

La protección tecnológica de las obras intelectuales y las excepciones al derecho de autor

Juan Carlos Fernández-Molina

RESUMEN

Para solucionar los problemas creados al derecho de autor por el desarrollo de la información digital e Internet se han promulgado recientemente una serie de normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales. Estas nuevas leyes y tratados internacionales proporcionan protección legal a las medidas tecnológicas que controlan el acceso y uso de las obras intelectuales. Se analiza el efecto de estas medidas tecnológicas, y de la legislación que las protege, sobre los límites a los derechos de autor que las leyes establecen para facilitar el acceso a la información por parte de los ciudadanos en general y de los usuarios de las bibliotecas, en particular. Se comienza haciendo un breve repaso de estas medidas tecnológicas (en qué consisten y cómo funcionan), como punto de partida imprescindible para analizar a continuación sus regulaciones por el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor de 1996 y por las tres principales normas jurídicas que hasta ahora lo han implementado: Digital Millennium Copyright Act 1998 (Estados Unidos), la reciente Directiva de la Unión Europea de 2001 y la nueva ley Australiana (2000).

ABSTRACT

The development of the digital information and INTERNET has generated difficulties regarding the copyright, in order to solve this situation, recently have been promulgated several legal standards in the national and international levels. These new international standards and procedures protect, from legal point of view, technological aspects that control the access and use of the intellectual work. Herein is analyzed the effect of these technologies and the legislation on which they are based, regarding copyright limits established by law, in order to facilitate information access to citizens, in general, and library's users, in particular. The first part of the paper is a brief looking to these technological aspects (what they are and how they work), in order to analyze the regulations, in this field, established in 1996 by the WIPO's (World Intellectual Property Organization) Agreement in relation with Copyright and by the three main legal standards, which up to now, have been implemented by Digital Millennium Copyright Act 1998 (United States), the recent administration of the European Union in 2001 and by the new Australian law (2000).

Introducción

El desarrollo de la información digital y de Internet ha mejorado de manera ostensible las posibilidades de acceso a la información por parte de cualquier persona y desde cualquier lugar del mundo. Sin embargo, estas nuevas opciones ofrecidas por el avance de la tecnología también suponen un problema para los derechos de autor de todo tipo de obras intelectuales: la

conversión de las publicaciones en simples cadenas de *bits* permite que su copia, modificación y transmisión pueda llevarse a cabo sin conocimiento del titular de los derechos y prácticamente sin coste ni esfuerzo alguno.

Para hacer frente a estos problemas se han planteado dos soluciones: promulgar una nueva legislación y

emplear la tecnología para la protección de las obras. La primera de ellas, la vía legislativa, se centra en hacer las leyes más severas a favor de los poseedores de los derechos. Por otra parte, la vía tecnológica, utiliza una serie de mecanismos que permiten identificar los materiales susceptibles de ser protegidos por los derechos de autor y que controlan el uso que se hace de estos, evitando pérdidas económicas para quienes ostentan los derechos de explotación, así como la violación de los derechos morales de sus autores. Estos sistemas reciben diversas denominaciones. La más habitual es la *Electronic Copyright Management Systems* (ECMS), aunque también se usan *Electronic Rights Management Systems* (ERMS) o la *Digital Rights Management Systems* (DRMS). Estas dos vías de solución, legislativa y tecnológica, no actúan de forma independiente, sino que interactúan entre sí, como bien comprende Sirinelli [1] cuando señala que el resultado es una estructura a tres niveles:

- a) La protección legal (leyes de derecho de autor).
- b) La protección tecnológica.
- c) Las normas legales que protegen las medidas tecnológicas contra su elusión o neutralización.

Estos sistemas tecnológicos 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 [2]. Este tipo de regulación a través de la tecnología es diferente de la forma tradicional de regulación a través de la ley, ya que en vez de definir los comportamientos no deseados, la tecnología hace posible impedir determinados comportamientos y permitir otros [3], dando lugar a un cumplimiento perfecto de la ley, ya que ahora los usuarios no tienen la posibilidad de escoger si cumplen la ley o la violan ya que las condiciones de uso implantadas por las medidas tecnológicas se imponen de forma automática.

Esta utilización de la tecnología para controlar el acceso y uso de las obras intelectuales plantea importantes problemas para las limitaciones y excepciones establecidas a los derechos de autor. Es bien sabido que los derechos de autor no tienen carácter absoluto sino que, por el contrario, están sometidos a muy diversas limitaciones, por lo que en determinadas ocasiones la obra puede ser usada de manera gratuita y sin autorización del poseedor

de los derechos. Estas limitaciones son muy variadas, pero a nosotros nos interesan especialmente dos: por un lado, la copia privada, y por otro, los privilegios de las bibliotecas e instituciones similares. Pues bien, estas limitaciones pueden quedar anuladas en la práctica, debido a que las medidas tecnológicas (protegidas además por las nuevas leyes) dan a los propietarios de los derechos un poder desconocido por ellos hasta la fecha: el poder de controlar tanto el acceso a la obra como su uso, incluyendo actos que tradicionalmente habían quedado fuera del contenido patrimonial del derecho de autor.

El objetivo de este trabajo, por tanto, es analizar el efecto de estos dispositivos tecnológicos y de la legislación que los protege sobre los límites a los derechos de autor, que las leyes establecen para facilitar el acceso a la información por parte de los ciudadanos en general y de los usuarios de las bibliotecas en particular. Comenzamos haciendo un breve repaso de estas medidas tecnológicas, en qué consisten y cómo funcionan, como un punto de partida imprescindible para poder analizar a continuación sus regulaciones por el Tratado de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 (que entró en vigor en el primer semestre del 2002) y por las tres principales normas jurídicas que lo han implementado: *Digital Millennium Copyright Act 1998* (Estados Unidos), la Directiva de la Unión Europea de 2001 y la nueva ley Australiana del 2000.

Medidas tecnológicas: concepto y clases

Ni el tratado de la OMPI ni la Directiva europea hablan de ECMS, sino que utilizan el término *medida tecnológica*, es decir, los ECMS solo son protegidos por estas normas jurídicas en la medida en que respondan a la concreta definición de *medida tecnológica* establecida en ellas.

Las medidas tecnológicas que facilitan la protección de las obras con derecho de autor son extremadamente diversas y evolucionan con enorme rapidez, por lo que para facilitar su análisis han sido objeto de diversas clasificaciones, normalmente teniendo en cuenta su finalidad. En nuestra opinión, la realizada por Koelman y Helberger [4] es un buen punto de partida para poder analizar posteriormente su regulación jurídica y sus consecuencias para los

usuarios de obras intelectuales. Distinguen cuatro tipos: las que controlan el acceso, las que controlan ciertos usos, las que protegen la integridad de la obra y las que aseguran el pago por el acceso o uso de la información.

El primer tipo, las medidas dedicadas a controlar el acceso a las obras, es muy variado. Lo más habitual es que actúen como una puerta o un portero en el mundo real, de manera que si el usuario tiene la llave adecuada (una contraseña habitualmente) la tecnología le permite entrar y acceder a los contenidos. También son frecuentes las que controlan el acceso a una copia ya adquirida de la obra, por ejemplo a un CD-ROM o a una copia descargada de Internet. Por último, cada vez son más habituales las medidas que impiden el acceso posterior, es decir, se permite el acceso inicial a la obra que, posteriormente, será limitado o impedido. Por ejemplo, determinadas obras o programas de ordenador tienen fecha de caducidad, o sea, pueden ser usados sin coste durante un tiempo limitado, que una vez concluido hay que pagar para seguir usándolo. En otros casos no es cuestión de tiempo, sino de número de veces que se puede acceder a la obra.

El segundo tipo es el de las medidas que se centran en el control de ciertos usos de la obra una vez que se ha accedido a ella. La mayor parte de ellas se dedican a impedir las copias de la obra, aunque con diferentes métodos y resultados. Por ejemplo: no permiten hacer copias impresas sino que solo facilitan la copia de una porción pero no de la totalidad de la obra, la copia digital de la original no puede servir como máster, de manera que ya no es posible hacer más copias y por último el uso de programas que detectan copias no permitidas y contraatacan borrando los archivos copiados, etc.

El tercero se refiere a las medidas cuyo objetivo es proteger la integridad de la obra impidiendo su alteración o modificación. En realidad, estas medidas también se dedican a controlar determinados usos, pero conviene tratarlas aparte, ya que no protegen los tradicionales derechos de autor de contenido económico, sino los denominados derechos morales. Al impedir la modificación de la obra, estas tecnologías protegen los derechos morales de paternidad e integridad a través de sistemas diversos de encriptado, marcas de agua digitales, firma digital, etc.

Por último, tenemos las medidas que no impiden ni limitan el acceso o uso de las obras, sino que se dedican a medir la frecuencia con la que se accede y usa la obra o a controlar lo que se hace con ella. Su objetivo es, por tanto, facilitar la explotación económica de las obras intelectuales. Son muy diversas: siguen la pista de la obra contabilizando cada uno de los usos, lo que permite la facturación y el pago por cada uno de ellos; pueden detectar copias ilegales; descubrir incumplimientos en las condiciones de la licencia de uso.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

El problema de las medidas tecnológicas para proteger el derecho de autor de las obras electrónicas se planteó en la conferencia de la OMPI de diciembre de 1996. Como con otras muchas cuestiones que se discutieron en esta conferencia, el debate fue muy intenso. Una de las preliminares que había que decidir era la necesidad o no de una legislación específica en el ámbito internacional y, caso de que se pensara que sí, qué tipo de legislación: civil, penal, mercantil [5]. Se decidió que dicha legislación era necesaria, ya que una diversidad de regímenes nacionales tendría consecuencias muy negativas para la transmisión interactiva de las obras, y que debía ser incorporada al nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TDA) [6].

Pero la cuestión fundamental que había que decidir era cómo podía articularse y combinarse la protección tecnológica de las obras con el sistema de excepciones y limitaciones a los derechos de autor existentes en las diferentes legislaciones nacionales. El dilema básico era decidir entre hacer referencia a los actos de elusión de las medidas tecnológicas o bien centrarse en los aparatos o dispositivos que permiten dicha elusión. A este respecto, en la propuesta básica de lo que posteriormente sería el TDA se incluía un artículo, el 13, que se centraba exclusivamente en la fabricación, distribución e importación de los dispositivos electrónicos. Este artículo fue objeto de fuertes críticas [7] tanto por cuestiones formales como de fondo. Así, no diferenciaba con claridad entre protección de las obras, protección del acceso a tales obras y el régimen de los servicios de suministro *a la carta*. Por otro lado, el concepto de *dispositivo* era excesivamente amplio, ya que incluía

a cualquier producto cuyo *principal* propósito o efecto fuera la elusión de la protección, es decir, no se centraba exclusivamente en aquellos cuyo *único* objetivo fuera dicha elusión. Además, se hacía responsables a los fabricantes e importadores cuando los *efectos* de los dispositivos fueran la elusión de las medidas tecnológicas (aunque estuvieran diseñados con otros fines) si aquellos sabían o tenían razones para conocer tales efectos. Esta excesiva carga sobre los fabricantes de equipos electrónicos provocó la fuerte oposición de los representantes de Japón y del resto de países del Este asiático [8].

Todos estos problemas provocaron que el texto fuera modificado y diera lugar al actual artículo 11, titulado *Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas*, y que 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”.

Es posible distinguir tres elementos en este artículo o tres condiciones que deben cumplirse para que las medidas tecnológicas sean objeto de protección legal: que la medida sea efectiva, que sea usada por los autores para el ejercicio de sus derechos reconocidos por el TDA o el Convenio de Berna [9] y, por último, que restrinja actos que no estén autorizados por los autores o permitidos por la ley.

Estas tres condiciones necesitan algunas precisiones.

En primer lugar, no está claro qué significa este requerimiento de que la medida sea *efectiva*, ya que el TDA no lo explica, por lo que diversos

especialistas han intentado su interpretación. A este respecto, Koelman y Helberger [4] consideran que solo las medidas que requieren su elusión consciente van a gozar de protección, interpretación similar a la de Lucas [10], que opina que una medida que puede ser eludida por accidente no es efectiva y por tanto, no debe ser protegida. Precisamente para evitar la incertidumbre de su significado, el término *efectiva* ha sido definido en las diversas legislaciones nacionales que han implementado este tratado.

En segundo lugar, se requiere que el titular del derecho de autor —aunque solo menciona de forma expresa a los autores, es evidente que también incluye a los posteriores poseedores de los derechos— lleve a cabo el acto voluntario de implantar una medida tecnológica en relación con el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos por el TDA o el Convenio de Berna.

Esto plantea varias dudas. La primera es si protege o no las medidas que controlan el acceso a las obras. En nuestra opinión, tales medidas no están protegidas, ya que no existe ni en el Convenio de Berna ni en el TDA un derecho exclusivo al control individual del acceso a las obras. Por esta misma razón, tampoco deben estar incluidas las que protegen obras que no tienen derecho de autor, como por ejemplo las que están en el dominio público o las que son simples recopilaciones de datos sin suficiente creatividad en su selección o disposición.

Finalmente, el requisito de que sean actos de los usuarios “no autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”, posibilita conjugar el respeto de las medidas tecnológicas con las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, dejando claro que este tratado no pretende crear nuevos derechos exclusivos a favor de los autores, sino simplemente establecer una obligación de respeto de las medidas tecnológicas que los autores establezcan para proteger sus obras digitales. Por tanto, la elusión de las medidas tecnológicas para llevar a cabo actos permitidos sobre la base de alguna de las excepciones a los derechos de autor no está prohibida por dicho artículo [10, 11]. Este equilibrio entre los derechos de los autores y los de los usuarios ha provocado que diversos autores muestren satisfacción por su contenido [12] o se lamenten de que no se implementara de forma exacta en su legislación nacional [13].

Pero además de las condiciones para que las medidas tecnológicas sean protegidas legalmente, hay una cuestión fundamental que queda confusa e irresuelta en este artículo: ¿qué actos prohíbe? Hay tres posibles enfoques [14]:

- a) El acto de elusión en sí mismo, es decir, será responsable aquél que eluda la medida tecnológica.
- b) El tráfico/comercio/provisión de los dispositivos tecnológicos que permiten la elusión, lo que se ha denominado como *actividades preparatorias*, de manera que será responsable quien venda o facilite a otros los medios para la elusión.
- c) Ambas posibilidades. La vaguedad del texto ha dado lugar a interpretaciones diversas por parte de los expertos, aunque la mayoría opina que la prohibición va dirigida al acto mismo de elusión [15]. No obstante, esto no impide que los Estados puedan establecer en sus legislaciones nacionales prohibiciones centradas en los dispositivos para la elusión [16].

Normas jurídicas que han implementado el TDA

Hasta ahora, son muy escasas las normas jurídicas que han implementado esta protección de las medidas tecnológicas establecidas en el artículo 11 del TDA, aunque es previsible que en los próximos años la mayoría de los países sean parte de este nuevo tratado y, en consecuencia, tengan que modificar sus leyes de derecho de autor para proteger tales medidas tecnológicas.

Las principales leyes que lo han implementado son la *Digital Millennium Copyright Act estadounidense* [17], la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act australiana* [18] y la *Directiva europea de derecho de autor en la sociedad de la información* [19].

Un análisis pormenorizado de ellas sobrepasa ampliamente los objetivos de este artículo, por lo que aquí vamos simplemente a pasar revista a los aspectos más significativos de cada una de ellas en

lo que respecta a la regulación de la protección de las medidas tecnológicas. En primer lugar, analizaremos cómo definen las medidas tecnológicas protegidas y qué actividades prohíben, a continuación examinaremos cómo están recogidas las excepciones a los derechos de autor y cómo pretenden garantizarlas y, por último, haremos un breve comentario crítico de cada una de ellas.

Objeto de protección, definición de medidas tecnológicas y objeto de sanción

El primer país que intenta adaptar su legislación de derecho de autor al entorno digital fue Estados Unidos, con la promulgación en 1998 de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), ley que ha marcado en buena medida el camino a seguir por otros países. Esta ley añade un nuevo capítulo 12 a la ley de derecho de autor estadounidense y, en lo que respecta a la protección de las medidas tecnológicas, le dedica su sección 1201. Esta sección se estructura de acuerdo con una división esencial, en función de las medidas tecnológicas que controlan el acceso a las obras o de las que protegen los derechos de autor, lo cual obliga a usar esta doble normativa como punto de partida para su análisis.

El acceso no autorizado a la obra se prohíbe a través de dos vías:

- a) El acto de elusión.
- b) El comercio y tráfico de dispositivos de elusión (las denominadas *actividades preparatorias*).

En cuanto al mero acto de elusión, se establece que “ninguna persona eludirá una medida tecnológica que controle de forma efectiva el acceso a una obra protegida bajo este título” (sección 1201 (a)(A)(1)). Dado que, como vimos previamente, el artículo 11 del TDA no aclara qué es una medida efectiva, es necesaria su aclaración en esta ley: “si la medida, en el curso ordinario de su operación, requiere la aplicación de información, o un proceso o tratamiento, con la autoridad del poseedor de los derechos de autor, para conseguir el acceso a la obra” (sección 1201 (a)(3)(B)). El control del acceso a las obras también está protegido por la prohibición de comerciar con dispositivos y productos para la

elusión: “ninguna persona fabricará, importará, ofrecerá al público, proporcionará... cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente...” para eludir las medidas tecnológicas de protección (sección 1201 (a)(2)). Pero esta prohibición es objeto de matización, ya que no afecta a cualquier tecnología que podría ser usada con objetivos de elusión, sino solo a aquella que está diseñada o producida fundamentalmente con el propósito de eludir estas medidas, o cuyo propósito o uso comercial es muy limitado fuera de tal objetivo. Es evidente que, estas acotaciones fueron introducidas con el objetivo de evitar que los fabricantes y distribuidores de productos electrónicos fueran responsables legalmente por el simple hecho de que sus productos pudieran ser potencialmente útiles para eludir las medidas tecnológicas [20].

Lo contrario ocurre con el control de acceso, la DMCA no prohíbe el acto en sí mismo de eludir las medidas de protección tecnológica, que protegen los derechos de autor, sino solo las *actividades preparatorias*. Esta decisión del legislador estadounidense fue tomada para no penalizar usos potenciales no infractores como, por ejemplo, los incluidos bajo el *fair use*. Por tanto, solo se prohíbe el negocio de fabricar, importar, distribuir o proporcionar tecnología para eludir las medidas de protección. Las definiciones que la ley hace de esta actividad y del tipo de tecnologías afectadas, del acto de elusión y de qué es una medida tecnológica efectiva, son prácticamente idénticas a las referidas al control de acceso a la obra, por lo que no merecen comentario adicional.

También a la Unión Europea le preocupan los problemas del derecho de autor en el entorno digital y, para afrontarlos, se aprobó el pasado año una directiva sobre el derecho de autor en la sociedad de la información, tras un largo y complejo trámite legislativo. Su objetivo es implementar el TDA a la vez que se armoniza en los Estados miembros la protección del derecho de autor. Entró en vigor el 22 de junio del 2001 y los países miembros tienen un plazo de 18 meses (hasta diciembre del 2002) para su implementación en sus respectivas legislaciones nacionales. En concreto, esta directiva dedica su confuso y enrevesado artículo 6 a la protección de las medidas tecnológicas.

Esta directiva prohíbe tanto el acto personal de eludir las medidas tecnológicas (art. 6.1) como las denominadas actividades preparatorias (art. 6.2), pero, contrario a la ley estadounidense, no hace distinción entre las medidas que protegen el acceso a las obras y las que protegen los derechos de autor.

Las medidas tecnológicas protegidas son definidas de manera muy amplia como “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE” (art. 6.3).

Sin duda, lo más reseñable de esta definición es que no se refiere a las medidas tecnológicas que impiden la violación de los derechos de autor, sino a las que impiden o restringen actos no autorizados por el titular de los derechos. Es decir, se ha llegado más lejos de lo requerido en el artículo 11 del TDA, que se refería a actos “no autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley”. Por tanto, quedan protegidas todas las medidas tecnológicas que impiden o limitan usos o accesos no autorizados por los titulares de los derechos de autor, independientemente de que el usuario que pretenda el acceso o uso pueda beneficiarse de alguna de las excepciones al derecho de autor (establecidas en el art. 5 de esta directiva). Por otro lado, al igual que en la DMCA estadounidense, se exige un cierto nivel de eficacia para que estas medidas tecnológicas estén protegidas.

También Australia ha modificado muy recientemente su ley de derecho de autor para adaptarla al nuevo entorno tecnológico y, aunque también sigue en términos generales el esquema básico establecido por la DMCA, aporta algunas novedades muy

interesantes en la regulación de las medidas tecnológicas. Sus características más significativas son las siguientes: su definición de medida tecnológica protegida es muy similar a la de las otras leyes analizadas, pero no distingue entre las medidas que controlan el acceso y las que protegen los derechos de autor; la tecnología para la elusión también es definida de forma similar, ya que solo incluye a aquellos dispositivos o servicios cuyo único o principal objetivo o uso, sea eludir las medidas tecnológicas; a diferencia de la DMCA y la Directiva europea, no prohíbe el acto de elusión en sí mismo, sino únicamente las *actividades preparatorias*.

Excepciones y medios para garantizarlas

Estas medidas tecnológicas (junto con la protección jurídica que les proporcionan estas nuevas leyes) ponen en grave peligro la supervivencia de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, y de ello son conscientes no solo las organizaciones y asociaciones que representan a los sectores más perjudicados (asociaciones de bibliotecarios, instituciones educativas y de investigación, de consumidores y usuarios, etc.), sino también el propio legislador. Por esta razón, estas leyes han previsto una serie de medidas y mecanismos para evitar la práctica anulación de tales excepciones, intentando mantener el equilibrio necesario en cualquier ley de derecho de autor.

En su redacción originaria, la DMCA no contenía ninguna excepción a las prohibiciones establecidas. Sin embargo, durante el trámite legislativo se fueron añadiendo algunas en función de la capacidad de presión de los distintos grupos. Entre ellas, una a favor de “bibliotecas e instituciones educativas sin ánimo de lucro para determinar si desean adquirir una obra”, además de otras para ingeniería inversa de programas de ordenador, inteligencia y otras actividades del gobierno, investigación sobre encriptación, protección de menores, etc. Estas excepciones conforman una lista cerrada, y cada una de ellas tiene sus propios criterios y está basada en políticas concretas. Hubo un intento de incluir una excepción general de elusión de las medidas tecnológicas basada en el *fair use*, pero finalmente fue rechazada. Como solución de compromiso, y teniendo en cuenta que la protección del derecho

de acceso a las obras podría suponer una fuerte disminución del acceso público a la información, se decidió suspender por dos años (hasta el 28 de octubre del 2000) la puesta en marcha de la prohibición de eludir los controles de acceso. Además, se encargó al Bibliotecario del Congreso, bajo la recomendación del *Register of Copyrights*, que llevara a cabo un estudio para averiguar en qué medida los sistemas de control de acceso a las obras impiden a los usuarios hacer uso de las obras cuando tales usos no suponen una infracción de los derechos de autor o están cubiertos por el *fair use*. Este estudio tenía el objetivo de definir qué clases de obras debían ser exceptuadas (durante un período de tres años: hasta el 20 de octubre del 2003) de la prohibición de elusión. Una vez finalizado el procedimiento, el Bibliotecario del Congreso [21] estableció que solo dos tipos de obras se beneficiarían de tal excepción durante dicho período de tres años:

- a) Compilaciones de listas de sitios web bloqueados por programas de filtro de contenidos.
- b) Obras intelectuales, incluyendo programas de ordenador y bases de datos, protegidos por mecanismos de control de acceso que no permiten el acceso debido a que están obsoletos, dañados o funcionan de forma defectuosa.

Conviene señalar que esta ley prevé que se repita este procedimiento cada período de tres años.

Por su parte, la Directiva europea dedica el apartado cuarto del artículo 6 a alcanzar un equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios de las obras, estableciendo una división entre obras licenciadas mediante contrato en Internet y el resto de las obras. Para su análisis vamos a emplear el orden seguido en el propio artículo, que comienza con las obras no licenciadas en Internet. En los párrafos uno y dos de este artículo se establece un curioso 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 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. Pero no todas las excepciones tienen el mismo nivel de protección respecto al uso de las medidas tecnológicas.

Este artículo da lugar a tres tipos de excepciones, de acuerdo con la importancia que el legislador les ha concedido.

Así, tenemos en un primer grupo las excepciones más protegidas, referidas tanto al derecho de reproducción

(reprografía, reproducciones hechas por bibliotecas, museos, archivos e instituciones educativas accesibles al público, entre las más significativas) como a los derechos de reproducción y comunicación al público (cuando el uso tenga por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, en beneficio de personas con minusvalías, etc.). Pues bien, para estas excepciones, la obligación establecida en el primer párrafo del artículo 6.4 es clara: si no hay medidas voluntarias adoptadas por los titulares de los derechos, y se dificulta el ejercicio de las excepciones debido al uso de medidas tecnológicas, el Estado debe intervenir.

El segundo tipo de excepciones se refiere exclusivamente a la copia privada,

debido a sus especiales dificultades de armonización. En este caso el legislador ha optado por dejar en manos de los Estados miembros la decisión de adoptar o no las medidas reseñadas previamente, es decir, pueden intervenir o no para asegurar que la copia privada no es impedida por las medidas tecnológicas. Por último,

en el tercer grupo tendríamos al resto de excepciones,

tanto las incluidas en el art. 5 de la directiva, pero no mencionadas en el párrafo primero del art. 6.4, como aquellas excepciones nacionales analógicas distintas de las previstas en dicho art. 5. Las

excepciones pertenecientes a este grupo están *desprotegidas*; es decir, están sujetas en toda su extensión al régimen establecido en los artículos 6.1 y 6.3, lo que las equipara con el régimen establecido para las obras licenciadas en línea, que vamos a analizar a continuación.

Todas estas medidas establecidas en los dos primeros párrafos del art. 6.4 para facilitar el disfrute de las excepciones al derecho de autor, no tienen validez para las obras licenciadas en línea, como deja perfectamente claro el párrafo cuarto de este artículo, que establece que “lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”. En términos muy generales, esto supone que queda prácticamente anulada la aplicación efectiva de las excepciones al derecho de autor, ya que es precisamente ese tipo de uso el más habitual en el entorno digital.

Pero es, sin duda, la ley australiana la que ofrece un sistema más interesante de garantizar las excepciones al derecho de autor.

Hay dos excepciones generales que se aplican a las prohibiciones sobre los dispositivos y servicios para la elusión que son de nuestro interés. La primera se aplica cuando su suministro es para usarlo para un propósito permitido, para cuya aplicación se tienen que cumplir tres condiciones.

En primer lugar, un dispositivo o servicio se usa para un *propósito permitido* si dicho uso es uno de los establecidos específicamente por la ley: reproducción de programas de ordenador para hacer productos interoperativos, para corregir errores y para pruebas de seguridad; copias legítimas llevadas a cabo por bibliotecas, archivos, instituciones educativas y de otro tipo, incluyendo aquellas que ayudan a personas con una minusvalía intelectual;

y uso legítimo de materiales con derecho de autor por los servicios gubernamentales. En segundo lugar, quien suministra debe ser una *persona cualificada*, esto es, una persona autorizada a copiar o tratar dicho material para alguno de los propósitos establecidos en las excepciones anteriores.

La persona debe dar al suministrador (del dispositivo o servicio), antes o al mismo tiempo del suministro, una declaración firmada incluyendo: nombre y dirección de la persona a quien se le suministra el servicio o dispositivo y las razones por las que es una *persona cualificada*; nombre y dirección del suministrador; una declaración de que el dispositivo o servicio será usado para un propósito permitido, que será identificado; y una declaración de que el material no está disponible en una forma no protegida por una medida tecnológica.

Para evitar posibles abusos, la ley australiana contempla una disposición que convertía en delito hacer una declaración falsa. La segunda excepción se aplica a la fabricación o importación de un dispositivo para la elusión. En este caso, los requisitos son: su uso para un *propósito permitido* (definido de la misma forma que en la excepción anterior); y que el material no esté disponible en una forma no protegida por una medida tecnológica. Evidentemente, este segundo requisito tiene el objetivo de asegurarse de que solo se puede proporcionar tecnología para la elusión si el usuario no tiene otra forma alternativa de conseguir acceder a la obra para ejercer una de las excepciones incluidas en la ley de derecho de autor.

Análisis crítico

No podemos hacer una valoración muy favorable de estas leyes, en especial de la DMCA y la Directiva

europea, ya que conducen a una excesiva protección de los derechos de autor en detrimento de los derechos de los usuarios, obstaculizando los usos educativos, culturales y de investigación de las obras intelectuales. Vamos a resumir a continuación las principales críticas que han recibido cada una de estas leyes.

La DMCA estadounidense ha dado lugar a un nuevo derecho, el de controlar el acceso a las obras con derecho de autor, que no tiene precedentes ni en la ley de derecho de autor de Estados Unidos ni en ninguna otra ley nacional o tratado internacional sobre el derecho de autor [11]. Este nuevo derecho, creado de forma indirecta y sin haber discutido previamente sus consecuencias e implicaciones, se suma a los tradicionalmente concedidos a los titulares de los derechos de autor (derechos de reproducción, distribución, comunicación al público, transformación, etc.) y rompe el tradicional equilibrio entre los derechos de los usuarios y los de los propietarios [12, 22]. Por otro lado, el método que utiliza esta ley para intentar solucionar los problemas creados por este nuevo derecho de acceso: el procedimiento (que debe realizarse cada tres años) para decidir qué tipos de obras deben quedar exceptuadas de la prohibición de eludir las medidas tecnológicas que protegen el acceso a las obras, no puede considerarse satisfactorio, ni por el resultado ni por el propio planteamiento de establecer las excepciones. Los dos tipos de obras exceptuados tras el primer procedimiento no tienen ninguna significación práctica, por lo que su influencia a la hora de mejorar el acceso legítimo a las obras intelectuales es prácticamente nula. En cuanto al propio procedimiento de establecimiento de excepciones, estas deberían basarse no en el tipo o clase de obras, sino más bien en los usos de tales obras, que es la esencia del *fair use* [23].

En cuanto a la Directiva europea, no solo muestra también un evidente desequilibrio a favor de los intereses de los titulares de los derechos de autor sino que, además, tiene una redacción confusa, enrevesada y ambigua que deja demasiadas cuestiones en el aire y dificulta la necesaria armonización de las legislaciones nacionales. Las pruebas de tal desequilibrio son claras: prohíbe tanto el acto de elusión como las actividades preparatorias; define de manera excesivamente amplia lo que es una medida tecnológica protegida; crea un nuevo derecho de acceso que no sólo afecta a la utilización inicial de la obra sino también a todo

uso subsiguiente de la misma. Pero además, el artículo 6.4, en teoría encargado de equilibrar los intereses de los titulares de los derechos y los de los usuarios, se queda muy lejos de alcanzar ese objetivo, ya que su párrafo cuarto deja bien claro que cuando los titulares de los derechos deciden poner sus obras en Internet y contratar directamente con el usuario mediante licencias en línea, su voluntad debe prevalecer incluso frente a las excepciones previstas para el derecho de autor. Es decir, esas confusas disposiciones que obligan a los Estados Miembros a tomar las *medidas pertinentes* para que los usuarios puedan beneficiarse de las excepciones, tendrán un efecto práctico muy limitado sobre la mejora del acceso a la información digital por parte de los ciudadanos. También son evidentes los problemas que puede provocar su deficiente redacción, ya que, como advierte Hugenholtz [24], no queda claro ni qué tipo de acuerdos –individuales o colectivos– deberán alcanzarse para facilitar el ejercicio de las excepciones, ni qué significa exactamente que los Estados deban tomar las medidas pertinentes, ni bajo qué circunstancias deberán o podrán intervenir, ni si será posible prohibir las medidas tecnológicas que pongan en serio peligro el acceso a las obras por parte del público.

Sin duda, la ley australiana es la que merece ser valorada de forma más positiva ya que, gracias a su original sistema de excepciones, consigue un mejor equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos, seguramente debido a que este país es más un consumidor que un productor de obras intelectuales [25].

Conclusiones

Es evidente que se trata de un tema muy complejo de regular, ya que resulta muy difícil reconciliar la protección efectiva de las medidas tecnológicas con las excepciones al derecho de autor, sobre todo teniendo en cuenta la actual inmadurez de la tecnología que le impide adaptarse a los matices establecidos en las leyes. Si una medida impide el

acceso o la copia de una obra, lo hará en todos los casos, ya se trate de un uso infractor o no infractor. Igual sucede si se opta por permitir la elusión de las medidas tecnológicas para llevar a cabo usos no infractores, ya que la mayoría de las personas carecen de los conocimientos necesarios para eludir la protección, y además dependerán del suministro por parte de terceros de los dispositivos o servicios para la elusión (que normalmente estarán prohibidos por la ley). Pero si estos dispositivos y servicios estuvieran amplia y libremente disponibles, las medidas tecnológicas de protección no tendrían ninguna eficacia, ya que tales dispositivos no distinguen entre usos infractores y no infractores, por lo que cualquiera podría utilizarlos tanto para unos como para otros. Aún reconociendo estas dificultades, el resultado obtenido en Estados Unidos y la Unión Europea (y en mucha menor medida en Australia) está muy lejos de ser considerado satisfactorio. Estas nuevas normas jurídicas han dado lugar a una protección absolutamente desmesurada de los intereses de los titulares de los derechos de autor, que se benefician de varias capas acumulativas de protección: derecho de autor, protección tecnológica, protección legal de las medidas tecnológicas y legislación de contratos.

En cuanto a las bibliotecas, es esencial no socavar su papel de facilitar el acceso a la información a los ciudadanos. Los controles tecnológicos pueden impedir los usos legítimos de la información con derecho de autor, por lo que las bibliotecas necesitan tener la capacidad para eludir tales controles para usos permitidos por la ley de derecho de autor. Por tanto, es muy importante que las excepciones establecidas en la ley de derecho de autor relacionadas con la gestión y mantenimiento de las colecciones y los actos realizados en representación de los usuarios incluidos dentro de los límites de copia privada o *fair use/dealing* continúen siendo válidos incluso si es necesario eludir las medidas tecnológicas usadas por los propietarios de los derechos de autor.

Finalmente, conviene recordar que aunque hasta el momento estas leyes son muy poco numerosas, en un futuro muy próximo la mayoría de los países se verán en la tesitura de tener que implementar el Tratado de la OMPI, con la consiguiente obligación de proporcionar la protección legal adecuada a las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

Referencias

- 1) Sirinelli, P. The scope of the prohibition on circumvention of technological measures: exceptions [en línea]. *En ALAI Congress, New York, June 13-17, 2001*. <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/GenRep_id2_en.doc>. [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 2) O'Rourke, M. A. Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world. *Minnesota Law Review* 82(3):609-704, 1998.
- 3) Reidenberg, J. R. Lex Informatica: the formulation information policy rules through technology. *Texas Law Review* 76(3):553-593, 1998.
- 4) Koelman, K. J. and N. Helberger Protection of technological measures. *En Hugenholtz, P.B., ed. Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*. The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp.165-227.
- 5) Lucas, A. Le droit d'auteur et protections techniques. *En Dellebeke, M., ed. Copyright in cyberspace, ALAI Study Days, Amsterdam, 4-8 June 1996*. Amsterdam, Cramwinckel, 1997, pp. 343-356.
- 6) OMPI . *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, 1996 [en línea]. <<http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo033es.htm>> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 7) Vinje, T. The new WIPO Copyright Treaty: a happy result in Geneva. *European Intellectual Property Review* 19(5):230-236, 1997.
- 8) Ayyar, R. V. V. Interest or right? The process and politics of a diplomatic conference on copyright. *The Journal of World Intellectual Property* 1(1):3-26, 1998.
- 9) OMPI. *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)* [en línea]. <<http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo001es.htm>> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 10) Lucas, A. *Droit d'auteur et numérique*. Paris, Litec, 1998.
- 11) Koelman, K. J. A hard nut to crack: the protection of technological measures. *European Intellectual Property Review* 22(6):272-288, 2000.
- 12) Cohen, J. E. Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them [en línea]. *Berkeley Technology Law Journal*, 12(1), 1997. <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12_1/Cohen/html/reader.html> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 13) Samuelson, P. Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised [en línea]. *Berkeley Technology Law Journal* 14(2), 1999. <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/14_2/Samuelson/html/reader.html> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 14) DeWerra, J. The legal system of technological protection measures under the WIPO Treaties, the Digital Millennium Copyright Act, the European Union directives and other national laws (Japan, Australia) [en línea]. *En ALAI Congress, New York, June 13-17, 2001*. <<http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Reports/dewerra.doc>> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 15) Strowell, A. and S. Dusollier. *La protection légale des systèmes techniques* [en línea] (WIPO document, WCT-WPPT/IMP/2), 1999. <http://www.wipo.int/fre/meetings/1999/wct_wppt/pdf/imp99_2.pdf> . [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 16) Vinje, T. Copyright imperiled? *European Intellectual Property Review* 21(4):192-207, 1999.
- 17) Australia. *Copyright Amendment* [en línea] (*Digital Agenda*) Act 2000.

- <<http://scaletext.law.gov.au/html/comact/10/6223/top.htm>>. [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 18) Estados Unidos. *Digital Millennium Copyright Act 1998* [en línea]. <<http://www.loc.gov/copyright/legislation/hr2281.pdf>>. [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 19) Unión Europea. *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.
- 20) Smith, N. A. United States of America. En Dellebeke, M., ed. *Copyright in cyberspace, ALAI Study Days, Amsterdam, 4-8 June 1996*. Amsterdam, Cramwinckel, 1997, pp. 416-430.
- 21) Estados Unidos. Biblioteca del Congreso. *Exemption to prohibition on circumvention of copyright protection systems for access control technologies* [en línea], October 27, 2000. <<http://www.loc.gov/copyright/fedreg/65fr64555.html>>. [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 22) Lessig, L. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review* 113(2): 501-549, 1999.
- 23) Waelde, C. The quest for access in the digital era: copyright and the Internet [en línea]. *Journal of Information, Law and Technology* 6(1), 2001. <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/waelde.html>>. [Consulta: 24 de agosto del 2002].
- 24) Hugenholtz, P. B. Why the copyright directive is unimportant, and possibly invalid. *European Intellectual Property Review* 22(11):499-505, 2000.
- 25) Fitzpatrick, S. Copyright imbalance: U. S. and Australian responses to the WIPO Digital Copyright Treaty. *European Intellectual Property Review* 22(5):214-228, 2000.

Recibido: 1 de septiembre del 2002.

Aprobado: 20 de septiembre del 2002.

Juan Carlos Fernández-Molina

Colegio Máximo (Campus de Cartuja)
18071 Granada, España
Correo electrónico: <jcfernan@ugr.es>.
