

LA LEGISLACIÓ. ESTAT DE LA QÜESTIÓ

Ariadna Matas Casadevall

Europeana Foundation

Introducció

Durant els trenta anys de jornades, els autors dels textos que he consultat, indicats en la bibliografia d'aquest text, han fet una reflexió sobre la relació entre tecnologia, arxius, imatge i legislació, fent un gran èmfasi sobre drets d'autor. Consultant textos d'autors de diferents nacionalitats veiem com, mentre comenten com el patrimoni fotogràfic està organitzat a casa seva, subratllen qüestions legals molt similars. Tot i que a vegades estan enfocades des d'angles diferents, i que per descomptat segueixen tradicions jurídiques o de gestió de la fotografia diferents, arxivers d'arreu d'Europa han anat compartint els mateixos punts de controvèrsia en l'àmbit del dret d'autor: al principi, entendre com el dret defineix la fotografia i, més endavant, resoldre les qüestions jurídiques plantejades per la tecnologia i les noves pràctiques a mesura que es van desenvolupant.

No obstant això, alguns aspectes que actualment són centrals en les discussions sobre dret i arxius han sigut poc comentats. Un exemple d'això són les excepcions i limitacions al dret d'autor, és a dir, els usos que es poden fer de les obres i altres materials protegits sense disposar d'autorització. Potser s'ha passat per alt perquè el sector havia acceptat que el dret d'autor era i havia de ser complicat, i els centres d'arxiu no haurien de tenir dret a determinats usos, resignats a aquest marc legal, sense sentir-se legitimats per demanar canvis a les lleis. D'altra banda, l'accés obert als continguts, que tant ha crescut amb les noves possibilitats de difusió, un tema potser no tan discutit perquè ha sigut una revolució més recent, que no necessàriament es veia a venir.

En tot cas, tots els autors han anat coincidint, al llarg del temps (que en el cas d'aquests textos va dels anys noranta a quasi l'actualitat), en la

importància dels canvis que impulsa l'evolució tecnològica, tant per als fons, com per a la professió. Segons Roger Erlandsen «Les noves tecnologies ens obliguen a plantejar-nos problemes professionals inèdits». L'any 2000 deia que aquesta revolució comportaria inevitablement canvis radicals i profunds, i subratllava la importància pel sector cultural d'estar-ne al corrent. Entenia que podia aportar solucions a problemàtiques importants del sector arxivístic, com la preservació i la divulgació de les imatges fotogràfiques.

Altres autors fan referència menys directa al canvi tecnològic, però sempre hi és present, per exemple des de perspectives pràctiques. És el cas del text de José Antonio Millán sobre llicències Creative Commons, que han nascut amb la difusió de contingut cultural en línia, o d'un dels de Josep Cruanyes, quan comenta la fotografia en espais públics, una pràctica que ha adquirit molta importància amb la universalització de la fotografia.

Parlant d'arxiu d'imatge, a més a més, els canvis tecnològics influeixen doblement. La fotografia com a expressió artística o documental ha passat de formats analògics a digitals, s'ha abaratit, se n'ha universalitzat l'ús, se n'ha augmentat la producció i conceptualment s'ha passat a entendre's de manera molt diferent. Segons Roger Erlandsen, aquests canvis replantejaven el rol que la fotografia tenia o podia tenir en la societat. Esteban de la Puente García comentava l'any 1990 que amb la *generalització i vulgarització* de la fotografia, la seva consideració intel·lectual havia disminuït. Explicava que alguns la veien com el *parent pobre* de la propietat intel·lectual.

A banda del dret d'autor, a la gestió dels fons fotogràfics s'hi afegeixen més qüestions, com la protecció de les dades personals, i encara més amb els canvis legislatius recents, o el dret a la pròpia imatge, que tot i així els autors dels textos pràcticament no comenten. L'arxiver també ha d'entendre-hi en àmbits que Michael Harvey llista com a rellevants pel sector, com el dipòsit legal, l'exportació, la salut i la seguretat. Sembla que la professió ha de gestionar vessants legislatives i ètiques molt diverses, intrínseques en la digitalització i difusió de les col·leccions. El dret d'autor, en tot cas, ha tingut sempre una posició preeminent perquè impacta directament en els usos possibles del patrimoni que custodien els arxius i, per tant, en la seva missió. En aquest text, per tant, em centraré particularment en aquesta branca del dret.

En trets generals, explicaré al lector les consideracions que hi ha hagut al voltant de la pregunta que el dret d'autor ens obliga a fer-nos, per sort o per desgràcia, sobre si cal considerar la fotografia una obra de creació. Seguiré amb l'impacte que té el dret d'autor sobre la gestió dels arxius en activitats com la preservació dels documents i comentaré canvis rellevants que hi ha hagut a nivell legislatiu, a vegades impulsats pel sector mateix, i la direcció que sembla que agafen. Finalment, acabaré fent un cop d'ull al paper que té el dret d'autor en difusió, ara tan present en les activitats de l'arxiu. Intentaré fer un lligam entre les aportacions de molts autors de les jornades i la meva opinió. De tant en tant faig referència a frases concretes dels autors, i a la resta del text hi són presents, perquè és en gran part la seva lectura que m'ha portat a fer aquestes reflexions. En tot cas recomano revisar el patrimoni que ens han deixat les jornades i espero que aquest text signifiqui una aportació més.

Segons el dret, la fotografia és art?

El dret d'autor té un gran impacte en activitats fonamentals dels arxius, com la difusió i la preservació, pel fet que els elements que en componen els fons en molts casos són considerats *obres* i al seu autor se li reconeix l'exclusivitat de decidir si són reproduïdes, comunicades al públic, distribuïdes o transformades, entre d'altres. Tot i que el dret d'autor ha perseguit principalment protegir les expressions artístiques, el seu àmbit d'aplicació s'ha anat eixamplant i actualment protegeix també realitzacions no necessàriament artístiques, a través dels denominats drets connexos.

En l'àmbit de la fotografia, l'opinió dels legisladors ha anat fluctuant: cal considerar-la una creació artística, protegir-la a través de drets connexos, o bé no protegir-la de cap manera? Recordem que el terme fotografia pot fer referència, actualment, a materials molt diversos, des de la fotografia tècnica, la fotografia artística, la familiar, la resultant del fotoperiodisme o la purament instrumental, com la de la contrasenya que hi ha sota un *router* o el preu d'un producte que ens interessa. És tan fotografia la realitzada per un professional que en viu, com la d'un amateur.

Esteban de la Puente obria el seu text l'any 1990 avisant al lector que «El mundo de la protección de las obras de creación literaria y artística, tiende, en nuestro tiempo, a complicarse cada vez más», principalment per raó dels canvis tecnològics. Segons comenta l'autor, pel que fa a la fotografia, l'opinió estava dividida. N'hi havia que l'entenien com una forma d'expressió artística, i d'altres que defensaven que no podia ser considerada art, perquè el resultat era conseqüència d'unes combinacions químiques, i no de la personalitat de l'autor. Segons Esteban de la Puente, des d'un punt de vista legislatiu, la fotografia es trobava en un estat d'*equilibri inestable*. Molts països europeus identificaven atributs que podien fer d'una fotografia mereixedora de protecció. Parlaven, per exemple, de certs nivells de qualitat o de determinades finalitats de la fotografia.

Anteriorment, alguns països havien establert un registre obligatori sense el qual la protecció no era atorgada. Si aquest sistema hagués perdurat, probablement no caldria parlar d'obres òrfenes, aquesta categoria tan problemàtica en la gestió dels fons d'arxius, perquè si l'obra és òrfena d'autor conegut o localitzable, com s'aconsegueix autorització per fer-ne ús, fins i tot per finalitats arxivístiques? Sense registre obligatori, el dret d'autor ha hagut de definir una sèrie de criteris objectius per determinar què és mereixedor de protecció, és a dir, per determinar què és o pot ser artístic, i donar claredat sobre el seu àmbit d'aplicació. Pot semblar relativament senzill quan es parla de pintura, escultura, d'una novel·la o d'una composició musical, però en el fons, decidir què és expressió artística no deixa de ser una qüestió subjectiva, i per tant, pràcticament impossible d'objectivar.

El text refós de la Llei de propietat intel·lectual espanyola conté una llista indicativa i no exhaustiva de tipus d'obres que es poden considerar originals, entre les quals consta, actualment, la fotografia, tot i que no sempre ha estat així. A més, en el dret d'autor es parla sovint d'originalitat, o d'expressió intel·lectual de l'autor. Els jutges, que m'imagino que deuen haver maleït sovint el legislador, han anat interpretant aquests conceptes, han desenvolupat exemples als quals podem fer referència i han anat refinant unes pautes. Tanmateix, els criteris que es van construir han de ser prou amplis o vagues per no excloure possibles creacions artístiques, de manera que decidir què és una obra, i per tant què està protegit pel dret d'autor, segueix essent una qüestió complexa.

L'any 1987 s'aprovà a Espanya la llei que és la base de la regulació actual. Es va incloure la fotografia entre les obres mereixedores de la protecció pel dret d'autor, com comentava més amunt, i, al mateix temps, el legislador espanyol va introduir la protecció de les meres fotografies. Aquesta figura fa referència a fotografies no originals, és a dir, no artístiques, a les quals se'ls garanteixen alguns drets de propietat intel·lectual, però menys (per exemple, no se li reconeixen drets morals) i amb una durada de protecció inferior (des de la seva realització, durant vint-i-cinc anys). La figura conviu en la llei de propietat intel·lectual amb l'obra fotogràfica, protegida durant setanta anys a comptar des de la mort de l'autor. Així doncs, si una fotografia és una obra de creació intel·lectual i reflecteix la personalitat de l'autor, mereix *el màxim nivell* de protecció, i si es tracta d'una fotografia simple, no creativa, mereix una protecció inferior. De la manera com ho planteja la llei espanyola, la protecció de la mera fotografia es reconeix per defecte quan el nivell *superior* de protecció no és d'aplicació. Amb això, el legislador espanyol ve a dir que algunes fotografies no es poden considerar artístiques, però que tot i així mereixen ser protegides.

Werner Matt, parlant de l'exemple austríac, comentava que «Totes les fotografies gaudeixen, com a mínim, de la protecció que garanteixen els drets afins». A Espanya, que hi hagi dos nivells de protecció de la fotografia, i amb els criteris jurisprudencials que s'han anat desenvolupant, significa que difícilment hi haurà cap fotografia que no estigui protegida de cap manera, encara que es tracti de la fotografia de la contrasenya que hi ha sota un *router*, que utilitzàvem més amunt com a exemple. Pel simple fet de prémer el botó, es pot generar contingut amb drets. En tot cas, sembla que hi ha una distància relativament gran entre allò que regula i com ho regula el dret d'autor, i les pràctiques actuals de realització i ús de la fotografia. Quan es va protegir la mera fotografia segur que no hi havia intenció de protegir aquests altres materials més instrumentals. Potser el dret ha de simplificar per poder regular, però en tot cas, es tracta d'una classificació que caldria revisar.

Karl Griep descriu molt clarament els passos que va seguir Alemanya. Comenta que «Les fotografies van ser legalment protegides per primer cop el 1876, però la llei de 1901 va establir un període de només deu anys, que la de 1940 va allargar a vint-i-cinc, comptant des de l'acte de creació». Més

endavant, tal com descriu l'autor, una esmena va definir tres nivells, que consistien en una protecció de setanta anys per a fotografies artístiques, comptant des de la mort de l'autor, de cinquanta anys per a fotografies que serveixin de documents i fonts d'informació per a la història contemporània, comptant des de la seva publicació o des de la data de creació, i una protecció de vint-i-cinc anys per a qualsevol altra fotografia.

El reconeixement de la mera fotografia com a realització diferent de l'obra fotogràfica a què també s'assignen drets, es va anar desenvolupant en altres països europeus, com a Itàlia o als països escandinaus, a mesura que exploraven possibles sistemes de protecció que responguessin a la realitat de la fotografia. Tot i que aquesta figura no s'ha arribat a harmonitzar mai a nivell europeu, la Directiva sobre la durada dels drets d'autor ¹ reconeix que els estats membres poden establir sistemes de protecció per a les *altres fotografies*, i la Directiva sobre el dret d'autor en el mercat únic digital ² hi fa referència per indicar que no s'hauria d'utilitzar per a reclamar protecció sobre digitalitzacions d'obres, un tema que exploraré més endavant en el text.

Si apliquem aquesta idea a l'àmbit dels arxius, i particularment a l'arxiu d'imatge, la sensació és de fer front a una gran inseguretats jurídica. Com decidim si les imatges són obres d'art o meres fotografies, per saber quins drets exclusius s'apliquen als fons i des de quan? Com ens assegurem que respectem els drets dels autors? Com evitem considerar-ho tot obra fotogràfica per defecte? En el sector arxivístic, on d'altra banda la fotografia es considera i s'estudia des de moltes perspectives, la qüestió és encara més complexa. El dret d'autor ha determinat, de manera potser una mica artificial, que tota fotografia pot ser art, fins i tot quan la lògica de l'expert el portaria a considerar-ne principalment el seu valor documental i no a entendre-la com una obra de creació. Sylvie Henguely i Peter Pfrunder parlaven de les tensions «[...] generades per la confrontació de les diferents funcions i formes d'expressió de la fotografia, des del seu aspecte documental fins a la seva importància com a mitjà d'expressió artística». Werner Matt comentava l'any 2006 que a Viena, fins no feia gaires anys, cap escola d'art no oferia estudis de fotografia.

Més enllà dels drets d'explotació, el dret d'autor reconeix una sèrie de drets morals, que potser representen la part més romàntica d'aquest àmbit

legislatiu. Tot i que no generen tanta controvèrsia, els autors dels textos de les jornades hi fan referència des de diverses perspectives. Karl Griep, per exemple, considerava els drets morals com una part important del dret d'autor i comentava que «No voldria saber de cap iniciativa europea que pretengués canviar o rectificar aquesta part de la llei», posant com a exemple el dret del fotògraf de decidir el moment i el mitjà específic de publicació de la seva obra. Josep Cruanyes, l'any 1992, feia referència als drets morals, per exemple al dret a la integritat de l'obra, i posava èmfasi en la necessitat de respectar el nom de l'autor, integrant-lo de manera més preeminent en la gestió dels fons que fan els arxius. A Suïssa, i segons l'experiència que compartien Sylvie Henguely i Peter Pfrunder l'any 2002, la Fundació Suïssa per a la Fotografia tractava les fotografies «[...] com els resultats d'un acte de creació individual, o sigui com a obres d'autor, i les classifica no per temes sinó per autor». L'èmfasi que posa el dret d'autor en el reconeixement de l'autoria a través dels drets morals, en certa manera té un impacte en la gestió dels fons i ha influït en la perspectiva des de la qual es considera i s'estudia el document.

Conseqüències del dret d'autor pel sector arxivístic

Com comentàvem més amunt, els fons dels arxius estan sovint protegits pel dret d'autor i com que, a grans trets, el dret d'autor parteix de la base que no es pot difondre i reproduir contingut protegit sense tenir drets, les activitats dels arxius sovint es troben en tensió amb aquesta branca del dret.

Karl Griep explicava que «L'objectiu final de la professió d'arxiver consisteix a fer possible l'accés a la font històrica» i que «Si la font històrica, representada per un document específic, ha desaparegut [...] la raó d'existir de l'arxiver i de l'arxiu, així doncs, també han desaparegut». Per tant, un dret d'autor que no permet preservar i divulgar, fa desaparèixer la funció de l'arxiu? L'autor comenta que cal demanar permís per fer ús d'una obra «[...] fins i tot per a propòsits arxivístics». Amb aquesta frase tan senzilla subratlla una qüestió fonamental, per a la qual no tinc resposta: si a l'arxiu no sempre li és possible identificar el titular dels drets i provar d'acordar amb ell la utilització de la fotografia, què ha de fer? El dret

d'autor li demana una cosa, i la seva funció n'hi demana una altra. Es tracta fins i tot d'haver de triar entre respectar una llei o una altra, quan el tipus d'institució té, precisament, l'obligació legal de preservar i difondre el patrimoni.

L'evolució tecnològica, d'altra banda, ha facilitat preservar i difondre més i millor el patrimoni. En l'actualitat, per exemple, la tecnologia permetria que s'enviés una còpia digital a l'investigador perquè estudiés els documents des de casa, fins i tot des d'un altre país, o els consultés des de l'arxiu, però amb el seu propi dispositiu; que una activitat educativa dirigida per un arxiu pogués mostrar els fons digitalitzats a través d'una projecció a una pantalla durant una presentació; que documents fossin enviats i digitalitzats a un altre país si no es compta amb la tecnologia necessària, o que l'arxiu posés en línia determinades imatges per informar els usuaris dels fons de què disposa d'una manera més amena que una descripció. Tanmateix, si el dret d'autor no preveu una excepció o limitació expressa per aquests usos, cal autorització del titular de drets, que sovint és difícil d'obtenir.

Les possibilitats de fer usos dels fons es multipliquen, però perquè es materialitzin amb tota seguretat jurídica el dret d'autor ha d'avançar al mateix ritme. En molts països, però, els canvis legislatius necessaris per adaptar el dret d'autor a l'evolució tecnològica no s'han produït, o s'han fet de manera molt tímida. Per a les institucions patrimonials, que tant d'interès han mostrat a adaptar-se al món digital, això ha suposat una barrera important. Karl Griep ho resumia molt bé l'any 1998 parlant de la digitalització: «Quin gran èxit per a la restauració. Quin desastre per a la veracitat històrica. Quin avantatge tan important per a l'accés via correu electrònic, Internet, online... Quina dificultat tan enorme per als drets d'autor i de llicència». Considerava que el sector patrimonial podia tenir un nou paper amb els canvis tecnològics i que, per exemple, els arxius audiovisuals podrien assumir un paper molt important en els esdeveniments que s'acostaven.

L'impacte del canvi tecnològic en el sector i les possibles preguntes relacionades amb el dret d'autor, també les assenyalava Roger Erlandsen l'any 2000, quan resumia discussions que hi havia hagut a Noruega per definir les àrees en les quals la imatge electrònica podria substituir la física, i entenia que «L'ús d'imatges digitals tindrà conseqüències inevitables, tant

per a la vessant tècnica com per a la normativa legal reguladora dels drets d'autor». Parlava d'un canvi de paradigma.

Per dur a terme activitats de preservació i divulgació, doncs, l'arxiu ha de conèixer l'estat de protecció pels drets d'autor dels fons que gestiona. Ha d'identificar si es tracta de fons protegits, potser avaluant-ne l'originalitat, i en cas afirmatiu determinar si es troben a domini públic. Si el contingut està protegit, cal identificar al titular de drets i sol·licitar-li permís per als usos que es volen dur a terme. Sovint, els resultats no són concloents: no es disposa de prou informació per determinar si l'obra està a domini públic o no, ni per identificar i localitzar el titular de drets. Globalment, es tracta d'un procés difícil, que requereix assessorament jurídic i una gran inversió en temps i personal, que molts arxius no poden assumir.

Precisament Michael Harvey assenyalava que a Anglaterra «[...] certament hi ha material, com pel·lícules, sobre el qual sovint és impossible estar segurs que tots els aspectes de la seva producció estan fora de copyright. També hi ha pel·lícules a les quals posteriorment es va afegir una banda sonora, de manera que, essencialment, es va crear una obra nova — per exemple, afegint música a un clàssic del cinema mut». Karl Griep comparteix l'exemple d'Alemanya i comenta els canvis en la durada de protecció del dret d'autor que hi ha hagut al llarg del temps. Com a conseqüència, explica que «Les fotografies que havien estat de domini públic avui tornen a estar protegides». Werner Matt, parlant d'Àustria, comenta com els drets d'autor també poden dificultar canviar el format d'una fotografia horitzontal o vertical, per exemple, o aplicar-hi determinades tècniques de coloració, activitats que en la restauració dels fons fotogràfics poden ser necessàries.

El fenomen de les obres òrfenes i de les obres descatalogades il·lustra molt bé l'absurditat de la situació. Segons les directives europees que a poc a poc estan resolent aquests temes, les obres òrfenes són obres l'autor de les quals és desconegut o conegut però il·localitzable, i les obres descatalogades són obres que ja no estan disponibles en el circuit comercial. Tot i que els arxius, biblioteques i museus que les tenen en els seus fons i col·leccions són sovint les úniques institucions que en guarden exemplars, tot i que sovint tenen un gran valor cultural i tot i que en molts casos no han estat mai comercialitzats o creats amb aquesta intenció, el dret no permet difondre-les sense autorització.

D'altra banda, i en el món digital en particular, molts usos de documents tenen lloc en més d'un país, a través de fronteres i de jurisdiccions diferents. Moltes de les excepcions o limitacions que autoritzen usos d'obres sense necessitat de tenir permís, per facilitar activitats d'interès públic, com per exemple la docència, estan definides de manera diferent a cada país. El nivell de protecció també és molt divers, si tenim en compte que hi ha països que protegeixen la mera fotografia i d'altres que no, i que la seva durada de protecció no està harmonitzada. Com assenyala també Karl Griep, una mateixa fotografia pot estar protegida de manera diferent d'un país a l'altre.

Si l'objectiu és preservar i donar a conèixer el patrimoni, en la majoria de casos, les activitats dels arxius no danyaran l'autor, sinó al contrari. Un dret d'autor que per defecte considera qualsevol ús realitzat sense permís com una explotació que danya l'autor o el titular dels drets, ignora per complet que els arxius contribueixen a la creació, la innovació i el respecte de l'autoria, els mateixos objectius que en principi perseguia el dret d'autor.

Tendències legislatives: més excepcions i limitacions

Aquesta tensió entre el dret d'autor i les activitats d'arxius, provocada per una legislació a vegades poc flexible o allunyada de la realitat, existeix en molts altres sectors. El dret d'autor xoca sovint amb usos a la xarxa, amb usos educatius, o amb el gaudi de drets fonamentals com la llibertat d'expressió. En el fons, acaba determinant com circula o si circula una cosa tan fonamental com és la informació. Autors i activistes d'arreu del món han subratllat les conseqüències que un dret d'autor massa rígid o de durada massa llarga pot tenir per a l'accés a la informació, particularment quan només autoritza usos que pertanyen al món analògic i no al digital.

En la meva opinió, el que demana el dret d'autor als centres patrimonials és desmesurat, i és natural fer paleses aquestes dificultats. Es tracta d'una queixa legítima, que no es fa per interès propi, sinó per alertar el legislador que hi ha en joc un servei públic fonamental. No es tracta d'una qüestió de falta de recursos: la gestió que demana el dret d'autor és a vegades impossible de realitzar. Molts canvis legislatius han tingut lloc sense tenir en compte les particularitats dels fons arxivístics, per desconeixement o bé

de forma conscient perquè altres prioritats van passar per davant. El dret d'autor és un producte humà i no hi ha una solució correcta o incorrecta. Cal anar-lo definint i refinant, aprenent de l'impacte que té a la pràctica.

Per minimitzar les conseqüències que massa protecció pot tenir, però mantenint el respecte pels drets exclusius dels autors, molts països han anat desenvolupant una sèrie d'excepcions i limitacions a aquesta protecció. Es tracta de disposicions en la llei que identifiquen situacions, sovint justificades pel seu interès públic, en les quals es pot fer ús d'una obra o realització protegida, sense comptar amb l'autorització del titular de drets. Existeixen excepcions i limitacions pel préstec, per a la preservació, per a la investigació i per a la docència, per exemple.

Mentre que la majoria de països europeus han definit excepcions i limitacions amb finalitats concretes i condicions específiques, altres països, com els Estats Units, Canadà o Anglaterra, compten amb els sistemes de l'ús i el tracte just (*fair use* i *fair dealing*), segons els qual l'ús es pot dur a terme, fins i tot sense autorització, sempre que sigui just. Per descomptat, demana diverses consideracions i l'avaluació de l'ús segons una sèrie de criteris, combinat en algunes ocasions amb una limitació per finalitat, però concedeix molta més flexibilitat que les excepcions i limitacions concretes amb què comptem a Espanya. Com descriu Michael Harvey, l'ús just a Anglaterra «[...] dona un marge raonable de llibertat a l'hora de permetre la còpia de material per a usos docents i de recerca. Però, cada vegada més, les institucions volen explotar el seu material més extensament —per exemple, a la xarxa per permetre accés en línia a les seves col·leccions». En molts casos, el conjunt d'excepcions i limitacions, inclús quan es tracta de l'ús o el tracte just, és insuficient.

El sector arxivístic, sovint juntament amb el sector documentalista i bibliotecari, s'ha mobilitzat per explicar a legisladors d'arreu del món les dificultats a què fa front la professió i plantejar la necessitat de limitacions i excepcions més àmplies, prou flexibles per respondre als canvis tecnològics i harmonitzades entre països per eliminar les fronteres artificials que plantegen els límits jurisdiccionals. Per exemple, el Consell Internacional d'Arxius ha demanat repetidament als estats membres de les Nacions Unides, a través de la Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual, la creació d'un tractat internacional sobre excepcions i limitacions que estableixi un mínim obligatori d'aquestes figures en tots els estats

signataris. El sector també s'ha mobilitzat a nivell Europeu durant l'adopció de la Directiva sobre el dret d'autor en el mercat únic digital, i a nivell nacional hi ha grups de professionals que sol·liciten canvis legislatius necessaris.

L'any 1998, Michael Harvey comentava com «Les mesures adoptades per la Unió Europea, contràriament al que es pensa de manera majoritària, no condueixen a la creació d'uns drets d'autor vàlids per a tota la Unió, ni per descomptat comporten la derogació, sinó tan sols una harmonització de les lleis nacionals» i que això ho feia a través de directives. L'autor ja preveia la importància que l'apropament entre legislacions europees tindria. L'any 2011, la Comissió Europea indicava la importància que tenia la digitalització de la memòria cultural per a Europa. Entre altres coses, reconeixia la necessitat de canvis legislatius per a resoldre les dificultats per a les institucions patrimonials de gestionar els drets del contingut protegit per drets d'autor.

Aquesta fita va anar seguida per un intent fallit, però tanmateix important pel que representa, del legislador europeu de resoldre el problema de les obres òrfenes, que comentava en l'apartat anterior. A través d'una Directiva, plantejava una excepció al dret d'autor, ara ja aplicable a Espanya i la resta d'estats membres, que permet digitalitzar i posar a disposició del públic aquestes obres, encara que no es disposi de l'autorització de l'autor. Tanmateix, imposa moltes condicions que cal respectar abans de poder arribar al punt on es poden dur a terme aquestes activitats, reconeix als titulars de drets que *reapareixen* el dret a una compensació per l'ús fet fins llavors, i exclou les fotografies del seu àmbit d'aplicació, excepte si formen part d'una altra obra. Per totes aquestes raons, malauradament, ha estat un fracàs a la pràctica. Tanmateix, la darrera directiva adoptada en matèria de drets d'autor, la Directiva sobre drets d'autor en el mercat únic digital, defineix una excepció, combinada amb un sistema de llicència, per resoldre el problema de les obres descatalogades, que en gran mesura també comprèn les obres òrfenes.

Si hi ha hagut aquest *segon intent* de resoldre aquest problema tan present en el sector patrimonial, amb una fórmula aparentment millor, és en gran part gràcies a la cooperació amb el sector i en la seva convicció i insistència en el fet que no és acceptable que el dret d'autor enterri i ignori aquest patrimoni. Així doncs, com anunciava Karl Griep fa uns anys, el

sector arxivístic fa front a reptes comuns massa grans per resoldre individualment, i la cooperació entre professionals és indispensable.

Tendències a la pràctica: accés obert i divulgació del patrimoni

Amb les noves tecnologies, quan el dret d'autor ho permet, les possibilitats de divulgar els fons de l'arxiu s'han ampliat radicalment. Els públics que consulten els fons habitualment ho poden fer de forma més senzilla, i els fons poden arribar a públics més diversos, facilitant l'accés també remotament. Les possibilitats van tan lluny que actualment moltes institucions són presents a repositoris més enllà de l'institucional, és a dir, van a buscar l'usuari allà on navega virtualment, en lloc d'esperar que l'usuari trobi els fons a casa. Hi ha molts exemples de pàgines de la Viquipèdia enriquides amb imatges de bona qualitat d'institucions patrimonials, una experiència que acaba també essent valuosa per l'arxiu, que pot al seu torn enriquir el repositori institucional amb la col·laboració d'altres plataformes i d'altres experts que l'han arribat a conèixer per aquest mitjà. Michael Harvey comentava que «Com a conservadors i arxivers, un aspecte important de la creació de col·leccions és ser capaços de donar accés públic al material que conservem, i que aquest material es difongui tant com sigui possible». Amb les noves oportunitats tecnològiques, cal repensar la manera com es comunica el patrimoni cultural i veure quines opcions contribueixen als objectius de l'arxiu. La institució pot contribuir encara més a augmentar el coneixement i la comprensió del passat i del present.

La gran revolució, en aquest sentit, ha estat fer el pas de deixar veure els fons, a deixar-los utilitzar, en molts casos sense límits. Pot ser interessant per a usuaris que volen fer recerca o docència, compartir a través de xarxes socials, transformar com a part d'un procés creatiu, incloure en un documental, en un article de diari, o altre. Fa uns anys, el Rijksmuseum a Àmsterdam i el Metropolitan Museum of Art a Nova York van fer el salt cap a l'accés obert, indicant que una gran part dels seus fons eren lliurement utilitzables, i cada cop més institucions adopten aquest criteri, amb una

inèrcia que va creixent sota el terme openGLAM. Autoritzar l'ús dels fons de manera generalitzada, però, vol dir acceptar perdre el control sobre qui hi accedeix i com ho utilitza, una idea que per a alguns arxius encara es fa difícil d'acceptar.

Si fins ara el dret d'autor era una eina que l'arxiu havia de gestionar per poder complir la seva funció, el rol de l'arxiver, en aquest àmbit, serà el de comunicar a l'usuari de manera senzilla les condicions de dret d'autor que envolten els documents perquè sàpiga si es poden utilitzar i com. La inversió que ha fet l'arxiu per identificar si l'obra està a domini públic o no, i per demanar permís als titulars per a fer ús de la obra, pot ara ser útil a l'usuari final, que disposa de molta menys informació que l'arxiver per esbrinar aquestes condicions.

Més enllà d'aquestes consideracions, existeixen per descomptat barreres imposades pel dret d'autor, el dret a la pròpia imatge o fins i tot qüestions ètiques que poden dificultar-ne la difusió. Tanmateix, en determinats casos, com per algunes obres descatalogades i obres òrfenes, el risc que hi hagi un titular de drets que estigui en desacord amb la difusió és tan petit, que hi ha institucions que en fan igualment difusió, mesurant amb cautela les possibles reclamacions i essent molt diligents amb la retirada del contingut, en cas necessari. La Biblioteca Nacional d'Escòcia i la Biblioteca Nacional de Gal·les, per exemple, han definit un marc que permet als professionals de les seves institucions avaluar al màxim possible (dins d'un esforç raonable) els drets sobre els seus fons, i amb el nivell d'informació que obtenen, a vegades incomplet (perquè completar-lo suposaria o bé un esforç desproporcionat, o bé fracassar en l'intent), d'entendre el nivell de risc a què fan front. Ho fan tenint en compte el tipus de col·lecció, el tipus d'ús, la possibilitat de retirar el contingut de seguida en cas de demanda, i molts altres factors, anticipant les possibles conseqüències, i definint com minimitzar-les. Quan és així, és probable que en la gran majoria de casos, si hi ha titulars de drets que apareixen, com l'autor o els hereus, ho facin per agrair que s'hagi fet l'esforç de digitalitzar i difondre el fons.

Per resoldre situacions en què el dret d'autor s'interposa en projectes de difusió, cal tenir-lo present des que el fons o col·lecció arriba a la institució. Com recorda Michael Harvey, obtenir el suport físic no dona dret a fer ús de l'objecte, amb l'excepció de la seva exposició, o del que permetin algunes limitacions. Josep Cruanyes recomanava negociar directament amb l'autor

de la fotografia o amb els hereus per adquirir-ne els drets necessaris. És més, l'arxiu pot, des del primer moment, gestionar la identificació de drets i titulars, i obtenció de permís, pensant en les possibilitats de difusió futura. Què necessita saber l'usuari? Quins drets cal demanar pels usos que es voldran fer més endavant?

Hi ha una pràctica en particular, encara prou utilitzada, que els defensors de la obertura del patrimoni cultural intenten corregir: fer ús del dret d'autor per mantenir el control sobre un fons. Potser per por a no saber qui i com utilitza el contingut, o a no poder cobrar per determinats usos, s'ha anat fent servir el dret d'autor, com per exemple tots els drets reservats, per impedir que cap usuari faci ús del contingut sense permís. En algunes ocasions, no està a les mans de la institució autoritzar certs usos sobre un contingut perquè no en disposa dels drets. Però quan el contingut està a domini públic o sí que se'n tenen els drets, per què no deixar que sigui utilitzat de la manera que més convingui a l'usuari?

En particular, hi ha moltes crítiques a la reserva de drets en materials que estan a domini públic. En els països on es protegeix la mera fotografia, com a Espanya, algunes institucions, considerant la digitalització d'una obra com una mera fotografia, s'han amparat en aquesta protecció per tornar a submergir el contingut en la protecció del dret d'autor, aquest cop com a titulars dels drets. Això suposa que contingut que (finalment) estava a domini públic i pertanyia a la societat en general, amb tots els beneficis que això comporta per a la innovació i la creació, tornava a estar privatitzat. En la meua opinió, les institucions patrimonials poden jugar un paper importantíssim en presentar-se com a garants del domini públic, perquè no hi ha pràcticament ningú més que es preocupi d'assegurar que documents valuosos des d'una perspectiva històrica, cultural i social (tot i que potser no econòmica), segueixin existint i essent accessibles, sigui quin sigui el seu format, quan han passat els molts anys de protecció. Amb aquesta mala praxis, però, es perd aquesta bona oportunitat.

A través dels textos de les jornades, es fa molt visible com aquesta **reclamació de drets** era una pràctica corrent per a institucions que volien donar accés i alhora mantenir un control sobre qui i per què feia servir els fons. Josep Cruanyes, per exemple, descrivia la possibilitat de marcar una imatge amb un segell sec per tal d'evitar usos fraudulents i Andrea de Polo, per la seva banda, feia referència a l'existència de solucions tecnològiques

per *salvaguardar i protegir els nostres drets*, i recomanava maneres de combinar-les en el cas de fotografies protegides pel dret d'autor.

Aquesta reclamació de drets a través de la mera fotografia s'ha donat en altres països europeus, tot i que en gran mesura depèn de com es regula o si es regula la mera fotografia a nivell nacional. Werner Matt considerava que a Àustria «[...] pel que fa a les meres reproduccions (fotocòpies, etcètera), tot i que des del punt de vista tècnic tindrien una naturalesa fotogràfica, no gaudeixen de cap mena de dret afí, es tracti tant d'obres fotogràfiques com de meres fotografies parlar de mala praxis d'aprofitar aquesta protecció per reclamar drets a més a més». D'altra banda, l'ús d'aquesta protecció depèn en gran mesura del coneixement del dret d'autor dels professionals del sector. En països on no es reconeix la protecció a la mera fotografia, hi ha arxius que reclamen drets sobre obres a domini públic, tot i que molt probablement no hi ha cap base legal per fer-ho. A més, tal com Josep Cruanyes exemplificava l'any 1992, cal considerar i gestionar un doble nivell de drets, que podria existir si es reclamen drets per la digitalització o per altres tipus de reproduccions del document o obra. «En cas de fotografies que reproduïxin obres d'art, cal tenir en compte, a més dels drets del fotògraf, els de l'autor de l'obra. Si se cedeix, en cas de poder-ho fer, s'ha de fer constar la reserva dels drets de l'artista o dels seus hereus».

Tot i que hi ha matisos a considerar, com per exemple la naturalesa privada d'un arxiu, que pot tenir interessos més enllà de la missió pública que s'assigna a un arxiu públic, el respecte pel domini públic és essencial. Tant, que fins i tot el legislador europeu s'hi ha pronunciat. La Directiva sobre el dret d'autor en el mercat únic digital preveu que sobre les obres a domini públic digitalitzades no s'hi podran reclamar drets pel fet que la reproducció sigui una mera fotografia.

Una de les reticències més importants que frena a algunes institucions d'avançar cap a l'accés obert sembla ser l'aspecte econòmic. La gran inversió feta per digitalitzar contingut patrimonial no sempre té el suport financer necessari. Hi ha certa pressió sobre algunes institucions patrimonials per assegurar una sostenibilitat financera més enllà dels fons públics. Com comentava Michael Harvey, en el cas d'Anglaterra, «Per dur a terme les seves activitats, cap arxiu públic no pot comptar exclusivament amb els diners de les subvencions. A més a més, les organitzacions relativament petites, com els arxius fílmics regionals, senzillament no tenen

accés a fons públics regulars i previsibles». L'autor era del parer que «La tendència a utilitzar les col·leccions per generar ingressos s'està convertint en un aspecte important de la gestió dels arxius i, per tant, també la necessitat d'estar al corrent de la llei de propietat intel·lectual».

Aquesta qüestió pot suposar que els incentius econòmics siguin més preeminents que la missió de preservar i difondre. Josep Cruanyes comentava l'any 1992 que cal considerar la funció que tenen els arxius quan s'estudia la propietat intel·lectual per a la seva gestió, i que «No podem enfocar aquesta matèria com ho faria una entitat comercial. Hem de tenir present que tal com s'estableix en la Llei d'arxius de Catalunya, els arxius, com a dipositaris d'un patrimoni cultural d'interès general, tenen com a objectius la seva conservació i posar-lo a disposició dels estudiosos per a la investigació». L'obertura dels fons contribueix a la divulgació, i no hauria de passar darrere de la necessitat de definir un *model de negoci* sostenible. I en tot cas cal preguntar-se, en primer lloc: quina pèrdua econòmica resultaria de deixar de cobrar per determinats usos dels fons? I en segon lloc: val la pena sacrificar part de la funció de l'arxiu, particularment la funció que pot complir amb el que ens permet la tecnologia avui en dia, pel que s'obté venent l'accés al contingut?

Les grans institucions que han liderat el moviment d'obertura perseguien l'objectiu de difondre les col·leccions, i no de buscar un *model de negoci*, probablement en part perquè es trobaven en una situació molt més privilegiada econòmicament. Han demostrat que la primera no necessàriament exclou la segona. Alguns han atret més finançament, d'altres han atret més públic, i en general han pogut fer visible l'impacte positiu que la seva funció té en la societat. Algunes institucions que els han seguit s'han plantejat l'obertura de fons per fases, o per àrees, com els usos per a la investigació o docència o amb fons que consideren particularment adequats per al *gran públic*. Permet fer una primera avaluació dels efectes, abans de seguir endavant.

El pas cap a l'accés obert demana a l'arxiu explorar una nova vessant: aprendre a comunicar a l'usuari, en línia i de manera general, si el contingut es pot utilitzar i si existeixen particularitats a tenir en compte. Aquesta informació, quan més clara, fàcil de trobar i estandarditzada, millor. És per això que l'ús de les ara ja tan conegudes llicències i eines de Creative Commons, i el seu sistema per informar de la possibilitat de fer determinats

usos o de si l'obra es troba a domini públic, s'ha anat incrementant en el sector patrimonial, tal com descrivia José Antonio Millán l'any 2008.

Tanmateix, tal com són actualment, les eines de Creative Commons no ofereixen prou opcions per indicar algunes particularitats pròpies d'aquest sector, com el fet que les institucions patrimonials sovint no tenen els drets o desconeixen si el document està a domini públic o no. Per fer front a aquesta situació, Europeana i la Biblioteca Digital d'Amèrica van crear el Rights Statements Consortium, a través del qual han desenvolupat una sèrie de declaracions de drets per a institucions patrimonials amb la idea, generalment, d'oferir opcions quan les possibilitats de Creative Commons no són adequades pel context. Entre les declaracions n'hi ha que indiquen que l'obra està protegida però que els usos educatius estan permesos (perquè el titular de drets ho ha autoritzat), que l'obra està a domini públic però que no es poden fer usos comercials (per raó del contracte amb l'entitat privada que va digitalitzar el document), que es tracta d'una obra òrfena o fins i tot que no s'ha pogut fer una cerca concloent dels drets que existeixen.

Aquests dos estàndards interoperables, amb la seva imatge universal i els codis legals traduïts a tantes llengües, eliminen per als usuaris les dificultats que suposaven els *termes i condicions* específics, diversos i sovint complicats, que els han estat precedint.

Andrea de Polo, que potser en el moment d'escriure el text de les jornades mostrava certa reticència a l'accés obert, pel tipus d'institució amb què treballava o bé per la pràctica habitual i acceptada que hi havia en el sector, considerava, entre d'altres coses, que «L'aspecte ètic dels drets del ciutadà que accedeix a Internet està portant els usuaris de la xarxa a un convenciment cada cop més gran del seu dret a utilitzar Internet i el món multimèdia de manera gratuïta, amb la convicció que tot el que es troba en format digital està, en principi, lliure de drets». En tot cas, i sigui quin sigui l'hàbit de l'usuari, potser és més important informar adequadament, i a poc a poc anar construint una consciència (si és que encara no existeix) de respecte cap a l'autor, la institució i l'obra, que no pas intentar establir un control que podria acabar limitant les possibilitats de difusió dels fons i la missió de l'arxiu.

Conclusions

L'evolució tecnològica ha plantejat noves maneres de preservar i divulgar els fons arxivístics, i de servir als usuaris. Karl Griep deia no tenir cap dubte de l'avantatge d'estar preparat com a sector «[...] per tal que els nostres documents —que hem de protegir i preservar, però que d'altra banda es fan servir com a documentació i fonts del passat per intervenir en la planificació i determinació del futur — puguin ser accessibles a les noves tecnologies». Les noves tecnologies obren un ventall d'oportunitats, i és decisió dels arxiviers decidir si contribuiran, i de quina manera, a la seva missió d'interès públic. Actualment es parla d'intel·ligència artificial, de mineria de text i dades, i d'altres possibilitats d'utilitzar la tecnologia per estudiar els fons i divulgar-los, sistemes que els primers escrits de les jornades ni tan sols podien imaginar. Caldrà veure el rol que el dret d'autor tindrà en tot això i si el legislador entendrà que posar traves al patrimoni no ajuda als autors, a la indústria, a la creació ni a la innovació.

Mirant enrere a través dels textos de les jornades, s'observa com fins fa uns anys, compartir els fons en línia havia d'anar acompanyat de molta cautela per controlar què hi feien els usuaris, amb el contingut al qual tenien accés, i en canvi la tendència actual és que quan més es comparteix l'arxiu, més vida dona als fons. Si abans es parlava de marques d'aigua i de vendre l'accés al contingut, ara es parla de com simplificar les condicions, i fins i tot la legislació, per eliminar tantes barreres a l'accés com sigui possible. Des de la perspectiva del dret d'autor, la tecnologia i els arxius, l'evolució és constant, i també ho ha de ser l'adaptació. La col·laboració entre professionals és fonamental, per aprendre d'uns i altres i intentar resoldre preguntes complexes que potser no tenen resposta, sense decaure en l'intent.

Aquest canvi només és possible gràcies a una reflexió també constant, a través d'oportunitats com les Jornades, i el llegat que van deixant.

Bibliografia

- CASTRO, Bernardino de. *El sistema d'arxius audiovisuals a Portugal i la seva legislació genèrica*, 2010.
- CRUANYES, Josep. *Fotografiar en llocs públics: l'experiència des de Catalunya*, 2000.
- *Ús d'imatges: drets morals i econòmics que se'n deriven*, 1992.
- ERLANDSEN, Roger. *Com ho fem. El sistema d'arxius d'imatges, legislació i interacció institucional en els països Escandinaus*, 2000.
- GRIEP, Karl. *Los Archivos Fotográficos en Alemania - Estructura y Legislación*, 1998.
- HARVEY, Michael. *El Sistema d'Arxius Audiovisuals a Gran Bretanya i la seva legislació genèrica*, 2004.
- MATT, Werner. *El Sistema d'Arxius Audiovisuals a Àustria i la seva legislació genèrica*, 2006.
- MILLÁN, José Antonio. *Les llicències Creative Commons aplicades a la fotografia*, 2008.
- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J. *Legislació sobre obra audiovisual*, 2012.
- PFRUNDER, Peter. *La Suisse et son patrimoine photographique: Vers une politique nationale*, 2002.
- POLO, Andrea de. *La Protezione Digitale negli Archivi Fotografici: Aspetti Tecnici e Legali sulla Proprietà Intellettuale*, 1998.
- PUENTE GARCÍA, Esteban de la. *La propietat intel·lectual i l'accés i la difusió de la imatge*, 1990.
- RAULET, Hervé. *Fotografiar en llocs públics: l'experiència francesa*, 2000.