

LA TENSA RELACIÓN ENTRE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LOS LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: El artículo 161 de la LPI regula la relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a los derechos exclusivos de propiedad intelectual que la propia Ley establece. La cuestión fundamental en este punto es cómo conseguir la salvaguarda real de los límites de la LPI si para acceder a la obra se necesita como paso previo el permiso o licencia de los titulares para desactivar la medida tecnológica que protege la obra. En este trabajo explicaremos cómo la Directiva 2001/29/CE diseñó un sistema de garantías para los límites que dejaba numerosas cuestiones sin solucionar. Este mismo esquema se plasmó artículo 161 LPI tras la Ley 23/2006, dándose así una salida en falso a esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: Medidas tecnológicas, derechos de propiedad intelectual, límites o excepciones a la propiedad intelectual.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA FALTA DE GARANTÍAS DE LOS LÍMITES EN EL ENTORNO *ON-LINE*. III. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS LÍMITES Y SUS DEFICIENCIAS. IV. UN CASO ESPECIAL: LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA. V. CONCLUSIÓN.

TÍTULO: THE TENSE RELATIONSHIP BETWEEN TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURES AND COPYRIGHT EXCEPTIONS AND LIMITATIONS.

ABSTRACT: Art. 161 of the Spanish Copyright Law governs the interaction between technological protection measures and Copyright exceptions and limitations. The main issue is how to guarantee the enforcement of those exceptions and limitations if it is necessary as a previous step to receive and authorization of the rightholder to access the work deactivating that technological protection. In this work we will explain how Directive 29/2001/

CE designed a system of warranties for those exceptions and limitations that left numerous questions opened. This system has also been used in art. 161 of the Spanish Copyright Law after Law 23/2006, giving a false solution to this problem.

KEYWORDS: *Technological protection measures, Copyright, Exceptions and Limitations to Copyright Law.*

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE LACK OF WARRANTIES FOR EXCEPTIONS AND LIMITATIONS IN THE *ON-LINE* ENVIRONMENT. III. THE WARRANTIES FOR THE EXCEPTIONS AND LIMITATIONS AND THEIR DEFICIENCIES. IV. A SPECIAL CASE: THE PRIVATE COPYING EXCEPTION. V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas tecnológicas son dispositivos informáticos que permiten a los derechohabientes controlar el acceso a las obras y la realización de ulteriores actos de explotación (reproducción y comunicación al público, en especial). Algunos ejemplos de dicha protección son una contraseña de acceso o un dispositivo informático que impide al usuario hacer una copia digital de la obra o prestación.

Como es lógico, para que las medidas tecnológicas puedan proteger eficazmente a los titulares es necesario que se sancione su desactivación, y de ahí que el artículo 160.1 LPI sancione los actos individuales de elusión cometidos por los usuarios (por ejemplo, la eliminación de un dispositivo anticopia insertado en un DVD). En estos casos, los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones previstas en la LPI para el caso de infracción de derechos, y, en especial, la de indemnización.

Los problemas que este sistema plantea en relación con los límites a la propiedad intelectual pueden comprenderse mejor si pensamos en las tres situaciones siguientes:

En la primera de ellas, tenemos a una usuaria de Internet, Cristina, que ha descargado distintas canciones y álbumes completos de tiendas de música legal *on-line* abonando su correspondiente precio. Para evitar que un fallo en el disco duro de su ordenador personal o un virus borre por entero su colección musical, Cristina decide hacer una copia de seguridad de todas sus canciones. Sin embargo, un sistema de protección contra el copiado impide que las canciones descargadas desde Internet puedan ser grabadas en el CD de datos que Cristina pretendía usar para la copia.

Contrariada, Cristina contacta con la empresa vendedora para que le faciliten una clave de seguridad que le permita copiar los archivos en otro ordenador, cosa a lo que dicha empresa se niega. En esta situación, la pregunta que nos debemos plantear sería: ¿Tiene Cristina alguna posibilidad de acuerdo con la legislación española para poder realizar la reproducción pretendida?

Pensemos ahora en un segundo supuesto, en el que «Libros-para-todos» es una ONG dedicada a la protección de los invidentes que ha desarrollado una tecnología para convertir libros en formato digital en ejemplares en papel escritos en Braille mediante el uso de impresoras adaptadas. Cuando la ONG intenta imprimir 50 copias en Braille de una enciclopedia adquirida en una tienda en formato DVD para distribuir las a distintas bibliotecas para invidentes se encuentra un dispositivo anticopia que no puede desactivar.

La ONG se dirige tanto a la Editorial de la enciclopedia como a la Asociación de Editores Electrónicos, que se niegan a facilitar la clave anticopia. ¿Podría la ONG con el texto de la LPI española en la mano desactivar la protección tecnológica mediante un programa bajado de Internet y realizar las copias en Braille para que las disfruten sus asociados?

Imaginemos ahora un tercer supuesto, en el que el señor López desea hacer dos copias de una serie de 150 películas en formato DVD, películas que ha adquirido legalmente en distintos establecimientos comerciales. La primera serie de copias quiere que le sirva como repositorio de seguridad en el caso de que algunos de los DVD originales sufran daños o ralladuras. La segunda serie de copias quiere llevársela a su residencia en la playa, que utiliza en vacaciones. Cuando el señor López intenta copiar los DVD en un soporte «virgen» se encuentra con que algunos de ellos cuentan con un sistema anticopia que sólo le deja realizar una primera reproducción de cada original. El sistema es además «inteligente», de manera que se instala también en esa primera copia autorizada, que ya no puede ser ulteriormente reproducida. ¿Qué posibilidades tiene el señor López de acuerdo con la LPI española para lograr la confección de la segunda serie de copias?

Como hemos señalado antes, debemos de tener en cuenta que el punto de partida de la legislación española en supuestos como estos es que los usuarios no pueden eludir una protección tecnológica como la que hemos descrito en los tres ejemplos precedentes si no se cuenta con la autorización (licencia) de los derechohabientes.

Lógicamente, los titulares de derechos de propiedad intelectual normalmente concederán dicha autorización a cambio de una compensación económica, lo que *de facto* supone una negación del propio concepto de límite o excepción a los derechos de autor, que, por definición, es un habilitación que la Ley establece para realizar determinados usos de las obras (actos de reproducción,

distribución, comunicación pública o incluso transformación) sin el permiso o licencia de los derechohabientes.

Así, ocurre, por ejemplo, cuando la ley autoriza a citar una obra literaria para su comentario o juicio crítico, o cuando se permite la utilización de obras ajenas para la ilustración de la enseñanza. Los límites no son por tanto necesariamente gratuitos, pero los actos cubiertos por dichos límites deben quedar exentos del requisito general de la licencia o autorización del derechohabiente.

Se plantea por tanto una dificultad inherente a los sistemas continentales de propiedad intelectual que requiere del legislador una suerte de «cuadratura del círculo»: ¿cómo podemos lograr que el usuario respete la prohibición de no eludir la protección tecnológica y, a la vez, garantizarle determinados usos (pensemos, por ejemplo, en un dispositivo anticopia y en la confección de copias para uso privado).

Desde luego, lo que no resulta posible sin debilitar la protección tecnológica es darle sin más al usuario «acceso libre» a la obra o prestación protegida, porque una vez que el usuario logra dicho acceso puede llevar a cabo no sólo el abanico de usos lícitos tolerados por la Ley (como usar la obra para citarla, o para la ilustración de la enseñanza), sino lógicamente también cualquier otra utilización de la misma. Y el objeto último de la protección tecnológica instalada por los derechohabientes es precisamente controlar (y por tanto, licenciar y cobrar), cada una de dichas utilidades.

Pero tampoco parece posible simplemente desconocer la existencia del límite, de manera que la protección tecnológica sea una suerte de medio de supresión en la práctica de una posibilidad de actuación que la Ley concede a todos los ciudadanos. ¿Qué podemos hacer por tanto para coherenciar la tutela legal de las medidas tecnológicas y la eficacia práctica de los límites a la propiedad intelectual?

II. LA FALTA DE GARANTÍAS DE LOS LÍMITES EN EL ENTORNO ON-LINE

Cuando esta cuestión se planteó durante el proceso legislativo de la que luego acabaría siendo la Directiva 2001/29/CE, de Derecho de Autor en la Sociedad de la Información (en adelante, DDASI), el legislador comunitario pronto observó cómo se trataba de una cuestión problemática, poco dada a soluciones cerradas.

Por este motivo, y gracias a un compromiso de última hora, se tomó la decisión de dejar esta cuestión en manos de los legisladores de los Estados miembros, que debían articular en cada caso una solución particular de acuerdo a sus propios intereses y sistemas jurídicos. Existe por tanto una amplia libertad

para los Estados miembros a la hora de definir cómo tiene que ser la relación entre medidas tecnológicas y límites a los derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, la libertad de los Estados no era ilimitada, existían dos reglas generales que se debían respetar. La primera resultaba de aplicación en los supuestos en los que la obra o prestación protegida se explota a través de Internet y acompañada de una licencia o contrato electrónico.

Para estos casos, el artículo 6.4.V de la Directiva señala que: «Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo *no será de aplicación* a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público *con arreglo a lo convenido por contrato*, de tal forma que *personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido*».

Mediante esta norma se excluía la aplicación del sistema de garantía de las excepciones (sistema que luego explicaremos) a estos supuestos, lo que implica en la práctica que existe una supremacía absoluta de la voluntad de los derechohabientes respecto del ejercicio de los límites que (teóricamente) disfrutaban los usuarios.

Los límites no están garantizados, de manera, que, si, por ejemplo, existe un dispositivo anticopia que protege un archivo enviado *on-line* (imaginemos un archivo PDF enviado a un lector electrónico con conexión WI-FI), no se puede desactivar dicha protección tecnológica con el argumento de que se quiere llevar a cabo una reproducción para uso privado del copista, reproducción que en un principio la ley permite a cualquier persona si se cumplen las condiciones del artículo 31.2 de LPI.

La decisión del legislador europeo responde a la idea de hacer posible la existencia de un mercado de «pago por uso», de manera que cualquier acceso a la obra, y cualquier acto de explotación ulterior de la misma (cualquier uso), estén controlados por los titulares de derechos gracias a la acción combinada de un contrato *on-line* (que establece las condiciones jurídicas del uso) y un dispositivo tecnológico que garantiza que el usuario cumpla dichas condiciones. Se está pensando por tanto en grandes bases de datos de obras y prestaciones protegidas que se explotan a través de Internet, en donde la utilización práctica de los límites queda condicionada en la práctica a la voluntad de los derechohabientes.

Esta sistema ha sido implementado en la mayoría de los Estados miembros, que han decidido incorporar a su legislación interna el artículo 6.4.V de la DDASI casi de forma literal (así ha ocurrido en España en el artículo 161.5 de la LPI).

Teniendo en cuenta este régimen, podemos dar respuesta al primer supuesto que nos planteábamos al principio de esta exposición, el de una usuaria de una

tienda de música *on-line* (Cristina) que desea hacer una «copia de seguridad» de su librería musical.

En estos casos, y por aplicación directa del artículo 161.5 LPI, Cristina no tiene la posibilidad de realizar la copia por sí misma, pues ello implicaría desactivar el dispositivo anticopia sin el permiso de los derechohabientes, desactivación prohibida en nuestro Derecho por el artículo 160.1 de la LPI. Esto deja en la práctica a Cristina desprovista de la posibilidad hacer una reproducción que, en teoría, queda cubierta por el artículo 31.2 de la LPI (límite o excepción de copia privada).

Con todo, cabe dudar de si en la práctica realmente las cosas serán así. De hecho, más bien parece que los usuarios individuales no dudarán en «crackear» o romper la protección tecnológica de los archivos si encuentran los medios adecuados para ello y tienen la suficiente pericia técnica como para utilizarlos. La cuestión de la utilización o no de los límites existentes en la LPI se convierte por tanto en una cuestión más relacionada con el *know-how* del usuario medio que con el régimen establecido por la LPI.

III. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE LOS LÍMITES Y SUS DEFICIENCIAS

La segunda regla impuesta por la Directiva 2001/29/CE se aplica en el caso de obras explotadas fuera del entorno de las redes digitales o las de aquellas que se vuelcan en la red pero sin la intermediación de un contrato o licencia que el usuario tenga que suscribir de forma directa, situación en la que el artículo 6.4.I y II de la DDASI obligó a los Estados a crear una lista de límites «fuertes» o «privilegiados» que las medidas tecnológicas deben respetar en todo caso.

La lista de límites fuertes se confeccionó sin un criterio claro a partir del escarapate del artículo 5 de la norma, y se incluyeron todos los relativos al derecho de reproducción del artículo 5.2 (menos el que regula la copia privada), y los de las letras a), b) y e) del artículo 5.3 DDASI, respecto del derecho de comunicación pública.

Respecto de dicho régimen, resulta en primer lugar llamativo que se cree una lista de excepciones privilegiadas o fuertes si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los límites del artículo 5 (en realidad, todos menos el caso especial de las «reproducciones técnicas» del art. 5.1) son facultativos, es decir, los Estados son libres para incluirlos o no en su legislación nacional. Pero si un Estado decide incorporarlo en la legislación nacional, también debe ser garantizado frente a la protección tecnológica si es uno de los límites «fuertes» que la Directiva contempla.

En segundo lugar, también destaca la falta de un sistema que asegure que en la práctica se respetan los límites garantizados frente a la protección tecnológica. Así, la Directiva comienza ordenando (más bien, deseando), que sean los titulares los que faciliten voluntariamente el ejercicio de los límites fuertes. Cuando esto no ocurre así (y no es previsible que ocurra con frecuencia), simplemente se obliga a que los Estados miembros «establezcan mecanismos» para obligar a los titulares que se niegan a facilitar a los usuarios los usos que quedan cubiertos por el paraguas de alguno de los límites «fuertes».

De esta forma, se dejan pendientes de la decisión de los legisladores estatales cuestiones centrales, como la de cómo podía lograrse en la práctica que los derechohabientes habilitaran una «puerta trasera» a su protección tecnológica que permitiera un cierto disfrute de los límites sin desvelar su tecnología en el camino. Tampoco se solucionaba el problema de cómo controlar que el usuario que hacía uso de esta «puerta trasera» utilizara la obra sólo en la medida amparada por el límite, y no con otra finalidad distinta de la legalmente prevista.

Además, desde el punto de vista de la legitimación para pedir este «levantamiento» o relajación de la protección tecnológica cuando estaba en juego el ejercicio de un límite fuerte la Directiva no aclaraba si cualquier usuario legítimo de la obra tenía esta posibilidad, o sólo podían actuar asociaciones o entidades representativas de los usuarios.

Por último, aunque no menos importante, la Directiva no establecía qué instancia o autoridad nacional tenía que garantizar que los titulares hicieran posible el ejercicio de los límites fuertes. Así, cabía desde un sistema de arbitraje obligatorio que contara con la intervención de un órgano administrativo *ad hoc* (como ocurre en Italia o Francia) hasta otro en el que los Estados recurrieran a la tutela judicial ordinaria, como se ha hecho en países como España o Alemania. Era posible incluso plantear la existencia de procedimientos de arbitraje voluntarios.

Pues bien, estas incertidumbres no han sido despejadas de forma definitiva en España por el artículo 161.1 LPI, que es el que regula en nuestro país la tensa relación entre los límites o excepciones a los derechos de autor y las medidas tecnológicas de protección. Dice dicha norma que:

«Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate».

La lista de límites «fuertes» para el legislador español incluye el límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2 LPI; el límite rela-

tivo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis LPI; el límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2 LPI; el límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b); el límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3; el límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1 y, por último, el límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho *sui generis* en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c).

Resulta por tanto que, como la Directiva exigía, se han incluido todos los límites mencionados en el listado de la Directiva, aunque, lógicamente, con la redacción que tienen en la legislación española, que no siempre coincide exactamente con la existente en la DDASI. No había aquí margen alguno para el legislador nacional puesto que en este caso los Estados quedaban obligados por la norma armonizadora a tomar las medidas pertinentes para garantizar la eficacia práctica y respeto de los límites frente a la protección tecnológica.

En cualquier caso, esto significa que los límites que contiene la LPI que no han sido incluidos en la lista del artículo 161.1 no pueden beneficiarse del sistema de salvaguarda o garantía que establece a continuación el artículo 161.2 LPI. Así ocurre por ejemplo con el límite respecto del uso de obras protegidas en trabajos sobre temas de actualidad (art. 33.1 LPI) o el límite relativo a la parodia (art. 39 LPI).

La lista de límites privilegiados es por tanto un *numerus clausus*, de manera que sólo están garantizados como límites fuertes los expresamente citados en el artículo 161.1 LPI, y no los demás que nuestra legislación reconoce.

En cuanto al sistema empleado por nuestro legislador para garantizar los límites fuertes, lo cierto es que el artículo 161.2 LPI ha optado por resolver la cuestión más formalmente que en el fondo, al establecer lo siguiente:

«Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil».

A la vista está que el legislador español se ha limitado a plasmar la idea primera de que en esta materia deben prevalecer los acuerdos entre los derechohabientes y «otros interesados», lo que, además de ser en rigor innecesario (puesto que las partes siempre son libres de llegar a los acuerdos a los que estimen oportunos en virtud del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC), deja abierta la cuestión decisiva, que es definir cómo puede establecerse un sistema voluntario de garantía de los límites entre las partes sin debilitar la eficacia de la medida tecnológica utilizada.

Así, pensemos por ejemplo en una página web protegida por una contraseña en la que se explota una serie de fotografías en formato digital. ¿Cómo hacer posible que el usuario acceda a la página para usar una de estas fotografías para una actividad de ilustración de la enseñanza y garantizar que no la va a usar con otra finalidad, o que no usará otras fotografías a las que ha tenido acceso?

En todo caso, la norma permite que los derechohabientes utilicen cualquier medida que estimen pertinente para garantizar la lista de límites fuertes, aunque el límite sólo debe quedar protegido para que los usuarios puedan «disfrutar de ellos, conforme a su finalidad».

Esto significa que los derechohabientes no quedan obligados a desmantelar totalmente su protección tecnológica, dando libre acceso a la obra al usuario. Por el contrario, sólo deben facilitar o hacer posible que se consiga la finalidad perseguida por un límite en concreto. Así, por ejemplo, los titulares pueden optar por desactivar el sistema anticopia de forma temporal para que una Biblioteca pública pueda hacer una reproducción de la obra con fines de investigación de acuerdo con el artículo 37.1, pero una vez realizada dicha reproducción no hay obligación de seguir suministrando acceso a la obra a dicha Biblioteca.

Además, resulta obvio que el recurso en este ámbito a la jurisdicción civil como mecanismo de solución de la controversia cuando los derechohabientes no permiten voluntariamente que los usuarios disfruten de los límites fuertes resulta totalmente ineficaz.

Ello se debe a que la relación entre coste y beneficio para el usuario es desproporcionada (¿se recurrirá al juez para usar una obra para ilustración de la enseñanza, o simplemente se usará otra obra no protegida por una medida tecnológica?). Además, se posterga la resolución del conflicto en el tiempo de forma desproporcionada, consumiendo recursos procesales públicos y privados de forma totalmente ineficiente.

Son seguramente estos factores los que explican que en nuestro país, hasta donde yo conozco, todavía no haya habido ni un solo caso en el que un usuario haya solicitado antes los Juzgados de lo Mercantil que se le garantice el disfrute de los límites mencionados en el listado del art. 161.1 LPI. Y, salvo

que se quiera empezar una batería de casos de muestra o test en este sentido, es previsible que esta situación se mantenga así en el futuro inmediato.

Ello es así a pesar de que el legislador, de forma bienintencionada, dotó en el artículo 161.1 *in fine* LPI de legitimidad respecto de estas reclamaciones a las asociaciones de consumidores y usuarios, pensando que quizá por la vía de las *class actions* los titulares podrían verse forzados a «abrir» su protección tecnológica por vía judicial.

Sea como sea, aplicando de forma directa este régimen legal podemos resolver el segundo supuesto práctico que antes nos planteábamos, el de una ONG que quiere realizar copias impresas en Braille de una enciclopedia comercializada en DVD.

La existencia del dispositivo anticopia en el DVD imposibilita que la ONG desactive la protección por sus propios medios (art. 160.1 LPI). No es relevante a estos efectos cuál es la finalidad perseguida por dicha desactivación, este es un dato irrelevante para nuestra Ley.

De este modo, puesto que han fracasado los intentos de negociación con la editorial para llegar a un acuerdo (los «acuerdos voluntarios» a los que se refiere el art. 161.1 LPI), a la ONG no le quedará más remedio que iniciar un largo y costoso proceso ante la jurisdicción civil para lograr su objetivo, lo que lógicamente debilita de forma muy importante en la práctica el límite del apartado segundo del artículo 31 bis.

Por este motivo, parecen preferibles en este punto los sistemas que han adoptado otros países de nuestro entorno, que permiten dar una solución al conflicto más sencilla, rápida y barata. Así ocurre por ejemplo en Francia, en donde existe un proceso de conciliación obligatorio ante el órgano administrativo competente, la HADOPI. Si no hay acuerdo entre las partes tras el acto de conciliación, la HADOPI resuelve en un plazo de dos meses, estableciendo las medidas que estime adecuadas para garantizar al usuario el disfrute del límite en cuestión. Dicha resolución puede ser objeto de recurso ante la Corte de Apelación de París, recurso que tiene efectos suspensivos.

Algo similar se ha hecho en Italia, en donde existe un procedimiento de conciliación ante el órgano administrativo competente, el *Comitato Consultivo Permanente per il Diritto di Autore*.

De hecho, incluso en los países en los que se ha tomado la decisión de enviar el asunto a la sede judicial en caso de desacuerdo, se han incluido mecanismos para «motivar» a los titulares a la hora de permitir a los usuarios el disfrute de los límites fuertes. Es lo que ocurre por ejemplo en Alemania, en donde el párrafo 95b de la Ley alemana de derecho de autor no sólo establece la obli-

gación legal de que todo titular que utiliza una medida tecnológica deba hacer posible la utilización de los límites a los usuarios en los términos marcados por la Ley, sino que se impone una multa de hasta 50.000 euros para aquellos derechohabientes que impidan el ejercicio efectivo de los límites.

Además, en el supuesto de que el titular del derecho no permita de forma voluntaria el ejercicio del límite el usuario que recurre a la jurisdicción civil tiene la opción en caso de recibir una sentencia favorable entre solicitar el ejercicio del límite o pedir una indemnización por la negativa injustificada a abrir una «puerta de atrás» en la protección tecnológica.

Se trata esta de una solución adecuada para evitar la situación que actualmente se produce en España, en la que el titular demandado ante la jurisdicción civil ve cómo, en el peor de los casos, la sentencia sólo le puede condenar a hacer eso a lo que la Ley en todo caso le obliga: desactivar la medida tecnológica. De este modo, sin temor a una reclamación indemnizatoria, el titular tiene un incentivo evidente para no desactivar voluntariamente la protección tecnológica: lo peor que le puede pasar es que se le obligue a cumplir con lo que la Ley impone (y, en algún caso, pagar las costas del proceso).

Sin embargo, los costes en tiempo, dinero y esfuerzo del proceso sí desincentivan a los usuarios, que se verán en la práctica abocados a pagar el precio de la desactivación de la medida tecnológica (renunciando al límite), a utilizar otra obra para la finalidad que pretenden o, lisa y llanamente, a eludir la protección tecnológica si tienen la pericia técnica para ello.

De este modo se penaliza al usuario «legal», al que se le hace pasar por un penoso proceso judicial con la única esperanza de lograr, en el mejor de los casos, la desactivación de la protección tecnológica, incentivando a la vez al usuario «ilegal», que simplemente elimina dicha protección tecnológica sin el permiso de los titulares.

IV. UN CASO ESPECIAL: LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA

Como acabamos de ver, los artículos 6.4.I y 6.4.II de la Directiva 2001/29/CE establecieron una lista de límites «fuertes», que no podían ser eliminados en la práctica mediante el uso de las medidas tecnológicas.

Sin embargo, los Estados tenían libertad para incluir o no la llamada excepción de copia privada dentro de la lista de límites privilegiados, cuestión que había resultado muy polémica durante la tramitación de la Directiva por la gran incidencia de dicho límite en la explotación normal de las obras y prestaciones protegidas.

Lo que hizo la Directiva en este caso fue establecer un sistema de libertad condicional o vigilada para los Estados miembros. Dichos Estados podían incluir o no la excepción de copia privada dentro de los límites fuertes, pero cuando decidían garantizar la excepción contra el juego de los dispositivos anticopia instalados por los titulares, dichos titulares debían tener siempre la última palabra respecto del número de reproducciones que quedaban fuera de su control. Lo que, cabalmente entendido, significa que el usuario tiene «garantizada» la posibilidad de hacer *una primera copia* incluso cuando existe protección tecnológica, pero no más.

Pues bien, la Ley española ha hecho uso de la habilitación que le concedía la Directiva 2001/29/CE, incluyendo la excepción de copia privada (que en nuestra Ley está en el art. 31.2 LPI) dentro de la lista de límites del artículo 161.1 LPI.

Sin embargo, el artículo 161.4 de la LPI claramente señala que *«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 artículo 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»*.

Del tenor de dicha norma, y de su interpretación conforme al artículo 6.4.II *in fine* de la Directiva 2001/29/CE se desprende que no se puede impedir a los titulares que pongan un tope o límite al número de copias que quedan bajo el amparo del límite de copia privada. O, en otras palabras, que si el mecanismo anticopia que se ha utilizado en un archivo o soporte concreto permite al usuario realizar una única copia de la obra o prestación protegida de la que se trate, dicho usuario no puede acudir al mecanismo judicial de garantía de los límites para solicitar la confección de copias adicionales.

Corroborar dicha interpretación el hecho de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006 (de la que proviene la actual redacción de este art. 161.4 LPI) se barajara incluir un mínimo de tres reproducciones garantizadas, idea que finalmente fue rechazada.

Pues bien, a la vista de esta situación legal podemos resolver el tercer supuesto que nos planteamos al principio de esta intervención, el del particular que desea realizar dos copias de su colección de películas en DVD.

De acuerdo con el artículo 160.4 LPI, el usuario no tiene la posibilidad de desactivar la protección anticopia del DVD para realizar esa segunda reproducción que desea. Y tampoco podrá acudir ante el Juez de lo Mercantil para solicitar por vía judicial que se desactive la protección para realizar dicha segunda copia, puesto que ya ha existido una primera garantizada.

En este caso, por tanto, el usuario no tiene más remedio que comprar de nuevo toda su colección de DVDs o, si tiene la pericia suficiente, desactivar por sí mismo el dispositivo anticopia para llevar a cabo esta segunda reproducción, lo que, de alguna manera, de nuevo incentiva la conducta «ilegal» frente al estricto cumplimiento de la legalidad.

V. CONCLUSIÓN

El régimen establecido por el artículo 6.4 de la Directiva 2001/29/CE respecto de la relación entre las medidas tecnológicas de protección y los límites a la propiedad intelectual resulta claramente insuficiente. Dicho régimen, reproducido en lo esencial en España mediante el artículo 161 LPI, priva en la práctica de eficacia a los límites en diversas situaciones. Respecto de los contenidos *on-line*, porque en este caso los límites quedan, por designio legal, sometidos al imperio práctico de las medidas tecnológicas. En otros supuestos el mecanismo de garantía de los límites establecido en España (el reenvío a la jurisdicción civil), resulta totalmente ineficiente respecto del objetivo que se pretende conseguir. Por último, en el caso concreto de la copia privada el usuario puede verse tentado a eludir la protección tecnológica cuando desee realizar una segunda reproducción de sus repertorios, puesto que la legislación española sólo le garantiza *una* de dichas copias.