GT5: Política, Ética, e Economia da Informação

EL FUTURO DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE AUTOR QUE BENEFICIAN Y APOYAN LA INVESTIGACIÓN

J. Carlos Fernández-Molina
Profesor Titular
Universidad de Granada, España
jcfernan@ugr.es

Resumen: Las leyes de derecho de autor tienen el objetivo de promover la creatividad y la innovación, para lo cual los derechos que conceden a los autores sobre sus obras no tienen carácter absoluto, sino que están limitados por una serie de excepciones que benefician a la sociedad en su conjunto. De estos límites a los derechos de autor hay varios cuyo objetivo es favorecer y apoyar la actividad investigadora: la copia privada y su cuasi-equivalente anglosajón *fair use/dealing*, los privilegios de las bibliotecas y el derecho de cita. Como toda la legislación de derecho de autor, estos límites también están siendo objeto de análisis y posible modificación para adaptarse al nuevo entorno digital. Se analiza en qué consisten estos límites y cuál es su situación actual y perspectivas de futuro en las nuevas normas nacionales e internacionales sobre derecho de autor que se están aprobando en los últimos años.

Palabras-clave: investigación; derecho de autor; límites; bibliotecas

Abstract: Copyright laws intend to promote innovation and creativity, hence exclusive rights attributed to authors do not have an absolute character, but rather are subject to a number of limitations that benefit to the citizens in general. A series of these copyright limitations have the aim to favour and support the research activity: private copying and its close (Anglo-Saxon) equivalent of fair use/dealing, the privileges of libraries, and quotation right. As with copyright legislation in general, these limitations are being subject to a deep review in order to a possible change to adapt them to the digital environment. The contents of these copyright limitations, their current situation and future perspectives in the new national and international copyright laws are analysed.

Keywords: research; copyright; limitations; libraries

1 INTRODUCCIÓN

Las leyes de derecho de autor tienen el objetivo de promover la creatividad y la innovación, para lo cual conceden a los autores una serie de derechos exclusivos sobre sus obras tanto de carácter económico como personal o moral. Pero, al mismo tiempo, la legislación de derecho de autor busca también promover los beneficios sociales derivados del libre flujo de información y conocimiento. Para intentar conseguir un equilibrio entre ambos objetivos, los derechos de autor no tienen carácter absoluto, sino que están sometidos a una serie de límites, cuya justificación se encuentra tanto en que en la gestación y producción de las obras hay una indudable participación de la sociedad que ha proporcionado formación y medios al autor, como en la propia naturaleza de objeto protegido -la obra intelectual-, que debe quedar incorporada al acerbo cultural de la humanidad. Esto se traduce en la práctica en que la duración de estos derechos es limitada (70 años tras el fallecimiento del autor como norma más habitual) y en que en determinadas ocasiones la obra puede ser usada de manera gratuita y sin autorización del poseedor de los derechos.

Hay varios de estos límites a los derechos de autor cuyo objetivo es beneficiar y apoyar la actividad investigadora, que además suelen estar presentes en la gran mayoría de las legislaciones nacionales de derecho de autor, especialmente en las de aquellos más avanzados científica y tecnológicamente. Así, en primer lugar, tendríamos el límite de copia privada, que es la principal excepción a los derechos de autor en los países que siguen la tradición latino-continental (los de América Latina y los europeos, salvo los anglosajones), y su cuasi-equivalente *fair use/dealing* de los países anglosajones. En segundo lugar, nos encontramos con los privilegios concedidos a las bibliotecas e instituciones similares (archivos, museos, etc.), debido al interés público que se les supone a estas instituciones, lo que permite que lleven a cabo determinados usos de las obras con derecho de autor que en otro caso estarían prohibidos. Estos privilegios suelen estar muy bien regulados en los países anglosajones y no tanto –o incluso no existen- en los latino-continentales. Por último, hay un límite a los derechos de autor absolutamente tradicional e imprescindible para llevar a cabo la actividad investigadora, el denominado derecho de cita, cuya presencia es habitual en las leyes nacionales y con una regulación muy similar en todas ellas.

El desarrollo tecnológico de los últimos años ha supuesto un cambio drástico en las posibilidades y condiciones de creación, transformación, uso y transmisión de obras intelectuales, lo que evidentemente ha afectado en gran medida al derecho de autor. Ahora es posible acceder a las obras digitales desde cualquier lugar y en cualquier momento; su creación, difusión y modificación es muy fácil, pudiendo hacer copias múltiples con la misma calidad que el original y prácticamente sin coste. En definitiva, “lo digital es diferente”, tanto para los propietarios de los derechos de autor como para los usuarios de las obras. Los primeros tienen ahora mayores posibilidades de difusión de las obras, nuevos formatos para los contenidos, nuevos canales de distribución y mercados a los que pueden llegar; pero también corren ahora nuevos riesgos, ya que es más difícil que en el entorno impreso proteger las obras contra los usos no autorizados. Por su parte, los usuarios de las obras se benefician de unas más amplias posibilidades para acceder a las obras, para usarlas y modificarlas de acuerdo con sus intereses o para redistribuirlas fácilmente. Sin embargo, también se encuentran con dificultades que antes no tenían con las obras impresas, ya que los límites al derecho de autor son ahora recortados o invalidados mediante la combinación de protección legal, tecnológica y contractual.

Con el objetivo de hacer frente a esta nueva situación tecnológica, tanto los países como los organismos internacionales correspondientes han iniciado un proceso de reforma y actualización de la legislación de derecho de autor. La primera de estas iniciativas la puso en marcha en 1996 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con la aprobación de su Tratado de Derecho de Autor (OMPI, 1996), que debía de ser el modelo a

seguir por parte de los países para la reforma de sus legislaciones nacionales. A continuación, se fueron aprobando diferentes leyes nacionales y regionales con ese objetivo, destacando la estadounidense Digital Millennium Copyright Act (Estados Unidos, 1998), la australiana Digital Agenda Act (Australia, 2000) y la directiva europea (Unión Europea, 2001). Estas tres normas jurídicas, especialmente la estadounidense, han ejercido de pioneras, por lo que están siendo utilizadas como modelo por parte de numerosos países en los proyectos de reforma de su legislación nacional.

Este proceso de actualización de la legislación de derecho de autor no sólo afecta a la definición y ejercicio de los diferentes derechos de los autores, sino también a los límites a tales derechos, entre ellos los tres mencionados con anterioridad, absolutamente vitales para que la actividad investigadora se pueda seguir llevando a cabo con garantías.

Este trabajo pretende analizar en qué situación están estos límites a los derechos de autor en la normativa internacional y nacional y en qué medida se van a ver afectados por los cambios que se están produciendo en las legislaciones con el objetivo de adaptarse al nuevo contexto tecnológico. Para ello se comienza haciendo un análisis general de su situación en el entorno digital, se sigue con un examen de las características básicas de los tres límites que benefician la investigación, como punto de partida para ver cómo quedan en las nuevas leyes (Estados Unidos, Australia y Unión Europea, además de Brasil), finalizando con un breve análisis de las consecuencias que para el ejercicio de estos límites tienen la protección tecnológica y contractual de las obras con derecho de autor.

2 LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Los límites a los derechos de los autores son numerosos y variados debido a las diferentes razones que los justifican, lo que permite agruparlos en cuatro categorías (Guibault, 2002): 1) la defensa de derechos fundamentales; 2) la salvaguarda de la competencia; 3) el interés público; y 4) las imperfecciones del mercado. A la primera y tercera de estas categorías pertenecen los límites que tienen mayor interés en nuestro contexto. Así, la libertad de expresión y el derecho a la información es el origen, entre otros, del derecho de citar las obras para fines de estudio, crítica o polémica, del derecho a reproducir en los medios de comunicación informes, noticias o artículos de temas de actualidad aparecidos en otros medios, del derecho a reproducir o hacer disponibles al público los discursos de carácter político con objeto de crítica, o del derecho a reproducir obras con propósitos de parodia. Por otra parte, la protección del derecho a la intimidad, es uno de los fundamentos básicos de la copia privada, probablemente el límite más importante en los países de tradición jurídica latina. Este límite, reconocido en la gran mayoría de las legislaciones nacionales, se basa tanto en que el derecho de autor no debe entrar en la esfera privada del individuo como en el hecho de que el uso privado de las obras no afecta a los intereses de los propietarios de los derechos, aunque esto último ya no es tan cierto desde la aparición de medios tecnológicos que permiten la explotación privada de forma masiva (videos, xerocopias, CDs, DVDs, etc.).

En cuanto a los límites cuyo base se encuentra en la defensa del interés público, en concreto la promoción de la educación, la cultura y la investigación, incluyen los denominados privilegios de bibliotecas e instituciones similares (museos, archivos, hemerotecas, etc.). Estos límites, recogidos de forma muy completa y detallada en las legislaciones de los países anglosajones y no tanto en los países latino-continentales, permiten que las bibliotecas e instituciones similares puedan facilitar a sus usuarios copias de un artículo o de una pequeña porción de una obra, copiar obras completas por razones de archivo o preservación, prestar las obras a sus usuarios o a otras bibliotecas, etc.

Hay un importante margen de libertad para que cada país establezca en su legislación nacional cuáles son las excepciones a los derechos de autor; sin embargo, dado que las obras intelectuales pueden circular de un país a otro y forman parte del comercio internacional, todos

tienen que cumplir lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia. Es decir, independientemente de cual sea la razón para su inclusión, cualquiera de estos límites tiene que respetar los requisitos mínimos establecidos en estos tratados. Fundamentalmente, el denominado "test de los tres pasos", establecido por primera vez en el artículo 9.2 del Convenio de Berna (OMPI, 1971) y recogido posteriormente por el acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio (OMC, 1994) y por el nuevo tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dedicado a los derechos de autor en el entorno digital (OMPI, 1996). Estos tres pasos o condiciones, de carácter acumulativo, son: a) en ciertos casos especiales, b) que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra, c) que no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del autor.

El ya mencionado nuevo tratado de la OMPI de 1996, que constituye el punto de partida de las reformas de las leyes nacionales de derecho de autor para adaptarlas al entorno digital, no pasa de largo por el problema de los límites a los derechos de autor, sino que lo regula en su artículo 10. Además de repetir la fórmula de los tres pasos, incluye otros elementos de gran interés que merecen ser analizados, al menos brevemente. En concreto, es especialmente importante la idea de que había que mantener el nivel de exigencia en el control de los límites, pero sin permitir a su vez una preponderancia absoluta de los intereses de los propietarios de los derechos, cuyo resultado es el contenido moderado del artículo 10, su "declaración concertada" (que lo complementa y ayuda a su interpretación) e incluso el propio preámbulo. Este último incluye una frase muy significativa: "la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información". Por su parte, la declaración concertada del artículo 10 resuelve el difícil debate acerca de si es posible crear nuevos límites al derecho de autor adaptados a la nueva realidad tecnológica, al establecer que los Estados pueden "aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital" en sus leyes nacionales y que pueden "establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital". En definitiva, el nuevo tratado de la OMPI no supone una disminución de los límites al derecho de autor, sino una simple adaptación a las nuevas circunstancias del entorno digital, algo totalmente lógico si tenemos en cuenta que las razones en las que se basan, en especial la defensa de derechos fundamentales y el interés público, son igualmente válidas para un entorno impreso o digital.

3 LÍMITES QUE BENEFICIAN Y APOYAN LA INVESTIGACIÓN

Como ya mencionamos en la Introducción, hay tres límites a los derechos de autor que afectan directamente a la actividad investigadora y que se encuentran en la mayoría de las legislaciones nacionales sobre derecho de autor: la copia privada y su cuasi-equivalente en los países anglosajones (fair use/dealing), el derecho de cita y, por último, los privilegios concedidos a las bibliotecas, en este caso las académicas o de investigación. A continuación, vamos a analizar los aspectos esenciales de cada uno de ellos.

3.1 Copia privada y *fair use/dealing*

La copia privada es el principal límite a los derechos de autor incluido en la legislación de los países del sistema latino-continental, es decir, todos los europeos salvo los anglosajones, además de los países de América Latina. En términos generales, la copia privada se refiere a aquella realizada para uso privado del copista y siempre que no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Gracias a esta limitación es posible, por ejemplo, fotocopiar un artículo de una revista o un capítulo de un libro sin pedir autorización al propietario de los derechos de la obra ni pagarle nada a cambio.

La doctrina del *fair use* (que se podría traducir como uso justo o lícito) constituye el principal límite al derecho de autor en la legislación estadounidense. Recogida en la sección

107 de su ley (Estados Unidos, 1976), permite que las obras con derecho de autor sean usadas sin permiso ni remuneración siempre que se den determinadas condiciones. Al contrario de lo que es habitual, se trata de un límite de carácter general, no ligado a objetivos concretos. Además, es de carácter absolutamente flexible, ya que en cada caso habrá que tener en cuenta cuatro factores para ver si ese uso puede ser considerado "fair" –y por tanto permitido- o no. Los cuatro factores son los siguientes: a) propósito y carácter del uso, en especial si es de naturaleza comercial o por el contrario para propósitos educativos no lucrativos; b) naturaleza de la obra (fundamentalmente si es ficción o no ficción); c) cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con el conjunto de la obra; d) efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra. Estos cuatro factores deben ser analizados en cada caso concreto para determinar si el uso fue justo o no.

De carácter similar es la doctrina del *fair dealing*, incluida en las leyes del resto de países anglosajones, por ejemplo, el Reino Unido, Australia o Canadá. Pero hay una diferencia clave con respecto al *fair use* estadounidense: mientras éste es de carácter general y no dirigido a ningún objetivo concreto, las disposiciones de fair dealing son detalladas y dirigidas a objetivos específicos, y cada una de ellas tiene sus propias condiciones de aplicación. Las principales son las referidas a investigación y estudio, crítica y parodia y noticias de actualidad.

3.2 Privilegios de bibliotecas e instituciones similares

Las funciones típicas de cualquier biblioteca –colección, preservación y difusión de la información- implican habitualmente la copia, la distribución y la comunicación pública de obras con derecho de autor, por lo que entran en conflicto con los derechos de los autores de autorizar y/o de recibir una remuneración por tales usos de sus obras. Los ejemplos de actividades habituales de una biblioteca que afectan a los derechos de autor son múltiples: préstamo de ejemplares de obras a los usuarios; consulta de las obras en las instalaciones de la biblioteca o a distancia a través la red, interna o no; permitir que los usuarios hagan copias de las obras utilizando las máquinas apropiadas libremente disponibles (fotocopiadoras, lector de microformas, impresora...); copia o transmisión de obras pedidas individualmente mediante servicios de préstamo interbibliotecario; copia de obras para sustituir ejemplares deteriorados, perdidos o robados.

Estos denominados "privilegios de bibliotecas" son permitidos porque se considera que estas instituciones llevan a cabo funciones de preservación y difusión de la información que benefician a la sociedad en su conjunto y promueven el bien común. Por esta razón, estos privilegios están incluidos en la legislación de derecho de autor de numerosos países, aunque no en todos ellos se configuran de la misma forma. Las diferencias estriban fundamentalmente en qué actos están permitidos o no, si alguno de ellos lleva aparejada una remuneración y cuáles son las instituciones que se pueden beneficiar. A este respecto, hay que señalar que la dimensión de interés público de las bibliotecas varía dependiendo del tipo de biblioteca, ya sea pública o privada, con ánimo o no de lucro, de acceso general o restringido, etc.

3.3 Derecho de cita

El derecho de cita es, sin duda, el límite al derecho de autor más extendido en las legislaciones nacionales de derecho de autor, entre otras cosas porque es el único considerado obligatorio por el principal tratado internacional sobre derecho de autor, el Convenio de Berna (OMPI, 1971). En concreto, su artículo 10.1 establece su carácter imperativo, de manera que todos los países firmantes han tenido la obligación de incluirlo en su ley nacional. Básicamente consiste en que en una obra es posible hacer citas de una obra ajena, siempre que ésta se haya hecho lícitamente accesible al público (es decir, se ha divulgado), que se efectúe

conforme “a los usos honrados” y “en la medida justificada por el fin que se persiga”. Además, las citas deberán mencionar “la fuente y el nombre del autor si ese nombre figura en la fuente”.

4 LAS NUEVAS LEYES DE DERECHO DE AUTOR

El cambio tecnológico producido por el gran desarrollo de la tecnología informática y de las telecomunicaciones ha dado lugar a una situación muy distinta respecto a las posibilidades de creación, modificación, transmisión y uso de las obras intelectuales, lo que evidentemente ha afectado en gran medida a la legislación nacional e internacional de derecho de autor. En cuanto a la normativa internacional, ya hemos visto previamente como la OMPI aprobó en 1996 su nuevo tratado de derecho de autor, con el objetivo de servir de base para las reformas de las leyes nacionales. Ese modelo ha sido seguido, aunque con diferencias, por los principales países productores de obras intelectuales. Así, en 1998, Estados Unidos aprobó una nueva ley de derecho de autor, al igual que lo hizo Australia en 2000 y la Unión Europea en 2001. Aunque Brasil no ha ratificado todavía este tratado, sin embargo modificó su ley en 1998 e incorporó algunas de sus novedades. A continuación vamos a analizar brevemente cómo les han afectado estas reformas legales a los tres límites al derecho de autor que benefician la actividad investigadora.

4.1 Digital Millennium Copyright Act

En octubre de 1998 se aprobó en Estados Unidos esta ley (conocida generalmente por su acrónimo, DMCA) con el objetivo de adaptar su legislación de derecho de autor a Internet y el nuevo entorno digital.

Durante los años anteriores a su aprobación se estuvieron discutiendo las reformas que había que realizar en la ley de derecho de autor, y hubo muchos especialistas que abogaron por la eliminación o reducción al mínimo del *fair use*. Su opinión de basaba en la doctrina del “market failure”, es decir, en que la justificación del *fair use* es únicamente la imperfección del mercado. Dado que el desarrollo de Internet facilita la contratación digital, reduciendo de forma drástica los costes transaccionales, se consideraba que la principal razón de la existencia del *fair use* ya no tiene suficiente importancia (Merges, 1997). Estas ideas, abogando por una versión mínima del *fair use*, y apoyadas con gran intensidad por el “lobby” de la industria, aparecen de forma clara en los documentos previos a la aprobación de la ley. Sin embargo, un importante y numeroso sector de la doctrina, reaccionó en contra de estas ideas, al considerar que sigue habiendo razones más que suficientes para la supervivencia del *fair use* en el entorno digital, tanto porque en Internet siguen existiendo imperfecciones del mercado como –y sobre todo- porque el *fair use* proporciona importantes beneficios para la sociedad en su conjunto, facilitando el acceso a la información y la libertad de expresión (Denicola, 1999; Newby, 1999) . Finalmente, esta corriente de opinión triunfó, de manera que la DMCA no tocó –al menos formalmente- la regulación del *fair use* en la Copyright Act, manteniendo por tanto su neutralidad tecnológica.

Sin embargo, la realidad es que la DMCA sí ha tenido un efecto evidente sobre el *fair use*, debido a la introducción de las normas que regulan las medidas de protección tecnológica de las obras. El análisis de estas normas lo hacemos en el capítulo5, pero basta decir aquí que el *fair use* queda muy afectado, ya que el juego combinado de medidas tecnológicas y contratos en línea permite la existencia de un mercado para el uso individualizado de las obras en línea, con lo que las posibilidades de *fair use* quedan muy reducidas, dando lugar a un control total sobre el acceso y uso de las obras por parte de los titulares de los derechos (Elkin-Koren, 2000).

En cuanto a los privilegios de las bibliotecas, la ley estadounidense le dedica su sección 108 que permite, bajo ciertas circunstancias, hacer una copia de un artículo de revista

o una pequeña porción de obra (un capítulo de un libro, por ejemplo) a petición de sus usuarios o en respuesta a una petición de obra biblioteca dentro de un esquema de préstamo interbibliotecario. También permite hacer copias de obras completas por razones de preservación y seguridad y con el propósito de sustituir una copia que se ha dañado, deteriorado, perdido o robado. Todo esto siempre que no haya propósito de conseguir ventaja comercial directa o indirecta.

Esta sección 108 no sufrió cambios significativos con la aprobación de la DMCA, salvo la parte dedicada a eximir de responsabilidad a las bibliotecas como ISP (Internet Services Provider) por las infracciones que puedan llevar a cabo sus usuarios. En la actualidad se es consciente de la necesidad de adaptación a la nueva realidad tecnológica, de manera que se ha creado un grupo de trabajo y proceso para analizar dicha posibilidad. Este grupo se ha creado bajo el patrocinio de la Biblioteca del Congreso y de la Copyright Office y tiene el objetivo de analizar los posibles cambios en la sección 108 de la ley, calculando que los resultados deberían estar disponibles para mitad de 2006. Estos resultados se convertirían en recomendaciones al Congreso estadounidense.

En cuanto al derecho de cita, la ley de derecho de autor de Estados Unidos no lo recoge de forma expresa, pero se considera reconocido por el uso conjunto de la ley de derecho de autor (con la excepción general del *fair use*) y la Primera Enmienda a la Constitución, donde se regula la libertad de expresión. Este es un ejemplo evidente en el que hay que encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los autores y el objetivo de la ley de derecho de autor de "promover el progreso de la ciencia y las artes útiles". Si un investigador no tiene capacidad para referirse y citar la obra de otro, difícilmente podrá avanzar en sus investigaciones. Ningún autor crearía una nueva obra si previamente tiene que repetir la investigación de cada autor que lo ha hecho antes que él (Guibault, 2003).

4.2 La ley australiana

La legislación australiana es un buen ejemplo de normativa equilibrada entre los derechos de los propietarios y los de los usuarios, dado que se trata de un país más consumidor que productor de obras con derecho de autor. Aunque está basada en el modelo británico, con los años ha ido adquiriendo su propia personalidad.

Como ya hemos mencionado previamente, el principal límite a los derechos autor es el denominado *fair dealing*, que podríamos traducir como uso razonable, que es aplicable en varios casos concretos establecidos por la ley. Así, su sección 40 considera *fair dealing* determinados usos de las obras si es con objetivos de investigación y estudio. A partir de 1980 se eliminó la anterior diferenciación (por considerarla artificial) entre copia de obras para investigación y estudio y la realizada por razones educativas, quedando ambas unidas. Evidentemente, el objetivo de este límite es el interés público por promover el libre flujo de información en educación e investigación.

La sección 41 recoge el *fair dealing* con objetivo de crítica o revisión, que sería el equivalente del tradicional derecho de cita, ya que permite usar otra obra para fines de crítica o revisión y siempre que se reconozca la autoría de la obra usada.

Finalmente, dedica las secciones 48 a 53 a los privilegios de las bibliotecas y archivos, cuya regulación es realmente completa y detallada. En un principio fueron introducidas para facilitar la educación y la investigación, especialmente debido a los problemas para acceder a materiales dadas las especiales características geográficas de Australia, considerando el importante papel de las bibliotecas como repositorios de copias de material de investigación. Gracias a estas disposiciones de la ley, las bibliotecas pueden hacer copias de las obras para sus usuarios, para otras bibliotecas dentro un sistema de préstamo interbibliotecario, de viejas obras no publicadas, por razones de preservación, etc. Además, la reforma realizada en el año 2000 mediante la Digital Agenda Act (Australia, 2000) ha actualizado estas disposiciones,

permitiéndoles, en respuesta a las peticiones de los usuarios, copiar materiales en formato electrónico, pasar material en formato analógico a digital, y comunicar electrónicamente materiales que formen parte de su colección (Australia. Attorney-General's Department, 2005).

4.3 La directiva europea de 2001

La regulación de los límites al derecho de autor por parte de esta directiva es contradictoria y confusa, sin duda debido a las intensas presiones realizadas en las instituciones comunitarias por parte de los diferentes sectores implicados, especialmente por las organizaciones que agrupan a los titulares de los derechos. Sólo uno de los límites establecidos, el de las reproducciones provisionales de carácter transitorio o accesorio (artículo 5.1), es obligatorio para todos los países, el resto son facultativos, es decir, los países miembros son libres de introducirlos o no.

El límite de copia privada aparece regulado en el artículo 5.2.b, que establece que son posibles las reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, y siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa. Sus características principales son, por tanto: la copia sólo está permitida para individuos para su propio uso; da lo mismo el tipo de soporte utilizado; los titulares de los derechos deben recibir una compensación (por ejemplo a través de sistemas de canon sobre las máquinas o soportes utilizados: grabadoras, CDs, DVDs, etc.); y, por último, el uso debe limitarse a fines no comerciales. Esta última es una novedad interesante, ya que supone que no es aplicable a la investigación considerada de carácter comercial. Por ejemplo, este criterio ha sido incorporado a la nueva ley del Reino Unido (en su transposición de la directiva), lo que ha supuesto que ni el *fair dealing* ni los privilegios de las bibliotecas puedan acoger el estudio privado o las instituciones con objetivos o de naturaleza comercial (Norman, 2004).

Los privilegios de las bibliotecas e instituciones similares también están incluidos en esta directiva, en concreto en el artículo 5.2.c, en lo que se refiere a las reproducciones, y en el 5.3.n, en lo relativo a la comunicación pública. El primero de ellos permite actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas accesibles al público y siempre que no tengan intención de obtener beneficio económico o comercial directo o indirecto. Lo más destacable de esta disposición es que da lo mismo si las bibliotecas son públicas o privadas, lo importante es que estén accesibles al público, y que no se exige remuneración compensatoria para los titulares de los derechos. Además, está la ya mencionada referencia a la necesidad de que no haya beneficio comercial directo o indirecto.

En cuanto al artículo 5.3.n, es sin duda el más interesante para el entorno digital, ya que se refiere al derecho de comunicación pública, es decir, el afectado por los actos de transmisión digital a través de las redes, ya sean internas o externas. Permite los actos de comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición de las obras que componen su colección, a efectos de investigación o estudio personal, siempre que se haga a través de terminales especializados situados en sus instalaciones y dichas obras no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Sorprende que, al contrario que con las reproducciones, estos actos de comunicación pública estén limitados a fines de "investigación o de estudio personal". Además, este límite tiene dos restricciones más: sólo se pueden mostrar obras "de sus colecciones", lo que excluye por ejemplo a las obras conseguidas mediante préstamo interbibliotecario; y sólo se pueden consultar las obras que no sean objeto de condiciones de adquisición o licencia, es decir, obras que no están en el mercado, lo que anula prácticamente la utilidad de esta excepción (Fernández-Molina, 2003a). También resulta decepcionante que no se prevea nada para la transmisión de obras a través de Internet, ya sea a otras instituciones o bibliotecas o a estudiantes o profesionales de otras instituciones

(Garrote, 2001), es decir, no está incluido lo que podríamos denominar como préstamo interbibliotecario digital.

En cuanto al derecho de cita, aparece regulado en el artículo 5,3.d, que limita tanto el derecho de reproducción como el de comunicación pública de las obras cuando se trata de citas con finalidad de crítica o de reseña siempre que estas obras se hayan puesto legalmente a disposición del público. Obliga a indicar, salvo que resulte imposible, el nombre el autor y la fuente, debiéndose efectuar un buen uso de ellas, dada la finalidad que se persigue con la cita. En realidad, no aporta ninguna novedad especialmente reseñable a lo que ha sido su regulación habitual. Quizá podría plantear problemas prácticos la exigencia de que la obra haya sido puesta a disposición del público de forma "legal", algo difícil de saber o de comprobar por parte del usuario (Garrote, 2001). En el mundo de Internet este derecho incluiría los resultados que muestran los buscadores o motores de búsqueda de Internet (título, URL, resumen de la página web). También es opinión mayoritaria entre los expertos que los enlaces de Internet o links pueden ser considerados como citas, por lo que no tendrían ningún tipo de problema de incumplimiento de los derechos de autor, ya que estarían protegidos por este importante límite al derecho de autor. Distinto es si se trata de enlaces "no normales", por ejemplo, los profundos (que no van dirigidos a la página inicial) o los de imagen o ensamblados (con problemas de confusión de autoría).

4.4 La ley brasileña

En 1998 fue modificada la ley brasileña de derechos de autor, casi dos años después de haberse aprobado el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de diciembre de 1996, lo que ha dado lugar a una ley híbrida en cuanto a la incorporación de novedades. La mayor parte de su contenido no está adaptado al entorno digital, pero sí hay algunas nuevas disposiciones (fundamentalmente las relativas a la protección tecnológica) que son el reflejo de las nuevas tendencias legislativas en la materia.

Al ser una legislación de corte latino-continental, incluye el límite de copia privada con sus elementos habituales. Así, su artículo 46.II permite la copia de pequeñas partes de una obra para uso privado del copista y siempre que se haga sin ánimo de lucro. Sin embargo, al contrario que la mayoría de las nuevas legislaciones, no prevé ningún tipo de remuneración compensatoria para los titulares de los derechos por los perjuicios que supuestamente pueden provocarles estas copias privadas.

Precisamente el apartado siguiente de la ley, el punto III del artículo 46, regula el derecho de cita. También en este caso tiene el contenido típico, ya que permite la cita en todo tipo de obras de pasajes de cualquier otra obra, siempre que sea para fines de estudio, crítica o polémica, en la medida necesario para cumplir dicho fin, e indicando el nombre del autor y el origen de la obra.

Sorprendentemente, la ley brasileña no recoge los privilegios de bibliotecas e instituciones similares. En realidad, en todo su articulado no hay una sola referencia a estas instituciones, lo que deja a las bibliotecas brasileñas en una situación complicada, ya que muchas de sus actividades habituales: copias para sus usuarios, por razones de preservación o para préstamo interbibliotecario, no están amparadas por la ley. Sería deseable que en una próxima reforma de la ley, que debería producirse en los próximos tiempos, se incluyan estas limitaciones a los derechos de autor, tan necesarias no sólo para las bibliotecas e instituciones educativas y de investigación, sino también para la sociedad en su conjunto.

5 LA PROTECCIÓN TECNOLÓGICA Y CONTRACTUAL

La legislación de derecho de autor no es la única opción que tienen los propietarios de los derechos para limitar los usos no autorizados de sus obras. Hay otras dos vías de protección que, además, cada vez adquieren más importancia: la protección tecnológica y la

contractual. El funcionamiento conjunto de ambas tiene un enorme impacto sobre la capacidad de los usuarios para aprovecharse de los límites a los derechos de autor establecidos en la ley (Fernández-Molina, 2003c), por lo que no podemos pasarlas por alto en este trabajo.

5.1 Protección tecnológica

La tecnología digital no sólo permite que los usuarios copien, modifiquen y distribuyan las obras con derecho de autor con gran facilidad, sino que también refuerza la capacidad de los propietarios de los derechos de controlar el uso de tales obras. De esta forma, cada vez es más frecuente que las obras digitales estén protegidas mediante dispositivos tecnológicos diseñados para impedir su acceso y/o uso no autorizados. Estos dispositivos o sistemas tecnológicos, denominados genéricamente ECMS (Electronic Copyright Management Systems) o DRMS (Digital Rights Management Systems), tienen además protección legal contra su elusión, incluso aunque el uso que se pretenda hacer pudiera estar permitido por alguno de los límites a los derechos de autor. Las nuevas leyes de derecho de autor establecen que no está permitido ni eludir estos sistemas ni ayudar a que otros lo hagan (por ejemplo, proporcionando información o software que facilite dicha elusión).

Así, la DMCA estadounidense o la directiva europea no permiten que los usuarios interfieran en las medidas de protección tecnológica para ejercitar un *fair* use o cualquier otra acción permitida por alguno de límites al derecho de autor recogidos en la ley. Como consecuencia, un usuario que podría hacer, por ejemplo, una copia privada amparándose en la ley, no puede hacerla en la práctica porque la protección tecnológica se lo impide y, además, es ilegal eludir dicha protección tecnológica, y tampoco puede obtener las herramientas necesarias para hacer tal copia si la obra está protegida tecnológicamente, dado que el suministro de tales herramientas o la información sobre ellas también son consideradas actividades infractoras de la ley.

Como ya indicamos con anterioridad, la ley brasileña tiene un contenido tradicional aunque con algunas nuevas incorporaciones. Seguramente la más interesante es precisamente la introducción de la protección legal de las medidas tecnológicas incorporadas en las obras con derecho de autor. Así, los apartados I y II de su artículo 107, prohíben la alteración, supresión, modificación o inutilización de los dispositivos técnicos utilizados para evitar o restringir la copia o la comunicación pública de las obras. Debido a su escaso contenido resulta difícil extraer conclusiones de este artículo; por ejemplo, no se sabe si están prohibidos los actos individuales de elusión de dichas medidas, las actividades de tráfico/comercio/distibución de dispositivos que permiten la elusión o ambas actuaciones. Aunque sin duda lo más grave es que no regula cuál es la relación entre estas medidas y los límites a los derechos de autor, hasta qué punto unas pueden anular a los otros, si se van a establecer algunos mecanismos de corrección (por ejemplo, cuando sería posible eludir las medidas tecnológicas sin infringir la ley), si va a haber algún tipo de obras excluidas de esta protección, etc. (Fernández-Molina, 2003b).

5.2 Protección contractual

Los propietarios de los derechos de autor también pueden limitar la copia, comunicación pública o cualquier otro uso de las obras a través de contratos. Estos contratos, denominado habitualmente ”licencias”, regulan qué pueden hacer o no los usuarios de sus obras, y pueden contener cláusulas que anulan los límites a los derechos de autor establecidos en la ley. De hecho, se está convirtiendo en algo rutinario que estas licencias incluyan estipulaciones que suponen una anulación de los límites a los derechos de autor. Así, las bibliotecas o instituciones educativas o de investigación están firmando licencias en las que renuncian a los derechos y privilegios que les concede la ley, dificultando o impidiendo

muchas de sus tareas habituales: préstamo interbibliotecario, preservación, etc. Por otro lado, si se trata de contratos internacionales también pueden especificar que la legislación aplicable y/o la jurisdicción competente es la un país extranjero, con los consiguientes problemas en caso de disputa.

Ante esta situación, representantes del mundo educativo, investigador y bibliotecario han solicitado que se modifique la legislación de derecho de autor para asegurar que las cláusulas de las licencias que anulan determinados límites a los derechos de autor sean consideradas inválidas (Fernández-Molina, 2004). En el caso de Estados Unidos y de la Unión Europea no han tenido éxito hasta ahora, y las perspectivas tampoco son halagüeñas. Sólo parece esperanzador el caso australiano, ya que hay un informe elaborado por el Copyright Law Review Committee (2002) que recomendaba esta medida, aunque varios años después el gobierno australiano sigue analizándolo y no ha tomado ninguna decisión al respecto.

6 CONCLUSIONES

Es de interés público ser suficientemente flexible para permitir el acceso y uso de las obras en casos específicos. Si el derecho de autor tiene el objetivo de fomentar la creatividad de los creadores potenciales, también debe permitir que los autores puedan investigar las ideas de otros con objeto de desarrollar nuevas ideas. No puede esperarse que los autores paguen por todos y cada uno de los usos que hacen de las obras de otros. En definitiva, la investigación es una razón válida para que en determinadas circunstancias las obras puedan ser utilizadas sin infringir la ley de derecho de autor.

De ahí que los tres límites a los derechos de autor que benefician la investigación no sólo deben seguir existiendo en el entorno digital, sino que además deben ser ampliados y adaptados en la medida necesaria para hacer frente a la nueva situación tecnológica. A este respecto, es posible detectar dos grandes movimientos con repercusión internacional y que siguen direcciones opuestas. Por un lado, el promovido por las grandes multinacionales de la comunicación cuyo objetivo es reforzar los derechos de autor y, como consecuencia, disminuir sus límites. Este movimiento ha tenido bastante éxito hasta ahora (especialmente en Estados Unidos y Europea), gracias a la eficaz labor de lobby de estas empresas ante los respectivos gobiernos. Por otro lado, nos encontramos con un movimiento mucho más difuso y con impulsores diversos, cuyo objetivo es un mayor equilibrio entre los intereses de propietarios y usuarios y un fortalecimiento del dominio público. Aquí podríamos incluir todas las numerosas iniciativas “open access”, dirigidas específicamente a la información científica, y también las protagonizadas por las asociaciones bibliotecarias, por ejemplo, los recientes principios de la IFLA sobre la Agenda de Desarrollo de la OMPI, elaborados por su Committee on Copyright and other Legal Matters (IFLA, 2005). En una línea muy similar, aunque centrado especialmente en los países en desarrollo, tenemos el Tratado sobre Acceso al Conocimiento, cuyo borrador fue aprobado recientemente (A2K, 2005), y cuyo origen es una propuesta (OMPI, 2004) de Argentina y Brasil a la “Agenda de Desarrollo” de la OMPI. En su preámbulo se hace referencia a la preocupación por que la protección tecnológica de las obras pueda producir daños a autores, bibliotecas e instituciones educativas, entre otros. En su artículo 3.1, dedicado a los límites al derecho de autor, incluye la necesidad de que las bibliotecas, archivos e instituciones educativas puedan hacer reproducciones de obras que, aun teniendo derecho de autor, no están siendo objeto de explotación comercial en la actualidad, con objetivos de preservación, educación o investigación.

Esta última iniciativa es especialmente interesante, ya que pone de manifiesto que los intereses en esta materia de los países en vías de desarrollo no son los mismos que los de países más avanzados económica y tecnológicamente. Sin embargo, es habitual que los organismos internacionales, OMPI y OMC concretamente, hayan promovido un modelo de

legislación que beneficia en exclusiva a los grandes países productores de obras intelectuales, con Estados Unidos y la Unión Europea a la cabeza. De hecho, Estados Unidos utiliza incluso sus tratados bilaterales de libre comercio para imponer en los otros países legislaciones de derecho de autor que reproducen la legislación estadounidense. Si los países en vías de desarrollo quieren fortalecer su actividad investigadora deberán optar por modelos de legislación diferentes, más flexibles y equilibrados, que faciliten el acceso a la información para sus investigadores.

REFERENCIAS

AUSTRALIA (1968). *Copyright Act 1968*, http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/0/244/top.htm

AUSTRALIA (2000), *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, http://scaletext.law.gov.au/html/comact/10/6223/top.htm

AUSTRALIA. ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT (2005). *Fair use and other copyright exceptions. An examination of fair use, fair dealing and other exceptions in the digital age. Issues paper*, http://www.ag.gov.au/

A2K (2005). *Treaty on Access to Knowledge (Draft 9 May 2005)*, http://www.cptech.org/a2k/consolidatedtext-may9.pdf

BRASIL (1998). *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providencias*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm

COPYRIGHT LAW REVIEW COMMITTEE (Australia) (2002). *Copyright and Contract*, http://www.ag.gov.au/agd/WWW/clrhome.nsf/AllDocs/092E76FE8AF2501CCA256C44001FFC28?OpenDocument

DENICOLA, R.C. (1999). Freedom to copy. *Yale Law Journal*, 108(7), 1661-1686.

ELKIN-KOREN, N. (2000). The Privatization of Information Policy. *Ethics and Information Technology*, 2(4), 201-209.

ESTADOS UNIDOS (1976). *Copyright Act*, http://www.copyright.gov/title17

ESTADOS UNIDOS (1998). *Digital Millennium Copyright Act 1998*, http://www.loc.gov/copyright/legislation/hr2281.pdf

FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. (2003a). Laws against the circumvention of copyright technological protection. *Journal of Documentation*, 59(1), 41-68.

FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. (2003b). Las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor en la legislación brasileña. *Enancib: V Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. (2003c). Protección tecnológica y contractual de las obras con derecho de autor: ¿Hacia una privatización de la información? *Ciência da Informação*, 32(2), 54-63.
FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C. (2004). Licensing agreements for information resources and copyright limitations and exceptions. *Journal of Information Science*, 30(4), 337-346.

GARROTE, I. (2001). *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada: Comares.

GUIBAULT, L.M.C.R. (2002). *Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*. The Hague: Kluwer Law International.

GUIBAULT, L.M.C.R. (2003). The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment. *e-Copyright Bulletin*, http://portal.unesco.org/culture/en/file_download.php/5b3fc8d648fd58d613f2f35b86cb1bffl_guibault_en.pdf

IFLA (2005). *Principios relacionados con las bibliotecas en la Agenda Internacional para el Desarrollo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, http://www.ifla.org/III/clm/p1/Library-RelatedPrinciples-es.html

MERGES, R.P. (1997). The end of friction? Property rights and contract in the "Newtonian" world of on-line commerce. *Berkeley Technology Law Journal*, 12(1), http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol12/Merges/html/reader.html

NEWBY, T.G. (1999). What's fair here is not fair everywhere: does the American fair use doctrine violate international copyright law? *Stanford Law Review*, 51(6), 1633-1663.

NORMAN, S. (2004). *Practical copyright for information professionals. The CILIP handbook*. London: Facet Publishing.

OMC (1994). *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994*, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

OMPI (1971). *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979)*, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

OMPI (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html

OMPI (2004). *Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un programa de la OMPI para el desarrollo (Asamblea General de la OMPI, Ginebra, 27 septiembre a 5 octubre de 2004)*, http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/doc/wo_ga_31_11.doc

UNIÓN EUROPEA (2001). *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, DOCE 22.6.2001, L167