

Las nuevas leyes de derecho de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?

[J. Carlos Fernández-Molina](#)

Universidad de Granada, Facultad de Biblioteconomía y Documentación,
Colegio Máximo de Cartuja, 18071 Granada, España

[José Augusto Chaves Guimarães](#)

Universidade Estadual Paulista, Departamento de Ciência da Informação, Av.
Hygino Muzzi Filho, 737, 17525-900 - Marília, Brasil

Resumen

Introducción. Además de dificultades de naturaleza técnica y económico-organizativa, la preservación digital se enfrenta con graves problemas de tipo legal, en especial con el derecho de autor, ya que todas las estrategias de preservación implican normalmente la copia de la información y/o la utilización de software con derechos de autor. El objetivo de este trabajo es comprobar hasta qué punto es adecuada la legislación actual de derecho de autor para hacer frente a las necesidades de preservación de los materiales informativos que componen las colecciones de las bibliotecas.

Metodología. Análisis de una muestra representativa de las leyes nacionales de aquellos países que las han reformado más recientemente, además del impacto de los otros dos métodos de protección: contractual y tecnológico.

Resultados. Incluso tras las recientes reformas, la legislación actual es de escasa utilidad para las actividades de preservación digital, ya que se han desaprovechado las posibilidades que ofrece el Tratado de la OMPI de 1996 para adaptar y ampliar las limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

Conclusiones. Es necesaria una reforma de la legislación que permita llevar a cabo todas las actividades de copia y comunicación de obras y de uso de software necesarias, incluso eludiendo la protección tecnológica, si es preciso. Pero esto no es suficiente para las obras bajo licencia, para las que la mejor solución sería la inclusión de cláusulas específicas que faciliten la preservación, por lo que es imprescindible la cooperación entre los dos sectores implicados: bibliotecas y propietarios de los derechos.

[Abstract in English](#)

Introducción

La preservación digital presenta muchas más dificultades que la de las obras en formatos tradicionales debido a problemas de diferente naturaleza: técnica, económico-organizativa y legal. En cuanto a los primeros, está demostrado que los medios digitales se degradan más rápidamente que los tradicionales. Pero el deterioro del medio original no es el único problema, ya que, debido al rápido desarrollo tecnológico, el hardware y el software se quedan obsoletos continuamente, por lo que también existe el riesgo de que las publicaciones electrónicas no estén ya accesibles en el futuro. Incluso si el medio y el contenido están en buenas condiciones, la tecnología necesaria para hacer accesible la obra puede que ya no esté disponible ([Rothenberg 1999](#), [Thibodeau 2002](#), [Gladney 2006](#)). También producen problemas las propias características intrínsecas de la información digital: la mayor complejidad de los productos informativos, la naturaleza efímera de algunos tipos de información digital y la supervivencia de los enlaces entre diferentes bits de información digital, la combinación de diferentes tipos de información y de formatos o la dependencia de un software para la búsqueda y recuperación ([Muir 2004](#)). En definitiva, la clásica estrategia de 'almacenar en un entorno seguro y no tocar' ya no es suficiente, ya que ahora es necesaria una estrategia activa y de intervención ([Koelman & Westerbrink 1998](#)).

En cuanto a los problemas de carácter económico y organizativo, no se refieren únicamente a los costes que estas actividades suponen, sino también al cambio que se ha producido en el modelo de negocio. La mayoría de la información digital no es comprada por las bibliotecas sino *alquilada*, es decir, no tienen la propiedad de la mayoría de la información digital de sus colecciones sino que solamente tienen un derecho de acceso y uso concedido por una licencia o contrato. Así, si la información misma no reside en la biblioteca, puede que no tenga acceso a la información más vieja, o incluso a ninguna información si se cancela la suscripción o si desaparece ese editor. Esto es una diferencia fundamental con la información impresa, que al ser poseída físicamente por las bibliotecas, éstas tenían un control absoluto sobre las obras que componían su colección, incluso aunque la suscripción se hubiera cancelado. También nos encontramos aquí con los problemas relacionados con la puesta en marcha y mantenimiento de los archivos o repositorios para el almacenamiento de estos materiales, además de las necesarias estructuras de colaboración entre los proveedores de información y las instituciones usuarias ([Granger 2002](#)).

Por último, también hay problemas legales, especialmente los relacionados con el derecho de autor. Las estrategias de preservación implican normalmente la copia de la información y/o la utilización de software con derechos de autor, lo que supone que podría haber infracción de tales derechos. Esto es, en términos generales, sólo si se obtiene el permiso del propietario de los derechos se podrían llevar a cabo tales actividades. Además, la mayoría de las obras digitales están protegidas por diversos dispositivos tecnológicos (por ejemplo, los sistemas anticopia), y estos dispositivos, a su vez, están protegidos por las nuevas leyes de derecho de autor, por lo que normalmente no pueden ser eludidos sin infringir la ley.

En resumen, si las bibliotecas quieren seguir llevando a cabo su tradicional función de preservar las publicaciones como apoyo a la investigación y al acceso al conocimiento, no sólo deben resolver problemas de carácter técnico u organizativo, sino que también deberán superar importantes obstáculos de tipo legal. Estos últimos tienen que ver fundamentalmente con la legislación de depósito legal, la de privacidad y la de derecho de autor, y es en esta última normativa en la que se va a centrar este trabajo. En primer lugar, haremos una breve descripción de las principales estrategias de preservación y de los requerimientos legales exigidos por cada una de ellas, para a continuación analizar en qué situación se encuentran las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, dado que son la herramienta legal que permite hacer determinados usos de las obras sin permiso del propietario de los derechos. Con ese punto de partida, examinaremos una muestra representativa de leyes nacionales de derecho de autor para ver en qué medida facilitan o dificultan la preservación digital. Pero para que el análisis quede completo no es suficiente con analizar estas leyes, ya que hay otros dos medios de protección de las obras con derecho de autor, que incluso prestan una más fuerte salvaguardia: la protección tecnológica mediante los sistemas DRM (digital rights management) y la protección contractual a través de las licencias. Aunque por razones expositivas estos tres apartados van separados, en la práctica hay una fuerte interrelación entre ellos, como se podrá comprobar más adelante.

Finalmente, conviene hacer algunas aclaraciones terminológicas dada la confusión existente en este contexto. Por un lado, el término *digital preservation* se utiliza de forma muy amplia y genérica y, por otro, se usan los términos *digital archiving*, *Web archiving* y *digital preservation* de forma prácticamente indistinta, cuando de hecho significan cosas diferentes para diferentes comunidades. Por esto conviene dejar claro en este punto que este trabajo se centra en la preservación de los materiales informativos que componen las colecciones de las bibliotecas, tanto si han nacido digitales como si lo hicieron en formato analógico y se convierten a digital, por lo que no se tratan otras cuestiones relacionadas tales como la preservación de documentos de archivo, por ejemplo el [Proyecto INTERPARES](#), o la captura y almacenamiento de páginas Web, con iniciativas tales como [Internet Archive](#)).

Las estrategias de preservación y sus requerimientos legales

Las estrategias para la preservación digital son muy variadas, pero es posible resumirlas en tres ([Muir 2003](#)): a) cambio o renovación del medio, b) migración, y c) emulación. La primera consiste en la copia periódica de cadenas de bits de un medio a otro, ya sea un medio viejo a uno nuevo del mismo tipo, de un medio digital a papel o microforma o de un tipo de medio digital a otro diferente. Por su parte, la migración es la transferencia periódica de una configuración de hardware/software a otra o de una generación tecnológica obsoleta a otra actual, lo que implica acciones tales como renovación o cambio del medio, conversión de formatos de contenido, recreación de interfaces, grabación del aspecto o presentación (*look and feel*) y recreación de contenido. Finalmente, la emulación es una simulación o recreación del entorno técnico ya obsoleto para poder ver y utilizar el fichero elegido en el sistema actual, lo que supone usar software para permitir que nuevas plataformas tecnológicas imiten el comportamiento de las plataformas más viejas. Es evidente que todas estas estrategias implican copia de materiales y/o software (incluso varias veces). También es probable que haya que reformatear las obras, de manera que se pueden producir cambios en el contenido o en el aspecto, lo que podría afectar tanto al derecho de transformación como a uno de los derechos morales del autor, en concreto al de integridad ([Fernández-Molina & Peis 2001](#)). Dado que la gran mayoría de las obras que conforman las colecciones de las bibliotecas tienen derecho de autor, estos actos sólo podrían llevarse a cabo legalmente si se tiene el permiso del propietario de los derechos o si la acción puede ser considerada como lícita al amparo de alguna de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor establecidas en las leyes. Pero además, como veremos posteriormente con más detalle, los problemas no sólo se encuentran en la posible infracción de la legislación de derecho de autor, ya que también podemos encontrarnos con la protección contractual (las licencias pueden limitar el periodo de tiempo durante el cual la obra *pertenece* a la biblioteca o puede prestar acceso a él) y con la tecnológica (hacer una copia de una obra digital puede requerir la elusión de la medida tecnológica que la protege).

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital

La legislación de derecho de autor concede a los autores y demás propietarios de los derechos el poder de controlar el uso de las obras con derechos de autor, esto es, permitir o no su reproducción, distribución, comunicación al público o transformación. Pero estos derechos no tienen carácter absoluto, sino que están sometidos a diversas limitaciones y excepciones, cuyo objetivo básico es conseguir un equilibrio entre los intereses de los autores, los de los explotadores comerciales de las obras (editores, productores, distribuidores) y los de los ciudadanos en general. Aunque estas limitaciones y excepciones son muy variadas, las principales están justificadas o bien por la defensa de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho a la información, y derecho a la intimidad) o por el interés público. Las primeras son sin duda las más numerosas e importantes, y entre ellas podemos destacar: el derecho de citar las obras para fines de estudio, crítica o polémica, el derecho a reproducir en los medios de comunicación informes, noticias o artículos de temas de actualidad aparecidos en otros medios, derecho a reproducir o hacer disponibles al público los discursos de carácter político con objeto de crítica, el derecho a reproducir obras con propósitos de parodia. En cuanto a 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.

También son habituales las limitaciones y excepciones basadas en razones de interés público, como por ejemplo la promoción de la educación y la cultura. Así, es habitual que se concedan ciertos privilegios a las instituciones educativas, lo que les permite reproducir partes de las obras o comunicarlas siempre que sea en actividades educativas sin ánimo de lucro, dado que existe un mayor interés social en juego. Dentro de esta categoría de limitaciones y excepciones se encuentra la que es, sin duda, la más importante para los profesionales de la biblioteconomía y documentación: los denominados privilegios de bibliotecas e instituciones similares (museos, archivos, filmotecas, etc.). Estas limitaciones, recogidas de forma muy completa y detallada en las legislaciones de los países anglosajones (Estados Unidos, Reino Unido o Australia son buenos ejemplos) y no tanto en los países latino-continentales, permiten que las bibliotecas 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.

Independientemente de cual sea su justificación, cualquier limitación a los derechos de autor tiene que superar el test de los 'tres pasos o fases', establecido por primera vez en el art 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 Derecho de Autor de la OMPI ([1996](#)). Estos tres pasos o condiciones, de carácter acumulativo, son: a) en determinados casos especiales, b) que no atente a la explotación normal de la obra, c) ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Es último tratado internacional constituye el auténtico punto de partida de las reformas de las leyes nacionales de derecho de autor para adaptarlas al entorno digital, por lo que es especialmente importante analizar su tratamiento de las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Éstas aparecen reguladas en su artículo 10, que establece que los países firmantes pueden incluir excepciones a los derechos previstos en el Tratado "en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor" (esto es, el test de los tres pasos). Pero todavía más importante es su Declaración Concertada (que lo aclara y amplía), que acuerda que los Estados pueden "aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital" en sus legislaciones nacionales, y que pueden establecer 'nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital' (por ejemplo, para objetivos de preservación digital). En definitiva, el nuevo tratado de la OMPI no supone una disminución de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, sino una simple adaptación a las nuevas circunstancias del entorno digital.

Si nos centramos en los privilegios de las bibliotecas, es muy habitual que las leyes de derecho de autor incluyan específicamente la posibilidad de hacer copias por razones de preservación aunque, como veremos en el apartado siguiente, hay diferencias significativas entre unos países y otros, además de haber algunos que no incluyen las reproducciones por motivos de preservación o -lo que es peor- ni siquiera reconocen los privilegios de las bibliotecas.

Es clara la necesidad de mantener estos privilegios en el entorno digital, ya que las funciones sociales de las bibliotecas siguen siendo las mismas, independientemente de los cambios producidos en el entorno tecnológico. Es más, lo que se precisa es su ampliación y adaptación a las necesidades del contexto actual, tal y como prevé y permite el artículo 10 del tratado de la OMPI ([1996](#)). En este sentido, la IFLA estableció recientemente una serie de principios en relación con la Agenda para el Desarrollo de la OMPI, de los que hay varios que afectan directamente a las actividades de preservación. Así, recoge que una biblioteca puede 'hacer copias de las obras publicadas e inéditas existentes en su colección tanto para fines de preservación como para migrar su contenido a un nuevo formato'. También se refiere a los problemas de las publicaciones bajo licencia, al establecer que las limitaciones a los derechos de autor "no deben variarse bajo ningún contrato". Por último, también es consciente del problema de la protección tecnológica, al declarar que "debe permitirse eludir una medida de protección tecnológica si se quiere hacer un uso no infractor de una obra" ([IFLA 2005](#)).

Análisis de diversas leyes nacionales recientes

Para hacer la selección de las leyes a analizar en este capítulo se han usado varios criterios. En primer lugar, debían ser leyes recientes, posteriores al Tratado de la OMPI de 1996, lo que garantiza que se han tenido presentes los problemas planteados por el desarrollo del entorno digital. También se pretendía una cierta representatividad tanto geográfica como de sistema jurídico (anglosajón o latino-continental). Por esa razón se eligieron Estados Unidos, Canadá y Australia, todos ellos anglosajones y no europeos. Dentro de la Unión Europea se seleccionaron dos países nórdicos (Dinamarca y Suecia) y cuatro latinos (España, Francia, Italia y Portugal), además del Reino Unido como principal ejemplo del *common law*.

La primera legislación nacional que fue objeto de reforma para cumplir los nuevos tratados de la OMPI y adaptarse al entorno digital fue la estadounidense, mediante la Digital Millennium Copyright Act ([Estados Unidos 1998](#)). Esta ley introdujo algunas novedades interesantes en beneficio de las estrategias de preservación digital ([Hirtle 2003](#)). Así, su sección 108(c) fue reformada para permitir que se hicieran copias de sustitución de aquellas obras que estén dañadas, deterioradas, perdidas o robadas, o si el formato existente en el que las obras están almacenadas se ha convertido en obsoleto; siempre que a) la biblioteca o archivo haya determinado, tras un esfuerzo razonable, que no es posible una sustitución a precio justo; y b) que tal copia que se ha reproducido a formato digital no está disponible al público en ese formato fuera de las instalaciones de la biblioteca en posesión legal de tal copia. La ley define *formato obsoleto* como aquel cuya máquina o dispositivo necesario para hacer perceptible la obra ya no se fabrica o no está razonablemente disponible en el mercado. Aunque esta ley aporta una novedad interesante y puede ser de utilidad, tiene una limitación fundamental: es necesario esperar a que las obras estén en formatos obsoletos para poder actuar, es decir, no permite actuar de manera preventiva.

Aunque la reforma de la ley estadounidense es muy reciente, ya se ha puesto de manifiesto que no responde adecuadamente a las necesidades planteadas por el nuevo entorno tecnológico, por lo que en abril de 2005 se formó un grupo de trabajo ([Library of Congress 2005](#)) cuyo objetivo es estudiar la situación y hacer recomendaciones al Bibliotecario del Congreso para la reforma de la sección 108, es decir, la que regula las excepciones que benefician a bibliotecas y archivos. En concreto, su tema 3 ([Library of Congress 2006](#)) está dedicado específicamente a la posibilidad de una excepción a los derechos para propósitos de preservación digital, cuyo objetivo fundamental es poder actuar de forma preventiva cuando haya riesgo para la preservación.

Otro problema muy relacionado es el de las "orphan works", es decir, aquellas obras cuyo propietario de los derechos de autor no puede ser identificado, o al menos no sin un gran esfuerzo. Dado que podría ser necesario requerir el permiso de dicho propietario para llevar a cabo las actividades de preservación digital, éstas se verían muy dificultadas si no hay posibilidad de contactar con él para solicitarle dicho permiso. Pues bien, se ha elaborado un informe ([Copyright Office 2006](#)), que llega a la conclusión de que es necesaria una reforma de la ley de derecho de autor para hacer frente a este problema. Habrá que ver si sus recomendaciones son seguidas o no por el legislador estadounidense.

También vale la pena reseñar el caso de la legislación canadiense ([Canadá 1997](#)), cuyo artículo 30 permite que publicaciones electrónicas sean convertidas a formatos actuales si es necesario para objetivos de preservación, ya sea porque el formato es obsoleto o porque la tecnología requerida para el uso del original no está disponible. Se requiere, además, que la obra forme parte de su colección permanente. Al igual que en el caso estadounidense, sólo se puede actuar cuando la obra ya está obsoleta, no de manera preventiva. Por otro lado, no está claramente definido cuándo un formato se considera obsoleto.

Todavía más interesante es el caso australiano, ya que la reforma de su ley ([Australia 2000](#)) llega algo más lejos que las dos leyes que acabamos de comentar. No sólo permite copiar las obras por razones de preservación, sino que también permite su transmisión electrónica. Así, su artículo 51A autoriza a las bibliotecas a hacer una copia digital de una obra impresa para sustituir una obra que ha sido dañada, perdida o robada, que puede a continuación hacerse disponible en línea dentro de las instalaciones de la biblioteca. También es posible hacer una copia si la obra se ha convertido en algo tan inestable que no puede ser mostrada sin riesgo de importante deterioro. En cualquier caso, el acceso electrónico a la obra sólo puede hacerse a través de terminales situados en las instalaciones de la biblioteca y siempre que los usuarios no sean capaces de hacer una copia digital o impresa de la obra ni de comunicarla. Por otro lado,

también debemos mencionar aquí que el artículo 116A establece que es posible eludir la protección tecnológica y suministrar ayuda o software para ello si se trata de llevar a cabo un "uso permitido", entre los que se encontrarían incluidas estas copias de preservación. Dicho más simplemente, en el caso de que obra esté protegida tecnológicamente, la ley permite eludir esa protección y ayudar a dicha elusión si se trata de hacer copias de preservación en las condiciones establecidas por el artículo 51A.

También la Unión Europea ha reformado y actualizado su legislación de derecho de autor, para lo que fue aprobada como punto de partida una directiva ([Unión Europea 2001](#)). Una de sus partes más polémicas, y que es precisamente la que más afecta a las actividades de preservación de las bibliotecas, es su regulación de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor. La lista de limitaciones y excepciones aprobadas es de carácter facultativo, por lo que unos países podían introducirlas todas en su legislación nacional o sólo algunas de ellas. Esto supone, por un lado, que no se garantiza la armonización y, por otro, que puede haber países que no recojan en su legislación nacional los privilegios a las bibliotecas respecto al derecho de reproducción y/o al de comunicación pública, con el consiguiente perjuicio para el desarrollo de sus actividades.

En concreto, su artículo 5.2.c prevé la posibilidad de excepciones o limitaciones al derecho de reproducción para actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o archivos, que no tengan intención de obtener beneficio económico o comercial directo o indirecto. No distingue entre reproducciones hechas en formato analógico o digital ni aclara nada respecto al objetivo de tales reproducciones, de manera que, en principio, podría servir sin problemas para permitir copias por razones de preservación. No obstante, esto dependerá de cómo sea la transposición que cada país miembro haga de esta parte de la directiva.

Por otro lado, también hay que mencionar que en su artículo 6.4 establece que los países miembros deben asegurar que las personas puedan hacer copias de obras protegidas tecnológicamente si hay una limitación o excepción que les permite hacer eso. En este sentido, a las bibliotecas se les podría permitir obtener los medios para eludir las medidas tecnológicas que protegen las obras para hacer copias con propósitos de preservación ([Guibault 2003](#)). La cuestión es cómo se lleva a la práctica en cada país este mandato establecido por la directiva.

En el análisis de las leyes de derecho de autor de los países europeos conviene empezar con el Reino Unido ([1988](#)). Ya en la versión de 1998, su sección 42 permitía copias por razones de preservación o sustitución por parte de un bibliotecario o archivero, siempre que se trate de obras de su colección permanente. También permite copias para sustituir un ejemplar de la colección permanente de otra biblioteca o archivo. En ambos casos, la copia sólo está permitida si no es razonablemente factible la compra de un ejemplar de esa obra. Sin embargo, esta limitación no incluye ni obras artísticas (por ejemplo, mapas o fotografías), ni grabaciones sonoras ni películas, aunque formen parte de la colección de la biblioteca, lo que obliga de hecho a que las tareas de preservación de este tipo de obras se haga infringiendo la ley ([Burrell & Coleman 2005](#)). Esta exclusión ha sido criticada en el reciente Manifiesto de la British Library ([2006](#)), que recomienda que la ley sea modificada para que se permitan copias para objetivos de preservación de todo tipo de obras, incluidas las grabaciones sonoras y las películas. En cuanto a las obras mediante suscripción, que no se poseen sino que se tiene sólo un derecho de acceso, no está claro cuál sería su estatus ([Muir 2006](#)). Esta norma no ha sido afectada por la reforma de la ley llevada a cabo en 2003. Pero ésta sí ha introducido una novedad interesante, ya que ahora se permite que un usuario legítimo eluda la protección tecnológica con objeto de poder disfrutar de alguna de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, incluida la de las copias para preservación de la sección 42. No obstante, su contenido parece claramente insuficiente para hacer frente a las actuales necesidades de preservación digital, ya que como advierten Ayre & Muir ([2004](#)), sólo estaría permitido el primer acto de renovación de medio o de migración a un nuevo formato.

Por lo que se refiere a los dos países nórdicos elegidos, Dinamarca y Suecia, ambos permiten las copias para preservación de forma muy genérica. En el primer caso el artículo de la ley ([Dinamarca 2003](#)) remite a una orden ministerial ([Dinamarca 1997](#)) donde se establecen las condiciones (de carácter muy general); mientras que en el segundo es la propia ley ([Suecia 2005](#)) la que en su artículo 16.1 establece la

posibilidad de hacer copias para propósitos de preservación, también sin entrar en detalles. Es sin embargo diferente la situación de Italia y Portugal, ya que mientras este último ha aprovechado la reforma de su ley ([Portugal 2004](#)) para introducir la posibilidad de este tipo de copias (artículo 75.2, e), el legislador italiano no ha incluido esta modalidad de reproducción entre las permitidas a las bibliotecas ([Italia 2003](#)).

Finalmente, vamos a comentar brevemente la legislación de los dos países que más se han demorado en hacer la transposición de la Directiva: España y Francia, ambos ya entrado 2006. En el caso de España, la ley finalmente aprobada ([España 2006](#)) fue precedida de múltiples proyectos que fueron siendo modificados o simplemente desechados. De hecho, sólo en el texto final aparece la posibilidad de copiar con propósitos de preservación y su inclusión se debe a las alegaciones hecha al proyecto de ley por parte de Fesabid ([2005](#)), organización que agrupa a las principales asociaciones de bibliotecarios del país. Con anterioridad, la ley sólo permitía hacer reproducciones con objetivos de investigación. La redacción de su artículo 37.1 es muy simple: es posible hacer reproducciones con motivos de conservación siempre que se hagan sin finalidad lucrativa.

Aún más tortuoso y polémico ha sido el devenir de la ley francesa ([Francia 2006](#)), que en su redacción final (no estaba en el proyecto anterior) ha introducido dos apartados que permiten la reproducción de una obra efectuada con fines de conservación o destinada a preservar las condiciones de consulta por parte de bibliotecas, museos o archivos, siempre que no haya ninguna ventaja económica o comercial (artículos L 122-5.8 y L 211-3.7, para los derechos de autor y para los conexos, respectivamente). Resulta interesante la referencia explícita a la necesidad de mantener las condiciones de consulta de las obras, lo que encaja mejor con las necesidades específicas de la preservación en el entorno digital.

En ninguna de estas dos leyes se entra en detalles tales como número de copias que se pueden hacer, si es posible la copia preventiva, etc. Tampoco se intenta poner solución al problema de la protección tecnológica o la contractual. Realmente resulta decepcionante que estas dos leyes no hayan llegado algo más lejos, teniendo en cuenta que por el retraso en su aprobación ha habido oportunidad de ver las deficiencias detectadas y las propuestas de mejora planteadas en otros países.

Publicaciones bajo licencia

La aparición y desarrollo del entorno digital ha dado lugar a la progresiva sustitución de la venta por la licencia como principal medio para acceder a los recursos de información. Hay diferencias significativas entre vender una obra y licenciarla: la venta de una copia física de una obra implica la transferencia total de los derechos de propiedad sobre esa copia concreta de la obra, lo que permite al comprador diversos beneficios, como por ejemplo su reventa, su préstamo o su donación; en contraste, las licencias son contratos, es decir, acuerdos privados que proporcionan una transferencia limitada de derechos para usar la obra. Esto es, las bibliotecas no reciben y almacenan las obras de manera local, no tienen la propiedad de nada, sólo un derecho de acceso de acuerdo con las condiciones de la licencia. De esta forma, se elimina la capacidad de las bibliotecas para almacenar copias de obras intelectuales para las generaciones futuras de usuarios, por lo que dejarían de ser repositorios informativos (biblion + theke) para ser simplemente espacios de acceso a la información. Si no se tienen las copias físicas de los materiales, difícilmente las bibliotecas pueden llevar a cabo su preservación, de manera que pasan a depender de los editores para la preservación de los materiales que componen sus colecciones en formato digital.

Esta tendencia a que las transacciones relacionadas con la información digital estén gobernadas por contratos plantea problemas añadidos a la función de preservación de las bibliotecas, ya que cabe la posibilidad de que lo establecido en el contrato de licencia invalide o limite los privilegios que la ley de derecho de autor concede a las bibliotecas, entre otros para objetivos de preservación. Pero ¿qué sucede cuando entran en conflicto un contrato con lo establecido en la ley de derecho de autor? Pues bien, lo normal es que prevalezca la libertad de contratación, es decir, el contrato se impone sobre la ley ([Fernández-Molina 2004](#)). Esto supone que sólo si la licencia permite -o al menos no prohíbe- las copias para preservación, podrán éstas hacerse de acuerdo con las condiciones establecidas en la correspondiente ley nacional de derecho de autor. A este respecto, los resultados del estudio llevado a cabo por Ayre &

Muir (2004) no son especialmente halagüeños, ya que pocas de las licencias permiten hacer copias por razones de preservación, lo que supone que para llevarlas a cabo hay que conseguir el permiso expreso del editor correspondiente, con las consiguientes dificultades no sólo para recibir una respuesta positiva, sino también para la simple gestión de dicho permiso.

Por otro lado, dado que la licencia sólo da derecho de acceso, ¿qué sucede cuando la suscripción termina? ¿Qué pasa con los fascículos por los que se pagó la suscripción? Hay licencias que garantizan el acceso a perpetuidad, pero no todas. Además, aunque lo garanticen, no está claro si se podrá cumplir o no, dado que hay editores que se fusionan, que desaparecen, que venden los derechos de ciertas revistas (si ya no se tienen los derechos no puedes garantizar el acceso), etc.

Por último, además de la garantía jurídica que supone el contrato de licencia, los editores tienen una garantía adicional para controlar el acceso y uso que se hace de sus obras digitales: la protección tecnológica. Como veremos en el apartado siguiente, las obras digitales también están protegidas por una serie de medidas y dispositivos tecnológicos que controlan el uso que se puede hacer de ellas. En caso de disputa o discrepancia entre el editor y la biblioteca acerca del contenido de la licencia o de lo que está permitido o no hacer con las obras incluidas en ella, los editores tienen un arma definitiva: impiden el acceso o el uso de las obras a través de la protección tecnológica, lo que deja en una situación de auténtica indefensión a la biblioteca.

Protección tecnológica

Una de las novedades principales del derecho de autor en el entorno digital es el nacimiento y desarrollo de los sistemas DRM (Digital Rights Management), es decir, sistemas o dispositivos que protegen tecnológicamente las obras con derecho de autor, controlando su acceso y el uso que se hace de ellas. Estos sistemas permiten ahora la utilización de barreras, cercados o vallas, es decir, métodos de protección de la propiedad habituales en otros sectores, pero que hasta ahora no eran técnicamente posibles para los derechos de autor (O'Rourke 1998).

Estos sistemas son muy variados y evolucionan con gran rapidez, pero en términos generales es posible distinguir cuatro grandes tipos (Koelman & Helberger 2000): los que controlan el acceso (mediante contraseña, "date bombs", etc.), los que controlan ciertos usos (impiden la copia, sólo un cierto número o una porción, etc.), los que protegen la integridad de la obra (marcas de agua digitales, encriptado, etc.) y los que aseguran el pago por el acceso o uso de la información (contabilizan su uso, detectan infracciones o incumplimientos de la licencia, etc.).

Estos dispositivos tecnológicos no serían suficientemente eficaces si no estuvieran además protegidos por la ley, por lo que es necesario que actuar contra ellos se considere ilegal en determinadas condiciones. El punto de partida de su protección legal está en el ya mencionado Tratado de Derecho de Autor de la OMPI (1996), cuyo artículo 11, titulado "Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas", establece que: "Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley".

Este artículo ha sido la base para que en la legislación nacional de algunos países, fundamentalmente Estados Unidos, Australia y los miembros de la Unión Europea, se introduzcan disposiciones que protegen legalmente los sistemas DRM. Estas leyes, aunque tienen bastantes puntos en común, no son totalmente coincidentes. Por ejemplo, Estados Unidos y los países de la Unión Europea prohíben tanto la elusión individual de estos dispositivos tecnológicos como el tráfico/comercio/suministro de los dispositivos tecnológicos que permiten la elusión, lo que se ha denominado como "actividades preparatorias". Por el contrario, la legislación australiana (Australia 2000) sólo considera ilegal esta última actividad, no el acto individual de evitar la protección tecnológica.

También hay diferencias en la forma en que regulan la relación entre esta protección tecnológica y el disfrute de las diferentes limitaciones y excepciones a los derechos de autor establecidas en la ley, que es precisamente la parte más relevante para las actividades de preservación digital. Porque la cuestión fundamental aquí es que, aunque la ley nacional permita hacer determinadas copias con objetivos de preservación, cabe la posibilidad de que dichas copias se impidan a través de la protección tecnológica, de manera que ese privilegio concedido por la ley de derecho de autor a las bibliotecas quedaría invalidado en la práctica: la ley permite hacer la copia pero la protección tecnológica lo impide, y esa protección tecnológica está a su vez protegida por la ley que prohíbe su elusión y/o el suministro de dispositivos o información que ayude a ello. Dicho de otra forma, las actividades de copia, migración y emulación constituyen precisamente el tipo de actos que los sistemas DRM quieren impedir, de manera que es necesario saltarse su protección para poder llevar a buen puerto nuestros objetivos de preservación, y, evidentemente, deberíamos poder eludir dicha protección sin que eso supusiera una infracción de la ley.

De hecho, los redactores de todas estas leyes eran conscientes de que la protección tecnológica podía suponer una total anulación de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, lo que supondría una ruptura del necesario equilibrio de las leyes de derecho de autor. Por esa razón todas ellas incluyen algunos mecanismos -aunque la mayoría de muy dudosa eficacia- para intentar que este equilibrio no se rompa totalmente. Por ejemplo, la ley australiana, además de no prohibir el acto individual de elusión, también permite que se pueda suministrar software, servicios o información para eludir dicha protección si es para "usos permitidos", entre los que se encontrarían las copias hechas por parte de las bibliotecas siguiendo lo establecido en el ya mencionado artículo 51A. Por su parte, la directiva de la Unión Europea utiliza un sistema mucho más difuso para conseguir este equilibrio. En concreto, su artículo 6.4 incluye un sistema para establecer medidas voluntarias para definir el ámbito del derecho de autor: invita a las partes interesadas (titulares de derechos y usuarios) a adoptar acuerdos para permitir que los usuarios se beneficien de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor garantizadas por las legislaciones nacionales. Si dichos acuerdos no se producen, se requiere a los Estados miembros que tomen las medidas apropiadas para asegurar que los titulares de los derechos pongan a disposición de los beneficiarios de tales excepciones los medios para disfrutar de ellas. Sin embargo, su eficacia queda muy disminuida desde el momento que excluye estas medidas para las obras licenciadas en línea, que son precisamente la mayoría en el entorno digital ([Fernández-Molina 2003](#)).

Un buen ejemplo de aplicación de esta disposición de la directiva es el caso alemán, cuya ley (reformada en 2004) incluye limitaciones que permiten el acceso a obras protegidas por medidas tecnológicas si es para determinados propósitos, como por ejemplo los usos científicos y culturales, utilizando para ello acuerdos entre las partes. Uno de los resultados inmediatos de esta posibilidad ha sido el acuerdo al que ha llegado la biblioteca nacional alemana con la asociación fonográfica, la de librerías y la de editores para poder eludir las medidas tecnológicas de protección de las obras. El acuerdo firmado permite hacer reproducciones para su propio archivo, para propósitos científicos de los usuarios, para colección para escuelas o propósitos educativos, para formación e investigación, así como obras que ya están "out of print" ([Steinke 2005](#)).

Desgraciadamente, este tipo de iniciativas son todavía muy escasas, por lo que no es posible hacer una adecuada valoración de su eficacia; sin embargo, no parece que constituyan una solución completa. De hecho, la propia Comisión Europea en una comunicación sobre bibliotecas digitales ([Comisión Europea 2005](#)) y en una reciente recomendación sobre digitalización y conservación digital ([Comisión Europea 2006](#)), reconoce las dificultades que para la preservación supone la protección tecnológica y la consiguiente protección legal que le conceden las leyes de derecho de autor.

En definitiva, los sistemas DRM, amparados a su vez por estas nuevas leyes, suponen añadir una capa más de protección a la ya prestada por la ley de derecho de autor y las licencias, dando como consecuencia que los propietarios de los derechos tengan un mayor control sobre la información, pudiendo impedir incluso usos que son legales, al estar incluidos en algunas de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor. Como señalan Therien ([2001](#)) o Bailey ([2006](#)), los propietarios de los derechos están expandiendo su control sobre los contenidos digitales a expensas del interés público simplemente porque la tecnología esté sustituyendo a la ley como medio fundamental de proteger las obras en el entorno

digital. Hasta tal punto es excesiva esta protección tecnológica, que ha provocado incluso un verdadero movimiento de desobediencia civil de ámbito internacional ([Eschenfelder et al. 2005](#), [2006](#)).

Conclusiones

El análisis de las principales leyes nacionales de derecho de autor nos permite concluir que, hoy por hoy, prestan muy escasa ayuda a las actividades de preservación, fundamentalmente porque parecen haber sido pensadas exclusivamente para el mundo analógico, no para el digital. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea han sido detectadas estas insuficiencias. En el primer caso la solución puede venir de las conclusiones y recomendaciones que haga el ya mencionado grupo de trabajo para actualizar los privilegios de las bibliotecas ([Library of Congress 2005](#)). En cuanto a la legislación de los países de la Unión Europea, sus deficiencias también han sido puestas de manifiesto en la comunicación sobre bibliotecas digitales ([Comisión Europea 2005](#)) y todavía de forma más concreta en la recomendación ([Comisión Europea 2006](#)), donde se solicita que las leyes permitan la copia múltiple y la migración del material cultural digital llevada a cabo por las instituciones públicas con fines de conservación. En el caso de los países en vías de desarrollo también se es consciente de la necesidad de adaptar las leyes de derecho de autor y buena prueba de ello es que en el borrador de tratado de Acceso al Conocimiento ([A2K 2005](#)), cuyo origen está en una propuesta de Argentina y Brasil, se hace referencia expresa 'al uso de las obras con objetivos de preservación de archivos o bibliotecas o para migrar contenido a un nuevo formato' (artículo 3.1, a, V)

En el caso de obras bajo licencia, no parece una buena opción dejar que la misión de preservación la asuman los propietarios de los derechos, ya que esto podría conducir a que sólo se preservara aquello que consideraran "rentable". Además, es muy probable que, como advierte Ryan ([2004](#)), carezcan de la suficiente experiencia, de los conocimientos técnicos necesarios y del conocimiento histórico de lo que supone la preservación. Por tanto, la responsabilidad de la preservación debería seguir en aquellas instituciones que se han ocupado tradicionalmente de ello y para las cuales constituye unas de sus funciones fundamentales ([Homulos, 1990](#)). Para ello, deberán recurrir a las licencias como vía de solución, de manera que sus cláusulas favorezcan las actividades de preservación, ya sean individuales, colectivas o híbridas, o empleando modelos concretos recomendados ([JISC 2005](#)).

En cuanto a la protección tecnológica, es evidente que supone un importante obstáculo, dado que tiene la capacidad real de imponer sus reglas sobre los privilegios de las bibliotecas reconocidos en las leyes de derecho de autor. Además, las salvaguardas que establecen estas leyes para las limitaciones y excepciones a los derechos de autor en su relación con la protección tecnológica son excesivamente difusas y, hasta el momento, de escasa eficacia. Habrá que esperar un poco para ver hasta qué punto consiguen su objetivo, aunque no parece que podamos ser muy optimistas.

En definitiva, es posible distinguir tres posibles soluciones a las restricciones legales a las actividades llevadas a cabo con propósitos de preservación digital. La primera sería modificar la legislación de derecho de autor de manera que se permitiera llevar a cabo todas las actividades de copia de obras y de uso de software necesarias, incluso eludiendo la protección tecnológica, si es necesario. Pero estos cambios serían de muy escasa utilidad en el caso de obras que no se poseen físicamente sino que están bajo licencia. Para ello tenemos la segunda solución: incluir en las licencias cláusulas que faciliten la preservación. Finalmente, y aunque queda fuera del ámbito de este trabajo, también hay que mencionar una tercera solución: la actualización y mejora de la legislación de depósito legal, de utilidad limitada dado que difícilmente se aplicará a todo tipo de publicaciones y, sobre todo, porque está circunscrita a las bibliotecas depositarias (nacionales o asimiladas), no a la inmensa mayoría de las bibliotecas. En realidad, ninguna de estas soluciones es suficiente por sí sola, sino que son necesarias las tres de forma conjunta, lo que supone que es imprescindible la cooperación entre los dos sectores implicados: bibliotecas, por un lado, y propietarios de los derechos (editores, productores, distribuidores), por el otro. Por último, dado el carácter global de estos problemas, convendría que estas soluciones se plantearan también desde una perspectiva internacional, en concreto a través de la OMPI, pero por ahora no hay señales de que muestren interés en este tema.

Referencias

- Australia (2000). [Copyright amendment \(digital agenda\) act 2000](#). Retrieved 9 January, 2007 from http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/caaa2000n1102000321/
- Ayre, C. & Muir, A. (2004). [Right to preserve? The copyright and licensing for digital preservation project. Final report](#). Loughborough: Loughborough University. Retrieved 9 January, 2007 from <https://dspace.lboro.ac.uk/dspace/bitstream/2134/343/1/Final%20report.pdf>
- Bailey, C.W. (2006). Strong copyright + DRM + weak Net neutrality = digital dystopia? *Information Technology and Libraries*, **25**(3), 116-127.
- British Library (2006). [Intellectual property: a balance. The British Library manifesto](#). London: British Library. Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf>
- Burrell, R. & Coleman, A. (2005). *Copyright exceptions: the digital impact*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Canadá. *Statutes*. (1997). [Copyright act \(amendment\)](#). Retrieved 9 January, 2007 from http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/ca/ca034en.html
- Comisión Europea (2005). [i2010: Bibliotecas digitales. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM\(2005\) 465 final, Bruselas, 30.9.2005](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0465:FIN:ES:HTML>
- Comisión Europea (2006). [Recomendación de la Comisión de 24 de agosto de 2006 sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital \(2006/585/CE\)](#). Retrieved 9 January, 2007 from http://europa.eu.int/information_society/activities/digital_libraries/doc/recommendation/recommendation/es.pdf
- Consumer Project on Technology, (2005). [Treaty on access to knowledge \(Draft 9 May 2005\)](#), Retrieved 9 January, 2007 from http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf
- Currall, J. & McKinney, P. (2006). [Investing in value. A perspective on digital preservation](#). *D-Lib Magazine*, **12**(4). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.dlib.org/dlib/april06/mckinney/04mckinney.html>
- Denmark. *Ministry of Culture*. (1997). [Order of the right of archives, libraries, and museums to make copies of literary and artistic works, etc. -Order no. 876 of November 28, 1997](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.kum.dk/sw6357.asp>
- Denmark. *Ministry of Culture*. (2003). [Consolidated Act on Copyright](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.kum.dk/sw4550.asp>
- Eschenfelder, K.R., Howard, R.G. & Desai, A.C. (2005). Why do Website authors post DeCSS?: a content analysis of political speech on Websites posting DVD decryption software. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, **56**(13), 1405-1418.
- Eschenfelder, K.R., Howard, R.G. & Desai, A.C. (2006). [The ethics of DeCSS posting: towards assessing the morality of the Internet posting of DVD copyright circumvention software](#). *Information Research*, **11**(4). Retrieved 9 January, 2007 from <http://informationr.net/ir/11-4/paper273.html>
- España. *Estatutos* (2006). [Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>
- Estados Unidos. *Copyright Office* (1998). [Digital Millennium Copyright Act 1998](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.loc.gov/copyright/legislation/hr2281.pdf>
- Estados Unidos. *Copyright Office*. (2006). [Report on orphan works](#). Retrieved 9 January, 2007 from <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>
- Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística. (2005). [Alegaciones al Proyecto de Ley, de 26 de agosto de 2005, de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual](#). Retrieved 9 January

Abstract

Introduction. Besides technical and economic-organisational problems, digital preservation also faces legal issues, especially regarding copyright legislation, since all digital preservation strategies involve copying materials and/or using software which is typically copyrighted. The purpose of this paper is to ascertain the extent to which current copyright laws meet the preservation requirements of library materials..

Methodology. A cross-sectional analysis of recently updated national copyright laws as well as the impact of the other two protection methods: contractual and technological.

Results. Even after the latest updates current copyright legislation is almost useless for digital preservation activities since the opportunities provided by WIPO Copyright Treaty to adapt and extend copyright exceptions and limitations have been used to the full.

Conclusion. We need a legislation reform that will make it possible to carry out all required copying and communication activities and software use, even if circumventing technological protection is needed. But that is not enough for licensed works. The best solution for this kind of work is to include specific clauses in the licences that facilitate preservation activities. Thus, cooperation between both parties, libraries and rights' holders, is essential.

How to cite this paper

Fernández-Molina, J.C., Guimarães, J.A.C. (2007). "Las nuevas leyes de derecho de autor: ¿adecuadas para la preservación digital?" *Information Research*, **12**(4) paper 322. [Available at <http://InformationR.net/ir/12-4/paper322.html>]

Find other papers on this subject

[Scholar Search](#)[Google Search](#)[Windows Academic](#)[Bookmark This Page](#)

Check for citations, [using Google Scholar](#)

5088
[Web Counter](#)

© the authors, 2007.
Last updated: 2 August, 2007




[Contents](#) | [Author index](#) | [Subject index](#) | [Search](#) | [Home](#)