
El necesario ajuste entre los límites a los derechos de propiedad intelectual y la protección de las medidas tecnológicas (A propósito de los nuevos artículos 160 y 161, introducidos al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española por la Ley 23/2006 de 7 de julio)

●
Leonardo B. Pérez Gallardo¹
●

Recibido: septiembre 5 de 2007
Aprobado: septiembre 17 de 2007

«La virtud está en el término medio»

ARISTÓTELES

Resumen

El Derecho está constreñido a ofrecer tuición al incesante y vertiginoso discurrir de los acontecimientos que se suscitan en la era electrónica, y no solo acontecimientos extraordinarios, de impacto para la sociedad, sino lo que la propia sociedad cotidianamente produce, de lo cual cabe significar las obras del intelecto humano. Estas nuevas tecnologías han hecho posible el desarrollo del derecho de autor en un entorno digital, viabilizando el acceso de un número cada vez mayor de personas a través de redes y autopistas de información como es internet. Si bien es cierto que esta era digital socializa el conocimiento científico,

1 Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana, Cuba. Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Notario Público, email: lbgallardo@gmail.com

Conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas sobre las recientes reformas a la Ley de Propiedad Intelectual española celebradas en Plasencia, España, marzo del 2007, organizadas por ASED A y la Fundación AISGE y en el Seminario de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, en la misma fecha.

artístico, cultural, permitiendo que las obras del espíritu humano, lleguen hasta los sitios más recónditos, y para más, en espacios de tiempo sumamente breves, no puede perderse de vista que tal abaratamiento al público, no es sinónimo de gratuidad. Los titulares de derechos de autor podrían ver amenazados la titularidad y disfrute de determinados derechos, sobre todo los que tienen naturaleza patrimonial, si no se ponen cortapisas. Por ello se nos presente el *vía crucis* de proteger las obras y prestaciones en el entorno digital, a la vez que se implementen nuevas formas de explotación que les permitan rendir frutos a los autores, sin menoscabar en lo absoluto el contenido de los límites impuestos al derecho de autor.

Palabras clave

Propiedad intelectual – medidas tecnológicas – límites al derecho de autor – copia para uso privado – beneficiarios

Necessary Adjustment between Limits to Intellectual Property Rights (copyright) and Protection to Technological Measures (in Connection with New Article 160 and 161, added to refunded text of Spanish Intellectual Property Law by Law 23, July 7th, 2006.

Abstract

Law is forced to provide a continuous and rapid protection to events occurring in the electronic era and not only extraordinary events of social impact but also what society continuously produces. Out of this, it is worth mentioning human intelligence works. These new technologies have made possible to develop copyrights in a digital environment to let access to an increasingly number of persons through information networks and highways such as Internet. Although this digital era socializes scientific, artistic, and cultural knowledge allowing human spirit work to reach the farthest places in extremely short periods of time, we cannot forget that such low prices offered to the public is not free. Owners of copyrights could be losing their property and use of some rights, especially those involving patrimonial nature, if some measures are not taken. For that reason, we have to face the hard work to protect works and benefits in the digital environment and some new exploitation norms should be implemented in benefit of authors, without damaging the content of those limits imposed to copyrights.

Key words

Copyright, technological measures, copyright limits, copy for a private use, beneficiaries.

1. LA LEY 23/2006 DE 7 DE JULIO: necesaria armonización de la legislación española en determinados aspectos de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

Como se expresa en la Exposición de Motivos y es conocido en el mundo académico, principalmente entre los autoristas españoles que han seguido muy de cerca el proceso de gestación de esta norma legal, su aprobación y sanción, obedece a un proceso, digamos fisiológico, del devenir del desarrollo de las ciencias de la información, galopante en la última década del siglo XX y en la primera del XXI. En este orden cabe reflexionar, citando al notario español BOLÁS ALFONSO, que: "el siglo XXI está llamado a ser el siglo de la revolución electrónica (...) la electrónica y (...) las telecomunicaciones (...) están adquiriendo un papel protagonista en una sociedad globalizada, y, especialmente, en la llamada Sociedad de la Información".

Este nuevo fenómeno, de posibilidades ilimitadas, hasta el punto de poder tener mayor repercusión en la sociedad que la que en su día tuvo la denominada 'revolución industrial', recibe distintas lecturas y genera expectativas diversas según el sector al que se aplique (...) El reto que (...) plantea al jurista es el de ser capaz de proporcionarle un marco legal adecuado, unas normas claras, sencillas, y homologables a las que puedan existir en los ordenamientos jurídicos de otros países.

Se reabre de nuevo el eterno diálogo entre la técnica, el Derecho y la economía².

El Derecho está constreñido a ofrecer tuición a ese incesante y vertiginoso discurrir de los acontecimientos que se suscitan en la era electrónica, y no solo acontecimientos extraordinarios, de impacto para la sociedad, sino lo que la propia sociedad cotidianamente produce, de lo cual cabe significar las obras del intelecto, estímulo para la introducción en el mercado interno de nuevos productos y servicios y con ello la explotación de su contenido creativo.

Este es el espíritu que anima la 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 a los derechos de autor en la sociedad de la información (Ref. DOCE 167/2001, de 22 junio 2001, EDL 2001/22888), en lo adelante DDASI, la cual explícitamente dispone que

... tiene por objeto establecer un marco seguro para el comercio transfronterizo de bienes y servicios protegidos por derechos de autor y facilitar el desarrollo del comercio electrónico en los sectores de los nuevos productos y servicios multimedios (...) armoniza los derechos de reproducción, distribución y comunicación al público, la protección jurídica de los dispositivos anticopia y los sistemas de gestión de los derechos. Prevé una excepción obligatoria, en algunos casos, a favor de los explotadores de redes para las copias técnicas, así como una lista exhaustiva de excepciones facultativas a derechos de autor, como las copias para uso privado, que los Estados miembros pueden optar por aplicar total o parcialmente.

2 Bolás Alfonso, Juan, "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 27-54.

La ley 23/2006 de 7 de julio incorpora al Derecho interno español normas que tienden a proteger a los autores del entorno digital, sin que sea su finalidad menoscabar en lo absoluto el acceso a la cultura y al conocimiento de dichas obras por el público en general, eso sí, bajo la previsibilidad que ello opere de modo lícito, en un momento en que los actos de explotación ilícita de las obras en soporte digital se llegan incluso a tolerar por el común de los ciudadanos³, que so pretexto de la gratuidad que internet supone, hasta vindica supuestos derechos subjetivos a acceder a cualquier obra intelectual, sin el pago de canon alguno, esto sin el más mínimo recato o decoro. Situación que ha puesto en crisis la necesidad de los productores cinematográficos o musicales de ver retribuido justamente no solo el valor de su creación intelectual, sino el coste de la inversión que ello implica. Ha sido España uno de los últimos países que ha incorporado a su Derecho interno el mandato contenido en la directiva 2001/29/CE. Como sostiene TOURNÉ ALEGRE estamos ante

... una sociedad de la información en la que el respeto a los derechos de propiedad intelectual es casi inexistente y los

consumidores se niegan a pagar por algo que pueden obtener gratis con ningún riesgo. Así que el legislador se ve en la obligación de volver a revisar los postulados iniciales y hasta los propios prestadores de servicios empiezan a exigir mayor protección de los contenidos para poder crear un modelo de negocio legal y controlado por las empresas en lugar de por los ciudadanos (...)⁴.

La trasposición de la Directiva al Derecho interno no ha estado exenta de posiciones encontradas, en tanto, pudieran existir intereses cismáticos entre empresarios y consumidores, autores y público en general,

... esto es, se suscita una evidente situación de tensión entre las diversas personas o entidades que intervienen en el proceso de gestación de la obra de que se trata, y su comercialización y distribución posterior, e incluso, evidentemente, con los consumidores finales de aquélla. Nos estamos refiriendo en todo momento, es claro, a la esfera patrimonial de los derechos (y en modo alguno a la esfera moral, bien entendido que el derecho moral al reconocimiento de la autoría de

3 En este orden vale señalar que la Orden Cul/1079/2005 de 21 de abril del Ministerio de Cultura, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de abril del 2005, a cuyo tenor se aprueba el Plan integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual ya había previsto, antes de la transposición de la Directiva 2001/29 CE, el llamado a la "Responsabilidad de todos, sector público y privado (...)" (para) encontrar la adecuación debida entre el respecto de las normas y el desarrollo tecnológico", de tal manera que se logre compatibilizar el disfrute de las obras, sin menoscabar los derechos de los titulares de la propiedad intelectual. "Propiedad intelectual y desarrollo tecnológico no sólo deben ser términos antitéticos, sino que deben avanzar juntos". Por ello se reitera que: "una de las piezas claves del éxito del plan pasa por su aspecto social, esto es, por conseguir que la sociedad española sea plenamente consciente de las consecuencias funestas que para la creación y para la cultura tiene la permisividad, cuando no la simpatía, que en determinados sectores se observa (...)", "Sólo con un reconocimiento social de la propiedad intelectual y de la figura del creador será posible disminuir, si no eliminar, estos hábitos perversos".

4 Vid. Tourné Alegre, José Manuel, "Propiedad intelectual en la sociedad de la información", en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 2305, El Derecho Editores, publicado el 28 de julio de 2006 (EDB 2006/83581).

la obra corresponde precisamente a su autor)⁵.

Punto crucial lo ha sido la posibilidad del uso de la copia privada, con la consiguiente remuneración al autor, que durante el proceso de aprobación de la ley condujo a alguna enmienda interesada por el Grupo Parlamentario Socialista con ocasión de promover la Enmienda número 2 al texto de la Proposición⁶ y en el entendido de que la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Senado resultaba contraria a la Directiva comunitaria, dado que, al transportar el contenido de la Directiva al Derecho interno, podría autorizarse el uso de la copia privada, pero adecuado al devengo de una compensación equitativa⁷, tal como lo dispone la Directiva que deja a los Estados miembros, la toma de tal decisión.

En fin, la ley 23/2006 de 7 de julio ha tenido que sortear obstáculos, e intentar ofrecer justos límites entre las posiciones de unos y otros actores del proceso de creación intelectual por un lado e intereses públicos, por otro, pero en todo caso responder a los requerimientos que la sociedad de la información exige. Retos impuestos a esta sociedad por el proceso tecnológico, constitutivos de una urdimbre de

situaciones legales, ahora meramente esbozadas, muy lejano aún de su punto final, si no queremos detener prematuramente el lógico devenir del desarrollo de la humanidad. Si el hombre es un ser racional, y esa racionalidad la vertebrada, entre otros órdenes, en la posibilidad de crear en sus más diversas expresiones artísticas e intelectuales, el desarrollo tecnológico tiene que suponer un reto, no un freno, ni una pérdida en sentido económico para el creador. Por ello la ley 23/2006 desde su Exposición de Motivos, hace alusión a la incidencia que el "avance de la tecnología digital y de las comunicaciones suponen para la difusión de la cultura, para la aparición de nuevos modelos económicos y sociales, para el mayor y mejor disfrute de los ciudadanos, sin que nada de esto haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores". Esta es la premisa mayor de nuestro silogismo.

2. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. SU RAZÓN DE SER

Estamos inmersos en la sociedad de la información, por mucho que aún nos parezca una quimera, con fuerte incidencia sobre las

5 Al decir de Vilata Menades, Salvador, "Sobre la copia privada y la tutela de los derechos de propiedad intelectual", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 4, publicado en mayo del 2006 (EDB 2006/28660).

6 Que en esencia disponía: "La proposición de ley pretende la eliminación de cualquier compensación por las copias privadas digitales, lo que es contrario a la Directiva 2001/29/CE, de 22 mayo 2001 EDL 2001/22888, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, que, en su art. 5,2,b) impone a los Estados miembros cuyo derecho exclusivo de reproducción se ve acotado por dicho límite. Por tanto, la proposición de ley para ser adecuada a la normativa europea en este punto, debería prohibir asimismo la posibilidad de que cualquier persona haga para su uso privado cualquier copia privada digital.

Se introduce el texto de la enmienda presentada al apdo. 3 del art. 25 del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, facilitando la tramitación conjunta de ambas iniciativas legislativas"

7 Lo que resulta justo, más que la remuneración que el texto precedente establecía, al constituir dicha compensación el restablecimiento del equilibrio patrimonial fracturado por la intervención de un tercero.

formas de interacción personal, la educación, la familia⁸, haciendo posible una mayor difusión de la cultura en todos sus aspectos, uno de los cuales lo constituye el derecho de autor y los derechos afines. Como expresa GÓMEZ SEGADÉ

... no hay que olvidar que la técnica de la digitalización, que consiste en la descomposición de cualquier clase de obra del lenguaje binario (series de ceros y puntos), permite obtener una obra idéntica a la anterior, o incluso mejorarla (...) La extensión de la digitalización a todas las formas de obras literarias, musicales y audiovisuales lleva inevitablemente a tratar cualquier obra objetivamente como 'información' y ello significa que se ha cruzado definitivamente el umbral de la sociedad de la información, aunque falta por explorar su interior ⁹.

Estas nuevas tecnologías han hecho posible el desarrollo del derecho de autor en un entorno digital, viabilizando el acceso de un número, cada vez mayor, de personas a través de redes y autopistas de información como es internet. Si bien es cierto que esta era digital socializa el conocimiento científico, artístico, cultural, permitiendo que las obras del espíritu humano lleguen hasta los sitios más recónditos, y para más, en espacios de tiempo sumamente breves, no puede perderse de vista que tal abaratamiento al público no es sinónimo de

gratuidad en todos los casos y circunstancias. Los titulares de derechos de autor podrían ver amenazados la titularidad y disfrute de determinados derechos, sobre todo los que tienen naturaleza patrimonial, si no se ponen cortapisas. Por ello se nos presenta el *vía crucis* de proteger las obras y prestaciones en el entorno digital, a la vez que se implementen nuevas formas de explotación que les permitan rendir frutos a los autores, sin menoscabar en lo absoluto el contenido de los límites impuestos al derecho de autor.

En este entorno nace la tutela legal a las medidas tecnológicas, definidas éstas en el artículo 160.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (según la redacción dada por el artículo 27 de la Ley 23/2006 de 7 de julio) 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 de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual*", o sea, suponen dispositivos técnicos impeditivos o restrictivos del acceso al producto de la creación humana, que permitan explotar dicho producto sin la autorización de los titulares de la propiedad intelectual (*v.gr.* tatuajes digitales, los *copy bots*, la iniciativa para la seguridad de la música digital, los sistemas de gestión de copias múltiples, la puesta en clave a través de sobre digitales y los sistemas de interferencia de contenidos para DVD, entre

8 Sobre el tema vid. Vega Mere, Yuri, "El @mor en los tiempos del orden@dor", consultado en <http://www.hechosdelajusticia.org/quinta/50.rtf>, en julio 03 del 2006. Interesante artículo en el cual el autor hace una reflexión filosófico-jurídica de los cambios que la sociedad de la información ha llevado al ámbito familiar, incluidas las relaciones de pareja y la propia educación de los hijos.

9 Vid. Gómez Segade, José A., "Propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información", en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aisej y Reus, Madrid, 1999, p. 19.

otros)¹⁰. Precisamente la fragilidad de la propiedad intelectual, por su propia naturaleza, favorece actos de piratería, multiplicados ante la lasitud que el entorno digital pudiera evocar. El primer mérito del legislador es, sin duda, haberle conferido sustantividad propia al tema, al cual le dedica un nuevo título que se incorpora bajo el número V, al libro III del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

La primera pregunta que cabría invocar es si son verdaderamente justas las medidas tecnológicas. Ya no voy a referirme a su licitud, en tanto el legislador las incorpora, con especial tratamiento. Su justeza pasa por el rasero de la tutela efectiva de los derechos de explotación de las obras, correspondientes a sus titulares. Las medidas tecnológicas suponen una herramienta útil ante actos de defraudación de los derechos de los titulares, atendibles con preferencia; constituyen una garantía, al menos técnica, a favor de los autores, eso sí, que no pueden ver con absolutividad, de modo que su objetividad friccione con los límites impuestos al derecho de propiedad intelectual.

Su razón obedece a dos motivos esenciales:

La primera pregunta que cabría invocar es si son verdaderamente justas las medidas tecnológicas.

- a) La naturaleza de la obra protegida, en un entorno digital,
- b) La tutela a los derechos de propiedad intelectual, conculcados con cierta facilidad.

Pero, a su vez, su ámbito de aplicación no solo supone la restricción del acceso a la obra, sino también la posibilidad de obtener copias de ella, manteniendo en todo caso incólume la aplicación de los límites que la ley le impone a los titulares.

2.1. Presupuesto de su eficacia

No toda medida tecnológica resulta eficaz; tampoco se trata de que los titulares de los derechos de propiedad intelectual puedan, sin más, adoptar las medidas tecnológicas que consideren a bien. El artículo 160.3, segundo párrafo, establece como presupuesto de eficacia

10 Sobre la clasificación de las medidas tecnológicas, *vid. per omnia*, Garrote Fernández-Díez, Ignacio, *El Derecho de autor en Internet, Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29CE*, Comares, Granada, 2003, pp. 504-509. El citado autor ofrece en este texto los distintos criterios clasificatorios seguidos por la doctrina más reciente, a saber:

a) medidas tecnológicas que actúan para prevenir la infracción de los derechos y medidas que actúan una vez que ha habido una infracción de derechos, entre las primeras sitúa las obras con funcionalidad limitada, los dispositivos anticopia, los códigos de acceso o contraseñas y los sobres digitales que encriptan la obra y entre las segundas ubica los llamados "programas arañas", que funcionan como programas de ordenador que actúan como "buscador de buscadores", rastreando las páginas *web* que pongan obras a disposición del público de manera gratuita.

b) medidas que controlan el acceso a la obra (controles de acceso) y medidas que impiden la posterior reproducción y comunicación al público de la obra a la que se ha accedido (controles de uso). Entre las primeras se sitúa, -siguiendo al propio autor-, los descodificadores, y entre las segundas los dispositivos anticopia.

c) conforme con la finalidad que desempeñan las medidas tecnológicas, cabe distinguir entre medidas destinadas a identificar y proteger la obra, medidas destinadas al control de acceso a ella, y medidas destinadas a controlar el uso de la obra.

de las medidas tecnológicas dispuestas, la existencia de mecanismos de control de acceso por parte de los titulares de los derechos sobre las obras o las prestaciones protegidas, o sea, para que estas medidas tecnológicas tengan tutela legal, debe preverse por parte de los titulares la existencia de dispositivos que fiscalicen el acceso mismo a las obras, algunos de los cuales de modo enunciativo la norma regula (*v.gr.* codificación, aleatorización o mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección).

En todo caso, se trata de medidas utilizadas por los titulares discrecionalmente que suponen neutralidad tecnológica.

3. ACTOS DE ELUSIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS

La modificación incorporada al TRLPI por la ley 23/2006 pretende, a toda costa, evitar actos de elusión de las medidas tecnológicas, esto es, actos cuya finalidad sea vulnerar la aplicación de estas medidas. La expresión "eludir una medida tecnológica" se ha definido en los Estados Unidos de América como "*una acción destinada a remover toda técnica incorporada para impedir el acceso a una obra, descodificar una obra codificada, eludir, quitar, desactivar o anular una medida tecnológica, sin autorización del titular del derecho de autor*" (Según Sección 1201 (3) (A) de la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998).

De este modo España se ubica entre los Estados que proporcionan una protección jurídica adecuada y ofrecen recursos legales efectivos contra tales actos.

3.1. Contenido de dichos actos

Los actos de elusión incluyen los que implican vulnerabilidad de las medidas tecnológicas previstas con ese resultado obtenido, pero también los que, sin lograr el resultado, tentativamente pudieran suponer el logro de tal fin. Forma parte de ese segundo grupo de actos cualquier comportamiento que presuponga la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicitación para la venta o el alquiler o posesión con fines comerciales de cualquiera de los dispositivos, productos o componentes destinados a evitar la aplicación de las medidas tecnológicas dispuestas por los titulares, así como la prestación de cualquier servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz, sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o solo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección o esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección. Esto es, la ley se erige en una barrera infranqueable, en la que se combate no solo el resultado, sino también el peligro, en una función preventiva del Derecho. Se llega a reprimir conductas que conlleven la mera tenencia de los aditamentos elusivos de las medidas tecnológicas, aunque no se haya ejecutado conducta alguna efectiva de supresión. Se logra así superar otras fórmulas normativas orientadas únicamente a combatir la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas, y no "*... las conductas que hacen posible poner a disposición de las personas los aparatos, mecanismos o dispositivos que permiten la desactivación del sistema de control instalado por los titulares de los derechos*"¹¹, esto es, cualquier

11 Según refiere Antequera Parilli, Ricardo, "Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los 'usos honrados', el 'fair use' y el 'ius usus innocui'. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información", en *Los límites del Derecho de Autor*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aigse y Reus, Madrid, 2006, p. 75.

dispositivo dirigido a descifrar las señales codificadas o a burlar cualquiera de los sistemas de autoprotección implementados por el titular de los derechos, amén de la naturaleza del dispositivo técnico de autotutela implementado para impedir el uso no autorizado de las obras o, en su caso, de las prestaciones amparados por los derechos conexos.

Este control que tienen los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, y que permite, además, combatir los actos elusivos de las medidas tecnológicas crea a favor de aquéllos un derecho de acceso a la obra, a cuyo tenor el titular del derecho de comunicación pública sobre la obra la da a conocer, pero en ese acto de comunicación intervendrán las personas que estime a bien, aquellas en relación con las cuales se abren los candados digitales. Y, ojo con esta circunstancia, porque si bien les es lícito a los titulares de los derechos de propiedad intelectual combatir actos lesivos a sus derechos, la implementación de las medidas tecnológicas se convierte en un arma de doble filo, dado que con ese derecho de acceso que se franquea a su favor se

... crea una desigualdad entre usuarios, puesto que lo que era posible para un usuario en el entorno analógico, ya no lo es en el digital. En efecto, una persona que compra un libro puede consultarlo sin límites, releerlo tantas veces como quiera, mientras que la persona que adquiere los derechos de consulta de una obra por medio de una transmisión digital puede tener limitado el número de consultas de la obra, encontrarse frente a la prohibición de hacer copias de la misma, o no poder consultarla más que a partir de un único aparato

*receptor, etc. Las nuevas tecnologías extienden pues, de manera considerable, el monopolio del titular del derecho: con ellas, el acceso a la obra está supeditado a la voluntad del titular*¹².

En todo caso, esta situación dependerá de la voluntad de cada legislador cuando en su Derecho interno regule con mayor o menor amplitud la prohibición de impedir cualquier acto elusivo de la aplicación de las medidas tecnológicas, ya sea si comprende el acto de elusión *per se*, o los actos encaminados o dirigidos hacia ese propósito.

3.2. Acciones dispensadas *ex lege* para contrarrestarlos

El artículo 160 del TRLPI pone a disposición de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y otros derechos conexos, afectados con los actos elusivos de las medidas tecnológicas dispuestas, las mismas acciones y medidas cautelares urgentes a favor de cualquier otro titular que resulte lesionado, por actos distintos a éstos, entre ellas:

- a) la acción de cese de la actividad ilícita del infractor, que comprende, entre otros, la suspensión de la explotación infractora, la prohibición al infractor de reanudarla, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción (cfr. artículo 133, primer párrafo, en relación con el artículo 134.1);
- b) la acción indemnizatoria por los daños materiales (cfr. artículo 133, primer párrafo, en relación con el artículo 135, primer párrafo);

12 Vid. Lepage, Anne, "Panorama general de las excepciones y limitaciones del Derecho de autor en el entorno digital", en Boletín de derecho de autor, enero-marzo 2003, UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696s.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2007, p. 16.

- c) la acción indemnizatoria por los daños morales causados (cfr. artículo 133, primer párrafo, en relación con los artículo 135, segundo párrafo);
- d) la adopción de medidas cautelares de protección urgente (cfr. artículo 133, segundo párrafo, en relación con el artículo 136).

3.3. Sujetos pasivos del ejercicio de tales acciones

Proceden dichas acciones contra el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor, el arrendador, el publicitador con fines de venta o de alquiler, o el poseedor con fines comerciales de cualquier dispositivo, componente o producto, así como contra quienes presten algún servicio en las condiciones a que alude el artículo 160.2 en sus incisos a), b) y c).

4. LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS: SU JUSTO ACOMODO

Al analizar los preceptos *in commento*, cuando solo se trataba de un proyecto de ley, MURILLO SÁNZ, con razón afirmaba:

La relación y, en su caso, el necesario ajuste entre determinados límites a los derechos de propiedad intelectual y la protección de las medidas tecnológicas se aborda mediante un sistema que evita que los derechos e intereses generales a los que responden los límites pueden quedar frustrados por la protección objetiva de las tecnologías, para lo que, en ciertos casos, se prevé que los beneficiarios de

*dichos límites puedan acudir a la jurisdicción civil con algunas excepciones en que prevalecerán las medidas tecnológicas*¹³.

Y aquí radica el intrínquilis de un fenómeno sumamente interesante que la ley 23/2006 al trasponer la DDASI, bajo el principio de extrema fidelidad al texto de la propia Directiva, intentó solventar, a saber: el necesario ajuste entre los límites a los derechos de propiedad intelectual y la protección a sus titulares a través de medidas tecnológicas. Ese necesario equilibrio ya informaba como principio medular los tratados OMPI de 1996. Buscar el justo medio ha sido el interés del legislador, si bien difícil de lograr.

El artículo 161 del TRLPI refrenda esta situación. ¿Hasta qué punto se logra ese justo equilibrio? ¿Cómo pueden tener acceso los usuarios de la red a las obras o prestaciones protegidas bajo el control de medidas tecnológicas dispuestas? ¿Supone ello a su favor una elusión lícita de tales medidas? ¿Le es dable a los titulares de los derechos de propiedad intelectual pactar los límites? ¿Qué podrían hacer los beneficiarios de los límites cuando los titulares de derecho de propiedad intelectual se niegan a cumplir con ellos? ¿Hasta dónde existe un ejercicio abusivo de un derecho por unos u otros sujetos? ¿En qué sentido se justifican los límites? ¿Constituye la copia privada un límite a la aplicación de las medidas tecnológicas? ¿Se trataría en todo caso de un límite perpetuo o puramente transitorio, susceptible de modificarse por una norma legal ulterior? Estos y otros tantos interrogantes podrían formularse a la sazón de esta relación entre límites y medidas tecnológicas, o intereses especialmente atendibles y tutela a los derechos de propiedad intelectual.

13 Murillo Sanz, J. Óscar, "El proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril" en *Boletín de Legislación El Derecho*, N° 401, El Derecho Editores, publicado el 7 de noviembre del 2005 (EDB 2005/156994).

El legislador prefiere no obstante, la prudencia, y no habilita a los titulares de los límites con la posibilidad de utilizar válidamente dispositivos de neutralización de los dispositivos empleados por los titulares, cuando estos mismos niegan a toda costa el acceso a la obra protegida, por ello la dispensa a favor de los primeros del derecho de acudir ante la jurisdicción civil *ex artículo 161.2 in fine*. No puede perderse de vista, no obstante que:

El objetivo de estas excepciones y limitaciones es permitir que la sociedad, bajo determinadas condiciones, pueda beneficiarse del uso de una obra sin requerir la autorización del titular de los derechos. La noción de excepciones y limitaciones implica que, en la concesión del monopolio al autor, se tomen en consideración los intereses de ambas partes, es decir los intereses del propio autor y los de la sociedad que se compromete a proteger su creación¹⁴.

Esa ecuación debe estar presente en la mente de todo legislador, si quiere despejar el valor de x, con éxito.

4.1. Límite de copia para uso privado

Ninguno de los límites del derecho de autor ha tenido más discusión doctrinal que el atinente a la copia para uso privado, el cual se torna sumamente ampuloso en el entorno digital, precisamente por ser dicha copia la ventana de escape a la protección que puedan ofrecer las medidas tecnológicas, por muy sofisticadas que estas resulten. No por gusto la doctrina advierte que:

Sin duda, el límite de copia privada, o mejor, 'copia para uso privado' es el más

Sin duda, el límite de copia privada, o mejor, 'copia para uso privado' es el más conflictivo

conflictivo (...) Estas copias que cualquier persona puede realizar a partir de una obra que se pone a disposición del público a través de los servicios de la sociedad de la información, son motivo de grave preocupación para las industrias que posibilitan la realización de obras producto del intelecto humano. De ahí que su concepto deba quedar muy claro y evitar confundirlo con la grave amenaza que la propiedad intelectual está padeciendo a causa de la piratería¹⁵.

¿Cómo compatibilizar el uso privado de una copia con el empleo de medidas tecnológicas? La copia privada implica, sin duda, un beneficio para los terceros, al constituir un medio para acercar la cultura a los ciudadanos. Por ello se impone buscar vías que posibiliten de modo armónico tutelar los derechos de los titulares de la propiedad intelectual sin desmedro de los intereses del público en general. Ello ha conllevado a determinar si es justo el pago de algún canon en concepto de adquisición de medios susceptibles de almacenar copias privadas como los CDs.

Según la ley 23/2006 de 7 de julio, no se requerirá la autorización del autor de la reproducción, cuando se trate de obras divulgadas con anterioridad, y quien la reproduzca sea una persona física para su uso privado; siempre que la obra que le sirva de soporte a la reproducción haya llegado a él

14 Según expresa Lepage, A., "Panorama general de...", p. 3.

15 Vid. Tourné Alegre, J. M., "Propiedad intelectual en...", *cit.*

legalmente, no hay utilización colectiva, ni lucrativa de la copia, ello, previo el pago del canon compensatorio a que se refiere el artículo 25 del TRLPI, según la expresa remisión que hace el artículo 31.2 del propio texto legal. De ello se colige que cualquier copia de una obra protegida sin autorización de su titular que no pueda subsumirse en la definición descrita es una copia ilícita, y la realización y/o su distribución, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero es constitutiva de un delito previsto y penado en los artículos 270 y siguientes del Código penal.

Vale la pena reflexionar con detenimiento sobre el tema, según el tenor literal de la norma se requiere:

- a) Que se trate de una obra que se haya divulgado previamente, lo cual supone que el autor haya decidido la divulgación, o sea, el lugar y el momento de su puesta de acceso al público (cfr. artículo 14.1 y 2 del TRLPI que consagra tal facultad moral).
- b) Que el agotamiento de esta facultad haya operado de forma efectiva, o sea, que con la autorización del autor la obra se haya hecho accesible por primera vez al público (cfr. artículo 4 TRLPI).
- c) Que el sujeto que reproduzca la obra sea una persona física, por lo que conforme con la máxima *inclusio unius, exclusio alterius*, no sería de aplicación este límite a las personas jurídicas.

- d) Que sea para uso privado, expresión respecto de la cual la norma no ofrece más detalles; pero en sentido general supone que el ámbito de la reproducción no exceda el íntimo del sujeto que la practica, si bien nada obsta que sea disfrutado en un ambiente familiar o doméstico¹⁶.

Para ello se acude a la vía del pago de una compensación equitativa, según los términos empleados por el legislador, como contrapartida de un fenómeno que ha provocado daños a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, al verse limitados en la explotación de su obra. Como atinadamente expresa CADARSO PALAU: "*El espectacular desarrollo tecnológico ha traído consigo un avance inusitado en los instrumentos de reproducción, en la reprografía primero y en el desarrollo digital después, permitiendo con ello que cualquier sujeto tenga a su alcance la posibilidad de realizar reproducciones de obras protegidas de forma barata, sencilla y prácticamente idéntica al original*"¹⁷. Esto hace justa, si bien no todo lo equitativa que la ley dispone (cfr. artículo 31.2 TRLPI), la compensación exigida.

Expuesta así, resulta muy diáfana la cuestión, que no está exenta de contradicciones internas ¿Cómo accede *v. gr.* el beneficiario a la obra? En su afán conciliatorio entre medidas tecnológicas y límites al derecho de autor, el legislador se debate en busca de un ajuste necesario entre unas y otros. De ahí la formulación del artículo 161.4 en que amén de los límites impuestos se da carta abierta a los titulares de la propiedad intelectual para que

16 Tal y como lo enuncia Cadarso Palau, Juan, "Sobre algunos límites del derecho de reproducción: reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducción hechas por bibliotecas y entidades de crédito", en *Los límites del Derecho de Autor*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aisege – Reus, Madrid, 2006, pp. 121-122.

17 *Idem*, p. 122.

entre otras medidas (así se colige de la norma), adopten las tecnológicas, en razón de determinar el número de reproducciones en concepto de copia privada, pero tal garantía a favor de la copia privada no será aplicable "a obras o prestaciones que se han puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija", se trata de una puesta a disposición *on line*, en la cual el titular de los derechos de propiedad intelectual, es perfectamente libre para, a través de la correspondiente licencia en línea, impedir el uso de la copia privada, incluso al usuario legítimo, cuando el acceso a la obra no presuponga para éste el derecho a obtener copia de aquélla.

No obstante, el artículo 161.4 del TRLPI deja algunas brechas que ha motivado a que los grupos políticos en el Senado ya hayan presentado enmiendas al artículo 31.2 y al nuevo artículo 161 TRLPI que prevé el levantamiento de las medidas tecnológicas de acuerdo con determinados requisitos cuya interpretación no será sencilla¹⁸. Y no lo será, pues el legislador deja un pequeño "respiradero", por el cual podrían removerse las medidas tecnológicas, pero no por dispositivos de desactivación de dichas medidas, sino por conducto del proceso judicial correspondiente. O sea, para intentar resultar más claro, en los supuestos a que se contrae el artículo 161.1.2.3., contentivos de los límites a la propiedad intelectual, concretamente en el artículo 161.1, inciso a), que regula el límite de copia privada, la propia existencia del límite

no impedirá que los titulares de los derechos sobre obras o prestaciones adopten, entre otras medidas, las tecnológicas de protección; en tanto tales límites coexisten con la aplicación de las medidas, son límites internos a la propiedad intelectual; es precisamente en tales circunstancias que los beneficiarios de la copia privada no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas adoptadas ¿Pero ello implicaría que cabrían otros en los que sí resulta posible? El legislador se contrae en su expresión literal a esos supuestos, no a todos los que la vida pueda ofrecer.

El propio TOURNÉ cita una sentencia muy reciente del Tribunal Supremo francés, en la cual se ha realizado la primera aproximación a la polémica de si al adquirir un CD virgen, en el cual se ha pagado un canon compensatorio, o sea, un plus o valor añadido, ello lleva consigo el derecho a obtener una copia privada. Se trata del llamado "Caso Que Choisir" en el que un ciudadano francés y la organización de consumidores UFC demandaron a la compañía editora de la película "Mullholland Drive" reclamando su "derecho a hacerse una copia privada" ya que había pagado la correspondiente remuneración al adquirir el producto virgen.

El Tribunal Supremo francés, en su Sentencia de 28 de febrero de 2006, considera que la copia para uso privado no es un derecho de los ciudadanos sino un límite a las facultades de los titulares, que debe siempre ceder ante el derecho de éstos a explotar sus obras¹⁹. El levantamiento de las medidas anticopia colisionaría con la normal explotación de las

18 *Vid.* en este sentido, Tourné Alegre, J. M., "Propiedad intelectual en...", *cit.*

19 Por ello, con razón Riera Barsallo, Patricia, "Posibles consecuencias de la transposición de la Directiva 2001/29/CE para las bibliotecas", p. 6, en http://eprints.rclis.org/archive/00000505/01/05_Patricia_Riera_Derechos_de_Autor.pdf, consultado el 25 de febrero del 2007, expresa: "Los límites a los derechos de autor no son 'derechos de los usuarios de las obras protegidas' sino que se trata de un mecanismo que permite llevar a cabo un uso coherente de las mismas".

obras cinematográficas, atentando así contra la llamada “regla de los tres pasos” que en España recoge el vigente artículo 40 *bis* del TRLPI²⁰.

5. BENEFICIARIOS DE LOS LÍMITES

Si bien el límite es el aspecto objetivo del fenómeno jurídico que intentamos estudiar, los beneficiarios suponen el de naturaleza subjetiva, quienes en definitiva son protegidos con los límites impuestos a los derechos de propiedad intelectual. Los beneficiarios no son sino los destinatarios de las obras del espíritu, los terceros, a los cuales los autores pretenden comunicar su obra. Sin ellos, la creación intelectual tendría poco sentido, reducido al marco meramente contemplativo del pintor que se recrea *per se* en la obra que ha originado.

El cuadro de beneficiarios de los límites impuestos a los titulares de derechos sobre

obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces es amplio, a partir de su regulación en el artículo 161 del TRLPI, entre ellos:

- a) cualquier persona física que interese una copia digital para uso privado, en las demás condiciones y requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TRLPI;
- b) personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis del TRLPI;
- c) el profesorado de la educación reglada²¹ para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, con exclusión de los libros de textos y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas²² (cfr. artículo 32.2 del TRLPI)
- d) las entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3 del TRLPI;

20 Tourné Alegre, J. M., “Propiedad intelectual en...”, *cit.*

21 Extremo este, bien controvertido, al reducir los beneficiarios de los límites sólo al personal de la educación reglada, razón que motivara a que el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2005 en relación con el examen del entonces anteproyecto de ley (número de expediente 187/2005), se pronunciara en el sentido de que: “No obstante, el anteproyecto de Ley limita la excepción -mas allá de la normativa comunitaria- al profesorado de educación reglada, restricción que no comparte este Consejo de Estado, dada la importancia que la educación no reglada ostenta en la actualidad no sólo por los sectores que abarca (formación continua de trabajadores y empresarios, formación de candidatos al funcionariado y continua del propio funcionariado, idiomas, música, desarrollo sostenible, formación de profesores, sociedad de la información... etc.) sino por su importancia, reconocida entre otras organizaciones por la propia UNESCO.”

22 Particular que recibiera no menos críticas por el propio Consejo de Estado en el dictamen a que hago referencia en la nota anterior, en tanto resulta injusto y un tanto contradictorio tal trato discriminatorio, cuando avanzamos hacia una sociedad en la que la educación presencial cede espacio a una educación no presencial, una de cuyas modalidades es la enseñanza *on line*, sin descartar la ya casi “clásica” enseñanza a distancia, incluida en su afán protector por la DDASI. A tal fin se pronunció el Consejo de Estado al expresar: “Por lo demás, se excluyen los actos de reproducción ‘cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas’, lo cual puede resultar demasiado excluyente (o incluso irrazonable, por el trato desigual que supone) respecto de las enseñanzas a distancia, *on line*, o no presenciales en general, enseñanzas estas que deberían estar también listadas junto a la presencial ‘en las aulas’”. Sobre este último punto, cabe señalar también que la propia Directiva 2001/29/CE pensaba en

e) cualquier sujeto comprendido en las circunstancias a que se refieren los incisos b), d), f) y g) del artículo 161.1 del TRLPI.

Ahora bien, la pregunta nuevamente se reitera: ¿cómo acceden esos beneficiarios para disfrutar de la obra, en los precisos términos del límite dispensado a su favor, cuando la obra está protegida por medidas tecnológicas?

Lograr el equilibrio entre beneficiarios de los límites y titulares de los derechos de propiedad intelectual es tarea nada fácil; el abuso en el ejercicio del derecho por unos u otros puede provocar una tensión entre medidas tecnológicas y límites del derecho de autor. Es cierto que la ley 23/2006 de 7 de julio introduce la copia privada digital, la cual es catalogada en la Exposición de Motivos como una *"de las novedades más importantes"*, con la que se intenta *"establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información"* y lo tomo a modo de ejemplo para ilustrar hasta qué punto se ha logrado ese equilibrio con esta norma que atiende, con eficacia, por igual, los intereses, tanto de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, como los de los

terceros atributarios del límite de copia privada, y el de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de compensación por copia privada. Es cierto que la copia privada es un límite a favor de la persona física que cumpla los requerimientos del artículo 31.2 del TRLPI, pero no se advierte cómo éste puede tener acceso de modo legal a la obra, si no se llega a un acuerdo con el titular, pues acudir a un mecanismo judicial, haría muy dilatado dicho acceso (por mucha celeridad que pretenda imprimírsele al mecanismo judicial), sin contar los costes que ello representaría, todo, para lograr el simple acceso a una copia privada. Sobre este particular ya nos ha alertado el profesor de Lisboa OLIVEIRA ASENSÃO, quien va más allá en su estudio de la DDASI, que no previó, como tampoco la norma que la traspone al Derecho interno español, la posibilidad de neutralizar las medidas tecnológicas ante el derecho de citas, catalogado, no sin razón, por el académico, como *"ao mais importante de todos os limites, porque é a base do diálogo cultural"*. Lleva razón cuando plantea el interesante supuesto en que se entre en disputa con un autor, que ha publicado un artículo en internet, para lo cual tendría que transcribir fragmentos de la obra, en tanto el análisis crítico de la tesis sostenida

la educación a distancia cuando planteó la redacción del límite 5.3 a) en el que se inspiró el nuevo límite contenido en el artículo 32.2 del TRLPI, según la redacción dada por la Ley 23/2006 de 7 de julio. Así, en el Considerando 42 de la DDASI, se establece de modo diáfano: *"Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto"*.

Por todo ello, llevaba razón la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), cuando al expresar, en nombre del colectivo profesional al que representa, su valoración positiva de las líneas generales presentadas por el entonces Proyecto de Ley de 26 de agosto de 2005 por el que se modificaría el TRLPI, objetaba tal redacción, ya que no sólo no respetaba la idea original de la propia Directiva sino que además supondría "un agravio comparativo para una modalidad de educación en auge y que abre nuevas oportunidades para la formación a lo largo de la vida". Vid. tales alegaciones en <http://209.85.165.104/search?q=cache:jSMfdrJRDtsJ:www.fesabid.org/federacion/gtrabajo/bpi/alegacionesfesabidseptiembre2005.pdf+1%C3%ADmites+al+derecho+de+autor&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cu>, consultado el 2 de febrero del 2007.

se sustentaría a partir de los argumentos textualmente expuestos por el autor. Empero, no se podría hacer a partir de internet, dado que no se estaría habilitado para neutralizar los dispositivos de seguridad dispuestos. Lo mismo que acontecerá si se quisiera citar dicho autor, oralmente, en disertaciones académicas. Extremo que atentaría contra el derecho de cita, en un mundo en que internet se ha convertido en una ciberbiblioteca, a la cual hay que acudir, sobre todo, cuando desde países del Tercer Mundo resulta muy difícil el acceso a literatura científica especializada y actualizada²³.

5.1. La posibilidad de la adopción de acuerdos voluntarios

Una posibilidad que quizás pudiera calificarse de racional e inteligente nos la brinda el artículo 161.2 y 5, o sea, el acuerdo que presume la puesta a disposición *on line* de la obra protegida, lo cual no implica privilegiar a favor de los usuarios mecanismos dispositivos de neutralización de las medidas tecnológicas adoptadas. Eso sí, el legislador estimula tales acuerdos, pero ¿y si no fuera posible? ¿Supondría ello un límite a los propios límites de los derechos de propiedad intelectual? En este orden destaca ANTEQUERA PARILLI, el que se descarte como supuesto de ilicitud la elusión de los dispositivos técnicos de autotutela, en el caso de que la acción estuviera dirigida con exclusividad a un fin o motivo lícito (entiéndase encontrarse incurso en algunos de los límites que hoy por vía de remisión reconoce el artículo 160 del TRLPI en el entorno digital), pero en

todo caso hay que brindar la posibilidad legal de un acuerdo previo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y los usuarios amparados por un límite o excepción a tales derechos, todo ello antes de admitir que los usuarios procedan por sus propios medios a la desactivación de las medidas tecnológicas, en cuanto la introducción de un mecanismo desactivador en el sistema supondría un grave riesgo para la seguridad de los derechos intelectuales protegidos²⁴. Ahora bien, la promoción de estos acuerdos que conducen al acceso de los usuarios a las obras, en razón del cumplimiento de los límites establecidos *ex lege*, no puede llegar a desnaturalizar las relaciones entre titulares de los derechos de la propiedad intelectual y usuarios, porque ello constituiría contractualizar el acceso al conocimiento, a la cultura, descontextualizarlo de su esencia gratuita, y sí, por el contrario, convertirlo en una nada desdeñable fuente de recursos para los autores, a mi juicio, inmerecida. "La contractualización suprime la razón de ser de determinados límites al derecho de autor. Con la creación, incluso indirecta, de un derecho de acceso a las obras, se cierra la amenaza de nuevos cuestionamientos en materia de excepciones y limitaciones al derecho de autor"²⁵.

5.2. La posibilidad de acudir a la jurisdicción civil

La posibilidad reconocida *ex lege* en el apartado 2 del artículo 161, ante la barrera técnica que representan las medidas tecnológicas, de acudir a la jurisdicción civil, pudiera parecer una solución inteligente y

23 Vid. Oliveira Ascensão, José de, "Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos", en Los límites del Derecho de Autor, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aise y Reus, Madrid, 2006, pp. 102-104.

24 Vid. Antequera Parilli, R., "Los límites del derecho subjetivo...", *cit.*, p. 77.

25 Vid. Lepage, A., "Panorama general de...", p. 19.

armónica en el ordenamiento jurídico español, pero ello también implicaría un coste muy elevado para los beneficiarios de los límites. Una posición aparentemente más armónica ofrece el legislador portugués que en la ley N° 50/2004 de trasposición de la Directiva comunitaria establece en el artículo 221.1 un sistema por el cual se determina que los titulares depositen en una entidad gubernamental, los medios que permitan beneficiar a los destinatarios de los límites contemplados en el artículo 6 de la Directiva comunitaria, si bien como apunta OLIVEIRA ASENSÃO, tal solución colisiona con lo previsto en el apartado 2° del propio artículo, pues sólo resulta una mera ilusión el que el Estado asuma la posición prioritaria, ya que luego se dispone que los titulares deben tomar medidas voluntarias, como el establecimiento y aplicación de acuerdos con los titulares interesados, posición zigzagueante del legislador cuando parece de nuevo dar las riendas al Estado al disponer en el apartado 3° que los interesados pueden requerir el acceso a los medios de neutralización depositados que permita beneficiarlos, pero el apartado 4° - como dice el profesor lusitano- "sepulta definitivamente as esperanças"²⁶, al prever que para la resolución de litigios es competente la Comisión de Mediación y Arbitraje, con la posibilidad de interponer recurso ante el tribunal. En fin, lo que ya vaticinaba la FESABID, cuando exponía sus consideraciones sobre el entonces proyecto legislativo, respecto del cual manifestaba su *"preocupación por la remisión a la jurisdicción civil como vía para solucionar las situaciones en las que una medida tecnológica de protección no permita el ejercicio de*

La contractualización suprime la razón de ser de determinados límites al derecho de autor.

algunos de los límites contemplados por la ley", en tanto *"considera que no es una medida de fácil viabilidad para la mayoría de usuarios, que propiciará una saturación aún mayor de nuestros tribunales y será además una vía especialmente gravosa y disuasoria para la mayoría de los usuarios de obras y prestaciones protegidas"*²⁷. En todo caso, aun cuando no soluciona el problema *in integrum*, pudiera ser más saludable y sobre todo expedita la resolución de los posibles conflictos entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual, y las asociaciones de usuarios y consumidores a través de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (ahora llamada Comisión de la Propiedad Intelectual por la Disposición Adicional Segunda del TRLPI²⁸).

Las medidas de protección tecnológica pudieran erigirse en un difícil obstáculo para la celeridad con que en la hoy se accede a la información, pero en modo alguno pueden desecharse. Verdaderamente resulta fatídico que una persona, beneficiaria de los límites del derecho de propiedad intelectual, pretenda aprovecharse de la reproducción del contenido de un artículo puesto en la red, cuyo acceso esté protegido con medidas tecnológicas, para lo cual acude a su titular, si es que logra acceder a él, o a la sociedad que gestiona sus derechos

26 Oliveira Ascensão, J., "Os limites dos limites...", *cit.*, p. 105.

27 *Vid.* tales alegaciones en referencia consignada en nota (19).

28 La Comisión de Propiedad Intelectual, respecto de la cual la Ley 23/2006 potencia sus funciones, con la finalidad de convertirla en una pieza clave del sistema de gestión de derechos, como órgano de resolución de conflictos, con el objeto de trasladar a ella gran parte de los problemas que se solventan en largos y costosos procesos ante las instancias judiciales, dio cumplimiento a la Moción del Congreso de los Diputados de junio de 2002, aprobada por todos los Grupos Parlamentarios.

de propiedad intelectual, y no logre un acuerdo con él, teniendo entonces que acudir a procesos contencioso-judiciales para lograr la neutralización de los dispositivos tecnológicos, resultando, en el mejor de los casos, demasiado onerosa y lenta a la vez la solución. Todo ello al fin último de poder ejercitar a plenitud del derecho de uso sobre la obra ¿dónde estaría el balance coste-beneficio? ¿Le resultaría rentable entablar tal proceso? ¿No supondría un encarecimiento del acceso a la cultura? En palabras del profesor ASENSÃO: "*Quando cegar ao fim já lhe não servirá para nada e pagou muito mais que o preço do acesso e desfrute*"²⁹.

En todo caso, cabría preguntarnos si son éstas las únicas medidas a las que los Estados miembros de la Unión están abocados según la DDASI, para facilitar al beneficiario de una limitación o excepción el acceso a la obra. ¿No es dable ofrecer otras vías más justas que permitan el anhelado equilibrio? Entre estas últimas cabría mencionar la imposición de multas o sanciones administrativas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual que resulten recalcitrantes, ello con el objetivo de permitir el ejercicio de los límites.

6. A MODO DE EPÍLOGO

Resulta muy difícil predecir el resultado que a largo plazo puedan tener la aplicación de las medidas tecnológicas, en cuanto al desarrollo de la investigación científica, y el acceso al conocimiento que la sociedad de la información predica y reclama, y a lo cual los operadores del Derecho no podemos darle la espalda, si no queremos negarnos a nosotros mismos.

¿Qué ocurrirá si los sistemas anticopia que se están desarrollando para los soportes digitales impiden realizar reproducciones para uso docente, de investigación o preservación?, ¿Desarrollarán los Estados mecanismos necesarios para dirimir conflictos entre las partes? ¿Se logrará una justa armonía entre celeridad y seguridad jurídica? ¿Las comisiones arbitrales creadas serán lo suficientemente imparciales como para balancear armónicamente los intereses en disputa? Como ya fue advertido por algunos observadores del proceso de aprobación de la DDASI, "*Habrà que seguir atentamente el desarrollo de los acontecimientos y los resultados de la aplicación de la Directiva en este ámbito para corregir posibles disfunciones*"³⁰, "*Sólo si los titulares de derechos, mediante la aplicación de medidas tecnológicas y por falta de voluntad propia o de llegar a acuerdos estuvieran impidiendo el disfrute de algunas excepciones presentes en la legislación nacional, los Estados miembros deberían tomar las medidas oportunas para forzar a los titulares a facilitar dicho disfrute*"³¹.

Sin dudas, compete a los Estados establecer mecanismos de control atinados que permitan un adecuado ajuste entre la aplicación de las medidas tecnológicas y el ejercicio pleno del derecho a acceder a la cultura y al conocimiento. Nada puede detener el desarrollo de las investigaciones; las ansias de saber que hoy franquea la sociedad de la información no pueden ser acotadas. Fue juicioso el legislador cuando en su disposición adicional primera de la ley 23/2006 de 7 de julio, delegó en el Gobierno la facultad de modificar, a través de real decreto, lo atinente a la relación entre la aplicación de medidas tecnológicas y el límite

29 OLIVEIRA ASCENSÃO, J., "Os limites dos limites...", *loc. ult. cit.*.

30 Así, GALLART, Núria, "Reflexiones ante la transposición de la Directiva 2001/29/CE, relativa a los derechos de autor en la sociedad de la información", en <http://eprints.rclis.org/archive/00003651/01/PHBoletin2002preprint.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2007, p. 5.

31 *Idem*, p. 6.

de copia privada, ello en atención de dos factores: las necesidades de carácter social y la evolución tecnológica, meramente enunciados por el legislador que no puede decantar la concurrencia de otras circunstancias.

Tecnología y propiedad intelectual no pueden estar divorciadas, no es conveniente que así sea, por el bien de todos. Es cierto que:

*“El progreso tecnológico es una amenaza para el derecho de autor, pero gracias a este mismo progreso tecnológico el derecho de autor podrá seguir existiendo”*³². En todo caso, ni la propiedad intelectual puede convertirse en un obstáculo para el desarrollo tecnológico, ni el desarrollo tecnológico puede erigirse en el ocaso de la propiedad intelectual³³. Ello es una verdad que debemos encarar.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los ‘usos honrados’, el ‘fair use’ y el ‘ius usus innocui’). El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al derecho de autor y la sociedad de la información”, en *Los límites del Derecho de Autor*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aisge y Reus, Madrid, 2006;

BOLÁS ALFONSO, Juan, “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000;

CADARSO PALAU, Juan, “Sobre algunos límites del derecho de reproducción: reproducciones para constancia en un procedimiento. Reproducciones para uso privado. La remuneración compensatoria por copia privada. Reproducción hechas por bibliotecas y entidades de crédito”, en *Los límites del Derecho de Autor*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aisge – Reus, Madrid, 2006;

CASTELO GARCÍA, Marisa, “Comentario a la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios”, *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, El Derecho Editores, publicado el 26 de julio de 2006 (EDB 2006/98511);

GALLART, Núria, “Reflexiones ante la trasposición de la Directiva 2001/29/CE, relativa a los derechos de autor en la sociedad de la información”, en <http://eprints.rclis.org/archive/00003651/01/PHBoletin2002preprint.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2007;

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho de autor en Internet*, Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29CE, Comares, Granada, 2003;

GÓMEZ SEGADÉ, José A., “Propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información”, en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aisge y Reus, Madrid, 1999;

32 Vid. LEPAGE, A., “Panorama general de...”, p. 9

33 Como expresamente se dice en el anexo del Plan integral del gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, contenido en la Orden Cul/1079/2005 de 21 de abril del Ministerio de Cultura, en BOE, *cit.*, p. 14074.

LEPAGE, Anne, "Panorama general de las excepciones y limitaciones del Derecho de autor en el entorno digital", en *Boletín de derecho de autor*, enero-marzo 2003, UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696s.pdf>, consultado el 25 de febrero del 2007;

MAYÁN SANTOS, María Encarnación, "Cambios en la Propiedad Intelectual e Industrial. En especial el Proyecto de Ley que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, El Derecho Editores, publicado el 2 de diciembre del 2005 (EDB 2005/187412);

MURILLO SANZ, J. Óscar, "El proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril" en *Boletín de Legislación El Derecho*, N° 401, El Derecho Editores, publicado el 7 de noviembre del 2005 (EDB 2005/156994);

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, "Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos", en *Los límites del Derecho de Autor*, Carlos Rogel Vide (Coordinador), Fundación aigse y Reus, Madrid, 2006;

PALOMO VICENTE, Vanesa, "La protección jurídica intelectual de las páginas web", en *Base de Datos de Bibliografía El Derecho*, El Derecho Editores, publicado el 27 de junio de 2006 (EDB 2006/80649);

RIERA BARSALLO, Patricia, "Posibles consecuencias de la transposición de la Directiva 2001/29/CE para las bibliotecas", en http://eprints.rclis.org/archive/00000505/01_05_Patricia_Riera_Derechos_de_Autor.pdf, consultado el 25 de febrero del 2007;

TOURNÉ ALEGRE, José Manuel, "Propiedad intelectual en la sociedad de la información", en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, N° 2305, El Derecho Editores, publicado el 28 de julio de 2006 (EDB 2006/83581);

VILATA MENADES, Salvador, "Sobre la copia privada y la tutela de los derechos de propiedad intelectual", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 4, publicado en mayo del 2006 (EDB 2006/28660).

II. Fuentes legales

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 a los derechos de autor en la sociedad de la información, en DOCE L67/2001, de 22 junio 2001 (EDL 2001/22888);

Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en *Boletín Oficial del Estado*, N° 162, de 8 de julio del 2006;

Orden Cul/1079/2005 de 21 de abril del Ministerio de Cultura, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de abril del 2005, por la que se aprueba el Plan integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, en *Boletín Oficial del Estado*, N° 99, de 26 de abril de 1999.