deberá solicitar la autorización de los titulares de derechos de las diferentes obras que proporcionan el material para la recopilación.

Esto implica que la obra en la que se incorporan las citas debe presentar una fisonomía propia. Debe poder prescindir de las citas, lo que no ocurriría en el caso de una antología o recopilación de fragmentos escogidos. Las leyes de Uganda y de Burkina Faso proporcionan buenos ejemplos a este respecto. La primera dispone, en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 15, que la cita de una obra publicada se permite siempre que se la '*utilice en otra obra*'. En cuanto a la segunda de esas leyes, en su artículo 22 exige que las '*citas (estén) justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o informativo de la obra en la que se incorporan*'. Idéntica formulación se encuentra en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 67 de la ley del Camerún.

Por último, la cita sólo es lícita si el préstamo tiene una finalidad crítica, pedagógica, científica o informativa⁹² respecto de la obra en la se incorpora. Si nos remitimos a la autorizada opinión de Desbois, '*los préstamos sólo se pueden tomar libremente si sirven de documentación y argumentación en favor del desarrollo personal*'⁹³.

Al margen de esas condiciones clásicas, o para no tener que mencionarlas a todas, algunas leyes exigen que la cita sea compatible con los usos honrados. Ello ocurre, en particular, en las leyes de Mozambique, el Níger, la República Centroafricana y el Senegal. En el espíritu de esos textos se procura, como lo resume el Profesor Colombet remitiéndose a una formulación inspirada en la legislación italiana, '*que no se genere competencia a la utilización económica de la obra de la que se toma el préstamo*'⁹⁴.

Las exigencias relativas a la cita en el marco de la enseñanza prohíben realizar recopilaciones de extractos breves con miras a su distribución entre los estudiantes. Si esos extractos constituyeran una antología sería preciso obtener la autorización de los diferentes autores. En esas condiciones, cabe preguntarse cuál es el régimen apropiado para los extractos de obras y artículos de doctrina frecuentemente fotocopiados y recopilados en fichas (llamadas en los países anglófonos *course packs*, o *study kits*), que los docentes y las administraciones escolares y universitarias ponen a disposición de los alumnos, especialmente en el contexto de los trabajos prácticos o guiados. Es evidente que esos extractos no reúnen las condiciones de la cita. Por consiguiente, para verificar su licitud es preciso abordarlos desde el punto de vista de la excepción o la limitación general en beneficio de la enseñanza.

Ahora bien, el problema central que actualmente plantea la cita a los juristas no es tanto la comprensión de las condiciones que debe reunir su utilización, sino los ámbitos de la creación intelectual que debería abarcar. En otras palabras, determinar si se podría recurrir a la cita en un ámbito distinto del literario.

Ciertas leyes africanas se destacan por la claridad a ese respecto. De hecho, algunas se refieren a la cita en contextos distintos de la literatura. Tal es el caso de Angola y Cabo Verde. Según los textos de esos dos países, se puede hacer una cita de fragmentos breves tomados de

⁹² La ley de la Rep. Democrática del Congo añade que la cita puede tener una finalidad cultural.

⁹³ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Dalloz, París, 1978, N° 248, pág. 314.

⁹⁴ C. Colombet, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, obra citada, pág. 58.

obras escritas, sonoras o audiovisuales, para los diversos fines antes mencionados. Sudáfrica y Namibia siguen el mismo criterio e incorporan en la esfera de la cita, tanto las obras literarias como las musicales. Lo mismo ocurre con la ley de Ghana, que hace extensiva esa posibilidad a las ejecuciones o interpretaciones, los fonogramas, las obras audiovisuales y los programas de radiodifusión⁹⁵. Por último, en lo concerniente al ámbito de la cita, la ley de la República Unida de Tanzania se revela más abierta, por cuanto admite la cita de manera general y sólo excluye de su ámbito a los programas informáticos y las obras de arquitectura.

El marco que ofrece el presente estudio no es apropiado para proponer la reflexión sobre las dificultades que plantea la cita en esferas distintas de la literatura. Baste señalar que para utilizar una obra en el contexto de la enseñanza, los agentes que no consigan satisfacer los rigurosos requisitos exigidos para la cita deberían abstenerse de invocar ese recurso para acogerse a la excepción o limitación general en beneficio de la enseñanza.

¿Qué se podría decir de leyes tales como las de Kenya, Nigeria y Seychelles, que no incluyen alusión alguna a la cita? ¿El silencio de los legisladores significa que la cita está prohibida por las leyes nacionales de esos países? No se puede responder afirmativamente a esa pregunta. Dado que el Convenio de Berna consideró la cita como una excepción imperativa, el silencio de un legislador nacional no influye realmente sobre el beneficio de esa excepción para los nacionales de los Estados miembros de la Unión. Dicho de otra manera, ningún nacional de esta Unión debería ser pasible de enjuiciamiento por la infracción que supone la utilización del recurso de la cita, no previsto en la legislación nacional⁹⁶.

G. Actividades abarcadas por las excepciones y limitaciones

Las actividades a las que conciernen las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza derivan de formulaciones utilizadas para introducir las restricciones. En general, se incluye la utilización de la obra o el objeto protegido con el fin de ‘ilustrar’ una lección. Esto significa que, en realidad, casi todas las actividades realizadas en el marco de la enseñanza se pueden beneficiar de la restricción.

Ante todo, es preciso pensar en la preparación de la lección. La incorporación de ésta en la esfera de la restricción en beneficio de la enseñanza es cuestionable. De hecho, cuando un docente prepara su lección, esa actividad es todavía más o menos privada. Por ejemplo, cuando realiza investigaciones documentales nada permite asegurar que toda la documentación reunida se utilizará para la lección. En esta etapa su comportamiento no se puede interpretar de forma unívoca. Esta conclusión se podría mantener, incluso si el docente realizara investigaciones en la esfera en la que habitualmente actúa o enseña, o si las autoridades de su institución le hubieran asignado esa tarea. Esto significa que la actividad de preparación de las clases se puede incluir, a posteriori, en el contexto de la excepción en beneficio de la enseñanza, sólo cuando los documentos reunidos se utilicen para impartir la lección a los alumnos. Por consiguiente, la actividad de acopio de documentación no puede constituir en sí misma una infracción. En la mayoría de los casos, esta actividad incumbirá al

⁹⁵ Sin embargo, la ley de Ghana especifica que la cita debe consistir en fragmentos breves destinados a informar al público.

⁹⁶ Conviene recordar la formulación utilizada en el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio de Berna: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público (...)”. Esta formulación parece estar dirigida tanto a los legisladores como a los jueces de los países miembros de la Unión.

ámbito de la excepción para uso privado o para las investigaciones en el marco de proyectos personales.

Sin embargo, uno de los aspectos de esta preparación, entendida en sentido amplio, se puede incorporar fácilmente en la esfera de la excepción en beneficio de la enseñanza. Se trata de las reuniones académicas, incluidas las de examen de programas, asignación de clases y distribución de cursos. En esas reuniones, que representan la etapa de establecimiento colectivo de las condiciones para la preparación de las clases, podría ser necesario realizar copias de obras protegidas o de representaciones de esas obras. Esas reproducciones y representaciones se deben considerar parte integral del ámbito de la restricción, dado que conciernen a las actividades educativas. No obstante, si la ley del país en cuestión limita ciertas actividades a la enseñanza *presencial*, ninguna de ellas se podrá realizar en el marco de dichas reuniones, a menos que la institución haya obtenido una licencia que le acuerde el derecho de hacerlo.

Seguidamente, es preciso considerar las *clases presenciales*, o sea impartidas a alumnos presentes ante el docente. Las restricciones en beneficio de la enseñanza abarcan principalmente esta actividad. Si esa excepción no existiera, la excepción de reproducción para uso privado no bastaría para permitir la utilización a los fines de la enseñanza, dado que esa utilización es, por definición, colectiva. Tampoco se podrían invocar las representaciones en un círculo familiar, por cuanto la comunidad escolar no es asimilable a ese círculo. De esto se desprende que la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza presenta una singularidad real que le confiere su utilidad. En el marco de esa enseñanza, el docente tiene la facultad de utilizar la obra con bastante libertad. Las leyes nacionales se refieren generalmente a la ‘ilustración de la enseñanza’. Esa ilustración se puede hacer de diferentes maneras, por ejemplo, mediante la organización de una representación de la obra pura y simple, o comentada; la recomendación de una reproducción de la obra; las citas de extractos de la obra, etc., con el fin de ‘ilustrar’ la lección.

De esta afirmación deriva una exigencia fundamental: la obra sólo se puede utilizar para ilustrar una lección que presuntamente existe por sí misma. Esta exigencia fundamental presupone que la lección preparada por el docente podría existir como obra del intelecto independientemente de la obra utilizada para ilustrarla.

Ahora bien, es evidente que en algunos casos el objeto casi exclusivo de la lección será una obra del intelecto. En las escuelas de arte, por ejemplo, el análisis de los diferentes estilos artísticos de los autores estudiados pasa necesariamente por la utilización de las obras como únicos sujetos de las lecciones. De forma análoga, se debería obligar a las escuelas de informática a dedicar lecciones completas a programas desarrollados con anterioridad.

Por último, es necesario considerar la *enseñanza a distancia*. En lo esencial, esta forma de enseñanza consiste en “impartir capacitación por conducto de una o más tecnologías analógicas o digitales de telecomunicaciones a alumnos o educandos tradicionales y no tradicionales que se encuentran alejados del docente por la distancia o/y por el tiempo. Lo característico de la educación a distancia no son los kilómetros, sino el empleo de la tecnología como intermediario de la instrucción en un aula, una biblioteca, un laboratorio informático de una facultad o un campus universitario, una residencia estudiantil, lugar de trabajo, o en otra ubicación físicamente distante del lugar donde ésta se origina. La enseñanza puede ser en vivo o asíncrona, en vídeo o texto, basada en el multimedia, o en una combinación de ambos. Es posible que sea interactiva, y puede considerarse como elemento del puntaje para obtener un diploma o certificado de un programa de competencia, para la

prosecución de una unidad didáctica, para mejorar las perspectivas de empleo o, sencillamente para el enriquecimiento personal del estudiante”⁹⁷. La enseñanza a distancia recurre a todas las tecnologías de telecomunicaciones, tanto básicas como de vanguardia, con el fin de satisfacer las necesidades de los alumnos: emisiones abiertas o cifradas, unidireccionales o interactivas, por cable o por satélite; y enlaces por fibra óptica y microondas; CD-ROM, Internet, etc. A este respecto, es preciso determinar si la excepción se aplica de forma análoga a esa forma de enseñanza. Las reservas, si las hubiere, se pueden justificar tanto en lo que concierne al universo analógico como al digital. En efecto, en el primero, una documentación completa se envía por escrito a los alumnos por correo. En el segundo, las redes son el medio de transmisión de la documentación. En ambos casos se comprueba que, a veces, la utilización de la obra requiere una reproducción o una fijación previa, lo que puede dar lugar a la puesta en tela de juicio de dos derechos de explotación, a saber: el derecho de reproducción y el derecho de representación.

En África, sólo la ley de Zimbabwe, derogada en 2000, contenía una disposición específica relativa a la enseñanza a distancia. Ningún texto en vigor alude a esa modalidad⁹⁸.

No obstante, el silencio de los legisladores no parece obedecer a una voluntad de excluir la enseñanza a distancia. En efecto, en los países en los que la ley se refiere a ‘la utilización de la obras con el fin de ilustrar la enseñanza’ sin precisar las modalidades de esa utilización ni los diferentes tipos de enseñanza aludidos, se puede intentar extrapolar la norma jurídica existente a la enseñanza a distancia, en particular la que se imparte por Internet. En esas condiciones, se reafirmará que las instituciones de educación tienen la facultad de recurrir a obras protegidas para ilustrar las clases a distancia que imparten a sus alumnos. Sin embargo, se comprobará que la ley no se adapta completamente a esa situación, por lo que será necesario modificarla a fin de adecuarla mejor al contexto de Internet.

A ese respecto, la legislación de los Estados Unidos es una fuente que podría inspirar a los legisladores africanos. Efectivamente, los Estados Unidos⁹⁹ adoptaron en 2002 un modelo notable para reglamentar la utilización de las tecnologías digitales en el marco de la enseñanza a distancia. Ese modelo confirma que una extrapolación lisa y llana de las excepciones y limitaciones aceptadas en el mundo analógico al entorno digital sería insuficiente.

⁹⁷ L. Guibault, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, obra citada.

⁹⁸ Ciertamente, la nueva ley de Zimbabwe se refiere, en el párrafo 2 de su artículo 25, a la comunicación de las pruebas a los candidatos. Cabría preguntarse si el legislador no ha querido incorporar en el ámbito de la excepción los casos en los que, en el contexto de un curso a distancia, los candidatos reciben los temas de examen a través de algún medio de transmisión. Si la respuesta fuera afirmativa, tal transmisión sería una de las actividades abarcadas por la excepción.

⁹⁹ La legislación estadounidense adopta el mismo enfoque que la Directiva europea sobre la sociedad de la información, en cuyos considerandos se invita a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta las significativas repercusiones económicas que podría tener la excepción si se aplicara al nuevo entorno electrónico, de modo que, finalmente, el ámbito de aplicación de esa excepción fuera más restringido para las nuevas utilidades que para el entorno tradicional.

En efecto, según se planteó durante la aprobación de la modificación introducida en el párrafo 2 del artículo 110 de la ley estadounidense de 1976, la adaptación del régimen de excepción en beneficio de la enseñanza a la tecnología digital utilizada para la enseñanza a distancia sugiere la incorporación de disposiciones que permitan minimizar el omnipresente riesgo de infracción. Por último, mediante la enmienda aprobada, conocida como *Technology, Education and Copyright Harmonization Act* (Ley de armonización de la tecnología, la educación y el derecho de autor) o Ley TEACH, se introdujeron innovaciones tales como la inclusión de nuevas garantías destinadas a prevenir los riesgos que corren los titulares del derecho de autor; la ampliación de las categorías de obras abarcadas por la excepción¹⁰⁰ y la redefinición de las condiciones en las que los establecimientos de enseñanza reconocidos sin fines de lucro pueden utilizar, en el contexto de la enseñanza a distancia, los objetos protegidos por el derecho de autor, incluso por medio de sitios Web y otros recursos digitales, sin estar obligados a obtener la autorización del titular del derecho ni a pagar regalías. Entre otras garantías, la ley prevé que los alumnos puedan consultar cada módulo de estudio dentro de cierto plazo. Sin embargo, no se les acuerda el derecho de almacenar las obras o los extractos puestos a su disposición ni de utilizarlos con posterioridad durante sus estudios universitarios. En cuanto a los docentes, pueden incluir en los módulos de estudio obras protegidas, pero, en general, sólo en forma de extractos o en condiciones análogas a las de la enseñanza y los cursos tradicionales. Ciertas actividades, entre ellas la digitalización por escáner y las descargas de obras completas o fragmentos extensos almacenados en un sitio Web, que permiten a los estudiantes acceder a ese material durante todo el semestre en cuestión, no se admiten sin una licencia particular, aun cuando esas actividades se realicen a en el marco de estudios privados relacionados con la enseñanza oficial.

Es ese contexto se entiende la adopción de medidas técnicas relacionadas con las obras disponibles en línea, incluso cuando esas obras se hayan creado con fines didácticos. Por otra parte, según R. Xalabarder¹⁰¹ la segunda y la tercera etapa de la prueba del criterio triple sólo pueden ser eficaces si las instituciones de educación toman medidas técnicas para asegurar que las obras puestas a disposición de la comunidad escolar no se utilicen con otros fines, y si las instituciones de enseñanza pagan una remuneración equitativa en función del tipo de actividad, del número de alumnos que la realizarán y de otros factores.

Algunas de estas restricciones pueden parecer demasiado rigurosas para los países africanos cuyas poblaciones están bastante empobrecidas. Con todo, es preciso adaptar el marco jurídico a fin de minimizar los conflictos entre los titulares de derechos y las instituciones de educación. De no hacerlo, las licencias concertadas entre los titulares de derechos y las instituciones de enseñanza podrían ofrecer una solución alternativa.

Por último, es necesario considerar los *diferentes exámenes* que tienen lugar en el ámbito de la enseñanza. Los textos legislativos de algunos países africanos se refieren a ellos expresamente. Tal es el caso de Madagascar, Mozambique, el Níger, Zambia y Zimbabwe. En general, los países francófonos son bastante lacónicos respecto de la utilización de las obras para los exámenes. En sus leyes se limitan a autorizar la reproducción reprográfica de las obras para ese fin, sin más precisiones. En cambio, los países anglófonos ofrecen una

¹⁰⁰ Además de las obras literarias no teatrales y musicales anteriormente abarcadas, la Ley TEACH incorporó los extractos breves de películas entre las obras a las que concierne la excepción.

¹⁰¹ R. Xalabarder (2004), Copyright exceptions for teaching purposes in Europe [documento de trabajo en línea]. IN3:UOC. (Serie de Documentos de Trabajo: WP04-004), <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418.html>.

formulación más explícita que refleja la realidad de algunos exámenes escolares y universitarios. Concretamente, según el apartado f) del párrafo 1 del artículo 21 de la ley de Zambia, la obra o el extracto de la obra que se utilice para el examen debe formar parte de la prueba tomada al candidato o de la respuesta proporcionada por éste. De hecho, las pruebas suelen reflejar la sensibilidad del docente que las propone. Sólo en contadas ocasiones esas pruebas constan exclusivamente de obras protegidas. Incluso cuando de trata de un comentario de texto, este suele ser una parte de un conjunto de temas obligatorios o de libre elección. Además, cuando un texto constituye por sí solo el contenido de la prueba, suele ser un extracto breve o una obra corta extraída de una recopilación. Por otra parte, la duración de la prueba impone límites a la extensión del préstamo de la obra protegida. Si bien la ley de Zimbabwe dispone, en el párrafo 2 de su artículo 25, que toda actividad relativa a una obra protegida destinada a elaborar temas de exámenes, comunicar las pruebas a los candidatos y responder a dichos temas se incluye en el ámbito de la excepción¹⁰², ello no se debería interpretar como una autorización a los agentes de la educación para rebasar esos límites.

H. Beneficiarios de las excepciones y limitaciones

No es difícil identificar a los beneficiarios de las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza. Dado que su ámbito está bien definido, se puede inferir que es la propia institución, si tiene personalidad jurídica, así como las personas que la integran y le permiten cumplir su misión, a saber, los docentes y los alumnos.

1. Instituciones

Evidentemente, las instituciones educativas son las principales beneficiarias de la excepción en beneficio de la enseñanza. Son ellas las que proporcionan el marco para el reconocimiento de la excepción. Si una institución no estuviera reconocida como perteneciente a la esfera de la educación, ello supondría un impedimento absoluto para la aplicación de la excepción en beneficio de la enseñanza en esa institución.

En particular, afirmar que las instituciones educativas disfrutan de la excepción en beneficio de la enseñanza significa que, a priori, no están sujetas a demandas como infractoras por permitir la utilización de las obras en sus recintos. Esta norma es aplicable aun cuando la institución hubiese proporcionado el material necesario para la utilización de las obras. Por ejemplo, la institución no es responsable en absoluto por poner a disposición de los docentes y alumnos los dispositivos que sirven para reproducir las obras, tales como las fotocopiadoras y las grabadoras de CD-ROM o de DVD. Lo mismo ocurre si el establecimiento pone gratuitamente a disposición de la comunidad educativa una conexión a Internet o equipos que permitan la reproducción o la transformación de obras protegidas.

Por otra parte, la ley de Angola va más allá. En su artículo 29 b) autoriza a las bibliotecas públicas, los centros de documentación no comerciales, las instituciones científicas y los establecimientos de enseñanza a realizar, ellos mismos, las reproducciones mediante un procedimiento fotográfico u otro similar, a condición de que el número de ejemplares no sea mayor que el necesario para la finalidad prevista. De ello se desprende que la excepción en beneficio de la enseñanza establecida en la legislación de Angola es una de las más generosas, por cuanto acuerda expresamente a las instituciones a las que concierne,

¹⁰² Sin embargo, la realización de copias de partituras musicales para su ejecución en el contexto de un examen queda excluida de la esfera de la excepción.

atribuciones que otras legislaciones no prevén. Así, esa legislación podría permitir resolver, en cierta medida, el problema de la falta de recursos documentales que, por ejemplo, obliga a una biblioteca a realizar copias de una obra para un número más o menos importante de personas con el fin de conservar un único ejemplar disponible. No obstante, queda por precisar la aplicación del criterio triple con miras a limitar esa actividad e impedir que menoscabe los derechos protegidos.

El mismo razonamiento se aplica cuando la institución facilita los locales para las representaciones o las reuniones pedagógicas que requieren la utilización de obras protegidas. En resumen, la institución no asume ninguna responsabilidad por haber contribuido activamente, en el marco definido por la ley nacional, a la utilización de obras con fines pedagógicos.

Algunas leyes nacionales exigen que el beneficio de la excepción se reserve a las instituciones escolares reconocidas. Tal es el caso de Kenya y Nigeria. La exigencia del reconocimiento plantea una cuestión interesante, cual es la de determinar si el reconocimiento concierne a la existencia de la institución o a la utilización de las obras. Si se considera que el reconocimiento de la institución escolar es necesario para que ésta pueda utilizar las obras, ello implica, de hecho, que la institución está sujeta a ese reconocimiento. Éste se convertirá en un instrumento mediante el cual las autoridades públicas competentes en cuestiones de derecho de autor y derechos conexos podrán establecer las condiciones de utilización de las obras. En pocas palabras, si se adopta este enfoque, el reconocimiento podría ser una licencia encubierta bajo otra denominación, o un texto legislativo con directrices para la utilización de las obras. Por este motivo es conveniente que prevalezca la primera interpretación. Asimismo, la ley de Kenya, que es particularmente explícita en la materia¹⁰³, dispone que las instituciones beneficiarias de la excepción sean las escuelas registradas con arreglo a la ley de educación y las universidades creadas en virtud de un texto legal. Esto sugiere que el reconocimiento aludido se debe considerar a la luz de las leyes relativas a la enseñanza y no a las concernientes al derecho de autor y los derechos conexos. Por el contrario, se podría inferir que las escuelas y universidades que no se ajusten a la ley quedan excluidas del ámbito de la excepción o limitación.

Toda institución que imparta enseñanza a distancia disfruta de las prerrogativas de la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza. No obstante, debe tomar medidas de precaución particulares. Efectivamente, la institución asumirá su responsabilidad si pone a disposición de cualquier persona las obras protegidas. Por lo tanto, deberá tomar precauciones de carácter técnico para asegurar que sólo sus docentes, alumnos y eventualmente su personal tengan acceso a las obras puestas a su disposición.

2. Docentes

Los docentes disfrutan de la excepción en beneficio de las actividades educativas por cuanto, como se ha señalado, tienen la posibilidad de utilizar las obras para ilustrar sus lecciones. Para ello, pueden realizar diversas actividades relacionadas con la obra protegida. En efecto, pueden utilizar las obras tanto en la fase de preparación de la lección como al dictar su clase. Cabría preguntarse si pueden efectuar copias de obras para ponerlas a disposición de los alumnos (fotocopias, grabaciones en CD-ROM, archivos adjuntos enviados a los alumnos,

¹⁰³ La ley de Nigeria sólo se refiere a ‘toda utilización de una obra en una institución educativa reconocida (...)’. Véase apartado h) del segundo apéndice.

etc.). La pregunta reviste mayor interés por cuanto en África, dado el nivel de pobreza de las comunidades tanto rurales como urbanas, los alumnos suelen carecer de los recursos necesarios para adquirir las obras protegidas incluidas en los programas de estudios. Un argumento importante podría favorecer una respuesta afirmativa a esta pregunta: dentro del ámbito de la enseñanza está permitida toda utilización que la ley no restrinja.

Sin embargo, ese argumento no es determinante. Las leyes nacionales no acuerdan a ninguna persona facultades ilimitadas respecto de la utilización de las obras en el ámbito de la enseñanza. Esas facultades están siempre limitadas por condiciones bastante restrictivas que no permiten a los docentes reproducir ninguna de las obras utilizadas para la lección con el fin de ponerla a disposición de los alumnos. Sólo la ley del Senegal (artículo 42) parece muy liberal, por cuanto la única limitación que impone es que la reproducción (o la representación) no tenga fines de lucro. No obstante, incluso a ese respecto, sería abusivo interpretar la ley de manera demasiado amplia, dado que si bien el perjuicio causado al titular de derechos está justificado por la finalidad de la reproducción, tal utilización podría atentar contra la explotación normal de la obra.

Cabe preguntarse si la situación sería diferente en caso de que sólo se reprodujeran extractos de la obra. Si, por ejemplo, el docente se limitara a reproducir los ejercicios de cada capítulo estudiado y si la extensión de esos ejercicios no superara el umbral crítico por encima del cual se estima que la reproducción puede comprometer la explotación normal de la obra. Si la respuesta fuera negativa, la excepción perdería todo su interés para algunos agentes de la educación que ni siquiera pueden adquirir las obras protegidas incluidas en el programa de estudio e incluso, en ocasiones, no disponen de recursos suficientes para realizar copias de los fragmentos que permitan comprender la lección. Ahora bien, una respuesta afirmativa supondría un choque frontal con una serie de legislaciones nacionales que prohíben la utilización con arreglo a la excepción en beneficio de la enseñanza, de las obras creadas especialmente con fines educativos (Etiopía, Swazilandia, República Unida de Tanzania y otros). Aun cuando la ley no excluye expresamente ciertas categorías de obras, es difícil admitir una reproducción y una distribución de extractos fuera del marco de una licencia, sin infringir la segunda y/o la tercera condición de la prueba del criterio triple.

Aparentemente, el legislador de Liberia ha sido el único que no ha encontrado obstáculos para permitir la realización de las reproducciones y su distribución a los alumnos con el fin de ilustrar una lección. En concreto, la sección 2.7 de la ley de ese país dispone que, ‘sin perjuicio de las disposiciones de la sección 2.6, la utilización leal de una obra protegida por derecho de autor, incluso mediante la reproducción de copias o grabaciones sonoras o mediante cualquier otro medio especificado en esa sección, a los fines de crítica, comentario, información, enseñanza (incluidas las copias en cantidad para utilizarlas en las aulas), becas o investigación, no constituye una infracción del derecho de autor’. Es difícil determinar si la ley de Liberia así formulada es más amplia que las demás. De hecho, la sujeción de las reproducciones a la *utilización leal* podría llevar a los agentes de la educación a solicitar una licencia a fin de no atentar contra la explotación normal de la obra.

3. Alumnos

Sería una perogrullada afirmar que los alumnos y estudiantes, según el nivel de enseñanza de que se trate, son los beneficiarios finales de la excepción en beneficio de la enseñanza. Efectivamente, ellos son los destinatarios de las enseñanzas recibidas, cuya comprensión justifica la utilización de la obra protegida. Por lo tanto, esa utilización, aunque incumbe al docente, tiene por finalidad la formación de los alumnos.

Sin embargo, la utilización podría suponer la participación activa de los alumnos. De ese modo, un docente podrá limitarse a mencionar las obras protegidas a las que los alumnos deberán recurrir para completar su información. En ese caso, los educandos desempeñan un papel activo en la utilización de la obra protegida en el contexto de las actividades pedagógicas. Incluso cuando ese papel no sea activo, contribuirá a la utilización de la obra en el marco de dichas actividades. En efecto, las obras constituyen comunicaciones públicas debido a la presencia de los estudiantes en las representaciones, y por eso generan el debate sobre su licitud.

Precisamente, en lo que concierne a la representación de las obras, la responsabilidad no incumbe a los alumnos, por cuanto ellos reciben o ejecutan obras en el ámbito que el derecho suizo denomina ‘círculo de la familia pedagógica’.

La cuestión de la responsabilidad respecto de la reproducción puede cobrar un giro particular. En los países africanos se observa con frecuencia que los estudiantes carentes de recursos financieros suficientes recurren a las fotocopias a fin de disponer del material necesario para el aprendizaje. En otras palabras, el docente se limita a mencionar la obra protegida, según se ha dicho, y cada alumno, en vez de consultarla en el lugar o pedirla en préstamo para consultarla en su casa, realiza una fotocopia que guarda y utiliza para la lección. Idéntica situación se observa respecto de obras disponibles en las redes, que los alumnos imprimen, graban o copian con el fin de utilizarlas en clase o como complemento de su formación.

En esas situaciones se puede apreciar que la excepción en beneficio de la enseñanza se asemeja a la relativa al uso privado, e incluso a la prevista en algunas legislaciones con respecto a las investigaciones personales.

La excepción concerniente al uso privado presenta un interés especial. Ciertamente, cuando el alumno realiza la copia, no para utilizarla en clase durante la lección, sino para completar sus conocimientos en privado, esa es una copia privada dado que el alumno la hace para su propio uso. El problema surge porque, en ese caso, lo individual se transforma rápidamente en colectivo cuando algunos alumnos de la misma clase, por indicación del mismo docente, hacen sus propias copias de la misma obra. Como se sabe, la mayoría de las legislaciones nacionales prohíben el uso colectivo de las copias efectuadas para uso privado. Además, es evidente que si los alumnos de una clase realizan conjuntamente las reproducciones de una obra por indicación de un docente, ciertamente se atentará contra la explotación normal de la obra. De esto se desprende que si bien la excepción de uso privado es una ayuda real en el ámbito de la enseñanza, no es tan útil como la excepción específica a los fines de la ilustración de esa enseñanza.

De hecho, cuando implica una utilización colectiva de la obra o de sus reproducciones, es necesariamente más amplia. El problema se plantea porque, a pesar del considerable apoyo que presta, no permite justificar un número muy importante de reproducciones sin retribución financiera por cuanto, en tal caso, existiría un abuso que rebasaría el límite autorizado por la restricción y, consiguientemente, un atentado contra la explotación normal de la obra.

Por último, si los alumnos no se pueden acoger ampliamente a la excepción reconocida en su beneficio, cabe preguntarse si ella no perderá toda su importancia.

En verdad, se debe reconocer que si bien la gestión de las representaciones en el contexto de las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza no presenta mayores dificultades, no puede decirse lo mismo respecto de las reproducciones. La solución para el continente africano se podría encontrar, sin duda, en el establecimiento de una distinción entre los diferentes niveles de enseñanza.

En los niveles de educación básica y secundaria se observa una tasa relativamente baja de reproducción de obras protegidas en el marco de las actividades educativas. Eso implica que aunque esas reproducciones se utilizan en ese marco, un abuso que entrañe un atentado contra la explotación normal de la obra sólo ocurrirá en casos particulares. En consecuencia, no sería exagerado afirmar que la utilización se mantendrá dentro de los límites razonables y justificará una ausencia total de remuneración o una remuneración relativamente baja.

En cambio, en el ámbito de la enseñanza superior, donde la utilización de tales obras está generalizada, se puede entender que el abuso y el atentado a la explotación normal sean frecuentes, lo que justifica que las excepciones y limitaciones previstas en la ley se sustituyan por licencias.

I. Condiciones que rigen las excepciones y limitaciones

En todas las leyes de países africanos las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza están sujetas a condiciones, a veces, muy rigurosas. Esa desconfianza es explicable. Como se ha señalado, la enseñanza es simultáneamente una actividad productora y gran consumidora de objetos protegidos. Si no se le presta la debida atención podría poner en peligro la creatividad. No obstante, si bien ciertas condiciones son comunes a todas las leyes nacionales, otras sólo están previstas en algunas. Teniendo en cuenta la orientación principal de las leyes nacionales, las condiciones exigidas se pueden clasificar por orden de importancia decreciente.

1. Finalidad de la utilización: la ilustración de la enseñanza

El objetivo de la utilización es la primera condición previa a la aplicación de la excepción. La utilización de las obras protegidas se hará a los fines de la ilustración de la enseñanza. El término “ilustración”, empleado en el párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna tiene por objetivo principal exigir que las obras utilizadas sirvan ‘para reforzar un discurso pedagógico o científico’¹⁰⁴. Esa exigencia presupone que tales obras no pueden ser sólo un elemento accesorio de la enseñanza impartida. Se la puede entender si se la compara con la cita. Así como la obra que incluye una o varias citas debe poder existir sin ellas, el curso se debe poder dictar sin recurrir a las obras. Sin embargo, es necesario atenuar el rigor de esta afirmación. Algunos cursos sólo versan sobre una obra determinada que le sirve de fundamento. Ello ocurre con las obras literarias y las obras de las artes plásticas que permiten analizar el estilo particular, la visión o el pensamiento de un autor. Es también el caso de las obras informáticas, que mediante la *decompilación* permiten crear programas compatibles o desarrollar un programa.

¹⁰⁴ Valérie-Laure Benabou, *L’exception au droit d’auteur pour l’enseignement et la recherche ou la recherche d’une conciliation entre l’accès à la connaissance et le droit d’auteur*, http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/00/15/70/PDF/Juri5_Benabou.pdf.

Según algunos autores, también tendría la finalidad de limitar el número de obras utilizadas. De todos modos, esta cuestión se abordará más adelante.

2. Publicación o divulgación previa de la obra

La exigencia relativa a la publicación o divulgación previa de la obra o del objeto protegido es común a casi todas las leyes nacionales. Las formulaciones para expresarla suelen variar. En ciertas ocasiones el legislador se refiere a ‘la obra divulgada’, en otras a la obra ‘puesta lícitamente a disposición del público’, la ‘obra publicada’, ‘la obra publicada con la autorización del autor’ o ‘la obra lícitamente publicada’. En todos los casos, la idea manifiesta es que la obra utilizada con arreglo a una excepción en beneficio de la enseñanza debe haber sido puesta a disposición del público por el autor o con su consentimiento. Dicho de otra forma, según las legislaciones, la obra tiene que haber sido divulgada por el autor, o sea, publicada por él o con su consentimiento.

Las leyes de unos pocos países, entre ellos el Senegal, Seychelles, Sudáfrica y Zambia no mencionan expresamente esta condición. Otros, por ejemplo Zimbabwe, sólo la mencionan en relación con ciertos aspectos de la excepción o la limitación. Ello se comprueba en el artículo 25 de la ley de este país, relativo a las diferentes utilidades de los objetos protegidos en el ámbito de la enseñanza, que inicialmente no alude en absoluto a la publicación. La exigencia de publicación no aparece hasta el párrafo 3, como si para las demás utilidades la falta de publicación no fuera un obstáculo. Ahora bien, sin duda, una obra no divulgada o no publicada se podría utilizar a los fines de la enseñanza. Sin embargo, si el autor decide mantener su obra en secreto o no publicarla, la utilización de esa obra en el contexto de la enseñanza atentaría gravemente contra esa voluntad, dado que la enseñanza se imparte a un público relativamente numeroso si se considera que todas las escuelas o universidades podrían recurrir a la misma obra en el marco del programa de estudios elaborado por la autoridad competente. De esto se deduce que la fuente de origen del material para la excepción en beneficio de la enseñanza tiene cierta importancia, y que el establecimiento que utilice una obra no divulgada o no publicada atentará contra el derecho moral del autor.

No obstante, la ley de Uganda parece minimizar los efectos de la publicación respecto de las diferentes excepciones. Según esa ley (párrafo 3 del artículo 15)¹⁰⁵, la no publicación de una obra no debería impedir su utilización leal a reserva de que se cumplan las condiciones de esa utilización.

Cabe preguntarse si, una vez divulgada o publicada la obra, la fuente utilizada para la excepción en beneficio de la enseñanza pasaría a ser lícita. Planteado de otra forma, se trata de saber si, en el ámbito de la enseñanza, la obra utilizada debe ser un ejemplar original o puede ser simplemente una copia realizada con fines privados, o una copia falsa, como suele ocurrir en el continente africano. La cuestión de la licitud de la fuente no es nueva. Recientemente se la ha planteado en Francia en relación con la copia privada obtenida a partir de descargas procedentes de sitios de intercambio de archivos musicales¹⁰⁶. Se podría

¹⁰⁵ Su formulación es la siguiente: ‘3) El hecho de que una obra no se haya publicado no eximirá del requisito de su uso honrado de conformidad con el párrafo 2)’

¹⁰⁶ Véase, en particular: G. Florimond, *La copie privée et la licéité de sa source*, IntLex.org (2006) [En línea]: <http://www.intlex.org/La-copie-privee-et-la-liceite-de.html>; Th. Maillard, *Retour aux*

[Sigue la nota en la página siguiente]

vislumbrar una solución de enfoque doble según la ilustración de la enseñanza se realizara a partir de un ejemplar de la obra materialmente en poder del docente o la institución, o mediante material disponible en las redes. En el primer caso se podría decir que, teniendo en cuenta que la excepción en beneficio de la enseñanza conlleva una flexibilidad suficiente respecto de los derechos protegidos, lo menos que se puede pedir a los establecimientos escolares es que adquieran ejemplares legítimos para sus actividades. Esta solución permitiría minimizar el perjuicio causado a los titulares de derechos en un entorno comercial en el que predominan las copias falsificadas.

La ley de Liberia, uno de los pocos textos que abordan la cuestión relativa a la licitud de la fuente, parece seguir esa orientación. Efectivamente, esa ley autoriza a los docentes y alumnos a realizar representaciones y comunicaciones de obras protegidas en el marco de las clases *presenciales* impartidas en establecimientos sin fines de lucro. Sin embargo, en relación con obras audiovisuales y similares la ley prohíbe esas actividades cuando la persona responsable de la organización de esa representación o comunicación tenga, o pueda tener, conocimiento de que las copias utilizadas son ilegales.

En el segundo caso se puede adoptar una actitud menos estricta respecto de la licitud de la fuente. En efecto, exigir esa licitud ‘equivaldría a obligar a los directores de establecimientos a garantizar que los materiales se pongan a disposición con el consentimiento del titular de los derechos pertinentes o, por lo menos, de forma lícita’¹⁰⁷.

3. Ausencia de carácter lucrativo

La ausencia de carácter lucrativo de la utilización del objeto protegido en el marco de la excepción en beneficio de la enseñanza es otro requisito fundamental. De hecho, la mayor parte de las leyes nacionales exigen que la utilización del objeto protegido esté desprovista de todo fin de lucro. La determinación de la existencia de lucro no debería plantear ninguna dificultad particular. Baste aclarar que la ausencia de lucro no significa, necesariamente, gratuidad: los alumnos podrían tener que pagar diversos gastos, pero el dinero recaudado sólo será una aportación necesaria para el desarrollo de la enseñanza, lo que excluye todo lucro por parte del organizador. En el ámbito de la enseñanza clásica o *presencial* el lucro podría conseguirse mediante la venta de copias de un ejemplar protegido a los alumnos o estudiantes, a un precio que sea superior a los costos de su producción y permita presumir que el

[Continuación de la nota de la página anterior]

¹⁰⁷ *sources (illicites) de la copie privée: A propos du jugement du TGI de Bayonne du 15 novembre 2005*, Revue Lamy Droit de l’Immatériel, N° 12, enero de 2006, N° 338.

P. Laurent, *Les nouvelles exceptions au droit d’auteur en faveur de l’enseignement: l’ère de l’e-learning*, obra citada. Para reforzar su argumentación el autor señala que el mencionado párrafo 2 del artículo 10 del Convenio de Berna no establece las condiciones necesarias para que la obra se ponga a disposición del público, a diferencia del **párrafo 1** del mismo artículo que otorga a los legisladores nacionales la facultad de acordar un derecho de cita de toda obra “que se haya hecho lícitamente accesible al público”. En realidad, ese argumento no se puede invocar legítimamente: tal como lo reconoce el autor, la formulación utilizada anteriormente en el **párrafo 1** remite al ejercicio del derecho moral de divulgación. Incluso con respecto a la excepción en beneficio de la enseñanza, la obra se debe haber divulgado lícitamente. Por lo tanto, se puede pensar que la licitud de la fuente sólo concierne a la legitimidad de un ejemplar adquirido o, en su caso, de una descarga autorizada por los titulares de derechos en las redes, lo que presumiblemente resuelve de antemano el problema de la divulgación.

establecimiento de enseñanza o el docente encargado de la puesta a disposición de las copias lucra con ello.

El lucro puede relacionarse simplemente con el tipo de establecimiento de enseñanza. Por consiguiente, se debería suponer que toda utilización realizada en un establecimiento de enseñanza orientado a funcionar como una sociedad comercial tiene, por definición, fines de lucro, por que debería estar sujeta al consentimiento de los derechohabientes o, al menos, al pago de una remuneración equitativa.

Se suelen utilizar dos formulaciones diferentes para prohibir la búsqueda de todo beneficio económico. En algunas leyes se alude a la ausencia de carácter lucrativo de la enseñanza, mientras que en otras se habla de ausencia de carácter lucrativo de la utilización. Las dos formulaciones se diferencian entre sí. En efecto, 'la ausencia de carácter lucrativo de la enseñanza' denota que la prohibición del lucro se dirige ante todo a la institución. En esa lógica, como se ha destacado, toda institución de enseñanza que pudiera perseguir un beneficio para su promotor queda excluida del ámbito de la excepción o limitación. En consecuencia, toda utilización de objetos protegidos en esas instituciones estará sujeta al pago de regalías. La 'ausencia de carácter lucrativo de la utilización' abarca a las instituciones y a sus agentes. En este caso, aunque la institución pública o privada reúna las condiciones para beneficiarse de la excepción, la utilización que haga no podrá tener ningún carácter lucrativo. En otras palabras, la excepción beneficia a la institución, pero la utilización debe estar desprovista de todo fin de lucro.

En las leyes de algunos países, entre ellos, el Congo, Ghana, Kenya, Malawi, Nigeria, la República Democrática del Congo, Seychelles, Sudáfrica, La República Unida de Tanzania, Togo y Zimbabwe no se menciona el carácter lucrativo o no de la enseñanza entre las condiciones exigidas para la licitud de la restricción con fines didácticos. No obstante, eso no significa que esa condición esté completamente ausente en el espíritu del legislador. Por cierto, en ciertos casos, la referencia a otras condiciones sugiere que la preocupación del legislador consiste en incluir la utilización en beneficio de la enseñanza en un marco jurídico que impida todo fin de lucro. Tal es el caso de los países que exigen que la utilización sea compatible con el '*uso leal*' o la '*práctica leal*' (entre otros Ghana, Namibia y Sudáfrica) e incluso que sea 'compatible con los usos honrados' (el Congo). También es el caso de los países que se limitan a restringir la utilización a un número de ejemplares suficientes para alcanzar la finalidad perseguida, o a un número determinado de ejemplares.

La misma preocupación por prohibir el fin de lucro se puede deducir de ciertos textos que remiten a dos de los tres criterios de la prueba triple, lo que sugiere que la norma concierne al carácter lucrativo de la utilización o la enseñanza. Tal es el caso de la ley de Zambia, que remite a la ausencia de atentado contra la explotación normal de la obra y a la ausencia de perjuicio injustificado contra los intereses comerciales del titular del derecho de autor.

4. Ausencia de abuso

La ausencia de abuso no se menciona expresamente en ningún instrumento internacional. En virtud del Convenio de Berna, primer instrumento que estableció una restricción en beneficio de la enseñanza en el párrafo 2 del Artículo 10 examinado anteriormente, la utilización de la obra a los fines de la enseñanza debe ser "conforme a los usos honrados". Esta exigencia se refleja en las leyes nacionales mediante diversas formulaciones.

Un primer grupo de leyes nacionales parece traducir esta exigencia mediante la prohibición de todo abuso de utilización de obras protegidas en las instituciones de enseñanza. Son los casos de Burkina Faso, Camerún y el Chad. Un segundo grupo retoma los términos del Convenio de Berna. A este grupo pertenecen el Congo, Madagascar y el Níger, cuyas leyes exigen, al igual que ese Convenio, que la utilización sea conforme a los usos honrados. Un último grupo, integrado por países anglófonos, se refiere a ‘prácticas leales’ (entre otros, Etiopía, Ghana, Sudáfrica y La República Unida de Tanzania), ‘condiciones justas’ (Seychelles) o ‘usos honrados’ (Liberia y Uganda).

Las leyes nacionales del primer grupo prohíben la utilización abusiva con el fin de ilustrar la enseñanza, pero no proporcionan ningún elemento de evaluación para ayudar a identificar un abuso, si bien es cierto que la evaluación de ese concepto está lejos de ser evidente.

Ante todo, se podría considerar el *número de copias realizadas* o el número de representaciones efectuadas. Este criterio puede presentar cierto interés, teniendo en cuenta que los docentes y los alumnos sólo pueden realizar las reproducciones y representaciones necesarias para la lección. Por consiguiente, si uno de los agentes de la educación realiza más reproducciones o representaciones que las necesarias para la comprensión de la lección, ello constituirá un abuso. Sin embargo, este criterio parece insuficiente por sí solo debido a la simplicidad de su aplicación: un docente de buena fe, normalmente prudente, diligente y preocupado por evitar cualquier despilfarro de recursos a su establecimiento y sus alumnos o estudiantes no debería permitir la utilización de un objeto protegido sino en la medida necesaria.

Se podría considerar también el *número de utilizaciones* o el tiempo de conservación de las copias realizadas. Pero el criterio no es absoluto, dado que para el alumno o estudiante la copia podría ser un simple documento cuya conservación no fuera necesaria, pero para el docente, que en la mayoría de los casos deberá volver a utilizarla, podría ser muy importante.

Por último, cabría pensar en la *noción clásica de abuso de derecho*. En ese marco, la posible existencia de abuso se podría evaluar sobre la base de consideraciones de equidad y política jurídica. Ante todo, la equidad permite comparar los intereses en juego y, ‘si el titular del derecho no prevé obtener con su actuación ningún beneficio más que la satisfacción de perjudicar a su víctima, la balanza se inclinará, naturalmente, en favor de ésta’¹⁰⁸. Además, las consideraciones de política jurídica permiten ‘moralizar el ejercicio de los derechos y, en ocasiones, orientarlos en función de ciertos objetivos económicos y sociales’¹⁰⁹. Desde esta perspectiva se podría considerar que existe un abuso cuando el proceder del docente o del alumno perjudica a los titulares de derechos sobre la obra protegida. Ese abuso se podrá valorar en función de la utilidad o inutilidad de la copia o la representación de la obra para la lección, y de la calidad, cantidad u oportunidad de su utilización. Lamentablemente, este argumento tampoco es determinante en vista del carácter jurídico generalmente reconocido a las excepciones y limitaciones. En efecto, como se ha señalado, estos no son derechos del

¹⁰⁸ J. Ghestin y G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Tome I, Introduction générale*, 3^a ed. LGDJ, París, 1990, N° 736, págs. 616 a 618.

¹⁰⁹ *Ibíd.* Por ejemplo, cabría imaginarse un caso en que no hubiera intención alguna de perjudicar, pero, debido a esa preocupación por moralizar el ejercicio del derecho de reproducción a los fines de la enseñanza, se admitiera una retribución en beneficio de los titulares de derechos.

público o de los usuarios de las obras. Por consiguiente, no se puede demandar a un usuario por abuso de derecho, por cuanto, precisamente, no disfruta de ese derecho.

Sin duda, el criterio no puede ser diferente del adoptado respecto de la cita y la parodia. Efectivamente, algunos autores no dudan en afirmar que cuando las excepciones no benefician a un consumidor pasivo sino a un autor o artista intérprete que necesita cierto espacio de libertad para crear o interpretar, se pueden considerar como verdaderos derechos reconocidos de esos autores o artistas¹¹⁰.

En relación con este último aspecto, algunas leyes nacionales (por ejemplo, la de Nigeria) ofrecen un planteo interesante: cuando la utilización consiste en la realización de copias, éstas se deben destruir después de cierto tiempo, generalmente al final del curso lectivo. En esos casos, el abuso estaría determinado por la utilización posterior a ese plazo. De todos modos, en los casos en que la ley no se pronuncie sobre los criterios que definen el abuso, será preciso que un juez evalúe individualmente cada caso.

Estas dificultades para determinar el criterio mediante el cual definir el abuso en el marco de la utilización de los objetos protegidos a los fines de la enseñanza permiten preguntarse si las legislaciones de los países de los otros tres grupos, en particular las de los países anglófonos, no deberían tener una interpretación más simple. En efecto, las legislaciones de esos países se refieren a las nociones de *fair dealing* (Seychelles), *fair practice* (Etiopía, Ghana, La República Unida de Tanzania y Sudáfrica, entre otros), y *fair use* (Liberia y Uganda). Evidentemente, las dos primeras expresiones, cuyo equivalente español, “conforme a los usos honrados”, utilizado en el Convenio de Berna y recogido en las leyes de algunos países africanos, recuerda la celeberrima doctrina estadounidense del *fair use* incorporada también en algunas de las leyes africanas mencionadas. A tenor de esa doctrina, extraída del artículo 107 de la ley estadounidense de 1976, para admitir una excepción a los derechos es preciso basarse simultáneamente en la finalidad de la utilización; la importancia del préstamo, determinada por la proporción del material original en la obra que lo incorporará; y el posible perjuicio económico¹¹¹.

Según el Profesor Sirinelli¹¹², el *fair use* tiene la ventaja de la flexibilidad, ya que “la importancia del fragmento de una obra original que se reproduce no será apreciada del mismo modo si se trata de una simple reproducción o de una parodia. Asimismo, la posibilidad de

¹¹⁰ A. y H-J. Lucas, obra citada, N° 314, pág. 256.

¹¹¹ Estos criterios se incluyen en las dos leyes africanas mencionadas. Por ejemplo, el artículo 15 de la ley de Uganda dispone:

‘2) Para determinar si la utilización de una obra en un caso determinado constituye un uso honrado se tendrán en cuenta los siguientes factores:

- a) la finalidad y el carácter de la utilización, en particular si ésta es de carácter comercial, o con objetivos educativos sin fines de lucro;
- b) el carácter de la obra protegida;
- c) la magnitud y el contenido sustancial del fragmento utilizado respecto de la obra protegida en su conjunto; y
- d) el efecto de la utilización sobre el potencial de comercialización de la obra protegida’.

¹¹² P. Sirinelli, *Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 diciembre de 1999. Véase el sitio web de la OMPI.

fotocopiar una obra sólo se admitirá en función del perjuicio que entrañe a los derechos de los editores que distribuyen los libros y conceden licencias autorizando las fotocopias (fotocopia por una empresa comercial de extractos de obras protegidas para elaborar textos destinados a la enseñanza universitaria)". Sin embargo, el autor reconoce que la flexibilidad de ese enfoque, que podría dar lugar a interpretaciones contradictorias por parte de los jueces, es al mismo tiempo su punto débil y, por lo tanto, considera que el *fair dealing* es un criterio más restringido y apropiado para garantizar a los titulares de derechos y a los usuarios la seguridad jurídica necesaria.

En su opinión, "el razonamiento propuesto por las legislaciones que admiten el *fair dealing* reposa en un estudio en dos etapas. En una primera etapa cabe preguntarse si las hipótesis limitativas que ha previsto el legislador contemplan el caso: las excepciones no se toleran sino para un número preciso de casos y finalidades determinadas (*dealing*) en cuyo caso es conveniente determinar si las actividades en cuestión caen dentro del ámbito de que se trata. La búsqueda de las actividades que constituyen excepciones no difiere entonces mucho de la que se opera en todos los sistemas cerrados como ocurre en el Derecho francés. En una segunda etapa, cabe preguntarse si la utilización en cuestión cae dentro del ámbito de las excepciones admisibles y si es equitativo (*fair*). Seguidamente (no antes), se evalúa la utilización proyectada pasándola por el tamiz de las condiciones de utilización leal (*fair use*)".

La comparación de estos dos enfoques no revela verdaderamente ningún progreso. La primera etapa de evaluación del *fair dealing* es sencilla: ninguna utilización se puede admitir en el marco de la enseñanza si no figura entre los casos o las hipótesis previstos por el legislador. Si existiera tal utilización ello supondría un abuso. En cuanto a la segunda, una vez que la utilización se hubiere admitido con arreglo a la primera etapa, se deberá comprobar que es equitativa. Si no lo fuera, el caso constituiría un abuso.

En estas circunstancias es preciso asumir una actitud prudente: los enfoques de *fair use* o de *fair dealing* adoptados por los legisladores de los grupos segundo y tercero no son más fáciles ni más difíciles de aplicar. Sencillamente, son diferentes.

5. El público y los locales en relación con la utilización

Las condiciones relativas al posible público destinatario del objeto protegido, así como las concernientes a los locales en cuyo interior se puede realizar una representación o una comunicación del objeto protegido, no despiertan siempre el mismo interés de los legisladores africanos.

En lo que respecta al lugar de la representación, algunas leyes, entre ellas la del Camerún, exigen que sea 'un recinto reservado a tal efecto'. Ciertamente, el silencio de los demás legisladores está ampliamente justificado. Es obvio que la excepción en beneficio de la enseñanza se permite porque en el espíritu del legislador, las comunicaciones se destinan a un público de alumnos y docentes que no necesitan desplazarse para recibir esas comunicaciones. Antes bien, la práctica consiste en hacer llegar a la institución el material necesario para una posible comunicación, si ésta requiere un material que la institución escolar o universitaria no posee.

Sin embargo, esto no significa que si una institución no dispone de un local apropiado pierde la prerrogativa de la excepción en beneficio de la enseñanza por el mero hecho de utilizar un local perteneciente a un tercero. La excepción se interpretará de forma tal que, incluso en ese caso, el objetivo didáctico previsto por el conjunto de los alumnos y los

educadores prevalezca sobre las condiciones relativas al local y permita mantener la prerrogativa de la restricción en beneficio de la institución que organiza la representación.

Este punto de vista no es unánime. Dos ejemplos permiten demostrarlo.

En Zimbabwe la ley establece (párrafo 4 del artículo 25) que si los alumnos o sus profesores realizan una representación, ésta se puede llevar a cabo en cualquier lugar, a reserva de que pertenezca al ámbito de las actividades del establecimiento de enseñanza. En cambio, si la representación la realizara una persona que no fuera docente ni alumno, aun cuando tuviera un objetivo educativo se debería desarrollar en el recinto del establecimiento. En Madagascar, la Oficina de Derecho de Autor no percibe ninguna regalía por los actos con fines educativos realizados en establecimientos escolares y destinados exclusivamente a los alumnos, profesores y miembros de las asociaciones de padres de alumnos. En cambio, los actos realizados en salas de espectáculos están sujetos al pago de derecho de autor.

Este enfoque general es cuestionable. Conviene hacer una distinción en función del público invitado al acto. Si la institución de enseñanza organiza un acto abierto al público en general en una sala que no le pertenece, la finalidad educativa no es, evidentemente, la única perseguida. En esas condiciones, es normal que el organismo de gestión colectiva de derechos exija el pago de regalías. Si, por otra parte, el acto realizado en una sala situada fuera del campus de la institución y perteneciente a un tercero sólo está dirigido al mencionado público del establecimiento, debería mantenerse en el régimen de la excepción.

En resumen, el local utilizado para la comunicación del objeto protegido al público no debería ser tan importante dado que el acto está organizado por una institución escolar o universitaria en relación con una lección. Además, poco importa que la ley haya omitido o no esta cuestión.

El problema concerniente al público destinatario de la comunicación del objeto protegido parece más serio, en vista del considerable número de leyes que le dedican disposiciones particulares. Ciertamente, algunas leyes nacionales especifican qué personas pueden integrar el público destinatario de la obra. A este respecto, la ley de Madagascar es muy significativa. En su artículo 43.3 dispone que en el contexto de una representación destinada a la enseñanza el público estará ‘compuesto exclusivamente por personal y estudiantes del establecimiento o por padres y monitores de los niños u otras personas directamente vinculadas a las actividades del establecimiento’. Esas personas constituyen el ‘círculo de la familia pedagógica’ mencionado anteriormente. Otros instrumentos siguen esa orientación. Se trata, en particular, del Acuerdo de Bangui y de las leyes de Benin, Mozambique, el Níger, Rwanda, Zambia y Zimbabwe.

Las leyes nacionales que especifican el público destinatario de las representaciones no admiten una interpretación más amplia. En la práctica, ello obliga a los organizadores de actos escolares y universitarios a verificar que todos los asistentes a esas reuniones pertenezcan a alguna de las categorías de personas que forman el círculo de la familia pedagógica. Si personas no pertenecientes a una de esas categorías accedieran a los lugares de reunión, se considerará que el acto está abierto al público en general y, consiguientemente, sujeto al pago de derechos.

No obstante, un examen minucioso de esa lista revela que es una simple formalidad de algo que se podría considerar evidente en relación con el público que eventualmente se invitaría a presenciar una representación destinada a la enseñanza. En efecto, en el marco de

esa utilización de objetos protegidos, la admisión de docentes y alumnos es una prerogativa. En cuanto al personal del establecimiento, su admisión es inevitable habida cuenta de que, en general, se tratará del personal de apoyo a la función docente. Por último, en lo que respecta a los padres y cuidadores de los niños, se trata de tomar en consideración las representaciones académicas desarrolladas fuera del horario escolar o del campus del establecimiento, que exigirían que los niños fueran acompañados por personas jurídicamente responsables¹¹³.

6. Magnitud de la utilización

La cuestión relativa a la cuantificación de las utilizaciones en las legislaciones nacionales no ha despertado el mismo interés que las cuestiones precedentes. La explicación podría radicar en el hecho de que, por una parte, si se cumplen las demás condiciones para fundamentar excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza no es necesario determinar ningún número que pudiera restringir más aún la utilización. Por otra parte, no es fácil precisar anticipadamente un número de utilizaciones. Con respecto a la reproducción, la tolerancia en beneficio de los establecimientos de enseñanza se debería poder ampliar al ‘número de ejemplares necesarios para sus actividades’¹¹⁴. Por consiguiente, en cada caso se podrá evaluar si el número de copias es o no excesivo y determinar si la utilización es o no abusiva. Además, la gran mayoría de las leyes nacionales prefieren utilizar una formulación que deje bastante libertad a los agentes de la educación y, al mismo tiempo, les sirva de medida de referencia. Esto equivale a decir que la limitación en beneficio de la enseñanza se utilizará en la medida que lo justifique la consecución del objetivo fijado. Por ejemplo, la ley de Sudáfrica dispone que ‘el derecho de autor respecto de una obra literaria o musical no se infringirá cuando la obra se utilice *en la medida que lo justifique la finalidad (...)*’. Algunas otras leyes reflejan una lógica similar. Entre ellas figuran las de Angola, Benin, Botswana, el Congo, Madagascar, Malawi, Malí, Mauricio, Mozambique, Namibia, el Níger, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, La República Unida de Tanzania y Zimbabwe.

Algunas leyes no mencionan expresamente este límite. Se trata de las de Burkina Faso, Cabo Verde, el Camerún, el Chad, Côte d'Ivoire, Ghana, Kenya, el Senegal, Seychelles, Swazilandia, Togo y Zambia. No obstante, eso no significa que en esos países la utilización de las obras en el marco de la enseñanza sea más libre. En realidad, la limitación de las utilizaciones a las necesidades justificadas por el objetivo perseguido es inherente a la propia restricción, dado que si la enseñanza es la fuente de la restricción a los derechos protegidos, también es su principal medida de referencia.

Un criterio similar debe regir la reproducción integral o parcial de una obra. En efecto, las necesidades de la enseñanza ‘se pueden satisfacer con extractos eficaz y sabiamente escogidos’¹¹⁵. Sólo se puede considerar otra posibilidad cuando se trate de una obra breve o

¹¹³ La ley de Zimbabwe limita el círculo de la familia pedagógica a los docentes, los alumnos y las personas directamente vinculadas a las actividades del establecimiento. Sin embargo, ninguna de sus disposiciones establece que el mero hecho de ser padre o tutor de un niño inscrito en un establecimiento de enseñanza no basta para considerarse partícipe de las actividades de ese establecimiento (párrafo 5 del artículo 25).

¹¹⁴ C. Colombet, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, obra citada, pág. 61.

¹¹⁵ A. Françon, A. Kerever, H. Desbois, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, obra citada, N° 171, pág. 202.

una obra que no se puede fragmentar. Ello ocurre con las obras de arte y las fotografías. En determinadas lo mismo ocurre con las obras audiovisuales. Ciertamente, si ese tipo de obras se utiliza para ilustrar una enseñanza de tipo convencional, la utilización se puede limitar a un extracto pertinente. En cambio, si la enseñanza se efectúa en una escuela en la que se imparten cursos de capacitación en artes audiovisuales, se puede entender que la obra se reproduzca íntegramente a los fines de la comprensión de la lección¹¹⁶.

El problema concierne especialmente a la cita, pero también a las reproducciones reprográficas o similares.

En lo que respecta a la cita, es evidente que se trata de un extracto breve. Si el préstamo superase la extensión razonable que caracteriza a una cita, sin duda la utilización de ese extracto sería ilícita. Sin embargo, se la podría justificar si se realizara a los fines de la ilustración de la enseñanza. Efectivamente, tal como sostiene el Profesor Gautier, ‘se comprenderá que en interés del público representado por las escuelas, las universidades y los centros de investigación, la utilización de extractos (concepto que alude a un fragmento más largo que la cita pero más breve que la totalidad de la obra) justifica la supresión del derecho exclusivo’¹¹⁷. En otras palabras, es posible que la finalidad educativa justifique un préstamo de extensión intermedia entre la totalidad de la obra y la cita breve.

En cuanto a las reproducciones reprográficas, es también evidente la necesidad de imponer un control riguroso. Y así lo hacen algunas leyes nacionales. Por ejemplo, la ley de Angola dispone simplemente que para aplicar la excepción relativa a las reproducciones reprográficas, el número de copias no deberá exceder del necesario para la finalidad que se persiga. La ley de Benin ofrece uno de los mejores ejemplos de limitación de ese tipo de reproducciones. De conformidad con la parte final del artículo 21 de dicha ley, ese medio de reproducción sólo se admite en el ámbito de la enseñanza si no se persigue directa ni indirectamente un beneficio comercial; en particular, la ley establece que sólo se podrán reproducir ‘artículos aislados publicados lícitamente en una revista o un periódico, extractos breves de una obra corta publicada lícitamente, o una obra corta publicada lícitamente’. Las leyes de Madagascar y Nigeria reproducen prácticamente las mismas exigencias, salvo que la primera estipula, además, que las reproducciones deben ser conforme a los usos honrados.

Las leyes de Botswana y Mauricio siguen la misma lógica. En efecto, ambos instrumentos limitan las reproducciones reprográficas a la enseñanza *presencial*, a la que denominan “*face-to-face teaching*”, con lo cual, evidentemente, excluyen la enseñanza a distancia.

La ley de Zambia representa seguramente un extremo que convendría evitar en lo que respecta al temor que infunden los inconvenientes de la reprografía. Concretamente, según el apartado f) del párrafo 1 del artículo 21, pueden realizar una reproducción:

¹¹⁶ Con la importante condición de que el establecimiento no pertenezca a la categoría de los que persiguen un beneficio comercial.

¹¹⁷ Prof. Y. Gautier, *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes*», Communication-Commerce électronique, noviembre de 2006, pág. 10.

‘(...) para su utilización en el sistema educativo de Zambia:

i) un docente o un alumno en el curso de instrucción, a reserva de que la reproducción no se haga por medio de un dispositivo que pueda producir copias en cantidad’.

Esta disposición excluye del ámbito de la excepción en beneficio de la enseñanza la forma de reproducción más útil para la capacitación de los alumnos. En efecto, esa disposición da lugar a dos comentarios. Por una parte, al exigir que la reproducción sea hecha por un docente o un alumno, la ley da a entender que en el marco de la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza se prohíbe toda reproducción que esas personas realicen por medio de un tercero. Ahora bien, en la mayoría de los países africanos las copias las realiza un operador que puede ser el propietario del dispositivo de reproducción, o un empleado de la institución educativa a la que asiste el alumno o estudiante. No obstante, esta interpretación se puede soslayar fácilmente en favor de otra según la cual la persona importante que se ha de tener en cuenta es el destinatario de la copia. Por otra parte, en virtud de la ley de Zambia, la reproducción no se puede efectuar en un dispositivo que permita realizar copias en cantidad. En realidad, una aplicación estricta de esa disposición implica que no se debería utilizar ningún dispositivo moderno para reproducir la obra, por cuanto todos ellos permiten realizar copias en serie, salvo si disponen de un dispositivo anticopia o si la propia obra está protegida por un medio técnico eficaz. De hecho, esto significa que el único modo de reproducción autorizado es el manual. En otras palabras, en las escuelas de arte, por ejemplo, las pinturas de los grandes maestros se podrán copiar a los fines del aprendizaje, pero en los establecimientos de enseñanza general, los alumnos o los docentes no podrán fotocopiar una página de un libro. De ello se desprende que en la legislación de Zambia el ámbito de la excepción en beneficio de la enseñanza está sorprendentemente reducido. Si tal disposición se aplicara estrictamente en un país en desarrollo, la misión de los establecimientos de educación se vería considerablemente dificultada por las exigencias del derecho de autor.

Las reproducciones reprográficas no son el único tipo de reproducciones especialmente cuantificadas en la ley. En efecto, en algunas leyes, en particular las de países anglófonos, las restricciones en beneficio de la enseñanza se reglamentan detalladamente. Por ejemplo, la ley de Mauricio establece que:

‘1) Las siguientes actividades se permitirán sin la autorización del autor o del titular de derecho de autor de la obra:

a) la reproducción de un fragmento breve de una obra publicada, con el fin de ilustrar la enseñanza mediante escritos o grabaciones sonoras o visuales, a reserva de que la reproducción sea compatible con las prácticas leales y su magnitud no exceda la necesaria para alcanzar la finalidad perseguida’;

Esta disposición implica que la utilización sólo se autoriza cuando, a los fines de la ilustración, se incluye un único extracto breve de una obra publicada, en una obra literaria o en una grabación sonora o visual. Además, esa utilización no debe ser contraria a las prácticas leales. Las leyes de Kenya, Nigeria y Seychelles son casi tan rigurosas como la de Mauricio. Esas leyes estipulan que la utilización a los fines de la enseñanza consiste únicamente en la inclusión, en una colección, de un máximo de dos extractos de obras literarias o musicales.

7. Duración de la utilización o de la conservación

En general, las leyes nacionales no fijan un plazo para la utilización o la conservación de las obras utilizadas por los agentes de la educación. La principal explicación de esta omisión se podría encontrar en el establecimiento, por ley, de mecanismos de control que de manera general permiten sancionar la mayor parte de las actividades incompatibles con la restricción en beneficio de la enseñanza. Esos mecanismos conciernen al abuso, la conformidad con los usos honrados y el *fair use* (o sus derivados, *fair dealing* y *fair practice*). No obstante, al menos una de las leyes, la de Nigeria, incluye una precisión importante relativa a la conservación de las reproducciones destinadas a la enseñanza. Según esa ley, las reproducciones se deben destruir al finalizar el 'período prescrito' y, si no lo hubiere, se destruirán al cabo de doce meses. Sin embargo, esa precisión puede tener consecuencias nefastas: interpretada literalmente, significa que los alumnos, estudiantes y docentes están obligados a destruir, a la expiración de dicho plazo, las reproducciones realizadas. Ahora bien, aunque esto se puede comprender en ciertos aspectos en lo que respecta a los alumnos, la restricción carece de realismo en lo que concierne a los docentes que, con frecuencia, deben utilizar las reproducciones varios años consecutivos para impartir la lección pertinente. En consecuencia, es preferible que el legislador guarde silencio en lo que atañe a la duración de la utilización de las obras en las instituciones de enseñanza, y adopte un sistema que simplemente permita evitar el abuso.

8. Respeto del derecho moral

Dos exigencias prescritas en casi todas las leyes nacionales se refieren al respeto del derecho moral.

La primera concierne a la licitud de la puesta a disposición del público de la obra utilizada en el marco de la enseñanza. Esto ya se ha examinado en el contexto de la publicación y la divulgación.

La segunda remite a la mención de la fuente y al nombre del titular del derecho cuya obra se utiliza para ilustrar la enseñanza. Efectivamente, todas las leyes nacionales obligan a indicar siempre la fuente y el nombre del titular de los derechos, si ese nombre figura en la fuente. Esta exigencia dimanante del artículo 10 del Convenio de Berna tiene una doble finalidad. Por una parte, permite respetar el derecho de paternidad del objeto protegido. Por la otra persigue un objetivo práctico, a saber, permitir que toda persona interesada que tome conocimiento de extractos utilizados en el contexto de la enseñanza, pueda remitirse a la obra de la que proceden esos extractos.

Esa mención se debe incluir de forma visible en el texto o en nota de pie de página. Si el extracto utilizado es una cita se deberá poner entre comillas o en cursiva, como se ha indicado anteriormente.

Es cierto que la editorial no puede invocar un derecho propio para exigir la mención de su nombre junto al del autor, pero al lector le interesa conocerlo a fin de evitarse búsquedas trabajosas e inútiles. Para Desbois, la exigencia de la ley no excluye la mención de la fecha de edición, que se deberá incluir en las referencias por motivos de orden práctico¹¹⁸.

¹¹⁸ H. Desbois, nota sobre: C.A. París, 1º de junio de 1977, ed. Dalloz, 1978, N° 230.

No obstante, si la obra fuese anónima o seudónima la exigencia se mantendría. En el primer caso los extractos utilizados se vincularán a una obra y una editorial determinadas. En el segundo no se plantea ningún problema por cuanto el seudónimo no deja lugar a dudas sobre la identidad real del titular de los derechos. Incluso si hubiera alguna duda, las personas que utilizaran la obra deberían mencionar el seudónimo y la fuente, si ese seudónimo figurara en ella.

9. Otras condiciones

Ciertas legislaciones nacionales africanas incluyen algunas condiciones particulares. En ocasiones, esas condiciones son muy originales y su inclusión se explica sin duda por las peculiaridades que podrían presentar los métodos de enseñanza en los países que las han previsto. Por ejemplo, en Malí, para utilizar una obra en el ámbito de la enseñanza es preciso obtener una autorización. El órgano que la otorga es el Ministerio de Cultura. Además, el establecimiento de enseñanza debe adoptar todas las medidas necesarias para informar previamente al autor de la obra que se desea utilizar o al organismo de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos.

En algunos países anglófonos también se exigen condiciones particulares; por ejemplo, en Botswana y Mauricio la ley establece que con respecto a la excepción en beneficio de la enseñanza:

- la reproducción debe ser individual o, si es múltiple, las circunstancias que la justifican deben ser diferentes y sin relación entre sí;
- no debe existir una licencia colectiva en cuyo marco se pueda realizar la reproducción, ofrecida por un organismo de gestión colectiva y conocida o que pueda ser conocida por el establecimiento de enseñanza.

En Etiopía, Swazilandia, la República Unida de Tanzania y Zimbabwe las condiciones particulares para la excepción son las siguientes:

- en la publicación que incluya los extractos y en todo documento publicitario originado por la editorial se deberá indicar que la publicación se destina a satisfacer las necesidades de la enseñanza;
- la publicación constará esencialmente de objetos no protegidos;
- el objeto protegido (obras del intelecto, interpretaciones, fonogramas¹¹⁹, etc.) no deberá estar destinado a satisfacer las necesidades de la enseñanza.

Esta última condición merece una atención particular. Dimana de las legislaciones mencionadas. A tenor de ellas, sólo se autoriza la ‘reproducción exclusivamente a los fines de las actividades de enseñanza presencial, excepto en lo que respecta a las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas publicados como materiales de enseñanza o capacitación’. De esto se desprende una delimitación relativamente clara de los objetos abarcados por la

¹¹⁹ Algunas leyes excluyen expresamente los objetos protegidos por derechos conexos, en particular las de Rwanda y Tanzania. La ley de este último dispone, en el párrafo c) del artículo 35, que la reproducción de esos objetos protegidos para satisfacer las necesidades de la enseñanza se autoriza ‘*exclusivamente a los fines de las actividades de enseñanza presencial, excepto en lo que respecta a las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas publicados como materiales de enseñanza o capacitación*’.

excepción o limitación en beneficio de la enseñanza. Tal disposición tiene repercusiones muy importantes. Por cierto, cuando una legislación exime del ámbito de esa excepción a los objetos creados para la enseñanza, antes de utilizar dichos objetos es preciso verificar en cada caso la finalidad con la que se crearon. A partir de esa verificación se identificarán los objetos creados para la enseñanza, y se los someterá a los mecanismos habituales del derecho de autor, mientras que los demás objetos permanecerán sujetos al régimen de la excepción. Por consiguiente, quedarán exentos los manuales, tratados, compendios, cuadernos de ejercicios y libros de metodología, así como, probablemente, las enciclopedias y los diccionarios. También se eximirán las obras sonoras o audiovisuales, las bases de datos y los programas informáticos creados especialmente para la enseñanza.

La excepción de las obras creadas con fines educativos es defendible: se orienta a asegurar la permanencia de las obras de este tipo. El Profesor Alleaume se pregunta ‘cuál sería el estímulo para escribir o publicar obras pedagógicas si cualquier docente pudiera fotocopiar un libro de clase para toda la escuela y evitar así que todos los alumnos de esa institución lo compren’¹²⁰. No obstante, la excepción plantea dos interrogantes. El primero, de carácter general, consiste en saber si en determinados casos no será difícil verificar la finalidad educativa o no de la obra original. No siempre es fácil pronunciarse a ese respecto¹²¹. Si se consideran, por ejemplo, las novelas incluidas en los programas de estudio de institutos y colegios, se comprenderá la magnitud del problema.

El segundo interrogante incumbe particularmente al continente africano. Su interés guarda relación con el nivel de pobreza generalizada de las poblaciones que con demasiada frecuencia deben esforzarse para poder adquirir el material didáctico que requiere la capacitación de los alumnos. Cabe preguntarse si en ese contexto es necesario excluir del ámbito de la excepción en beneficio de la enseñanza las obras destinadas a la educación. A pesar del carácter noble de esta exclusión, la opción contraria no es la más conveniente. En efecto, es preferible someter al régimen de la excepción a todas las obras del intelecto sin diferenciarlas en función de su finalidad. Se podría, simplemente, como lo hacen casi todas las leyes, tomar las máximas precauciones para evitar los abusos. Además, la subordinación de la excepción a la prueba del criterio triple y la ulterior posibilidad de transformar la excepción en una licencia deberían bastar para dar seguridades a los titulares de derechos.

Algunos países incorporan en sus leyes dos de los tres criterios de la prueba establecida en los instrumentos internacionales. Tal es el caso de Madagascar, cuya ley exige que la utilización en beneficio de la enseñanza no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor. Las leyes de Malí, la República Centroafricana, Zambia y Zimbabwe incluyen las mismas exigencias.

Otras condiciones son aún más marginales. Entre ellas las previstas en la ley de la República Democrática del Congo, que restringe la limitación en beneficio de la enseñanza en función del tema del curso impartido y de las horas de clase. La primera condición es superflua: si los agentes de la educación estiman que la utilización de una obra es necesaria es porque constituye un elemento sin el cual la lección no se podría impartir o no estaría completa. La segunda es cuestionable: restringir la utilización de la obra a las horas de clase reduce inútilmente las probabilidades de utilizarla a los fines de la ilustración de la enseñanza.

¹²⁰ C. Alleaume, *Les exceptions de pédagogie et de recherche*, obra citada.

¹²¹ Asimismo, el Profesor Alleaume teme que con la inclusión de esas disposiciones la ley se revele ‘peor que el mal que dice querer combatir’. Véase, C. Alleaume, obra citada.

Si se la interpreta estrictamente, significaría que los alumnos no podrían utilizar un extracto de la obra para hacer sus deberes en el hogar.

J. Compensación por la restricción

El régimen de compensación por la restricción en beneficio de la enseñanza es bastante contradictorio. En efecto, al considerar que las necesidades de la educación exigen una excepción o una limitación de los derechos y definir las condiciones, a veces muy restrictivas, como se ha podido ver, los legisladores nacionales favorecen por principio un régimen de gratuidad, o sea que la utilización se debería permitir sin ninguna compensación para los titulares de derechos. Por otra parte, algunas legislaciones indican expresamente que la utilización en ese marco no da lugar a ninguna remuneración. Tal es el caso, por ejemplo, del Anexo VII del Acuerdo de Bangui, y de las leyes de Angola, Cabo Verde, Mozambique, el Níger, Rwanda y la República Unida de Tanzania. Asimismo, la ley de Madagascar establece que no se pagará ninguna remuneración, pero, sólo en los casos que conciernen al derecho de reproducción (análisis, citas breves, inclusión de una obra en una publicación, reproducción reprográfica).

En cuanto a las legislaciones que no se pronuncian, la filosofía no parece ser diferente: el objetivo de la restricción estaría motivado por una exención total para las instituciones educativas beneficiarias de la excepción. En efecto, cuando supuestamente una restricción permite que legislador establezca una remuneración, éste se ocupa de crear un sistema de licencia legal. Es lo que reflejan las leyes que establecen una remuneración por las copias privadas de fonogramas, videogramas y obras impresas.

Sin embargo, eso no significa que toda remuneración esté prohibida en los países que disponen expresamente que no se percibirá ninguna remuneración, ni tampoco en los países que mantienen silencio a ese respecto. Efectivamente, como se ha visto, un contrato concertado entre los titulares de derechos y los beneficiarios de una excepción puede poner fin a esta última. Esto se basa en un simple motivo: cuando las partes comprueban que el perjuicio causado a los titulares de derechos ya no está justificado o que la utilización de la obra comienza a menoscabar su explotación normal, la restricción deja de reunir las condiciones previstas en los instrumentos internacionales y en la ley nacional por lo que, a partir de ese momento, las partes tienen el derecho de desestimarla. Además, tal como lo afirma C. Geiger, ‘si la función social del derecho de autor consiste en facilitar la utilización de las obras para fines de investigación y educación, la cesión del derecho exclusivo en los casos en que éste pueda suponer obstáculos no implica, en ningún caso, que esas utilidades sean gratuitas’¹²².

Además, algunas leyes prevén la posibilidad de establecer una remuneración si se reúnen ciertas condiciones. De hecho, las leyes de Benin y el Congo establecen sistemas de licencia originales. En el caso de Benin la restricción en beneficio de la enseñanza da derecho a una remuneración cuando el establecimiento proporciona los dispositivos necesarios para la reprografía y percibe un pago. Esta disposición protectora de los derechos es bastante audaz y merece especial atención. En un número significativo de bibliotecas universitarias de África, la administración universitaria pone los dispositivos, en particular las fotocopadoras, a disposición de los estudiantes. Esa administración percibe entonces un pago correspondiente a

¹²² C. Geiger, *La loi du 1^{er} août 2006, une adaptation du droit d’auteur aux besoins de la société de l’information*, Revue Lamy droit de l’immatériel, N° 25, marzo de 2007, pág. 71.

una proporción de los gastos de reemplazo de materiales fungibles y, en ocasiones, a una remuneración o gratificación para el encargado de las fotocopias. La ley de Benin sugiere que incluso en esas condiciones los titulares de derechos tendrían derecho a una remuneración. Esta exigencia sería excesiva en tales circunstancias. La posibilidad de que los agentes de la educación se beneficien de la restricción acordada por ley conlleva la puesta a su disposición de los medios necesarios para tal fin. A lo sumo, se podría discutir la hipótesis de que un tercero pusiera los medios de reproducción a disposición de dichos agentes. En tal caso, efectivamente, el tercero procurará obtener un beneficio de la actividad de reprografía que sus máquinas permiten realizar, aun cuando se supone que la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza no es aplicable en los casos en que se pudiera generar cualquier tipo de beneficio.

La respuesta a esta cuestión es en realidad bastante sencilla: la parte que espera obtener un beneficio no es la institución de enseñanza ni uno de los agentes de la educación, sino el tercero que les permite acogerse a la restricción. Por consiguiente, el pago de regalías por la utilización de las obras incumbe no a la institución sino a ese tercero.

Por su parte, la ley del Congo prevé una remuneración equitativa por las reproducciones de fonogramas especialmente destinados a la enseñanza. Se debe reconocer que esa disposición es algo extraña. En efecto, el artículo 98 que la incluye la siguiente formulación: ‘no obstante, el Ministerio de Cultura expide las licencias para la reproducción de copias de fonogramas cuando esa reproducción destinada exclusivamente a su utilización en los ámbitos de la enseñanza o la investigación científica se realiza y distribuye en el territorio del Congo, con exclusión de cualquier exportación de copias, y conlleva para el productor de fonogramas una remuneración equitativa que dicho Ministerio fija teniendo en cuenta, en particular, el número de copias que se realizarán y distribuirán’. La formulación sugiere que la licencia mencionada corresponde al ámbito de las licencias obligatorias previstas en el Convenio de Berna. Ahora bien, sólo los artículos 35 y 36 de la ley, aparentemente autónomos, se refieren a esta licencia. Además, el artículo 98 antes mencionado se refiere a las reproducciones de fonogramas. No obstante, como se sabe, con exclusión de las enseñanzas orales grabadas a veces en CD-ROM o CD interactivos, los fonogramas no son el formato de obra más utilizado en la enseñanza. Por lo tanto, la licencia se debería prever, sin duda, para las obras literarias.

En resumen, en las legislaciones nacionales africanas la ausencia de compensación por la utilización de las obras con arreglo a la restricción en beneficio de la enseñanza está generalizada, tanto en las leyes que establecen expresamente que no se deberá pagar dicha compensación como en las que guardan silencio a ese respecto. Sin embargo, en los casos en que se compruebe que el perjuicio causado a los titulares de derechos se ha vuelto injustificado, o que la explotación normal de las obras está amenazada por las reproducciones realizadas, las instituciones de educación y los titulares de derechos podrán concertar un contrato, eventualmente por intermedio de una sociedad de gestión colectiva.

Precisamente, en algunos países existen esos contratos, en particular en el sector de la enseñanza superior, que probablemente sea el principal utilizador de obras en el ámbito de la educación. Ello ocurre en Ghana, Kenya, Malawi, Mauricio, Nigeria y Sudáfrica. Esos instrumentos fijan una remuneración equitativa teniendo en cuenta el número de alumnos y el personal del establecimiento, el número de copias realizadas por esas personas y el precio estimado de cada página. De esa manera, sustituyen a la excepción prevista por la ley.

En otros países se están definiendo los criterios para la concertación de contratos. Por ejemplo, en Burkina Faso se han identificado las instituciones que podrían concertarlos y se

les ha enviado información a ese respecto; además, se ha sensibilizado a algunos responsables de la enseñanza privada y pública en un seminario organizado por la Oficina de Derecho de Autor de Burkina Faso. En Madagascar se está realizando una actividad de sensibilización similar. En el Camerún el procedimiento tuvo un mal comienzo, porque, como se ha señalado, el Ministerio de Cultura decidió imponer tasas en vez de facilitar la apertura de negociaciones entre las instituciones educativas y las sociedades de gestión colectiva. Esta medida es cuestionable. Genera resistencias que se podrían haber evitado mediante un enfoque contractual.

K. Repercusiones de la tecnología digital

El entorno digital presenta la particularidad de facilitar la explotación de las obras, en particular su reproducción en un número ilimitado de copias perfectas y su comunicación a miles de usuarios y, al mismo tiempo, de ofrecer a los titulares de derechos los recursos tecnológicos para fijar, mejor que en el entorno analógico, las condiciones de utilización de sus obras. En África, las repercusiones de la tecnología digital comienzan a percibirse, aun cuando en la mayoría de los países, ciertos factores todavía obstaculizan la expansión de las TIC¹²³ y su consiguiente utilización en las actividades de enseñanza.

No obstante, es preciso acelerar la reflexión sobre este tema, teniendo cuenta ciertos factores. El primero, de carácter general, deriva del hecho de que desde siempre, los agentes de la educación han utilizado recursos tecnológicos (casetes de audio y video, diapositivas, material de proyección y lectura de grabaciones, etc.) para impartir o ilustrar las lecciones. En ese sentido, y habida cuenta del nuevo entorno, L. Guibault escribe que “los creadores de multimedia integraron esos recursos pedagógicos individuales en sus propias obras originales de manera provechosa, proporcionando instrumentos educativos compactos que permiten una gran flexibilidad en la enseñanza y el aprendizaje. El material se almacena de modo que pueda ser recuperado de manera no lineal, en función de las necesidades y los intereses de los alumnos. Los educadores pueden utilizar proyectos multimedia para responder espontáneamente a las preguntas de los estudiantes situándose rápidamente en las secciones pertinentes. Además, los alumnos están en condiciones de recurrir a proyectos multimedia para proseguir sus estudios independientemente de acuerdo con sus necesidades y a un ritmo acorde con sus capacidades. Las actividades en clase se apoyan en una amplia diversidad de tecnologías de las telecomunicaciones elementales y avanzadas útiles para los estudiantes, entre otras, por ejemplo, la transmisión unidireccional o bidireccional abierta o codificada, la comunicación por cable y por satélite, los enlaces con fibras ópticas y de microondas, los CD-ROM e Internet”. Además, las obras en formato analógico (obras musicales, fotografías, imágenes, dibujos y mapas) se suelen digitalizar y utilizar con fines pedagógicos.

El segundo factor, antes mencionado, se desprende de los riesgos inherentes al entorno digital, contra los cuales los legisladores deben prevenir a los titulares de derechos. El último factor, específico de África, es el verdadero entusiasmo que según se puede observar, y a pesar de todo, despierta la utilización de las TIC¹²⁴.

¹²³ Las principales causas son, entre otras, la falta de electricidad y de servicios telefónicos, la precariedad de los equipos informáticos, los elevados costos de los materiales y la conexión, y el desconocimiento de las posibilidades de la informática.

¹²⁴ Una prueba evidente de esto es el creciente número de campus digitales creados, particularmente, con los auspicios de la *Agence Universitaire de la Francophonie* (AUF). Este organismo multiplica en la medida de lo posible los puntos de conexión, que denomina Centros

El problema se plantea porque las excepciones al derecho de autor y derechos conexos en su conjunto atentan, o podrían atentar, contra el mercado de la difusión de obras cuya finalidad directa o indirecta es educativa, dado que esas obras se podrían difundir en línea desde los países africanos o desde el extranjero. La amenaza es real¹²⁵. Nunca antes había sido tan fácil manipular una obra. Una vez que la obra está disponible en las redes, si no dispone de ninguna medida técnica de protección su acceso es tan sencillo que parece ser absolutamente irrestricto.

Las bases jurídicas de esta reflexión se deben buscar, naturalmente, en el WCT y el WPPT. A tenor de la Declaración concertada relativa al Artículo 10 del WCT, “queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”. En cuanto al WPPT, después de recordar en el párrafo 1 del Artículo 16 que “las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas”, se remite a la Declaración concertada relativa al Artículo 10 del WCT. Se puede interpretar que la opción escogida por el WPPT significa que se podrán agregar a las excepciones y limitaciones existentes, otras nuevas, específicas del entorno de redes digitales.

Cabe preguntarse si las leyes africanas han reflejado esas disposiciones y si han previsto excepciones específicas para el entorno digital.

En general, la mayor parte de las leyes prevén una excepción relativa a los programas informáticos. Pero, más interesante aún, algunas de ellas, adoptadas con posterioridad a los dos instrumentos de la OMPI, incorporan excepciones concernientes a la tecnología digital. En particular, las leyes del Camerún, Ghana y la República Unida de Tanzania establecen un régimen especial para las reproducciones temporales. Casi ninguna de las leyes examinadas

[Continuación de la nota de la página anterior]

de Acceso a la Información (CAI). Otras iniciativas de algunos países africanos confirman asimismo ese entusiasmo. Por ejemplo, en el Camerún, además de los CAI establecidos en algunas universidades y gestionados por la Unión Africana, se ha creado un Centro Interuniversitario de Recursos Documentales destinado a facilitar el acceso a distancia a la información científica disponible en las redes. En el Senegal, el Gobierno está procurando introducir la capacitación a distancia en las escuelas, los institutos y las universidades, por medio de las TIC. En Benin, en el marco del proyecto *learnlink*, se imparte capacitación a distancia desde Songhai, mediante recursos tecnológicos de avanzada. Iniciativas similares se están desarrollando en Burkina Faso, el Gabón y Madagascar. Para más información sobre este tema, véase: L. M. Onguene Essono, *La formation à distance en Afrique francophone à l'heure des TIC. Bilan, perspectives et interrogations*, <http://www.africanti.org>.

¹²⁵ En Europa, en los considerandos de la Directiva europea sobre la sociedad de la información se invita a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta las significativas repercusiones económicas que podría tener la excepción si se aplicara al nuevo entorno electrónico, de modo que, finalmente, el ámbito de aplicación de esa excepción fuera más restringido para las nuevas utilidades que para el entorno tradicional.

alude siquiera a la utilización de la tecnología digital en el contexto de la excepción en beneficio de la enseñanza. Por consiguiente, el preciso analizar los términos empleados en esas excepciones, así como su contenido, a fin de determinar si son aplicables al entorno digital. De esa manera, se verá, ante todo, que en la mayoría de las leyes africanas las excepciones y limitaciones en beneficio de la enseñanza merecen una formulación extensa. En efecto, los legisladores africanos recurren con frecuencia al término ‘utilización’, que es bastante amplio y permite abarcar simultáneamente la reproducción, la representación y la transformación de la obra, a reserva de que la finalidad educativa se mantenga y que las actividades relativas a esa utilización no ocasionen ningún perjuicio injustificado ni atenten contra la explotación normal de la obra. Sobre esta base, no se debería imponer ninguna restricción a las instituciones de educación por el mero hecho de que la obra sea digital o digitalizada o que esté disponible en las redes digitales. A fin de evitar que se infrinjan las dos últimas condiciones de la prueba triple, se deberían tomar medidas especiales de prevención únicamente en el plano que concierne a las modalidades de utilización de esas obras en las instituciones.

Sin embargo, la ley de Liberia incorpora al menos un aspecto de la utilización de la tecnología digital en la enseñanza. Esa ley se refiere a las representaciones y las comunicaciones de toda obra del intelecto (excepto las obras literarias, teatrales y musicales) por medio de una transmisión que podría ser digital, cuando tal representación o comunicación sea una actividad normal de la institución de educación; forme parte del contenido educativo de la transmisión; esté destinada a ser recibida en un aula o en un lugar similar dedicado a la enseñanza; o se dirija a personas que debido a sus discapacidades o a determinadas circunstancias no pueden participar en los cursos que se imparten en las aulas o en los lugares normalmente destinados a la enseñanza. Esta disposición es realmente original. Prevé varias circunstancias en las que una obra protegida puede formar parte integral de una transmisión realizada en el marco de las actividades educativas. En ese marco, la disposición menciona el caso, muy interesante, de las transmisiones destinadas a ser recibidas en las aulas o lugares similares y, sobre todo, a las transmisiones que se pudieran recibir fuera de esos lugares, según las circunstancias. Esta posibilidad sugiere que la transmisión digital dirigida a esas personas es admisible en el ámbito de la excepción. Si esa transmisión está destinada a ser recibida en las aulas, las medidas de prevención que se hayan de tomar permitirán simplemente asegurar que la recepción se realice efectivamente en las aulas. Si la transmisión está destinada a ser recibida fuera de las aulas, esas medidas podrían ser de carácter técnico y consistir en una identificación rigurosa de los destinatarios, como se ha mencionado anteriormente.

Asimismo, es conveniente observar que algunas leyes sólo admiten ciertas prácticas en relación con la enseñanza *presencial*, lo que permite afirmar que cuando la enseñanza se realiza por medio de Internet esas prácticas deben dar lugar a la percepción de regalías por parte de los titulares de derechos. Así se recoge en algunas leyes de países anglófonos, entre ellos Botswana, Etiopía, Mauricio, Swazilandia y la República Unida de Tanzania. Esta opinión conlleva consecuencias importantes. Por ejemplo, cuando la ley de Etiopía, al igual que todas las demás leyes citadas, autoriza la ‘reproducción únicamente a los fines de las actividades de enseñanza presencial’, cabe preguntarse si está prohibiendo toda reproducción en el entorno digital a los fines de la enseñanza. Sin duda la respuesta es negativa. Cuando la ley establece que las reproducciones sólo conciernen a la esfera de la excepción si se realizan con miras a una enseñanza *presencial*, se limita a excluir toda otra forma de enseñanza. Esa ley no prohíbe las reproducciones relativas al entorno digital que se vayan a utilizar para impartir enseñanza *presencial*.

L. Repercusiones de las medidas técnicas de protección

Las delegaciones que asistieron a la Conferencia Diplomática para la aprobación de los Tratados de la OMPI sobre Internet acordaron introducir en ambos instrumentos una disposición clave dirigida a garantizar la aplicación de medios tecnológicos que algunos autores consideran "indispensables para la protección, el ejercicio y la ejecución del derecho de autor en el entorno de red digital"¹²⁶. La dificultad consiste simplemente en conciliar las disposiciones legislativas concernientes a las medidas tecnológicas de protección con el ejercicio de las limitaciones del derecho de autor y los derechos conexos.

Primeramente, es preciso destacar que S. Dussolier y A. Strowel¹²⁷ expusieron brillantemente los diferentes tipos de medidas técnicas mencionadas a continuación, que actualmente permiten proteger las obras en el entorno digital¹²⁸.

Un primer tipo de medidas técnicas protege los derechos de los autores. Se trata, por una parte, de *dispositivos tecnológicos que impiden que se lleve a cabo cualquier acto o uso sujeto a los derechos exclusivos*, entre ellos la impresión, la comunicación al público, la copia digital, la alteración de la obra, etc. Sobre todo, se habla de sistemas anticopia. Por ejemplo, el *dongle*, que se usa principalmente en el ámbito de los programas informáticos. Por lo general es un elemento del equipo físico (*hardware*) del ordenador, una especie de llave¹²⁹, que se conecta al puerto de serie. En ese momento, cualquier programa protegido por este sistema se conecta a esta llave para comprobar cuáles son los derechos del usuario. El otro ejemplo lo proporcionan las tarjetas inteligentes o *smart cards*. Éstas permiten almacenar una cantidad mayor de información. Además, pueden contener unidades de prepago. En esta categoría se puede incluir el *Serial Copy Management System*, utilizado principalmente en los Estados Unidos en dispositivos digitales de grabación sonora tales como el DAT (*Digital Audio Tape*) y el MD (*Minidisc*). Esta tecnología permite que el dispositivo descodifique las señales sonoras integradas en el soporte y, en particular, los datos relativos a su protección. El sistema autoriza la realización de una sola copia digital a partir del original e impide cualquier copia

¹²⁶ Estos autores (Koelman, 2003, pág. 57 y siguientes; Ficsor 2002, pág. 544) son citados por L. Guibault en *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*.

¹²⁷ A. Strowel y S. Dussolier, *La protección legal de los sistemas tecnológicos*, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_2.pdf

¹²⁸ Véase también, D. S. Marks y B. H. Turnbull, *Las medidas tecnológicas de protección: El punto de encuentro de la tecnología, el derecho y las licencias comerciales*, Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_3.pdf; E. A. Caprioli, *Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur*, Communication- commerce électronique, noviembre de 2006, pág. 25.

¹²⁹ También puede ser un disquete que se introduce en el ordenador cuando el usuario desea utilizar el programa. Éste sólo funcionará a condición de que el usuario introduzca dicho disquete.

ulterior. Un sistema similar, el *Content Scrambling System*¹³⁰, basado en la técnica de la criptografía, se ha introducido en el DVD para evitar toda reproducción.

Estos sistemas permiten controlar el acceso tanto a una obra como a un conjunto de obras o a un servicio que proporcione, sobre todo, obras protegidas. Para desactivar el mecanismo de protección es necesario realizar un pago por medios electrónicos o cumplir otros requisitos previstos por la licencia acordada con los titulares de derechos.

Por otra parte, se trata de dispositivos de control del acceso a las obras protegidas. Éstos ofrecen diversas posibilidades, entre ellas la de controlar el primer acceso y permitir ulteriormente la libre utilización de la obra, o comprobar en cada acceso el cumplimiento de las condiciones establecidas, o permitir un acceso diferenciado en función del tipo de usuario. Por ejemplo, una universidad u otra institución de enseñanza podría haber obtenido el acceso a una obra o a una colección de obras para un número determinado de estudiantes durante un plazo convenido¹³¹, a cambio de un pago global. En este caso, el sistema se podrá programar para comprobar la clave de descodificación en los ordenadores de la universidad o institución de enseñanza, o la contraseña acordada por contrato o, en su caso, la identidad del alumno. Paralelamente, la misma tecnología puede acordar el acceso en repetidas ocasiones a un particular, a cambio de un pago periódico.

Las tecnologías que permiten alcanzar esos objetivos son numerosas:¹³² la criptografía, las contraseñas, las *cajas de conexión* (*set-top-boxes*), las cajas negras (*black boxes*), las firmas digitales¹³³ o los sobres digitales¹³⁴.

Existen otras técnicas para marcar o identificar las obras, entre ellas la impresión con filigrana (*watermarking*) que permite incorporar cierta información en el código digital de la obra. Es también el procedimiento de *huella digital* (*fingerprinting*) generalizado entre las agencias de fotografía que incorporan por este medio su nombre o logotipo en un ejemplar de una foto para llevar a cabo campañas publicitarias, y sólo facilitan la imagen libre de esta marca previo pago del importe previsto. Por último, es la finalidad también de los números de serie digital incluidos en las obras. Cuando se encuentra en el mercado una copia no autorizada, estos números permiten encontrar el ejemplar original a partir del cual un licenciataria ha realizado la copia.

La última categoría de medidas técnicas comprende los sistemas de gestión electrónica, cuya función consiste en asegurar la gestión de los derechos en las redes, facilitar la concertación de acuerdos de licencias para la utilización en línea y controlar la utilización de

¹³⁰ D. Mc Cullagh, Blame US Regs for DVD Hack, Wired News, 11 de noviembre de 1999.

¹³¹ Por ejemplo el año lectivo escolar o universitario.

¹³² Los *dongles* y las tarjetas inteligentes también pueden tener esa función de control de acceso.

¹³³ Las *firmas digitales* son una aplicación particular de la criptografía utilizada para certificar e identificar un documento. Se la emplea principalmente para proteger las transmisiones de las obras a través de las redes e impedir el acceso a la obra a toda persona no autorizada. La clave de descodificación se proporciona previo pago del derecho de acceso y/o del cumplimiento de otras condiciones a las que está sujeta la utilización de la obra.

¹³⁴ El *sobre digital* o *contenedor digital* es otra aplicación de la criptografía mediante la cual se puede “introducir” una obra en un sobre digital que contiene información relativa a la obra y a las condiciones de su utilización. El sobre se abre y el usuario puede acceder a la obra sólo si se cumplen esas condiciones (por ejemplo, el pago de un importe establecido, el uso de una contraseña, etc.).

las obras. Asimismo, esas técnicas pueden realizar otras tareas tales como la distribución de los derechos percibidos, la recepción de los pagos, el envío de facturas, la organización de bases de datos sobre los perfiles de los usuarios, etc. A. Strowel y S. Dussolier citan como ejemplo a los agentes electrónicos¹³⁵ y los Sistemas Electrónicos de Gestión de Derechos (*Electronic Right Management Systems (ERMS)* o *Electronic Copyright Management Systems (ECMS)*).

Con respecto a las excepciones y limitaciones, “está claro que una medida tecnológica puede, por definición, restringir de forma importante la capacidad del usuario de llevar a cabo los actos permitidos en virtud de una excepción legal bloqueando el acceso a una obra o impidiendo la realización de un acto sujeto a la autorización del autor. Si, como consecuencia del uso de una medida tecnológica de protección, el usuario no puede citar la obra, hacer una copia privada de ella, utilizarla con fines educativos o informativos, existe el riesgo de que el alcance de estas excepciones en el mundo digital se reduzca en gran medida”¹³⁶.

En otras palabras, las medidas técnicas de protección plantean una problemática casi maniquea. Es evidente que, una vez admitidas, permiten a los titulares de derechos influir sobre los usuarios por cuanto pueden restringir el acceso a las obras. Pero ese acceso podría estar autorizado por la ley, bien sea en el entorno analógico o en el digital. De esa manera, el usuario podría verse privado de una posibilidad de utilización de la obra que, sin embargo, se ofrece de forma legal. En esas condiciones, cabe preguntarse cómo conciliar, en el marco de los tratados internacionales y las leyes nacionales, el reconocimiento de las medidas técnicas de protección con las excepciones a los derechos protegidos.

La búsqueda de una solución se complica debido a un factor importante de orden técnico: los dispositivos técnicos de protección son ciegos. Realizan su tarea mecánicamente, porque se los ha concebido para impedir o controlar el acceso a una obra mediante funciones que exigen determinada información o el cumplimiento de ciertas condiciones. En esa tarea, afectan tanto a las personas que tratan de utilizar ilícitamente las obras como a los usuarios legales. A. Strowel y S. Dussolier añaden que “es difícil imaginar que un dispositivo se conciba con el único propósito de hacer copias privadas o copias de una obra no protegida. Resulta obvio que los mismos sistemas permitirán la elusión de los mecanismos de protección con fines ilegales. Además, autorizar la puesta en circulación de sistemas utilizados únicamente con fines legítimos permitiría que sus fabricantes se viesen libres sistemáticamente de toda responsabilidad”¹³⁷.

De esto se desprende que las medidas tecnológicas postulan un enfoque de todo o nada. En el fondo, plantean dos cuestiones complementarias en el ámbito de las excepciones y limitaciones. La primera consiste en verificar que la ley proteja a la propia medida técnica. Si

¹³⁵ Tecnología desarrollada para realizar numerosas funciones en las redes. Algunas permiten negociar y concertar contratos electrónicos y, en ocasiones, cuando tienen la capacidad apropiada, permiten incluso gestionar automáticamente la distribución y la utilización de la obra, en particular mediante la integración de un sistema de pago electrónico, la renovación de las licencias de utilización, o la elaboración de un informe exhaustivo sobre el número y la identificación de las obras copiadas, impresas, ampliadas y descargadas, tanto a los fines de una facturación adecuada y proporcional a la utilización real, como a los de la comercialización ulterior.

¹³⁶ A. Strowel y S. Dussolier, obra citada

¹³⁷ *Ibíd.*

así fuera, la segunda consistiría en tratar de conciliar la protección de esas medidas y el beneficio de las excepciones y limitaciones a los derechos protegidos.

En el marco de la primera cuestión es preciso señalar que la protección mediante medidas técnicas deriva, con frecuencia, no de una enumeración de tecnologías o una afirmación de que todo dispositivo técnico es seguro, sino de una tipificación de las actividades relativas a la neutralización del dispositivo. Cuando la protección técnica no se ha adquirido en el país, su neutralización no supone un acto reprochable. Por lo tanto, el usuario sólo es responsable cuando, tras la neutralización, utiliza la obra fuera del ámbito de una excepción o limitación. En cambio, esto significa que en un país en el que la neutralización de la medida técnica no constituye una infracción, un establecimiento de enseñanza podría desbloquear la obra y reproducirla o representarla en el marco de sus actividades. Este es el razonamiento en los Estados Unidos, donde la elusión en sí no está prohibida y por lo tanto los usuarios pueden desactivar la protección tecnológica para realizar una actividad compatible con el *fair use*¹³⁸.

La situación es diferente si la medida técnica también está protegida. En efecto, en ese caso, las actividades de neutralización serían en sí misma causa de infracción, aunque su finalidad no lo fuera necesariamente. En otras palabras, si en un país la neutralización de las medidas técnicas está prohibida, la finalidad de la neutralización poco importa. Se incurrirá en la infracción que entraña la neutralización de una medida técnica aun cuando quien la cometa tenga la intención de utilizar lícitamente la obra protegida por la medida.

La situación es bastante preocupante: a causa de una medida técnica de protección, el beneficiario de una excepción o limitación no puede realizar una actividad permitida por la ley. En el ámbito de la enseñanza, las instituciones educativas se ven privadas de preciados útiles y materiales pedagógicos. Aparentemente se ha roto el equilibrio entre la protección de los derechos y el interés del público. En el caso de Europa, esa ruptura admitida no sorprende en absoluto, dado que en virtud de la Directiva relativa al derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información, que autoriza a los titulares de derechos a tomar medidas técnicas para impedir el beneficio de las excepciones¹³⁹, ‘las medidas técnicas prevalecen sin escrúpulos sobre las limitaciones que la ley impone a los derechos exclusivos’¹⁴⁰.

En el caso particular de África, esa solución podría obstaculizar considerablemente la difusión del conocimiento. La solución del problema se puede buscar en dos direcciones. La primera, frecuentemente propuesta para esta problemática, consiste en dar a las excepciones un carácter imperativo que ni los contratos ni las medidas técnicas puedan contravenir¹⁴¹. Sin embargo, la solución no es perfecta. Dado que la tecnología es ciega, la medida técnica no

¹³⁸ Ibíd.

¹³⁹ A reserva de la salvaguardia de ciertas excepciones previstas en el artículo 6.4 de la Directiva.

¹⁴⁰ S. Dussolier, *L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection*, Communication - Commerce électronique, noviembre de 2006 pág. 21. Véase también: T. Maillard, *Le monopole malmené: l'impact des mesures techniques de protection et d'information*, Revue Lamy droit de l'immatériel, suplemento N° 49, mayo de 2009, pág. 69.

¹⁴¹ B. Hugenholtz, *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, discurso de apertura del Imprimatur Consensus Forum, 30 y 31 de octubre de 1997, Amsterdam; L. Guibault, *Contracts and Copyright Exemptions*, Amsterdam, Institute for Information Law, 1997.

puede discriminar entre las actividades que se realizan en el ámbito de las excepciones y en otros ámbitos. La tecnología “reacciona sólo en función de la demanda de actos tecnológicos como son una copia, una impresión, un envío, una lectura o un acceso, pero no puede reconocer el marco en el que se efectúa dicho acto. Unas medidas tecnológicas similares son incapaces de analizar y reconocer las condiciones, a menudo subjetivas, que plantea el ejercicio de una excepción”¹⁴².

La segunda dirección es preferida por los titulares de derechos para proteger sus obras. Se trata de imponer una relación contractual con los usuarios. En el contexto de esa relación los autores obligan a los usuarios a aceptar sus condiciones para poder acceder a las obras. En el ámbito de la enseñanza eso podría traducirse en la ejecución de un contrato por el que los titulares de derechos proporcionarían a los establecimientos que adquiriesen legítimamente la obra, una copia sin protección técnica, o bien una copia cuya protección técnica tuviera en cuenta el tipo de excepciones particulares a que puede acogerse ese establecimiento en virtud de la ley¹⁴³.

Se comprueba que la excepción en beneficio de la enseñanza y todas las demás excepciones quedarían totalmente neutralizadas para convertirse en una negociación contractual entre los derechohabientes y los usuarios. La ley se vería neutralizada por uno de los agentes del ámbito que pretendía regir.

Cabría preguntarse qué ocurriría si el responsable de un establecimiento de enseñanza pagara derechos en línea como un usuario particular, pero utilizara e hiciera utilizar la obra para ilustrar la enseñanza. ¿Está su establecimiento y él mismo en la ilegalidad por haber utilizado colectivamente una copia destinada a servir a una sola persona? Para comprender la cuestión que plantea esta pregunta es conveniente precisar que el contenido de la licencia acordada en línea en beneficio del usuario no debería tener ninguna importancia. En este razonamiento, aunque el contrato prohibiera esa utilización, tal prohibición no puede vincular al usuario que actúa de conformidad con la ley que autoriza la utilización contenciosa.

Se podría considerar una solución doble que conciliara los intereses en juego. Por una parte, el hecho de que el establecimiento de enseñanza sea beneficiario de una excepción debería eximirlo de todo pago. Pero, puesto que ese pago se exige por una medida técnica de protección del acceso a la obra en línea, se debe admitir la obligación de efectuarlo. Por otra parte, el extracto o la copia de la obra que se obtuviera sería necesariamente legal, lo que llevaría a pensar que la excepción vuelve a prevalecer y da derecho a una utilización tan amplia como sea posible, a reserva de que se cumplan las demás condiciones de la restricción. Esta interpretación tiene la ventaja de que no obliga a cada uno de los agentes de la educación de un mismo establecimiento a pagar los derechos exigidos para acceder a la obra en línea.

¹⁴² A. Strowel y S. Dussolier, obra citada. Estos autores toman como ejemplo el carácter imperativo que concede la Directiva europea sobre las bases de datos a la excepción en virtud de la cual se permite que el usuario legítimo lleve a cabo los actos necesarios para una utilización normal. ¿Cómo podría determinar la medida tecnológica que protege la base de datos que se trata de una utilización normal?

¹⁴³ Sobre la cuestión relativa a las medidas técnicas y los contratos, véase: G. Gomis, *L'influence des mesures techniques sur les pratiques contractuelles*, Revue Lamy droit de l'immatériel, suplemento N° 49, mayo de 2009, pág. 73.

VIII. CONCLUSIÓN

El término escogido por la ley para organizar una restricción en beneficio de la enseñanza sólo presenta una importancia relativa. En el conjunto, lo que importa es la identificación de una zona de utilización que escapa al control de los titulares de derechos. Según una lectura imparcial, esa zona, adaptada a cada contexto por el legislador nacional, está suficientemente delimitada por los instrumentos internacionales. Efectivamente, al margen del sistema de licencias establecido en beneficio de los países en desarrollo, que merecería una actualización importante, las normas dimanantes de los tratados multilaterales son bastante pertinentes y equilibradas: tienen suficientemente en cuenta los intereses de los titulares de derechos y las necesidades de la enseñanza en lo que concierne a la utilización de objetos protegidos. En particular, la norma de la prueba triple o del criterio triple es un verdadero instrumento de justificación y un patrón de medida de las excepciones y limitaciones. De hecho, en un principio permite apreciar la oportunidad y la legitimidad de la excepción que se creará. Ulteriormente permitirá apreciar la proporcionalidad de la excepción creada con miras a suprimirla del conjunto de instrumentos del derecho positivo o, por lo menos, a establecer una remuneración equitativa orientada a atenuar los efectos nocivos.

Esta última situación no debe causar sorpresa: la excepción o limitación en beneficio de la enseñanza afecta al carácter exclusivo del derecho y no a la existencia de ese derecho. Por consiguiente, la cuestión principal relativa a la creación de una excepción o limitación se reduce a la inversión de la carga de la prueba. En un sistema que permite el funcionamiento normal de los mecanismos de propiedad intelectual, los usuarios deben obtener el consentimiento previo de los titulares de derechos o de las sociedades de gestión colectiva. En cambio, en un sistema que establece una excepción, el usuario utiliza libremente la obra sin necesidad de solicitar ninguna autorización. Cuando esa utilización se limita al ámbito definido por la ley, suele ser gratuita. Sólo está sujeta a remuneración cuando debido a su frecuencia, volumen o inadecuación causa un perjuicio injustificado a los intereses de los titulares de derechos o atenta contra la explotación normal de la obra. Se entiende que la carga de la prueba recae principalmente sobre los titulares de derechos. Son ellos quienes deben demostrar que se reúnen las condiciones para una utilización libre a cambio de una remuneración equitativa.

En general, el carácter intensivo de la utilización de las obras en el ámbito de la enseñanza llevará a reunir fácilmente las condiciones exigidas para que la utilización dé lugar a una remuneración equitativa. Por lo tanto, no es temerario afirmar que es fácil sustituir la excepción o limitación por una licencia concertada con los establecimientos de enseñanza o con los organismos de supervisión en su nombre, incluso en los países cuyas leyes establecen expresamente que la utilización de obras para satisfacer las necesidades de la enseñanza no dará lugar a ninguna forma de remuneración.

En todo caso, la ley debe prever una excepción o limitación en beneficio de la enseñanza. Esa ley se formulará minuciosamente a fin de evitar cualquier abuso y, al mismo tiempo, será lo más amplia posible, para poder tener en cuenta las múltiples necesidades de la educación. Por consiguiente, es arbitrario que algunas legislaciones la restrinjan a ciertas categorías de obras: todas las creaciones del intelecto se deben poner al servicio de la educación. Es igualmente arbitrario que otras legislaciones la restrinjan exclusivamente a ciertas actividades: todas las actividades de representación y reproducción se deberían permitir a los fines de la ilustración de la enseñanza.

Ciertamente, se puede entender el recelo de los legisladores con respecto a ciertas formas de explotación de las obras. Tal es el caso de la reprografía y de Internet. La primera es tan peligrosa para la creación que algunas leyes le confieren un tratamiento particular para tratar de limitarla sin soslayar las necesidades de la educación. No obstante, es preciso reconocer que la solución que mejor armoniza los intereses en juego es una licencia que permita a los titulares de derechos percibir una compensación mínima. La segunda encierra riesgos específicos que explican el hecho de que pocas legislaciones se hayan centrado en ella. A fin de cuentas, la enseñanza que recurre a esa forma de comunicación (*e-learning*) está insuficientemente reglamentada. En consecuencia, sería conveniente que los países africanos se inspiraran en las experiencias de ciertos países desarrollados para legislar sobre este tema. Mientras tanto, si surgiera algún litigio, se procurará, en cada caso, adaptar las normas vigentes. En ese proceso de adaptación se verá, por ejemplo, que las medidas técnicas de protección son en gran medida legítimas en las redes digitales. Pero es imposible exigir a los titulares de derechos que pongan voluntariamente sus objetos protegidos a disposición de toda persona que pudiera conectarse a esas redes. En tales circunstancias, es necesario reconocer que sólo un acuerdo con los titulares de derechos permitirá equilibrar las posibilidades que ofrece una restricción legal establecida en beneficio de la enseñanza con los intereses de los autores, particularmente amenazados cuando la explotación adopta un formato digital.

[Siguen los Anexos]

ANEXO: CUADROS ANALÍTICOS DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES PREVISTAS EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES EN FAVOR DE LA ENSEÑANZA

Acuerdo de Bangui (Anexo VII) revisado en 2002, aplicable a los países miembros de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) que no disponen de legislación nacional pertinente

Referencias	Art. 12, art. 13, art. 20.iii y art. 52.iii
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener, directa ni indirectamente, fines de lucro)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una publicación, una emisión o una grabación sonora o visual destinada a la enseñanza - reprografía - cita - representación
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - representación limitada a un público determinado - indicación de la fuente y el nombre del autor

Sudáfrica: Ley N° 98 de 1978 del Derecho de Autor con las modificaciones de la Ley 9 de 2002 sobre Derecho de Autor

Referencias	Art. 12.3 y 4
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Obras literarias y musicales
Derechos que abarca la restricción	Reproducción
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una publicación, una emisión de radio o televisión, o una grabación sonora o visual - cita

Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - limitación justificada por la finalidad perseguida - <i>fair practice</i> - mención de la fuente y del nombre del autor

Angola: Ley N° 4/90 de 10 de marzo de 1990 relativa a la protección de los derechos de autor

Referencias	Art. 29 (a), (b) y (e)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - reproducción fotográfica o por cualquier otro procedimiento análogo - ejecución y comunicación de la obra por cualquier procedimiento, incluida la cinematografía - emisiones de radio y televisión - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra divulgada lícitamente - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - representaciones realizadas en locales privados - número de ejemplares limitado en función de la finalidad perseguida - mención de la fuente y del nombre del autor

Benin: Ley N° 2005/30 de 5 de abril de 2006 relativa a la protección del derecho de autor y los derechos conexos

Referencias	Art. 13, art. 15, art. 21, art. 69 y art. 79
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener, directa ni indirectamente, fines de lucro)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación

Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación - emisiones de radio o de televisión - grabaciones sonoras o visuales - reprografía - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción, licencia legal
Compensación por la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - Gratuita en ciertos casos - Remuneración cuando el establecimiento proporciona los dispositivos necesarios para la reprografía y percibe un pago
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra puesta lícitamente a disposición del público - ausencia de carácter lucrativo de la enseñanza - limitación justificada por la finalidad perseguida - limitación restringida a un público determinado - mención de la fuente y del nombre del autor

Botswana: Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 2000 (entró en vigor en 2007)

Referencias	Art. 12.ii y iii, art. 14, art. 15 y art. 28.c
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener, directa ni indirectamente, fines de lucro; otras actividades están reservadas a las enseñanzas <i>presenciales</i>)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, ya sean fragmentos u obras cortas completas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación - emisiones de radio o de televisión - grabaciones sonoras o visuales - reprografía (en el caso de la enseñanza <i>presencial</i>) - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada - ausencia de carácter lucrativo de la enseñanza - la reproducción debe ser individual o, si es múltiple, las circunstancias que la justifican deben ser diferentes y sin relación entre sí; - no debe existir una licencia colectiva, en cuyo marco se pueda realizar la reproducción, ofrecida por un organismo de gestión colectiva y conocida o que pueda ser conocida por el establecimiento de enseñanza;

	<ul style="list-style-type: none"> - limitación justificada por la finalidad perseguida - mención de la fuente y del nombre del autor en todas las copias
--	---

Burkina Faso: Ley N° 032-99/AN de 22 de diciembre de 1999, de Protección de la Propiedad Literaria y Artística

Referencias	Art. 22 y art. 80
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - publicación - emisiones de televisión - grabaciones sonoras o visuales - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra divulgada lícitamente - ausencia de abuso - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - mención de la fuente y del nombre del autor

Camerún: Ley N° 2000/11 de 19 de diciembre de 2000, sobre el derecho de autor y los derechos conexos

Referencias	Art. 29.1.a) y d) y art. 67.1c)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - publicación - emisiones de televisión - grabaciones sonoras o visuales
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada con la autorización del autor

	<ul style="list-style-type: none"> - ausencia de abuso - ausencia de carácter lucrativo de la utilización
--	---

Cabo Verde: Ley N° 101/III/90 de 29 de diciembre de 1990

Referencias	Art. 48.1 (a), (b) y (e)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - reproducción fotográfica o por cualquier otro procedimiento análogo - ejecución y comunicación de la obra por cualquier procedimiento, incluida la cinematografía - emisiones de radio y de televisión - grabaciones sonoras o visuales - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada o divulgada lícitamente - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - número de ejemplares limitado en función de la finalidad perseguida - mención de la fuente y del nombre del autor

Congo: Ley N° 24/82 de 7 de julio de 1982 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

Referencias	Art. 33 (b) y (c); art. 97 y art. 98.
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, en idioma original o traducidas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - publicación, - emisiones de radio o de televisión - grabaciones sonoras o visuales - representación - reproducción de obras y fonogramas

	- cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción, licencia legal
Compensación por la restricción	Gratuita, remuneración equitativa
Condiciones generales	- obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - conformidad con los usos honrados - mención de la fuente y del nombre del autor - prohibición de exportar las copias de fonogramas realizadas

Côte d'Ivoire: Ley de 25 de julio de 1996

Referencias	Art. 31.
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- publicación - emisiones de televisión - grabaciones sonoras o visuales - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra puesta a disposición del público lícitamente - ausencia de abuso - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - mención de la fuente y del nombre del autor

Etiopía: Proclamación N° 410/2004 de los Derechos de autor y Protección de Derechos Conexos

Referencias	Art. 11, art. 16 y art. 32
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos. Ciertas actividades están reservadas a las enseñanzas <i>presenciales</i>
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas (incluidos los fonogramas)
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el	- reproducción

marco de la restricción	- representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada - ausencia de carácter lucrativo de la representación - <i>fair practice</i> - reproducción de las ejecuciones y los fonogramas restringida a las enseñanzas <i>presenciales</i> , salvo que tales ejecuciones y fonogramas se hubieran realizado con fines educativos - mención de la fuente de la obra o grabación sonora y del nombre del autor

Gambia: Proyecto de ley sobre derecho de autor de 2003

Referencias	Art. 29, art. 30 y art. 43.
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos. Ciertas actividades están reservadas a las enseñanzas <i>presenciales</i>
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas (incluidos los fonogramas)
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en un texto o en una grabación sonora o visual - reprografía - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada - limitación justificada por la finalidad perseguida - <i>fair practice</i> - reprografía de artículos, obras cortas o extractos breves destinados a la enseñanza <i>presencial</i> en establecimientos sin fines de lucro - mención de la fuente y del nombre del autor en todas las copias

Ghana: Ley de Derecho de Autor de 2005, PNDCL N° 690

Referencias	Art. 19.1. b, c) i, ii, iii; art. 19.3; art. 22.2 y art. 35.c) y d)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos

Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, incluidos los retratos
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - publicación (de las pinturas) - inclusión en una publicación - emisiones de radio o de televisión - grabaciones sonoras o visuales - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada - <i>fair practice</i> - mención de la fuente y del nombre del autor

Kenya: Ley de derecho de autor de 2001

Referencias	Art. 26.1 (d), (e) y (f)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Enseñanza impartida en escuelas y universidades legalmente reconocidas
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Obras literarias y musicales
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación - emisiones de radio o de televisión - reproducción de las emisiones para su utilización en el ámbito escolar
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - préstamo limitado a dos extractos breves - mención de la fuente y del nombre del autor

Liberia: Ley del derecho de autor de 1997

Referencias	Sección 2.7 y Sección 2.10 (1) y (2)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se	Todos. Ciertas actividades están reservadas a las

benefician de la restricción	enseñanzas <i>presenciales</i>
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas (incluidos los fonogramas)
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - reproducción mediante copia - inclusión en una grabación sonora - representaciones y comunicaciones al público - transmisión
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - <i>fair use</i> - representaciones y transmisiones destinadas originalmente a su utilización en aulas o en lugares equivalentes - la copia de la obra cinematográfica o audiovisual utilizada para la representación debe ser lícita

Madagascar: Ley N° 94-036 de sep. 18 de 1995, sobre la propiedad literaria y artística

Referencias	Art. 43.3, art. 44 y art. 45
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación, una emisión de radio o de televisión - reproducción - cita - reprografía de extractos breves o de la obra completa - representación - emisiones de radio y de televisión
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza, y exámenes y actividades conexas
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada lícitamente - conformidad con los usos honrados - limitación justificada por la finalidad perseguida - limitación restringida a un público determinado - ausencia de carácter lucrativo de la utilización

	- mención de la fuente y del nombre del autor
--	---

Malawi: Ley de derecho de autor de 1989

Referencias	Art. 10.a y art. 39
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, en idioma original o traducidas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una publicación o en una emisión de radio o de televisión, incluida la distribución por cable - grabaciones sonoras o visuales - representación
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - mención de la fuente y del nombre del autor

Malí: Ley N° 8426/an-rm de 17 de octubre de 1984 que establece el régimen de la propiedad literaria y artística en la República de Malí, modificada por la Ley n° 94-043 de 13 de octubre de 1994

Referencias	Art. 37.1 (b), art. 39.1 y art. 40
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluidos los programas de alfabetización
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- emisiones de radio o de televisión - reproducción mediante un 'procedimiento científico' - cita - representación
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción, licencia
Compensación por la restricción	- Gratuita para las representaciones - Remuneración equitativa por las reproducciones
Condiciones generales	- obra puesta lícitamente a disposición del público

	<ul style="list-style-type: none"> - información previa al autor o al organismo de gestión colectiva - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - respeto del derecho moral - autorización del Ministerio de Cultura - número de ejemplares limitado en función de las necesidades de la actividad - ausencia de menoscabo de la explotación normal de la obra - ausencia de perjuicio injustificado a los intereses del autor
--	---

Mauricio: Ley de derecho de autor de 28 de julio de 1997

Referencias	Art. 14, art. 15 y art. 30.c
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener, directa ni indirectamente, fines de lucro; otras actividades están reservadas a las enseñanzas <i>presenciales</i>)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión de extractos breves en una publicación o en una grabación sonora o visual - reprografía de extractos o de obras cortas completas para su utilización en las enseñanzas <i>presenciales</i> - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada - la reproducción debe ser individual o, si es múltiple, las circunstancias que la justifican deben ser diferentes y sin relación entre sí - ausencia de carácter lucrativo de la enseñanza - no debe existir una licencia colectiva, en cuyo marco se pueda realizar la reproducción, ofrecida por un organismo de gestión colectiva y conocida o que pueda ser conocida por el establecimiento de enseñanza - limitación justificada por la finalidad perseguida - mención de la fuente y del nombre del autor en todas las copias

Mozambique: Ley N° 4/2001 de 27 de febrero de 2001 por la que se ratifica el derecho de autor

Referencias	Art. 10, art. 11, art. 19.b y art. 47.c
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener, directa ni indirectamente, fines de lucro)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación o en una emisión de radio o de televisión - inclusión en una grabación sonora o visual - reprografía de extractos breves o de obras cortas completas - representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza y utilización en exámenes y actividades conexas
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra divulgada y no protegida - limitación justificada por la finalidad perseguida - limitación restringida a un público determinado - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - utilización conforme a los usos honrados - mención de la fuente y del nombre del autor

Namibia: Ley N° 98 de derecho de autor de 1978

Referencias	Art. 12.3 y 4
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Obras literarias y musicales
Derechos que abarca la restricción	Reproducción

Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una publicación o en una emisión de radio o televisión, o en una grabación sonora o visual - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- limitación justificada por la finalidad perseguida - ausencia de abuso (<i>fair practice</i>) - mención de la fuente y del nombre del autor

Níger: Ordenanza N° 93-027 de 30 de marzo de 1993 relativa al derecho de autor, los derechos conexos y las expresiones del folclore

Referencias	Art. 10, art. 11, art.19 y art. 47 (iii) y (iv)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de establecimientos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener directa ni indirectamente fines de lucro)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una publicación o en una emisión de radio o televisión - reproducción reprográfica de extractos breves o de obras cortas completas - representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza y utilización en exámenes y actividades conexas
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - limitación restringida a un público determinado - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - conformidad con los usos honrados - mención de la fuente y del nombre del autor

Nigeria: Ley de derecho de autor (Cap. 68, Legislación de la Federación de Nigeria de 1990, modificada por el Decreto N° 98 de 1992 sobre derecho de autor y el Decreto (modificación) de 1999 sobre derecho de autor

Referencias	Art.28 (b), apéndice II (f), (g) y (h)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor

Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Establecimientos reconocidos
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, incluidas las expresiones del folclore. Precisiones específicas para las obras literarias y musicales
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión de dos extractos, como máximo, en una recopilación de obras literarias o musicales - radiodifusión y televisión - reproducción - toda otra utilización
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada; - la recopilación realizada debe indicar su finalidad educativa; - la finalidad educativa de la emisión deberá contar con la aprobación del órgano de reglamentación; - las reproducciones se deben destruir a la expiración del período prescrito y, de no existir esa prescripción, al cabo de doce meses; - mención de la fuente y del nombre del autor.

Uganda: Ley de 2006 sobre Derecho de Autor y los Derechos Conexos

Referencias	Art. 15.1 (b), (c), (d) y (j), art. 15.2 y art.34 (c)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor, derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Obras literarias
Derechos que abarca la restricción	Reproducción
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación, en una emisión de radio o televisión o en una grabación sonora - representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obras publicadas - <i>fair use</i> - mención de la fuente y del nombre del autor

República Centroafricana: Ordenanza N° 85/002 de 5 de enero de 1985 sobre el derecho de autor

Referencias	Art. 11.1, art. 12, art.17 y art. 18.
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, traducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- reproducción - traducción - representación - emisiones de radio y de televisión
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra puesta lícitamente a disposición del público - número de ejemplares limitado en función de la finalidad perseguida - ausencia de carácter lucrativo de la utilización - ausencia de menoscabo de la explotación normal de la obra - ausencia de perjuicio a los intereses del autor

República Democrática del Congo: Decreto Ley N° 86-033 de 5 de abril de 1986 relativo a la protección del derecho de autor y los derechos conexos

Referencias	Art. 24, art. 25, art. 31 y art. 89
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de establecimientos de enseñanza que se benefician de la restricción	Establecimientos de enseñanza (en la ley no se especifica ningún tipo)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, especialmente las fotografías
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una antología o en una obra científica - representación - emisiones de radio o de televisión - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción

Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra divulgada - limitación justificada por el tema de la clase - limitación restringida a las horas de clase - número de emisiones determinado previamente

Rwanda: Proyecto de ley aprobado el 31 de marzo de 2008 (pendiente de promulgación)

Referencias	Art. 205, art. 206, art. 213 y art. 247.4, 5 y 6
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de establecimientos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (para ciertas actividades se especifica que la enseñanza no debe tener directa ni indirectamente fines de lucro)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas (se excluyen los fonogramas y las ejecuciones publicadas para satisfacer las necesidades de la enseñanza)
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación, en una emisión de radio o televisión o en una grabación sonora o visual destinada a la enseñanza. - reproducción reprográfica de extractos breves o de obras cortas completas - representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - limitación restringida a un público determinado - mención de la fuente y del nombre del autor

Senegal: Ley N° 2008-09 de 25 de enero de 2008 sobre el derecho de autor y los derechos conexos

Referencias	Art. 42, art. 44 y art. 89
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas

Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- reproducción - representación - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- ausencia de carácter lucrativo de la utilización - mención de la fuente y del nombre del autor o del titular de los derechos conexos

Seychelles: Ley de derecho de autor (capítulo 51), versión revisada en 1991

Referencias	Apéndice I, sección 6
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	obras literarias y musicales
Derechos que abarca la restricción	Reproducción
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión de dos extractos breves, como máximo, en una colección de obras literarias o musicales destinadas a las instituciones de enseñanza
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- <i>fair dealing</i> - mención de la fuente y del nombre del autor

Swazilandia: Ley de Derecho de Autor de 1912

Referencias	Art. 4.1 (d)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (en la ley no se especifica ningún tipo)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Obras literarias
Derechos que abarca la restricción	Reproducción
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- inclusión en una colección integrada principalmente por objetos no protegidos

Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obras publicadas - los extractos deben ser breves - la inclusión se habrá hecho de buena fe con el fin de ilustrar la enseñanza - en la publicación que incluya los extractos, así como en todo documento publicitario originado por la editorial, se indicará que la publicación se destina a satisfacer las necesidades de la enseñanza - la obra original no debe estar destinada a satisfacer las necesidades de la enseñanza - una editorial no puede citar ni publicar dos extractos de obras de un mismo autor sin que transcurra un intervalo de cinco años - mención de la fuente y del nombre del autor

República Unida de Tanzania: Ley de derecho de autor y derechos conexos de 1999

Referencias	Art. 12. 1, 12. 2 (c) y art. 35 (c) y (d)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos, incluida la capacitación profesional (ciertas actividades están reservadas a las enseñanzas <i>presenciales</i>)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas, en idioma original o traducidas, excepto las obras de arquitectura y los programas informáticos
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	<ul style="list-style-type: none"> - inclusión en una publicación - emisiones de radio o televisión, incluida la distribución por cable - grabaciones sonoras o visuales - reproducción (derechos conexos) para la enseñanza <i>presencial</i> - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none"> - obra publicada lícitamente - limitación justificada por la finalidad perseguida - <i>fair practice</i> - mención de la fuente y del nombre del autor - la obra del artista o el fonograma no deben tener originalmente una finalidad pedagógica

Chad: Ley N° 2000/11 de 19 de diciembre de 2000 relativa a la protección del derecho de autor, los derechos conexos y las expresiones del folclore

Referencias	Art. 34.3 (a) y 34.5
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todas (la ley no prevé ninguna restricción)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- publicación - emisiones de televisión - grabaciones sonoras o visuales - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- obra publicada con la autorización del autor - ausencia de abuso - ausencia de carácter lucrativo de la utilización

Togo: Ley N° 91-12 de 10 de junio de 1991 sobre protección del derecho de autor, las expresiones del folclore y los derechos conexos

Referencias	Art. 20.1 (b), art. 21, 109 (c) y 110
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de establecimientos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (en la ley no se especifica ningún tipo)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción (para los fonogramas) y representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- representación - emisiones de radio o de televisión - reproducción (para los fonogramas) - cita
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza
Tipo de restricción	Excepción y licencia
Compensación por la restricción	Gratuita y remuneración equitativa
Condiciones generales	- obra puesta lícitamente a disposición del público - representación en locales destinados a tal efecto

Zambia: Ley de derecho de autor y derechos de ejecución e interpretación de 1994

Referencias	Art. 21.1 (f) (g), art. 21.2, art. 50.1 (a) y 2 (a) y (b)
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- reproducción - representación (obras teatrales)
Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza incluidos los exámenes y actividades conexas
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	- reproducción efectuada mediante un procedimiento que no permita una reproducción masiva - representación limitada a las obras teatrales - representación limitada a un público determinado - ausencia de menoscabo de la explotación normal de la obra - ausencia de perjuicio injustificado a los intereses comerciales del titular del derecho de autor

Zimbabwe: Ley de derecho de autor de 2000 (Cap. 26:1 Consolidación)

Referencias	Art. 25, art. 31 y art. 73.
Esfera a la que concierne la restricción	Derecho de autor y derechos conexos
Tipos de enseñanza que se benefician de la restricción	Todos (en la ley no se especifica ningún tipo)
Beneficiarios finales de la restricción	Alumnos, estudiantes, docentes
Obras que abarca la restricción	Todas
Derechos que abarca la restricción	Reproducción, representación
Actividades autorizadas en el marco de la restricción	- representación incluida la comunicación de fonogramas, obras audiovisuales y programas televisados por cable - inclusión en una publicación, una colección, una emisión o una grabación - reproducción, incluida la reprografía de obras literarias y musicales - cita.

Finalidad de la restricción	Ilustración de la enseñanza, incluidos los exámenes y actividades conexas
Tipo de restricción	Excepción
Compensación por la restricción	Gratuita
Condiciones generales	<ul style="list-style-type: none">- representación limitada a un público determinado- representación realizada por alumnos, docentes o terceros- limitación justificada por la finalidad perseguida- en la publicación que incluya los extractos, así como en todo documento publicitario originado por la editorial, se indicará que la publicación se destina a satisfacer las necesidades de la enseñanza- la publicación debe constar principalmente de objetos no protegidos- ausencia de menoscabo de la explotación normal de la obra- ausencia de perjuicio injustificado a los intereses del autor- mención de la fuente y del nombre del autor

[Fin del documento]