



*Comentarios y devoluciones sobre el estudio
“Los retos de los centros de investigación y
los fines de la investigación en relación con los derechos de autor”
(SCCR/44/4) a cargo de la Prof. Raquel Xalabarder*

1. Antecedentes	1
2. Comentarios preliminares	2
3. Temas que merecen aclaraciones	3
3.1. Licencias colectivas	3
3.1.1. A pesar de que hay una distancia entre el norte y el sur global, el informe acoge las licencias colectivas como solución general.	3
3.1.2. El informe sobreestima la eficacia del licenciamiento para resolver el problema de los usos transfronterizos y de acceso a los insumos para la investigación.	5
3.1.3. Otros comentarios y recomendaciones sobre el tema de licencias colectivas.	6
3.2. Ciencia Abierta	7
4. Otros desafíos que sugerimos incluir en el informe	8
4.1. El software como objeto de investigación.	8
4.1.1. Software y seguridad digital	8
4.1.2. Derecho a reparar	10
4.2. Excepciones para emergencias de salud pública	11
4.3. Obras inéditas y obras huérfanas, son frecuentemente fuente de riesgo legal para investigadores e investigadoras.	12

1. Antecedentes

Durante los últimos años, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) está prestando cada vez más atención a las tensiones que surgen de las intersecciones entre propiedad intelectual y los derechos humanos.

Las lecciones que dejó la pandemia supusieron un llamado internacional para abordar la propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho a la ciencia. Esto se advirtió especialmente en el campo de las patentes, pero el derecho de autor no se quedó atrás y tuvo su impacto en el trabajo futuro de la OMPI. En el marco del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR, por sus siglas en inglés), en 2023 se aprobó una propuesta



presentada por el Grupo Africano (documento SCCR/43/8)¹ para desarrollar un nuevo Programa de Limitaciones y Excepciones que incluya el derecho a la investigación.

Para el desarrollo de este Programa, el siguiente paso consistirá en aprobar el Plan de implementación en 2024. Con el objetivo de informar este proceso la Secretaría del SCCR encargó a la profesora Raquel Xalabarder la realización de un informe que dé cuenta de la situación actual de las relaciones entre el derecho de autor y las actividades de investigación. El informe titulado “**Estudio de alcance de las prácticas y desafíos de las instituciones de investigación y de las finalidades de la investigación en relación con los derechos de autor**” (SCCR/44/4)² fue presentado durante la última reunión del Comité y se encuentra abierto a comentarios por los Estados miembros y organizaciones de observadores hasta el 12 de enero.

2. Comentarios preliminares

El informe destaca acertadamente que los mercados digitales han generado un cambio de reglas del juego en la aplicación del derecho de autor y que es necesario adaptar las leyes tomando en cuenta el interés público en el avance de la ciencia.

De forma genérica, resalta el cambio en los métodos de investigación en la era digital, especialmente las nuevas metodologías basadas en ciencia de datos, pero también en la forma de acceder (digital y no analógica) que conlleva nuevas barreras relacionadas con nuevos derechos (como el procesamiento y adaptación de copias digitales utilizado en procesos de investigación) y constata un atraso relativo en las excepciones existentes que suelen aplicar a la reproducción y comunicación analógicas.

El informe realiza una buena síntesis de tipos de E&L (excepciones y limitaciones) existentes e inclusive propone criterios acertados para una mejor interpretación de las excepciones existentes (mediante la comprensión del objetivo final de la excepción procurando interpretar la norma para que lo logre). Describe de forma genérica los modelos de licenciamiento sobre usos primarios y secundarios y señala varias contradicciones sin resolver entre acceso abierto, las políticas institucionales y los modelos editoriales. También deja asentados como desafíos adicionales la necesidad de establecer mecanismos para evitar que las medidas tecnológicas de protección (MTP) y las cláusulas contractuales anulen la aplicación de las E&L para investigación.

¹ Ver: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=603511

² Ver: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_44/sccr_44_4.pdf



El informe no pretende alcanzar un análisis profundo sino que su objetivo declarado es el de detectar cuáles son los desafíos y delinear posibles rumbos o recomendaciones genéricas para los miembros del SCCR. En este sentido la Dra. Xalabarder ha realizado un excelente trabajo. De cualquier forma, tomando en cuenta que este trabajo marcará agenda en la OMPI, hemos dado una lectura crítica al documento analizando la aplicabilidad de sus recomendaciones a países del sur global así como su compatibilidad con la Declaración de Ciencia Abierta de UNESCO y relevando la posible existencia de algún desafío importante que no haya sido incluido.

3. Temas que merecen aclaraciones

3.1. Licencias colectivas

3.1.1. A pesar de que hay una distancia entre el norte y el sur global, el informe acoge las licencias colectivas como solución general.

A pesar de que el informe da cuenta de las diferencias entre los sistemas de licenciamiento ofrecidos por las OGC (Organizaciones de Gestión Colectiva) entre países desarrollados y países en desarrollo, expresa una firme convicción en que este tipo de herramientas será la solución a las barreras de acceso legal a los insumos de investigación tanto en el norte como en el sur global.

“La concesión colectiva de licencias ha demostrado ser un sistema muy eficaz para equilibrar las necesidades de los usuarios de acceder a los contenidos y la protección de los derechos de autor, garantizando una compensación adecuada a los titulares. Las licencias colectivas también son decisivas para garantizar el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual sujetos a sistemas de remuneración o compensación.” [traducción nuestra, pag. 27]

“(...) En cambio, en la mayoría de los países en desarrollo, la concesión de licencias colectivas para determinados usos excepcionalmente ha tenido éxito, ya que la presencia y el funcionamiento de las OGC son limitados, lo que les impide satisfacer plenamente las necesidades de los usuarios de la investigación. En este caso, es importante destacar que la eficacia de la concesión de licencias colectivas (y el desarrollo de la gestión colectiva) puede lograrse, por ejemplo, mediante la promulgación de disposiciones de L&E que permitan usos específicos sujetos a compensación gestionados a través de OGC, o mediante el establecimiento de instancias específicas de gestión colectiva obligatoria o de concesión de licencias colectivas ampliadas (LCA).” [traducción nuestra, pag. 27]



El informe no explora la opción de establecer alternativas sin compensación, principalmente para investigadores e instituciones del sur global. Sería interesante el desarrollo de una mirada diferenciada desde el sur que considere que los mecanismos y ejemplos de licenciamiento exitoso no se pueden descontextualizar. Por ejemplo, para América Latina debería tomarse en cuenta, entre otros aspectos:

- La crisis de representación en las que hace décadas que están sometidas las OGC latinoamericanas³.
- Los presupuestos de las universidades e instituciones de investigación públicas que no consiguen afrontar sistemas de licencias.
- Que más allá de las restricciones económicas, existen aspectos culturales propios de las universidades latinoamericanas relacionados con la valorización de la investigación como bien público global y su relación con las lógicas de mercado⁴ que ofician de barrera para la implementación exitosa de estos esquemas.
- La inexistencia de sistemas de licencias colectivas ampliadas (LCA) o de regímenes de licenciamiento obligatorio para reprografía⁵ y las resistencias sociales que generan este tipo de instrumentos.
- El hecho de que en universidades del Sur Global no son comunes las mesas de negociación de licencias y es una rareza encontrar figuras encargadas profesionalmente de la gestión y alfabetización en derechos de autor dentro de las universidades e instituciones de investigación (comúnmente por restricciones presupuestales).
- El hecho de que las balanzas comerciales nacionales son altamente deficitarias en el rubro de los derechos de autor y dependientes de bienes de conocimiento extranjeros, especialmente cuando se trata de acceso a insumos necesarios para desarrollar investigación.

³ Cabello et al (2022) La gestión colectiva de los derechos de autor en América Latina: desafíos y oportunidades a partir de los avances de la economía digital. CETYS, Universidad de San Andrés, Disponible en <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/19465>

“Las SGC como entes que actúan en nombre de sus afiliados o socios se encuentran inmersos en una crisis de representación al igual que otras instituciones de representación colectiva. Sus directivos suelen destacar públicamente que funcionan en forma auditable, transparente y eficaz, algo que se puede leer en muchos de los sitios web de las sociedades de la región, pero esto no es compartido por los representados, ya sea por realidad o percepción.” [pag 33]. *“El relevamiento para este estudio muestra aspectos que dan sustento a las dudas y críticas de los miembros de las SGC de la región. Esto es, baja fiscalización de los órganos de gobierno a cargo del control, poca información de acceso público sobre la actividad y resultados, dificultades para medir la eficacia ante la carencia de datos de la gestión, opacidad de gobernanza, reporte y control, arbitrariedad en la fijación de reglas de quién debe pagar y distribución de lo recaudado, barreras a la entrada al goce de derechos de nuevos jugadores, etc.”* [pag. 34]

⁴ Ver por ejemplo: <http://amelica.org/index.php/principios-y-valores/> o <https://globaldiamantaoa.org/manifiesto/>

⁵ Pinto (2019). BIBLIOTECAS LAC: El impacto de la legislación de derechos de autor en América Latina y el Caribe. FEBAB. Disponible en: <http://www.febab.org.br/febab201603/wp-content/uploads/2016/03/LIVRO-FEBAB.pdf>



Recomendación 1: Tomando en cuenta estos antecedentes debería considerarse más seriamente la posibilidad de que, en muchos países de África y Latinoamérica, pueda no existir mercado para usos secundarios o puedan no estar dadas las condiciones para que las gestoras operen de forma adecuada. El informe debería indicar que, en los países en desarrollo, debe priorizarse la construcción de un marco de E&L sólido, claro y actualizado que permita ciertos usos sin compensación y habilite los usos con fines de investigación por razones de interés público.

3.1.2. El informe sobreestima la eficacia del licenciamiento para resolver el problema de los usos transfronterizos y de acceso a los insumos para la investigación.

“Más allá de la L&E, las discrepancias “territoriales” también pueden identificarse en términos de concesión de licencias. A menudo, existe una disparidad entre el alcance territorial de las licencias adquiridas con fines de investigación (a menudo restringidas formalmente a un único país) y el alcance de las actividades de investigación, que pueden tener lugar en múltiples territorios. Este es especialmente el caso de las licencias colectivas, obtenidas de las OGC, que en su mayor parte se encargan esencialmente de la concesión de licencias territoriales. Sin embargo, a través de acuerdos bilaterales con otras OGC, pueden ofrecer licencias de repertorios sólidos, como en el caso de los consorcios que incluyen países con la misma lengua. En cambio, las licencias individuales y directas pueden abordar más fácilmente las cuestiones transfronterizas al identificar el ámbito territorial de los derechos licenciados y el contenido cubierto.” [traducción nuestra, pag. 32]

Poner este tipo de énfasis en el licenciamiento y en la búsqueda de soluciones para evitar la fragmentación de su oferta implica, sin lugar a dudas, encarar el tema desde una lógica alejada de la realidad de los países del sur global. En América Latina solo 1/3 de los países cuenta con gestoras reprográficas⁶, mientras que en África están presentes solo en la mitad de los países⁷ y, en ambos continentes, la concreción de acuerdos de representación recíproca entre las OGC tienen un alcance totalmente insuficiente. A su vez, en América Latina existen enormes resistencias sociales frente a la instauración de regímenes de licenciamiento obligatorio o de

⁶ Miembros de International Federation of Reproduction Rights Organisations (IFRRO). Disponible en: <https://ifrro.org/page/membership-list/>

⁷ Oriakhogba; Desmond, and Kawooya; Dick. "The Status of Reproduction Rights Organisations (RROs) in Africa." (2022) PIJIP/TLS Research Paper Series no. 81. Disponible en: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/81>. De 55 países africanos relevados se encontraron 28 países que tienen algún tipo de gestión colectiva dedicada a la reprografía.



sistemas de licencias colectivas ampliadas^{8 9}. Lejos de impulsarse la instauración de mesas de negociación de licencias por parte de universidades, el debate social se centra en la imperiosa necesidad de actualizar los caducos regímenes de E&L en los países de la región.

Recomendación 2: En relación con los usos transfronterizos, dada la fragmentación y las diferencias de funcionamiento entre las OGC del norte y del sur, no puede afirmarse que el sistema de licencias sea la herramienta más adecuada para solucionar globalmente las tensiones entre el derecho de autor y el derecho a la ciencia. Por tanto, además del establecimiento de un marco sólido de E&L, sugerimos explorar la opción de establecer un instrumento internacional que establezca soluciones para los usos transfronterizos con fines de investigación (y otros de interés público) mediante unos principios mutuamente acordados entre países.

3.1.3. Otros comentarios y recomendaciones sobre el tema de licencias colectivas.

Con base en los comentarios relacionados con la forma como el informe aborda el tema de licencias colectivas consideramos que es necesario además hacer otros ajustes para evitar generalizaciones que conducen a una sobresimplificación de un tema complejo y para no establecer la gestión colectiva como la solución global al problema planteado.

Recomendación 3: Resultaría útil que el apartado sobre licencias colectivas cuente con algunas **estadísticas regionales conocidas** sobre las gestoras colectivas reprográficas como su presencia o ausencia, alcance de la su representación (gestión obligatoria, voluntaria o extendida), tipos de licenciamiento disponible (usos analógicos/ digitales, tipos de obras alcanzadas), para entender mejor las diferencias entre el sur y el norte global.

Recomendación 4: Entendemos oportuno revisar la propuesta que se presenta en la página 28 del informe en cuanto a la **elaboración de un toolkit** (conjunto de herramientas) centrado en licencias y sin nombrar la opción de excepciones sin compensación:

“En este sentido, un conjunto de herramientas que presenten las mejores prácticas, junto con las revisiones y actualizaciones de la ley de derechos de autor, podría contribuir significativamente al desarrollo de licencias de gestión colectiva para satisfacer las necesidades de la investigación. Entre los ejemplos se incluyen soluciones jurídicas como las “licencias L&E fallidas” y las licencias colectivas ampliadas (LCA), que amplían el alcance de las licencias voluntarias acordadas con los organismos de

⁸ Caso de resistencia en Argentina:

https://www.eldiarioar.com/economia/derechos-recaudador-dirime-debate-cadra-reprografia_1_10512593.html

⁹ Caso de resistencia en Uruguay

<https://www.abu.net.uy/2023/09/plataformas-educativas-y-bibliotecas-digitales-en-peligro-por-dos-articulos-de-la-rendicion-de-cuentas/>



gestión colectiva y las licencias obligatorias sujetas a remuneración para usos de investigación.” [traducción nuestra, pag. 28]

Sugerimos que el informe solicite la creación de un toolkit desde una visión más equilibrada.

3.2. Ciencia Abierta

El informe adopta una aproximación limitada de lo que es investigación, las instituciones que la facilitan y quién la hace -quién pueden ser considerado investigador o investigadora-. En ese sentido no se alinea correctamente con el trabajo de la UNESCO en el derecho a la ciencia y en lo relacionado con ciencia abierta, **limitando mucho su alcance la ciencia producida en instituciones formales**. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en la elección de los 3 elementos estratégicos que propone el siguiente párrafo:

“En el ámbito de los derechos de autor, hay tres elementos de las estrategias de Ciencia Abierta que son especialmente relevantes para este Estudio:

- Acceso abierto a las publicaciones de investigación, incluidas las publicaciones de acceso abierto.*
- Licencias abiertas, como las licencias Creative Commons que facilitan la reutilización de los resultados de la investigación (publicaciones y software).*
- Datos abiertos, que facilitan el acceso a datos estructurados generados y/o utilizados con fines de investigación.*

Los principales retos con respecto a estos elementos residen en cómo se gestionan los derechos de autor en estos nuevos contextos” [Pag. 29]

La Declaración de UNESCO sobre Ciencia Abierta¹⁰ demuestra que incluso en la definición de “ciencia” hay política, propone profundizar la disputa política sobre cuál es el conocimiento válido y apunta a la pérdida del privilegio de verdad del conocimiento científico institucional mediante el reconocimiento de nuevas formas de construcción de conocimiento (Gaitán, 2023¹¹). De esta forma sienta las bases para abordar nuevos criterios sobre ciencia ciudadana participativa ampliando el foco e incluyendo a otros actores, por fuera de aquellos que se dedican profesionalmente a la ciencia (clubes de ciencia, hackerspaces, construcción de conocimiento indígena y otros polos de ciencia ciudadana).

¹⁰ UNESCO (2021) Recomendación de la UNESCO sobre la Ciencia Abierta. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949_spa

¹¹ Julio Gaitán, Centro de Internet y Sociedad (ISUR), Universidad del Rosario. Ver: https://www.youtube.com/watch?v=Hh_AKRMQkNc



Recomendación 5: Sugerimos una mejor articulación con las discusiones sobre Ciencia Abierta que se están dando a nivel internacional y en concreto con la Declaración de UNESCO sobre Ciencia Abierta que recomienda la creación de “un entorno normativo propicio para la ciencia abierta” así como el impulso de la ciencia ciudadana.

Recomendamos explorar redacciones de E&L focalizadas en la actividad misma de investigación y no en las instituciones que realizan investigación profesional e inclusive la necesidad de concebir esquemas de licenciamiento no focalizados en instituciones para el caso de los usos no alcanzados por las E&L.

4. Otros desafíos que sugerimos incluir en el informe

4.1. El software como objeto de investigación.

Si bien el informe reconoce que el entorno digital ha modificado el ambiente de la investigación, no habla de la forma como la investigación de la propia tecnología es un desafío en sí mismo. El software es materia protegida por derecho de autor que, por sí mismo, también puede ser objeto de actividades de investigación, muchas veces necesarias en temas de interés público muy actual y, sin embargo, se ha documentado que quienes lo investigan se enfrentan al derecho de autor como una barrera.

Sugerimos que el informe aborde de forma más profunda otros aspectos relacionados con los efectos del derecho de autor y de las Medidas Tecnológicas de Protección (MTP) sobre la investigación. En la medida en que hay más tecnología envuelta en actividades humanas debe evitarse el efecto “caja negra”, o sea, evitar el uso de tecnologías opacas requiriendo la apertura del código de las soluciones informáticas. Por que es de interés público se requiere que los investigadores puedan abrir la caja negra de la tecnología (como sucede en la aviación, por ejemplo), para estudiarla y explicarla. Esto se puede explicar con al menos dos de los casos de este tipo que están en la agenda pública a nivel internacional.

4.1.1. Software y seguridad digital

Es imposible hablar de seguridad digital completa, un software por su naturaleza siempre puede contener vulnerabilidades y, en una sociedad en transformación digital, la seguridad digital es un problema muy grande de interés público en el que los investigadores de seguridad digital tienen un rol clave. Para que estas personas puedan actuar se requiere de espacios jurídicos seguros¹².

¹² OECD (2021). ENCOURAGING VULNERABILITY TREATMENT. Responsible management, handling and disclosure of vulnerabilities. OECD Working Party on Security in the Digital Economy (SDE)



De acuerdo con evidencia presentada ante la OCDE, los investigadores de seguridad digital enfrentan con frecuencia riesgos legales. Varios sistemas legales, incluida la propiedad intelectual, son usados para amenazar con procedimientos jurídicos por parte de los propietarios del software que investigan. El Grupo de Trabajo sobre Seguridad en la Economía Digital de la OCDE afirma¹³ que eso impacta a los investigadores generando efectos paralizadores o inhibitorios (posible autocensura) en sus actividades de investigación, incluso menciona estudios en los que se ha medido que es la principal causa de afecciones cardíacas para estas personas. Dice que esto impacta a la sociedad que no puede beneficiarse de sus hallazgos, indicando en concreto que esto evita tomar medidas sobre las vulnerabilidades.

En el informe del Grupo de Trabajo sobre Seguridad en la Economía Digital de 2020¹⁴, la OCDE dice que “La ley de derechos de autor puede infringirse cuando la información divulgada contiene partes del código de software protegido por derechos de autor. Dicha protección de derechos de autor podría restringir el intercambio de información sobre vulnerabilidades con el proveedor original, lo que dificulta la implementación de las DCV -Difusión Coordinada de Vulnerabilidades- en muchos casos.” En el documento se explica cómo la falta de actualización de las excepciones a las MTP son la principal causa de este problema que puede ser peor en el sur global ya que “los acuerdos comerciales pueden tener efectos inesperados en los países en desarrollo que a menudo carecen de experiencia, recursos y diálogo entre múltiples partes interesadas. Por ejemplo, los acuerdos de libre comercio llevaron a la adopción por parte de algunos países en desarrollo de medidas antielusión inflexibles inspiradas en la primera versión de la DMCA de EE. UU. Después, estos países rara vez actualizaron sus marcos para reflejar mejoras en la legislación estadounidense”.

En esta línea podemos afirmar que de acuerdo con la base de casos hipotéticos publicada por la Alianza A2K Latam¹⁵, en América Latina sólo 3 países permiten a los investigadores aplicar técnicas de ingeniería inversa para encontrar vulnerabilidades en el código de diferentes programas de software privativo y esto es lo máximo que hay, habría que agregar que no se han hecho actualizaciones para incluir excepciones expresas vinculadas con seguridad digital como sí las hay en la DMCA.

(DSTI/CDEP/SDE(2020)3/FINAL). Disponible en:

[https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/SDE\(2020\)3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/SDE(2020)3/FINAL/en/pdf)

¹³ OECD (2022). OECD Policy Framework on Digital Security. Disponible en:

https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-policy-framework-on-digital-security_a69df866-en#page31

¹⁴ Ibid nota 13

¹⁵ Alianza A2KLatam (2023). ¿Es legal? Nueva base de datos con análisis de casos hipotéticos sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor en América Latina. Disponible en:

<https://accesoalconocimiento.lat/2023/02/28/es-legal-nueva-base-de-datos-con-analisis-de-casos-hipoteticos-sobre-excepciones-y-limitaciones-al-derecho-de-autor-en-america-latina/>



Recomendación 6: Para evitar el riesgo legal que enfrentan estos investigadores, un riesgo derivado de un desequilibrio de poder que genera un efecto paralizador o inhibitor afectando los mecanismos de coordinación de vulnerabilidades que nos priva de sus beneficios, sugerimos seguir el llamado de la OCDE que recomienda la creación de “puertos seguros” (“safe harbors”) para los investigadores en el propio sistema legal de derecho de autor¹⁶. El estudio también podría recomendar la creación de mecanismos nacionales de actualización de las MTP que sean flexibles y dinámicos (como las de la DMCA), considerando que tales medidas no son un derecho de autor y por tanto no requieren una consagración legal. El propósito en todo caso es evitar que el derecho de autor sea usado en forma abusiva para ejercicios legítimos de investigación en este caso.

4.1.2. Derecho a reparar

El derecho a reparar es un tema de actualidad debido a que se le considera una forma efectiva de combatir la obsolescencia programada y una necesidad para enfrentar emergencias como la de la pandemia por el Covid 19. Este derecho está íntimamente ligado con el derecho a investigar, ciencia ciudadana y al aprovechamiento colectivo de los resultados de la ciencia.

Cuando algo ya no se puede mantener o no se requiere, aunque todavía esté en buen estado de funcionamiento, se dice que es obsoleto. Si son equipos tecnológicos, en el proceso generan toneladas de basura con un gran impacto en el medio ambiente. Para mitigar esto deberíamos poder repararlos, pero en la práctica hay muchas barreras para mantener un equipo funcionando. En la medida en que estos dispositivos son cada vez más complejos, dependemos del acceso a los repuestos de los equipos, a las herramientas e incluso al software que controlan las empresas fabricantes, y del conocimiento especializado que tienen los reparadores.

El derecho a reparar aparatos es el que tienen las personas a arreglar cualquier desperfecto que tengan los productos que compran legalmente, sea directamente o eligiendo algún servicio. Aunque en algunos países todavía es común encontrar negocios que se dedican a reparar aparatos, como lavadoras o neveras, esto es cada vez menos frecuente.

Antes era relativamente más sencillo reparar artefactos, venían con manuales y diagramas que explicaban su mecánica, era fácil conseguir los repuestos de fábrica. Pero para los nuevos aparatos no solo eso ya no es lo frecuente, además tienen en su corazón partes electrónicas, sin planos, ni instrucciones y los componentes tecnológicos suelen estar blindados con candados digitales (MTP) cuya elusión no autorizada puede ser sancionada incluso penalmente. Para los fabricantes el acceso a los esquemas completos del aparato facilita a los competidores fabricar imitaciones o robar propiedad intelectual, dicen también que si se puede

¹⁶ Ibid nota 13



acceder al software se pueden hacer cambios que ellos consideran infractores, por tanto suelen pedir una interpretación extrema de lo que es la protección de la propiedad intelectual en estos campos.

En los países desarrollados existe una tendencia a regular este tema para evitar la obsolescencia programada. Con el fin de evitar el efecto ya conocido de retraso en la adopción de excepciones y limitaciones en los países en desarrollo¹⁷, el informe debería reconocer que este tema conecta directamente con la protección del derecho a investigar¹⁸ y que es necesario establecer E&L que aseguren que la propiedad intelectual no será usada para evitar que los reparadores investiguen el funcionamiento de artefactos y hagan su labor. Esto ya está sucediendo en Europa y al menos tres estados de Estados Unidos¹⁹ pasaron regulaciones (mientras que además Biden expidió un acto administrativo) con disposiciones que buscan garantizar este derecho. Resaltamos que, en medio de amenazas como el cambio climático, esto debe ser una prioridad.

Recomendación 7. Sugerimos que el informe explore la opción de actualizar las excepciones a las MTP y a otros aspectos de la protección de derecho de autor para asegurarse de que los investigadores que reparan aparatos no estén impedidos de hacer su labor, mucho menos con ocasión de emergencias como las que se enfrentan en una pandemia. Adicionalmente, habría que profundizar sobre la conclusión de la Oficina de Derechos de Autor de EEUU sobre el tema²⁰, el informe podría analizar -como lo hizo esa entidad- que no sólo las actividades de reparación suelen no ser infractoras, sino que además la modificación del software de los aparatos para permitir nuevos usos tampoco es una infracción al derecho de autor.

4.2. Excepciones para emergencias de salud pública

Nos llama la atención la ausencia de referencias a la relación entre propiedad intelectual y derecho a la investigación y a la ciencia que se vió en la pandemia. Quienes investigan en países del sur global no tienen las mismas condiciones para hacerlo y buscar soluciones

¹⁷ En una investigación realizada en 2020 por la American University, Sean Flynn y Michael Palmedo, hicieron una comparación del panorama general de excepciones en los sistemas de derechos de autor en todo el mundo concluyendo que "(d) los países en desarrollo de nuestra muestra se encuentran ahora en el nivel de apertura que existía en los países ricos hace unos treinta años". La mayoría de los países en desarrollo terminaron con sistemas nacionales con pocas limitaciones y excepciones, restrictivas y/o obsoletas, que no ofrecen protección para otros derechos humanos". Flynn, Sean, y Mike Palmedo. "The User Rights Database: Measuring the Impact of Copyright Balance", (2020). SSRN Scholarly Paper ID 3082371. Rochester, NY: Social Science Research Network.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082371.

¹⁸ Rosborough, Anthony, and Aaron Perzanowski . "Repair As Research: How Copyright Impedes Learning About Devices," (2023). PIJIP/TLS Research Paper Series no. 101.
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/101>

¹⁹ The Right to Repair (2023) Disponible en: <https://www.fixably.com/blog/right-to-repair-recap-2023-h1>

²⁰ https://www.wipo.int/wipo_magazine_digital/en/2023/article_0023.html



durante una emergencia, por muchas razones, incluida; un sistema de derecho de autor inflexible que no permite investigar vacunas, modificar un ventilador o garantizar que las bibliotecas pueden dar acceso remoto a sus materiales, no tienen la seguridad jurídica para hacer algo que sí pueden hacer legalmente quienes están en otros países.

Aunque la incorporación del derecho a investigar en la agenda de la OMPI tuvo como disparador lo sucedido en la pandemia, el informe no hace ninguna referencia a la necesidad de incorporar excepciones vinculadas con emergencias que existen en algunos países y que fueron útiles para enfrentar los desafíos del aislamiento provocado por el COVID 19.

Los ajustes a los ventiladores, los usos de las impresoras 3D y la fabricación aditiva para la producción de equipos de protección personal (EPI) durante la pandemia enfrentaron desafíos de derechos de autor. Es decir, la crisis de salud pública del COVID-19 resaltó la necesidad imperante de disponer de una variedad más extensa de flexibilidades en el ámbito de la propiedad intelectual para abordar situaciones de emergencia en la salud pública²¹, lo cual incluye el derecho a realizar reparaciones en los aparatos -en el mismo sentido del punto anterior-, pero también debería abordar la necesidad de disponer de materiales digitales para la educación y la investigación²².

Recomendación 8: A dos años de salir de una pandemia sería necesario tener una aproximación crítica a los ajustes que el sistema de derecho de autor requiere para garantizar que el lugar desde donde un investigador o investigadora hace su labor no determine su capacidad para buscar soluciones a semejante problema para la humanidad. Solo así podremos garantizar que los resultados de la ciencia realmente sirvan para el beneficio de cualquier persona.

4.3. Obras inéditas y obras huérfanas, son frecuentemente fuente de riesgo legal para investigadores e investigadoras.

El informe aborda la dualidad entre obras protegidas y obras no protegidas, pero no se ocupa de **zonas grises como las de las obras inéditas y las obras huérfanas**²³ que se encuentran

²¹ Matthew Rimmer, 'The Medical Right to Repair: Intellectual Property, the Maker Movement, and COVID-19' (2023) 15 (20) Sustainability article no. 14839, <https://doi.org/10.3390/su152014839>

²² Ver:

<https://www.ei-ie.org/en/item/23625:wipos-missed-opportunity-to-produce-guidance-on-copyright-exceptions-hits-education-during-pandemic>

²³ Una reflexión sobre los problemas de la legislación colombiana para obras huérfanas se describen en la columna de Carolina Botero "Las obras huérfanas en Colombia seguirán en el orfanato" puede encontrarse en

<https://www.lasillavacia.com/red-de-expertos/red-de-ciencia-e-innovacion/las-obras-huerfanas-en-colombia-a-seguiran-en-el-orfanato/>



dentro de las colecciones de los archivos y bibliotecas. Estas obras son importantes fuentes para los y las investigadoras, pero la inseguridad jurídica de su estatus en materia de protección comporta importantes riesgos de responsabilidad por posibles infracciones al derecho de autor para estas personas.

Un ejemplo de los problemas con obras inéditas se puede ver en un caso colombiano. Quienes investigan sobre música del siglo de principios del siglo XX de ese país cuentan con mayor seguridad jurídica sobre el estatus de las obras si trabajan con partituras de música clásica europea en vez de partituras colombianas²⁴. Al no existir en esa época mercado ni editoriales de música, en Colombia las partituras no se publicaban sino que circulaban de mano en mano y ahora se encuentran, por ejemplo, en las colecciones de la Biblioteca Nacional donde se consideran manuscritos inéditos. Por tratarse de materiales inéditos no existe seguridad jurídica sobre su paso al dominio público pues, en Colombia, el plazo de protección se cuenta solo a partir de la publicación y eso las deja en un limbo permanente. La situación de las obras inéditas es tan solo un ejemplo dentro de otra gran variedad de situaciones relacionadas con el uso de obras cuya inseguridad jurídica supone diferentes niveles de riesgo (dependiendo del contexto) para los y las investigadoras que decidan usarlas.

El ejemplo para ilustrar el caso de las obras huérfanas se puede ver en un caso uruguayo. La Biblioteca del Poder Legislativo de Uruguay decidió digitalizar y post-procesar usando OCR (reconocimiento óptico de caracteres) su colección de depósito legal de medios de prensa (que data desde el nacimiento del país hasta la actualidad). El objetivo del proyecto era facilitar las actividades de investigación. Luego de realizar un análisis legal sobre la viabilidad del proyecto se llegó a la conclusión de que no había completa seguridad jurídica debido a la inexistencia de régimen de obras huérfanas ni posibilidad de copias de preservación sin autorización. La única colección que se digitalizó fue la de un medio de prensa que aún existe en plaza. Se negoció con el medio de prensa la posibilidad de realizar copias de preservación pero no se logró negociar condiciones de acceso adecuadas para las y los investigadores. De esta manera lo que inicialmente era un proyecto de acceso público a una fuente histórica se transformó en la creación de un archivo digital controlado por el medio de prensa (privado), que fue financiado con fondos públicos.

Recomendación 9: Sugerimos que se incorpore en el informe alguna referencia al tema de las obras inéditas y de las huérfanas, abordando la necesidad de excepciones para que los investigadores puedan acceder a ellas e incorporarlas en sus investigaciones. Una revisión sobre la utilidad de los actuales mecanismos para autorizar el uso y publicación de obras huérfanas podría ser útil. En los países de Latinoamérica en los que se ha establecido algún

²⁴ Quevedo, Jaime. "El documento musical en Colombia: la develación de una memoria oculta que la cartografía de prácticas musicales en Colombia ha convertido en una estrategia de investigación y conocimiento". Revistas Javeriana, Mayo 31 de 2011.

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/2440/1714>



mecanismo para solucionar la situación de las obras huérfanas (como Colombia y Ecuador) estos mecanismos, o bien no se han implementado o no funcionan y, su nivel de burocracia es tal que, de implementarse, seguramente tendrán muy poco beneficio para investigadores e investigadoras.

Datysoc (Uruguay)
Derechos Digitales (Latinoamérica)
Fundación Karisma (Colombia)
Fundación Vía Libre (Argentina)
Hiperderecho (Perú)
IBDAutoral (Brasil)
Innovarte (Chile)
InternetLab (Brasil)
R3D México