



La tutela de los derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito digital

RODRIGO BERCOVITZ

Sumario: I. La tutela de las medidas tecnológicas de protección de obras o prestaciones objeto de los derechos de propiedad intelectual. II. La tutela de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

La novedad más importante para la defensa de la propiedad intelectual introducida en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) por la reciente Ley 23/2006¹ es la tutela que en la misma se introduce con respecto a las medidas tecnológicas de protección de las obras y demás objetos de los derechos de propiedad intelectual, así como con respecto a la información que los acompaña para facilitar su gestión, esto es, su explotación en formato digital.

Complemento de dicha defensa son las modificaciones introducidas casi al mismo tiempo en nuestro Ordenamiento por la Ley 19/2006².

I. LA TUTELA DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE OBRAS O PRESTACIONES OBJETO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los artículos 11 TODA y 18 TOIEF obligan a las partes contratantes a proporcionar “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir

1. De 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/19/96, de 12 de abril. Transpone a nuestro Ordenamiento la Directiva 2001/29/CEE 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.
2. 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. La misma transpone a nuestro Ordenamiento la Directiva 2004/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas” por los titulares de los respectivos derechos (autores, artistas y productores de fonogramas) para restringir la utilización indebida de sus derechos de propiedad intelectual.

El artículo 6.1 a 3 de la Directiva 2001/29³ (DDASI) obliga a los estados miembros a establecer esa tutela a favor de los titulares de los derechos de propiedad intelectual⁴. Esa protección ha sido recogida en los artículos 160 a 162, así como en los artículos 138 a 141 LPI.

Se tutela cualquier medida tecnológica eficaz (art. 160.1, *in fine*), tanto frente a su elusión (art. 160.1) como frente a actos preparatorios de su elusión (art. 160.2). En esas medidas tecnológicas se deberían incluir las que se establezcan por los titulares, voluntaria o involuntariamente, como consecuencia del respeto debido a determinados límites de la propiedad intelectual. Sin embargo, el artículo 161.3 circunscribe esa tutela únicamente a los actos de elusión del artículo 160.1, y no la extiende frente a los actos preparatorios de una elusión del artículo 160.2.

Las medidas tecnológicas comprenden “toda técnica, dispositivo o componente [informático] 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” (art. 160.3, par. 1).

Ha de tratarse de medidas tecnológicas *eficaces*, entendiendo por tales las que permiten a los titulares de los derechos controlar el uso de la obra o prestación “mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección” (art. 160.3, pár. 2). Comprenden pues dos tipos de controles independientes, que pueden concurrir o no en cada caso: un control de acceso y un control de copiado o reproducción.

La tutela es en primer lugar frente a la elusión de la medida tecnológica, esto es, frente a “quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz” (art. 160.1). Comprende tanto al infractor doloso como al culposo, midiendo la culpa en función de los conocimientos y de la diligencia exigibles en cualquier usuario de la informática.

La tutela es también frente a los actos preparatorios de la elusión de medidas tecnológicas eficaces, esto es, de acuerdo con el artículo 160.2, “contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que...”:

“a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección” “de cualquier medida tecnológica eficaz”, o

3. Vid. Nota 1.

4. Incluidos los titulares del derecho *sui generis* sobre las bases de datos.

“b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección” “de cualquier medida tecnológica eficaz”, o

“c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección” “de cualquier medida tecnológica eficaz”.

Los apartados b) y c) permiten a los titulares de derechos actuar incluso cuando se trate de dispositivos, productos, componentes o servicios que puedan tener otros usos distintos de la elusión de medidas tecnológicas eficaces, siempre que los mismos sean secundarios, limitados o residuales en relación con su comercialización (aptdo. b) o en relación con su fabricación (aptdo. c).

“Dicha protección jurídica debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica. Esta protección no debe suponer obstáculos, especialmente, para la investigación sobre criptografía”⁵.

El legislador español no permite pues actuar contra quien simplemente posee sin finalidad comercial alguna, dispositivos, productos o componentes de los contemplados en el artículo 160.2, a pesar de que el apartado 49 de la Exposición de Motivos de la DDASI lo autoriza⁶. No debe menospreciarse la utilidad que podría tener semejante acción para reforzar la que se recoge en el artículo 160.1, en los términos que hemos visto, frente a los actos de elusión de cualquier medida tecnológica eficaz. Por otra parte, llama la atención que, sin embargo, el artículo 270.3 del Código Penal pueda considerar como delito esa mera tenencia de “cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”. De acuerdo con el apartado 50 de la Exposición de Motivos de la DDASI⁷, el artículo 160.4 especifica que esta protección de las medidas tecnológicas no se extiende a los programas de ordenador, los cuales siguen estando sometidos al artículo 102.c) LPI, que considera infractores de los derechos de autor a “Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”. Obsérvese que el elenco de supuestos en com-

5. Apto. 48 de la Exposición de Motivos de la DDASI, *in fine*.

6. “La protección jurídica de las medidas tecnológicas se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera disposiciones nacionales que puedan prohibir la posesión privada de dispositivos, productos o componentes para la elusión de las medidas tecnológicas”.

7. “Dicha protección jurídica armonizada [de las medidas tecnológicas] no afecta a las disposiciones específicas de protección previstas en la Directiva 91/250/CEE. En concreto, no debe aplicarse a la disposición de medidas tecnológicas utilizadas en relación con programas informáticos, la cual está contemplada exclusivamente en dicha Directiva”.

paración con el artículo 160.2 es mucho más restringido. Cabe destacar que no se contemplan los servicios, ni la promoción o publicidad de los dispositivos técnicos en cuestión. Además se requiere que los mismos tengan como *único uso* (no basta pues que sea su uso principal) la elusión de los dispositivos técnicos o medidas tecnológicas eficaces para la protección de programas de ordenador (y así se recoge en el art. 139.1.f) LPI). Resulta todavía más llamativo que no exista acción contra quienes eludan medidas tecnológicas eficaces que protejan programas de ordenador si al mismo tiempo no infringen directamente los derechos de explotación sobre el mismo (art. 99 LPI). La propia redacción del artículo 102 resulta ambigua con respecto a la autonomía de la protección prevista en el artículo 102.c) sobre los dispositivos técnicos o las medidas tecnológicas, puesto que dicho apartado c) se presenta (al igual que los apartados anteriores a) y b)) como supuesto particular de infracción de los derechos previstos en el artículo 99⁸. No obstante, el tenor literal del artículo 139.1.f) permite entender que nuestra Ley concede acción para pedir “El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”, independientemente de la existencia de infracción de los derechos de explotación sobre el programa de ordenador.

Esa menor tutela de las medidas tecnológicas en el caso de los programas de ordenador, y concretamente esa falta de plena autonomía frente a las acciones que puedan ejercerse por infracción de los derechos de explotación de la propiedad intelectual, se puede apreciar en el equilibrio que el artículo 161 establece entre la tutela de las medidas tecnológicas y el respeto debido a los límites de la propiedad intelectual. En efecto, el artículo 161.1 y 2 parte del respeto debido *en todo caso* a las medidas tecnológicas. De ahí que los beneficiarios de límites a la propiedad intelectual no puedan eludir ellos directamente tales medidas de protección, infringiendo el artículo 160.1, para disfrutar de los mencionados límites. Para ellos sigue plenamente vigente el artículo 160.1, y consecuentemente, tendrán que acudir a la autoridad judicial (art. 161.2) si los titulares de los derechos de explotación no les facilitan el disfrute de los límites en cuestión. En cambio, los beneficiarios de límites con respecto a programas de ordenador no sufren

-
8. El cual, como su epígrafe indica, regula el contenido de los derechos de explotación que recaen sobre los programas de ordenador: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 de esta Ley [límites a los derechos de explotación] los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador por parte de quien sea su titular..., incluirán el derecho de realizar o de autorizar:
- a) La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio o bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho.
 - b) La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador.
 - c) Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias”.

semejantes restricciones para disfrutar directamente de los mismos. Y es que para ello pueden eludir por su cuenta las medidas tecnológicas de protección. Recuérdese que no existe tutela de las medidas tecnológicas frente a quien las eluda, siempre que se limite a ello, sin infringir derecho de explotación alguno sobre el propio programa de ordenador. Pues bien, tal es el caso de quien elude una medida de protección para beneficiarse de un límite a los mencionados derechos de explotación sobre programas de ordenador protegidos por aquélla. De ahí que la propia Exposición de Motivos de la DDASI así lo explicita con respecto a los dos límites característicos de los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador: “Tampoco debe impedir [la tutela de las medidas tecnológicas establecidas por la propia DDASI] ni obstaculizar el desarrollo o la utilización de cualquier medio destinado a neutralizar una medida tecnológica necesaria para hacer posibles actos realizados de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5 y en el artículo 6 de la Directiva 91/250/CEE. Los artículos 5^o y 6¹⁰ de dicha Directiva establecen únicamente excepciones a los derechos exclusivos a los programas informáticos”¹¹. No hay razón para no extender ese régimen a todos los demás límites generales que puedan afectar a los programas de ordenador. Habrá que tener en cuenta este criterio de legislador comunitario a la hora de interpretar el artículo 139.1.f), el cual parece permitir en su primera parte el ejercicio de una acción de cesación (remoción) para tutelar los dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador, aunque no se haya producido una infracción de los derechos de explotación sobre los mismos.

El artículo 161 viene a trasponer a nuestro Ordenamiento el artículo 6.4 DDASI, poniendo de relieve las contradicciones en las que incurre con respecto al artículo 5.2 y 3 DDASI, fruto quizá de las dificultades que tuvo el legislador comunitario para establecer un marco adecuado en lo referente a los límites (“excepciones y limitaciones”) a los derechos de explotación inherentes a la propiedad intelectual. En efecto, ante la

9. *“Excepciones a los actos sujetos a restricciones.-*

1. Salvo que existan disposiciones contractuales específicas, no necesitarán autorización del titular los actos indicados en las letras a) y b) del artículo 4 [reproducción y transformación] cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del programa de ordenador por parte del adquirente legítimo con arreglo a su finalidad propuesta, incluida la corrección de errores.

2. La realización de una copia de salvaguardia por parte de una persona con derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en tanto en cuanto resulte necesaria para dicha utilización.

3. El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento, sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa, que tiene derecho a hacer”.

10. *“Descompilación.-*

1. No se exigirá la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma en el sentido de las letras a) y b) del artículo 4 sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:...”.

11. Apto. 50, 2.^a parte.

dificultad de armonizar plena o sustancialmente esta materia, el legislador comunitario optó por establecer una lista prácticamente cerrada¹² de límites, facultativos u opcionales, con la única salvedad de los actos de reproducción provisional a los que se refiere el propio artículo 5.1¹³. Salvo en estos casos del artículo 5.1, la DDASI permite a los estados miembros incorporar cualquiera de los límites enumerados, plena o limitadamente, o no incorporarlo en absoluto. Lo único que no puede un estado miembro es desbordar ese elenco de límites con uno nuevo o dando a uno de ellos un alcance mayor al resultante de la DDASI. Ello quiere decir que para la armonización pretendida la transposición de los límites carece de importancia. Surge de inmediato una pregunta: si se puede no transponer los límites de la Directiva o transponerlos con un ámbito de aplicación más reducido (quien puede lo más puede lo menos), ¿por qué algunos de ellos, una vez transpuestos, no pueden circunscribirse a los casos en los que no se vean restringidos por medidas tecnológicas? Sin embargo, la DDASI no permite semejante restricción con respecto a determinados límites. En ello consiste esa contradicción a la que me refería.

La contradicción resulta todavía más llamativa si se repara en que la justificación que se da para semejante tratamiento de esas limitaciones o excepciones es el respeto del orden público o de la seguridad pública: “La protección jurídica de las medidas tecnológicas se aplica sin perjuicio de las medidas de orden público, tal como contempla el artículo 5 o de la seguridad pública”¹⁴. Pero si se trata de orden y de seguridad públicos, ¿cómo explicar que la DDASI permita no transponer tales limitaciones o excepciones?

En el caso de esos determinados límites¹⁵, una vez transpuestos (en mayor o menor medida) deben ser respetados a pesar de las medidas tecnológicas. Lo que se traduce en

-
12. El artículo 5.3.o) de DDASI, que se refiere a otros casos en general, carece en verdad de una trascendencia significativa: “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos... [reproducción y comunicación pública]: o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo”.
 13. “Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:
 - a) Una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
 - b) Una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2”.
 14. Apto. 51, *ab initio*, de la Exposición de Motivos de la DDASI.
 15. Los correspondientes a los siguientes apartados del artículo 5:
 - 2.a): “en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa”;
 - 2.b): “en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”;

el deber que se impone a los titulares de los derechos de explotación de proporcionar a los beneficiarios de dichos límites “los medios adecuados para disfrutar de ellos”, esto es, los medios para desactivar las medidas tecnológicas, de manera que los mencionados beneficiarios puedan reproducir, comunicar, distribuir el objeto de los derechos de propiedad intelectual dentro del marco del límite en cuestión. Este deber ha de cumplimentarse voluntariamente por los titulares, o bien a iniciativa propia o bien mediante acuerdo con los interesados. De lo contrario habrá de cumplimentarse en su caso forzosamente, mediante resolución judicial de la jurisdicción civil, a la que pueden acudir los interesados o beneficiarios del límite. Y es que —como ya ha quedado apuntado—, éstos no pueden, sin incurrir en infracción del artículo 160.1, eludir directamente con sus propios medios las medidas tecnológicas que impidan el disfrute del límite.

Una segunda contradicción de la DDASI en esta cuestión del equilibrio entre medidas tecnológicas y límites de los derechos de explotación —que lógicamente se traslada a nuestra LPI— es que ese sistema establecido al efecto no se extiende a la comercialización a través de Internet de las obras y prestaciones objeto de aquéllas. En la difusión a través de la Red rige plenamente la autonomía privada con respecto al hipotético disfrute de los límites a los derechos de explotación. Los mismos podrán ser disfrutados o no por sus beneficiarios en función de las cláusulas contractuales pactadas por el adquirente legítimo con el titular del derecho. De ahí que el artículo 161.5 LPI establezca que: “Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo [el régimen al que me he venido refiriendo] no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”. Lógicamente a este mismo régimen quedan sometidos con carácter general los límites de los derechos

- 2.c): “en relación con actos específicos de reproducción efectuado por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto”;

- 2.d): “cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional”;

- 2.e): “en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa”;

- 3.a): “cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”;

- 3.b): “cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada”;

- 3.e): “cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos”.

(Vid. art. 6.4, párrs. 1 y 2, DDASI).

de explotación no expresamente contemplados en el artículo 161.1 con respecto a obras y prestaciones protegidas con medidas tecnológicas cuando se comercialicen fuera de Internet; también “las formas no interactivas” de explotación de obras y prestaciones en la Red: “Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones^{16,17}.”

Surge la duda de si los titulares podrán excluir contractualmente cualquiera de los límites, incluso todos ellos, al no autorizar en ningún caso la desactivación o elusión de las medidas tecnológicas que protejan sus obras o prestaciones difundidas a través de Internet. En definitiva, se trata de dilucidar si los límites en cuestión o algunos de ellos al menos tienen o no carácter imperativo. Para el Derecho comunitario no lo son obviamente, puesto que el artículo 5 DDASI —ya lo hemos visto— no ha pretendido armonizar los límites a través de una imposición uniforme de los mismos a los estados miembros, sino que se ha limitado a permitir que éstos incorporen los que consideren oportuno dentro de una lista (prácticamente) cerrada. Pero ¿cabe mantener lo mismo desde el punto de vista del Derecho interno de un estado miembro, en este caso desde el punto de vista del Derecho español? ¿Son de naturaleza imperativa los límites a los derechos de explotación de manera que no puedan restringirse o suprimirse por pacto y con la ayuda de las medidas tecnológicas? La contestación debe ser negativa, salvo cuando los mismos no puedan ser evitados por tales medidas, al no ser éstas aptas para ello. Un ejemplo nos lo brinda el límite de la parodia (art. 39 LPI)¹⁸. Lo mismo ocurre cuando el límite es imprescindible para que el adquirente legítimo del uso o disfrute de la obra o prestación pueda acceder a dicho uso o disfrute. Es el caso del artículo 5.1 DDASI, al que corresponde el artículo 31.1 LPI, sobre el que volveré más adelante.

Luego tanto en la Red como fuera de ella los titulares de derechos de explotación podrán utilizar las medidas tecnológicas de protección para impedir el uso de la obra o prestación por los beneficiarios de límites, salvo en el caso de los límites enumerados en el artículo 161.1, cuyos beneficiarios podrán exigir en su caso que se les facilite los medios para desactivar las medidas tecnológicas, y así poder usar de esos límites fuera de la Red. Sólo esos límites tienen carácter imperativo frente a las medidas tecnológicas, en los términos previstos en el artículo 161.1 y 2, cuando las obras o prestaciones se difunden fuera de Internet.

Esos límites que prevalecen fuera de la Red sobre las medidas tecnológicas son:

- 1) Los basados en fines de seguridad pública o en la tramitación de procedimientos oficiales (art. 161.1.b), d) y g), correspondiente a los arts. 31 bis.1), 34.2.c) y 135.1.c) LPI y al art. 5.3.e) DDASI).

16. Las que obligan a los titulares de los derechos de explotación a facilitar a los beneficiarios de determinados límites los medios adecuados para disfrutar de ellos a pesar de las medidas tecnológicas de protección.

17. Apto. 53, *in fine*, de la Exposición de Motivos de la DDASI.

18. “No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras ni implique riesgo de confusión con la misma ni se hiciera un daño a la obra original o a su autor”.

- 2) Los basados en beneficios a personas discapacitadas (art. 161.1.b), correspondiente al art. 31.bis.2 LPI y al art. 5.3.b) DDASI).
- 3) Los basados en la ilustración de la enseñanza y de la investigación (art. 161.1.c), d) y g), correspondientes a los arts. 32, 34.2.b) y 135.1.b) LPI, y al art. 5.3.a) DDASI).
- 4) El que permite grabaciones efímeras a las entidades de radiodifusión (art. 165.1.e), correspondiente al art. 36.3.LPI y al art. 5.2.d) DDASI).
- 5) Los que se basan en fines de investigación o conservación en favor de determinadas instituciones (art. 161.1.f), correspondientes al art. 37.1 LPI y al art. 5.2.c) DDASI).
- 6) El de copia privada (art. 161.1.a), correspondiente al art. 31.2 LPI y al art. 5.2 DDASI. En este caso la Ley admite que los titulares utilicen medidas tecnológicas que limiten el número de copias privadas: “Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el art. 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado” (art. 161.4). De ahí que el artículo 25.6 LPI, a la hora de regular los trámites que se habrán de seguir periódicamente (cada 2 años) para fijar por Orden ministerial (conjunta de los Ministerios de Cultura, y de Industria, Turismo y Comercio) el importe de la compensación por copia privada para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, establezca que se tengan en cuenta, entre otros criterios “La disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas a que se refiere el artículo 161” (art. 25.6.4.ªe).

Pero aún hay más, la conflictividad que el límite de copia privada viene planteando entre los titulares de derechos y los fabricantes de equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción de digitales es tal —y así se ha manifestado en la preparación y en la aprobación del Proyecto de ley (de la Ley 23/2006) por el Gobierno y durante su tramitación parlamentaria— que la disposición adicional primera de la Ley 23/2003 prevé una posible modificación por vía de real decreto (reglamentaria) del artículo 161 por lo que se refiere a la relación entre dicho límite y las medidas tecnológicas, en función de los cambios sociales y tecnológicos: “el Gobierno, en atención a las necesidades de carácter social, así como en atención a la evolución tecnológica, podrá modificar mediante real decreto lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 4 del art. 161 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en lo referente a la relación entre las medidas tecnológicas y el límite de copia privada” (párrafo 1).

El tenor literal de ese artículo 161.4 suscita la duda de si el número de copias privadas podrá reducirse a una, habida cuenta que se utiliza el plural para referirse a las reproducciones que se permitan por la medida tecnológica en cada caso: “número de

reproducciones”. Ciertamente que gramaticalmente cabe inducir en ese número el 1, puesto que la expresión lo incluye a pesar del plural de la palabra “reproducciones”. Pero cabe pensar que la posibilidad de semejante restricción tan drástica debería haberse explicitado de manera clara. Lo que no resulta tampoco de la DDASI¹⁹. En cualquier caso esa restricción de la copia privada deberá valorarse muy especialmente en función de la regla de las tres pasos (art. 5.5 DDASI²⁰).

La LPI puntualiza que ese deber de facilitar los medios adecuados para disfrutar de los límites a la propiedad intelectual que acabo de enumerar sólo se exige a los titulares de derechos frente a los beneficiarios que “tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate”. Tienen legalmente acceso a la obra quienes lo consiguen con la autorización de quien aparentemente tiene legitimación para ello, valorando dicha apariencia de acuerdo con la diligencia normal exigible a cualquier usuario de la obra o prestación, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

La LPI prevé la posibilidad de que los titulares lleguen a acuerdos con los interesados para neutralizar las medidas tecnológicas con el fin de que aquéllos puedan disfrutar de los límites que el artículo 161.1 garantiza. Ello se producirá lógicamente a través de negociaciones con las entidades que sean representativas del colectivo de interesados o, en su caso, con los propios interesados: asociaciones de discapacitados (art. 161.1.b), Parlamentos, Consejo General de Poder Judicial (art. 161.1.b) y d), Administraciones Públicas (art. 161.1.b), c), d), g), entidades de radiodifusión (art. 161.1.c), entidades titulares de museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos (art. 161.1.f), consumidores o usuarios (art. 161.1.a).

Para el caso de que los propios titulares no pongan a disposición de los beneficiarios las medidas adecuadas ni se llegue a un acuerdo con ellos al respecto, “los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil”, ante la que —se recuerda— los consumidores y usuarios²¹ podrán actuar a través de las entidades previstas en la LEC para la defensa de aquéllas (art. 11.2 y 3 LEC).

Llama la atención que se remita con carácter general a la jurisdicción civil si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones los interesados serán Administraciones Públi-

19. Vid. arts. 5.2.b) y 6.4, párr. 2, así como aptdo. 52 Exposición de Motivos, 2.ª parte.

20. “Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”.

21. “2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (art. 1 Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

cas, Parlamentos y el propio Poder Judicial. Resulta difícil aceptar que tales interesados no puedan, haciendo uso de sus prerrogativas, proceder directamente a neutralizar las medidas tecnológicas, sin perjuicio de que los titulares de propiedad intelectual puedan recurrir ante la jurisdicción semejante actuación, exigiendo su cesación, así como la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En cualquier caso, parece desafortunada esa remisión a la jurisdicción civil, en la medida en que la misma carece de la agilidad y de la especialidad técnica que sería de desear a la hora de solucionar este tipo de conflictos. Habría sido preferible prever la intervención de un órgano especializado de la Administración Pública, cuya resolución pudiese recurrirse lógicamente ante la jurisdicción. Esa función podría haber sido atribuida a la Comisión de Propiedad Intelectual. Pero tanto la redacción del artículo 161.2, como la de la disposición adicional segunda de la Ley 23/2006 impiden que la misma pueda asumir, en su caso, por vía reglamentaria más función que la de ser mediadora en la negociación que las partes puedan acometer, tal y como se presupone en el artículo 161.2, párr. 1, al referirse a “los acuerdos con otros interesados”.

Si los medios que los titulares deben facilitar a los beneficiarios de los límites terminan concretándose en otras medidas tecnológicas que permitan a aquéllos aprovechar tales límites, como es lógico dichas medidas deberían recibir la misma tutela general establecida para todas las medidas tecnológicas en el artículo 160. Sin embargo, el artículo 161.3 limita la tutela de estas medidas a la prevista en el artículo 160.1, de acuerdo con lo dispuesto en la propia DDASI (art. 6.4.III). Queda pues excluida en estos casos la tutela frente a los actos preparatorios de la elusión de las medidas, a los que se refiere el artículo 160.2. La protección derivada del artículo 160.1 podrá lógicamente ejercerse contra los beneficiarios mismos en el caso de que incurran en alguna de las conductas del artículo 160.1 y 2.

En cualquier caso los medios en cuestión suponen prescindir de una u otra forma de las medidas tecnológicas que impedían disfrutar del límite a los beneficiarios con acceso legítimo. Pero no es fácil que en la práctica ello permita que dichas medidas sigan siendo eficaces frente a las demás. Si el mantenimiento de unas medidas frente a las demás, pero no frente a un determinado colectivo de beneficiarios, puede resultar un propósito difícil de conseguir, ello prácticamente resultaría inviable para la puesta a disposición. Esa es una de las razones que explican que se prescinda de este sistema para la puesta a disposición de obras y prestaciones en Internet “de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija”. La seguridad es pues determinante para esta excepción: “La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento en que prefiera. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas de servicios en línea deben seguir sometidas a dichas disposiciones”²².

22. Apto. 53 Exposición de Motivos de la DDASI.

El artículo 31.1 LPI recoge la única limitación a excepción de la propiedad intelectual que la DDASI considera imprescindible para la armonización exigible en aras del correcto funcionamiento del mercado interior. De ahí que el artículo 5.1 DDASI lo establezca en términos imperativos para los estados miembros, a diferencia de lo que hace con todas las demás limitaciones o excepciones en el artículo 5.2 a 4, en donde — reiterémoslo una vez más— se deja a los estados miembros transponerlas en la medida en que así lo quieran hacer. Sin embargo, dicho límite no queda garantizado en los términos que hemos visto por el propio artículo 161.

Y es que no es necesario, puesto que, como hemos visto, el artículo 161 parte de la hipótesis de que los beneficiarios a los que se garantizan los límites en cuestión han accedido legalmente a la obra o prestación. Pues bien, ese acceso legal es precisamente posible gracias a esta excepción, tanto fuera como dentro de la Red, puesto que no desempeña sino el papel accesorio de permitir el acceso legal a la misma de una u otra forma²³.

II. LA TUTELA DE LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

El artículo 162 transpone el artículo 7 DDASI, que obliga a los estados miembros a proteger la información para la gestión electrónica de los titulares de propiedad intelectual. El tenor literal de aquél es muy similar al del precepto de la DDASI que viene a cumplimentar. A su vez, el artículo 7 DDASI copia casi literalmente el tenor literal de los artículos 12 TODA y 19 TOIEF. Dicha protección es importante (prácticamente indispensable) para facilitar la explotación de las obras y demás prestaciones a través de Internet, como pone de relieve el apartado 55 de la Exposición de Motivos DDASI: “El desarrollo tecnológico facilitará la distribución de las obras, en particular a través de redes, y ello implicará para los titulares de derechos la necesidad de identificar mejor la obra o la prestación, al autor de la obra o el titular del derecho y de proporcionar información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra o la prestación, con objeto de simplificar la gestión de los derechos vinculados a la obra o prestación. Debe alentarse a los titulares de los derechos a emplear marcados que indiquen, además de la mencionada información, entre otras cosas, su autorización cuando incluyan en redes las obras o prestaciones protegidas”. No obstante existe también un campo de aplicación de la información para la gestión electrónica al margen de la difusión a través de redes.

La necesidad de la protección no sólo deriva de esa importancia de la información, sino también de la facilidad con la que la misma puede ser suprimida o alterada, sin que quienes accedan de una u otra forma a las copias alteradas o a copias de las mismas puedan percatarse de ello.

23. Casos concretos de dicho límite son los contemplados en los artículos 100.1 y 2 con respecto a los programas de ordenador.

El artículo 162.2 especifica cuál es la información que se protege: “A los efectos del apartado anterior, se entenderá por información para la gestión de derechos toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público”.

A pesar de que el fenómeno al que se pretende atender es el de la gestión electrónica de los derechos sobre obras y prestaciones protegidas y la información electrónica asociada a la misma, la amplitud del tenor literal del precepto transcrito permite extender su ámbito de protección a cualquier tipo de información —incluida la que no sea electrónica— sobre la gestión electrónica (art. 162.1.a) y b) *in fine*). Lo que no ocurre en cambio con los artículos 12 TODA y 19 TOIEF, que expresamente se circunscriben a la “información electrónica sobre la gestión de derechos” (apartado 1.i) y ii)).

La información se refiere pues a dos aspectos: la identificación de la obra o prestación protegida (título y características); la identificación del autor y de los derechohabientes sobre la misma (es claro que estas dos informaciones se complementan); las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, que comprenden en primer lugar las condiciones de acceso legal a la misma.

La información puede aparecer directamente en lenguaje normal, o puede aparecer representada en números o códigos cuya lectura electrónica permita acceder a lenguaje normal, inteligible para las personas.

Como es lógico, la información sólo es tal si se relaciona con un ejemplar (distribución) o con una copia (comunicación) de la obra o de la prestación. La Ley habla de *asociación* en el primer caso: en el propio ejemplar, o en su envoltorio de presentación/protección, o en las instrucciones que puedan figurar en él. La Ley habla de *conexión* en el segundo caso, el de la comunicación pública, que puede ser directa o indirecta (incluso enlaces, por ejemplo). En ambos casos se trata de que cualquier persona con una diligencia normal pueda percatarse de que el ejemplar o la copia llevan información y de que esa información se refiere precisamente a la obra o prestación protegida correspondiente.

La protección comprende tanto los actos de supresión o alteración de la información como los actos de difusión o encaminados a la difusión de ejemplares o de copias en las que se haya suprimido o alterado la información. Los titulares de los derechos sobre tales obras o prestaciones protegidas pueden ejercer acciones contra quienes “lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan”:

a) Supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos.

b) Distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en

las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos”.

Existe un desajuste entre el artículo 162 LPI y el artículo 7 DDASI por lo que se refiere al aspecto subjetivo de la conducta que se sanciona. El artículo 162 exige que los actos descritos hayan sido realizados “a sabiendas y sin autorización”, y que, además, quienes los realicen “sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos”.

Pero este segundo requisito sólo se exige por el artículo 7 DDASI para los actos a los que se refiere el apartado b) antes transcrito. En los del apartado a) basta con que la supresión o alteración se realice conscientemente, sin que tenga relevancia su conocimiento (real o debido) sobre las consecuencias de dicha supresión o alteración.