

# LA COPIA PRIVADA DIGITAL\*

Por Rafael SÁNCHEZ ARISTI  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad Rey Juan Carlos

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTUACIÓN DE PARTIDA. 2.1. LA NOCIÓN DE «COPIA PRIVADA» Y EL FUNDAMENTO DEL LÍMITE. 2.2. LA COPIA PRIVADA DIGITAL: PECULIARIDADES FRENTE A LA COPIA PRIVADA ANALÓGICA. III. LA ARTICULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL. 3.1. ANTECEDENTES: PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS ELECTRÓNICAS. 3.2. HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS OBRAS/PRESTACIONES INTELLECTUALES: LA LICENCIA O CESIÓN DE USO A FAVOR DEL DESTINATARIO FINAL Y LA SUPRESIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS. 3.3. OPCIONES PARA UNA APROXIMACIÓN HORIZONTAL A LA COPIA PRIVADA DIGITAL. 3.4. RECAPITULACIÓN PARCIAL. IV. LA COPIA PRIVADA DIGITAL: TRATAMIENTO ACTUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO. 4.1. ACERCA DE LA EXTENSIÓN DEL CANON COMPENSATORIO POR COPIA PRIVADA A LOS EQUIPOS Y MATERIALES APTOS PARA REALIZAR COPIAS DIGITALES. 4.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN: TENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y ACUERDO ENTRE LOS EMPRESARIOS DEL SECTOR Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN. 4.3. COMPATIBILIDAD ENTRE CANON COMPENSATORIO Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS. 4.4. ¿ESTÁ LEGALMENTE AMPARADA EN EL MOMENTO PRESENTE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS ANTICOPIA [PRIVADA] EN ESPAÑA? 4.5. LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN TANTO COMPRADORES DE UN SOPORTE MATERIAL. V. LA DIRECTIVA 2001/29/CE (DDASI) Y SU PREVISIBLE IMPACTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. 5.1. EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN LA DDASI: LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA. 5.2. COPIA PRIVADA ANALÓGICA Y COPIA PRIVADA DIGITAL: LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS SON LA CLAVE. 5.3. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y SU MODULACIÓN PARA FAVORECER EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA. VI. TRATAMIENTO DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LPI. EN PARTICULAR LA COPIA PRIVADA DIGITAL Y SUS RELACIONES CON LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El examen de la copia privada digital acapara actualmente el interés de numerosos especialistas en propiedad intelectual. Mi intención en estas páginas es, en primer lugar, trazar una delimitación lo más precisa posible del alcance de este concepto, para después realizar una exposición sucinta de su tratamiento a nivel normativo. Enfoco el primero de estos dos objetivos con el ánimo de contribuir a superar la creciente equivocidad que se está generando en este ámbito, consecuencia de efectuar una asimilación, no sé si ingenua o interesada, entre copia privada y piratería. En mi opinión, esta asimilación debe

---

\* El presente estudio está elaborado sobre la base de la Ponencia que presenté en el Curso titulado «Propiedad intelectual: reforma legislativa y lucha contra la piratería», el cual tuvo lugar en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Santander, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan José Marín López, durante los días 15 a 19 de septiembre de 2003. En él he incluido informaciones y argumentos que, aportados por otros ponentes o por los asistentes al Curso, afloraron en el seno del mismo.

ser severamente combatida desde un punto de vista conceptual. Expresiones como «piratería doméstica»<sup>1</sup>, encierran una verdadera *contradictio in terminis*, pues una acción cuyos efectos no sobrepasen el ámbito de lo doméstico difícilmente puede ser catalogada como piratería<sup>2</sup>.

Podría verse algún obstáculo a lo que digo en el argumento según el cual la copia privada es susceptible de causar en el entorno digital un impacto de dimensiones comparables a las que antaño, en el entorno analógico, sólo podían alcanzar actividades de piratería. Sin embargo, aparte que de una eventual comunidad de resultados no necesariamente ha de inferirse una comunidad de naturaleza, hay que puntualizar que esos perniciosos efectos que algunos pregonan atribuyéndoselos a la copia privada, procederían en rigor de mal llamadas copias privadas, es decir, procederían de copias hechas por un particular pero empleadas para subsiguientes usos ilícitos, como sería la puesta a disposición del público en Internet de un fichero con obras y prestaciones musicales elaborado a partir de un disco compacto comercial<sup>3</sup>. También en el entorno analógico puede suceder que una copia pretendidamente privada resulte ser objeto de utilizaciones que desbordan los contornos de ese límite legal. Lo que sucede es que, lejos de tomar esa circunstancia como base para proponer erradicar el límite de copia privada, la reacción adecuada es sencillamente la de negar que tales copias puedan resultar amparadas bajo dicho límite. Cercenar de raíz toda posibilidad de realizar libremente copias privadas so capa de evitar las hipotéticas utilizaciones ilícitas para las que los usuarios podrían emplearlas, no me parece la más imaginativa de las soluciones. Es además una solución que implica la estigmatización de todos los usuarios, sean o no leales, a causa del comportamiento protagonizado por una minoría de infractores.

Por lo que se refiere al tratamiento normativo de la copia privada, deseo sobre todo proporcionar algunas herramientas de interpretación de la Directiva 2001/29/CE, 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 (DDASI), que debe convertirse, junto con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TDA) y el Tratado de la OMPI

---

<sup>1</sup> Que algunos, como F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), p. 51, no dudan en emplear.

<sup>2</sup> Entendiendo por tal en este contexto aquella actividad que comporte la explotación ilícita —generalmente masiva— de una obra o prestación protegidas por la propiedad intelectual. Como bien dice SERRANO GÓMEZ, mientras que en el caso de la copia privada «no existe ningún objetivo de explotación comercial», «la copia pirata está destinada a la comercialización fraudulenta de la obra protegida». Vid. E. SERRANO GÓMEZ, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 214.

<sup>3</sup> A este respecto me remito a las atinadas observaciones de J. LITMAN, *Digital copyright*, Prometheus Books, Nueva York, 2001, pp. 85-86. Para esta autora no es de recibo considerar sin más que la misma clase de comportamientos que tradicionalmente venían siendo admitidos como lícitos sin necesidad de autorización (v. gr. hacer copias para uso personal), hayan comenzado a tildarse de ilícitos por el hecho de que *podrían* ser objeto de subsiguientes usos (v. gr. carga en Internet) los cuales a su vez *podrían* dar lugar a ulteriores actos masivos de disfrute (v. gr. descarga desde la red efectuada por millares de personas).

sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), ambos aprobados en la Conferencia de Ginebra de 2-20 de diciembre de 1996, en el texto de referencia para establecer qué tratamiento cabe en un futuro inmediato al límite de copia privada dentro del entorno digital.

La copia privada ha sido uno de los principales caballos de batalla durante el procedimiento de elaboración de la DDASI, como se ha dicho sin exageración, y como lo demuestra que el precepto de referencia haya sido sometido a numerosas alteraciones desde la Propuesta Inicial de la Comisión hasta el trámite de segunda lectura en el Parlamento, pasando por la Propuesta Modificada y la Posición Común del Consejo<sup>4</sup>.

Al análisis de la Directiva debe preceder un somero examen del estado de la cuestión en nuestro vigente Derecho interno, así como seguir una reflexión sobre los ajustes que en su caso deberán hacerse en nuestro ordenamiento interno a fin de incorporar las disposiciones de la DDASI en materia de copia privada. Una mirada al Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la LPI (BALRLPI), publicado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte con fecha de 23 de enero de 2003, completará este estudio.

## **II. CONCEPTUACIÓN DE PARTIDA**

### **2.1. LA NOCIÓN DE «COPIA PRIVADA» Y EL FUNDAMENTO DEL LÍMITE**

Antes de pasar al análisis de lo que debe entenderse por copia privada digital, es necesario hacer algunas aclaraciones preliminares sobre la noción misma de copia privada, pues sus perfiles, aunque parezca extraño, no siempre resultan bien delimitados a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Evidentemente, cuando de copia privada hablamos, estamos refiriéndonos al límite contemplado en el artículo 31.2.º LPI, límite al derecho de reproducción que ampara al legítimo tenedor o receptor de un soporte tangible o intangible de una obra a fin de que, sin necesidad de autorización del autor, pueda efectuar reproducciones para su uso privado, bien entendido que las mismas no podrán ser objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Es importante notar que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 132 LPI, el límite de copia privada es aplicable también a los otros derechos de propiedad intelectual. Se trata pues de la copia hecha en el ámbito doméstico para cubrir algunas utilidades no comerciales, tales como el *time-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un día y hora determinados, la graba en un soporte virgen para poder disfrutarla en un momento posterior), el *space-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación

---

<sup>4</sup> Vid. esa afirmación, junto con la descripción de los pormenores de dicho procedimiento, en I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, pp. 434-441.

en un espacio determinado, la graba para poder disfrutarla en otro lugar), el *device-shifting* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación en un formato determinado, la graba en otro formato para poder emplearlo en un equipo diferente), o el *sampling* (el usuario que dispone lícitamente de un soporte de la obra o prestación la graba a modo de muestra que ofrecer a alguna persona de su entorno privado). Por ámbito doméstico hay que entender el que se corresponde con el de la familia y allegados<sup>5</sup>; no en vano debe recordarse que el préstamo entre particulares se halla fuera de la órbita de la exclusiva del autor, a tenor del artículo 19.4 LPI. La copia privada, así entendida, no entra en competencia con la explotación normal de la obra llevada a cabo por el titular de los derechos. Tampoco llega a perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del autor, primero porque aun en el caso de que tal perjuicio se produjera no creo que pudiera retenerse exento de justificación, pero sobre todo porque para evitar todo perjuicio está diseñado el derecho de remuneración compensatoria del artículo 25 LPI. Se respetan de este modo las premisas sentadas en la cláusula general del artículo 40 bis LPI<sup>6</sup>.

Por descontado, una copia privada dejará de serlo si se intercambia por precio (caso en que estaría siendo objeto de utilización lucrativa), lo mismo que si se distribuye gratuitamente al público (utilización colectiva), se emplea para hacer actos de comunicación pública, aunque éstos por su parte estén autorizados (utilización colectiva), o se introduce en el seno de un proceso productivo o actividad profesional (utilización lucrativa). No puede decirse en cambio que la realización de una copia privada implique siempre una actividad lucrativa por el hecho de que el copista se ahorre el coste de adquirir un ejemplar adicional: ese «ánimo de lucro», dudosamente presente por cierto en al-

---

<sup>5</sup> Vid. S. DÍAZ ALABART, «Comentario al artículo 31 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-A, Edersa, Madrid, 1994, p. 533; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), p. 72. Quiero encontrar también una ratificación de esta postura en C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario al artículo 31 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.º ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 603, cuando dice que «la expresión «uso privado» (...) no excluye la posibilidad de utilización de la copia dentro del círculo del individuo». Parece suscribir la necesidad de que la copia se disfrute por personas que convivan en un mismo hogar, si bien no necesariamente unidas por lazos familiares, C. ROGEL VIDE, «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 1998, p. 53. Para B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 330, el uso privado debe definirse preferentemente por oposición al uso colectivo.

<sup>6</sup> En contra, para el entorno digital, F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), p. 56, en cuya opinión «el expreso reconocimiento de la copia privada digital perjudicaría gravemente la explotación normal de la obra o prestación y los legítimos intereses de los titulares y derechohabientes, entrando en contradicción con el «límite de los límites» que constituye la llamada prueba de las tres fases». También J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), pp. 71-72, aunque con dudas, piensa que lo dispuesto en el artículo 40 bis LPI podría impedir la copia privada de obras digitales.

gunos casos, no es equivalente al desempeño de una «actividad lucrativa». Por el contrario, los establecimientos que faciliten la realización de copias *al público bajo precio* nunca pueden tener como resultado la obtención de copias *privadas*, por más que los miembros del público accionen ellos mismos el mecanismo copiator mediante la inserción de monedas<sup>7</sup>. Me parece claro que eso no los convierte en copistas desde el punto de vista jurídico, al igual que no puede aplicarse el rol de vendedor a la persona que adquiere una lata de refresco o un paquete de tabaco extrayéndolos de una máquina de venta automática. El copista, o el vendedor en nuestro símil, es la persona titular de los medios humanos y/o materiales necesarios para efectuar la actividad de que se trate<sup>8</sup>.

Si la reproducción se circunscribe efectivamente al ámbito privado, es hasta cierto punto indiferente el número de copias que se hagan o, mejor dicho, no tiene por qué tratarse de una sola copia<sup>9</sup>. Es también irrelevante la procedencia del soporte matriz, tangible o intangible, a partir del cual se extraiga la copia privada, siempre que se trate de un soporte de cuya tenencia o acceso disponga el copista lícitamente (v. gr. vía compraventa, donación, alquiler o préstamo). Incluso, aunque así no fuera (v. gr. adquisición de un soporte ilícitamente comercializado), es legítima la realización de reproducciones para uso

---

<sup>7</sup> Como dice el artículo 10 del R.D. 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de diversos artículos de la LPI, no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista, y por tanto no están sujetas al canon compensatorio por copia privada, «las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización». Un párrafo de tenor aproximado se ha previsto incluir en el propio texto de la Ley, a juzgar por lo dispuesto en el artículo 6.º BALRLPI, que prevé la modificación del artículo 31 LPI.

<sup>8</sup> Por eso resulta inadmisibles que empresas como Dagicom, que comercializa el «Copyplay», una máquina copiadora a monedas de discos compactos de la que hasta la fecha se han instalado en España cerca de quinientas unidades, pretendan acogerse a la excepción de copia privada y crean suficiente contraprestación por su actividad el abono del canon compensatorio previsto en el artículo 25 LPI. Al respecto puede verse la propia página web de la compañía: <<http://www.copyplay.net>>. Apenas requiere esfuerzo rebatir las afirmaciones del responsable de esta empresa, aparecidas en EL PAÍS de 13 de febrero de 2003, *Ciberp@is*, p. 7, en el sentido de considerar que la clave está en que es el propio usuario el que realiza la copia mediante la inserción de monedas, en lugar de hacerla un empleado del establecimiento. Otras afirmaciones, como la relativa a que una persona puede hacer miles de copias de sus CD privados y regalarlas, pero no venderlas, dan idea igualmente de hasta qué punto malentendiendo este empresario el límite del artículo 31.2.º LPI.

<sup>9</sup> Ciertamente que, a partir de determinado número, cabrá presumir que las copias obtenidas no estarán llamadas a satisfacer un uso privado, puesto que las utilidades a prestar dentro de este ámbito son limitadas. J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), p. 72, cree también que «el número de copias no puede ser ilimitado, como se desprende de que el propio artículo 31.2 prohíbe la utilización colectiva de las mismas». Para este autor, «[S]e trata, en definitiva, de combatir actividades que lindan con la distribución». Quizás sería deseable que la Ley fijara una cifra máxima de copias privadas. En otros países, como Alemania, cuentan al menos con parámetros judiciales al respecto. Según informa U. LOEWENHEIM, en G. SCHRICKER (Hrsg.), *Urheberrecht. Kommentar*, 2.ª ed., C.H.Beck, Munich, 1999, pp. 842-843, la previsión del § 53 (1) UrhG, correspondiente a nuestro artículo 31.2.º LPI, ha sido interpretada, jurisprudencial y doctrinalmente, en el sentido de permitir la realización de un máximo de siete ejemplares para uso privado.

privado siempre que el copista reúna la condición de tercero de buena fe<sup>10</sup>. Dado que para esta afirmación me baso en una interpretación ex artículo 139.4 LPI<sup>11</sup>, es claro que si el copista no fuera de buena fe, llegado el caso debería reintegrar tanto el ilícito ejemplar matriz como cuantas copias privadas haya podido realizar a partir del mismo: no puede aceptarse que un sujeto siga obteniendo utilidades secundarias procedentes de un soporte matriz cuya utilidad principal le ha sido vedada.

Vistos los rasgos definitorios del límite de copia privada, es necesario interrogarse por su fundamento. Tradicionalmente se ha querido encontrar éste, sobre todo, en el hecho de la imposibilidad fáctica de su control. Imposibilidad que en realidad se tornaría más bien jurídica, si se tiene en cuenta el necesario respeto a la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (artículo 18 CE). Pero, en rigor, uno y otro género de imposibilidad no están apuntando tanto en la línea de un fundamento del límite como de las insuficientes facultades de los titulares de derechos de propiedad intelectual para fiscalizar la conducta de los ciudadanos dentro de su entorno privado, y por lo tanto se relacionan con la imposibilidad de averiguar si las personas con acceso legítimo a un ejemplar de la obra realizan o no copias para uso privado.

Si ése fuera todo el fundamento del límite de copia privada, entonces parece claro que con tal de que los titulares de derechos pudieran impedir la realización de copias privadas, o al menos averiguar que los usuarios las realizan sin lesionar los mencionados derechos a la intimidad, inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones, el límite pasaría a carecer de justificación. Frente a semejante tesis, abogo por encontrar otras claves que sirvan para fundamentar la excepción de copia privada, claves que probablemente han permanecido latentes mientras no ha sido necesario acudir a ellas, en tanto efectivamente la copia privada ha venido siendo hasta el momento un fenómeno irrefrenable desde un punto de vista fáctico<sup>12</sup>. Una de esas claves radicaría en

---

<sup>10</sup> J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), p. 71, parece ir más allá. Preguntándose sobre «si para la realización de una copia privada se tendrá que contar con el original o copia del mismo legítimamente obtenido», concluye que en todo caso, y a diferencia de quienes distribuyan o comuniquen públicamente las obras contraviniendo las normas del Derecho de autor, «el usuario de la copia para un fin privado debe verse libre de toda responsabilidad, pues no existe base legal para pronunciarse en otro sentido».

<sup>11</sup> Precepto según el cual, como se sabe, los efectos de la acción de cesación de una actividad ilícita instada por el titular de un derecho de propiedad intelectual infringido, tales como la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, la destrucción de los mismos o su entrega al titular, no podrán alcanzar «a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal».

<sup>12</sup> Claves fundamentadoras del límite de copia privada distintas de la mera imposibilidad de control, como la promoción del acceso de los ciudadanos a la cultura o la protección de la esfera privada, son también aportadas por J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), pp. 68 y 71.

el derecho de propiedad privada y en la libertad personal de los destinatarios de los diversos actos de explotación de las obras y prestaciones. Los destinatarios deben poder ejercer su derecho de propiedad ordinaria en relación con los soportes tangibles o intangibles —bienes y servicios— que adquieran o a los que accedan lícitamente. Una segunda clave viene dada por la necesidad de prohibir pretensiones abusivas de control por parte de los titulares de derechos. De acuerdo con la doctrina del abuso de derecho, puede resultar un ejercicio antisocial de los derechos de propiedad intelectual que el titular de los mismos pretenda impedir a otros sujetos la realización de actos que a él no perjudican y en cambio a ellos pueden beneficiar (*ius usus innocui*)<sup>13</sup>.

## 2.2. LA COPIA PRIVADA DIGITAL: PECULIARIDADES FRENTE A LA COPIA PRIVADA ANALÓGICA

El límite de copia privada, de acuerdo con la caracterización realizada, ha venido siendo de aplicación en el entorno analógico fundamentalmente a las copias privadas de audio y de vídeo, efectuadas a través de grabadoras de cassetes y de magnetoscopios. También a las copias reprográficas, aunque en medida más pequeña dado que en este sector prima la copia no privada.

La peculiaridad de la copia privada digital radica en la novedad de las técnicas y formatos con los que llevarla a cabo, puesto que la digitalización lo que ha traído consigo básicamente son nuevos medios y procedimientos de registrar y comunicar la información, lo que en el campo de las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual se traduce en la aparición de nuevos soportes y canales de comunicación, gracias a los cuales la *información* en que las obras y prestaciones consisten, puede ser almacenada y transmitida con más fidelidad que con los procedimientos analógicos, así como procesada y conducida a una mayor velocidad.

Algunos tipos de obras son eminentemente digitales, pues se expresan en un lenguaje digital o sólo son susceptibles de explotación en un entorno digital (programas de ordenador, bases de datos electrónicas, obras multimedia, páginas web). Otras obras tienen vías alternativas de expresión, y por consiguiente conocen otros canales de comercialización no necesariamente digitales, por más que también puedan ser digitalizadas y por más que de manera creciente los procedimientos analógicos de creación y fijación de las obras previas a la era digital estén siendo sustituidos por procedimientos digitales (v. gr. las obras fotográficas o audiovisuales son ya en origen, en muchos casos, obras digitales).

---

<sup>13</sup> Dice LITMAN que uno de los pilares sobre los que descansa el sistema tradicional del *copyright*, es que en la medida en que el autor proyecta su labor creativa sobre elementos o componentes ajenos, algunos del dominio público, debe existir un equilibrio entre los derechos que se le reconozcan para estimularle y los usos que el público pueda realizar libremente. El fundamento del *copyright*, según esta autora, no radica en asignar a los autores el más amplio aprovechamiento posible sobre sus obras, sino en atribuirles la facultad exclusiva sobre ciertas actividades que implican una explotación de sus creaciones, reservando a favor del público otros valores y utilidades que éstas pueden prestar. Vid. J. LITMAN, *Digital copyright*, Prometheus Books, Nueva York, 2001, pp. 15-17.

Pues bien, la copia privada *digital* es aquella que resulta efectuada y queda plasmada en un soporte digital. Debe tratarse de un soporte tangible (la palabra «copia» así lo exige), si bien no tiene por qué tratarse de un soporte permanente. No obstante, las aplicaciones usuales de la copia privada difícilmente pueden obtenerse si no es a través de la confección de una copia duradera. Lo dicho no implica que la copia [privada] deba estar necesariamente elaborada a partir de un anterior soporte tangible pues, exactamente igual que sucede en el entorno analógico, cabe realizarla tomando como base un previo acto de comunicación pública (v. gr. una transmisión digital interactiva). Tampoco tiene por qué provenir de un anterior soporte [tangible o intangible] digital: la clave para caracterizar una copia privada como digital es que sea digital el soporte en el que ella misma resulte materializada, con independencia de que lo sea o no el soporte de procedencia. Por lo mismo, no toda copia privada hecha a partir de un soporte matriz digital es una copia privada digital, pues puede haber quedado plasmada en un soporte analógico tradicional.

### III. LA ARTICULACIÓN DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL ENTORNO DIGITAL

#### 3.1. ANTECEDENTES: PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS ELECTRÓNICAS

Con carácter general, diremos que la copia privada no parece conciliarse demasiado bien con el fenómeno de la digitalización. Ello estaría en conexión con el hecho de que en el entorno digital la tecnología permite implementar medidas o sistemas que controlen o restrinjan el acceso a las obras/prestaciones, incluso el que efectúa el adquirente de un ejemplar o el miembro anónimo del público al que la obra/prestación se comunica. Es fácil observar que esta novedosa situación daría al traste con el tradicional fundamento que se ha querido buscar para la copia privada —en el caso de que se aceptara la bondad del mismo—, cual es el de la imposibilidad fáctica de su control.

Esas —al menos teóricas, o por referencia al usuario medio— posibilidades técnicas de control, capaces de imposibilitar el copiado e incluso el disfrute mismo en privado de una obra/prestación, han conducido a la *consecuente* solución de prohibir la realización de copias privadas. Por lo pronto así ha ocurrido hasta el momento, en el ámbito comunitario, con los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas. La prohibición de efectuar copias privadas en esos sectores ya ha quedado plasmada en nuestro Derecho interno, concretamente en los artículos 99.a) y 34.2.a) LPI, a los que habría que añadir el artículo 135.1.a) LPI relativo a la extracción para uso privado en relación con el derecho «sui generis» sobre bases de datos<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Véanse en el plano comunitario los artículos 4.a) y 5 de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, y el artículo 6.2.a) de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

3.2. HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS OBRAS/PRESTACIONES INTELLECTUALES: LA LICENCIA O CESIÓN DE USO A FAVOR DEL DESTINATARIO FINAL Y LA SUPRESIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS

En ambos casos, programas de ordenador y bases de datos electrónicas<sup>15</sup>, la comercialización se asienta sobre premisas muy distintas a las tradicionales. El usuario final lo que recibe, ya sea vía adquisición de un ejemplar fuera de línea o mediante acceso en línea, es una licencia de uso o acceso *ad hoc*. Eso le convierte en usuario legítimo con capacidad para llevar a cabo las actividades que la licencia mencione, incluidas las que puedan afectar a derechos de explotación, en tanto éstas sean actividades necesarias para usar/disfrutar la obra en los términos licenciados (vid. artículos 100.1, 34.1 y 134.1 LPI). La premisa es que, aunque sea con carácter técnico, esas actividades de uso vienen a envolver inevitablemente actos que caen bajo la exclusiva de los titulares, en particular actos de reproducción<sup>16</sup>. Naturalmente que esto suena a subterfugio, pero el modelo de negocio en sendos sectores se viene articulando de este modo sin que se hayan levantado excesivas suspicacias al respecto. Dudo en cambio que esa pacífica aceptación se produjera si los editores literarios decidieran comercializar los libros envueltos en unos sofisticados precintos electrónicos de seguridad, para cuya desactivación se precisara contar con una clave o código de acceso que se facilitara únicamente a quien acreditase ser legítimo adquirente de un ejemplar; y que el razonamiento fuese que el mero hecho de que el usuario usase el libro implicaría un acto de explotación, más en concreto de reproducción, puesto que al leerlo estaría reproduciendo la obra, siquiera fuese de forma transitoria e imperfecta, en su cerebro<sup>17</sup>.

Controlar este tipo de acceso, lectura o disfrute final por parte de los usuarios<sup>18</sup>, significa redoblar las facultades que tienen en su mano los titulares: ya no es sólo el *ius prohibendi* frente a quien explota la obra/prestación en una actividad con terceros, al que por supuesto no se renuncia<sup>19</sup>, ahora se trata de controlar también a quien usa o disfruta como consumidor final, quien por definición sin

<sup>15</sup> El fenómeno está en trance de propagarse a otros sectores, como el de la música y el audiovisual, pero *de momento* en ellos subsiste la excepción legal de copia privada, al menos a nivel de nuestro Derecho interno. No se sabe en cambio por cuánto tiempo: precisamente la batalla que actualmente se está librando se refiere a la procedencia o no de que tenga lugar dicha propagación.

<sup>16</sup> Así, el artículo 99.a) LPI, en sede de programas de ordenador, cuando indica que corresponde al titular del programa el derecho exclusivo de reproducción, puntualiza que «[C]uando 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». También el artículo 34.1 LPI, relativo a bases de datos, da a entender que actos de utilización de la base pueden estar afectados por un derecho exclusivo del titular.

<sup>17</sup> Medio éste que sin duda permitiría su comunicación, según los términos empleados en el artículo 18 LPI para definir el derecho de reproducción: el lector podría comunicar a otros lo leído y retenido en su memoria.

<sup>18</sup> A no confundir con los servicios de acceso condicional, sobre los que se volverá *infra*.

<sup>19</sup> Obviamente, si alguien explota programas de ordenador haciendo copias de los mismos y distribuyéndolas al público se le perseguirá como infractor de la propiedad intelectual sobre el programa.

embargo no explota. Precisamente por ello esta segunda faceta siempre había quedado fuera del poder de los titulares de derechos de propiedad intelectual: leer, ver, oír, usar, incluso reproducir para un goce o aplicación privados han sido consideradas actividades que venían a caer fuera de la órbita de la exclusiva de los titulares. ¿Por qué habría ahora que incluirlas dentro del haz de actividades que los titulares de derechos de autor y afines deben autorizar o prohibir? ¿Sólo porque «es materialmente posible» controlarlas?<sup>20</sup> En mi opinión, desde luego, no es éste un argumento bastante. Nótese que, de acuerdo con el artículo 17 LPI, lo que se atribuye al autor es el control sobre las explotaciones que otros sujetos hagan de su obra, siendo los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, manifestaciones concretas de ese derecho primario que el autor tiene a autorizar o prohibir la explotación. Lo importante pues es que alguien explote, no que meramente reproduzca o distribuya: puede haber actividades que en teoría encajen —mejor o peor— en la definición de reproducción o en la de distribución, pero el punto no es ése.

Este nuevo paradigma que parece estar imponiéndose en la comercialización de obras y prestaciones en el entorno digital se completa con una creciente relegación del papel de los intermediarios, en particular por lo que se refiere a la comercialización vía Internet, en lo que constituye sin duda un rasgo común de la contratación electrónica. Los titulares de derechos dejan de actuar como *mayoristas* que autorizan, de manera directa o mediante entidades de gestión, a empresarios especializados para que éstos efectúen explotaciones de sus obras o prestaciones, y pasan a asumir la función de contratar directamente con los usuarios<sup>21</sup>. Naturalmente, ningún inconveniente puede haber en que un titular de derechos de propiedad intelectual opte por explotar de manera directa su obra o prestación, el problema aparece cuando, con base en el dato de realizar un contrato de licencia con el destinatario final del acto de explotación, el titular pretende sustraerse a las normas sobre límites contenidas en la LPI. A mi juicio, los límites a los derechos deben tener idéntica aplicación tanto si la obra la comercializa el autor con sus propios medios, como si la comercializa otro sujeto autorizado por él, de forma que en el modelo de negocio que se está consolidando en la era digital las licencias de uso concertadas con los usuarios deberían poder mejorar, mas no empeorar, el catálogo de usos libres previsto por la Ley.

---

<sup>20</sup> Lo cual, dicho sea de paso, es francamente discutible que pueda hacerse de forma tan perfecta en el entorno digital, así como que no se pueda hacer más que de forma muy imperfecta en el entorno analógico. Ya advierte J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 6 (septiembre-diciembre 2000), p. 71, que la adopción de una solución legal en el sentido de no mantener el límite de copia privada para el entorno digital, «pasa por la efectividad de los medios técnicos de protección», y «debe meditar el riesgo de que tales técnicas sean eludidas por los particulares y se vuelva de este modo a la situación de imposibilidad de control».

<sup>21</sup> Intermediarios en el entorno digital los hay, pero, sobre todo en el ambiente en línea, no operan de manera directa en la comercialización de los contenidos que llevan aparejado un derecho de propiedad intelectual, sino que aparecen facilitando las redes e infraestructuras de telecomunicación necesarias para que los titulares y los usuarios puedan entrar en contacto. Con todo, algunos de estos prestadores de servicios intermediarios, comienzan a convertirse en prestadores también de contenidos mediante fórmulas como la televisión por cable o el vídeo a la carta.

### 3.3. OPCIONES PARA UNA APROXIMACIÓN HORIZONTAL A LA COPIA PRIVADA DIGITAL

Como advertía antes, nos hallamos actualmente en la tesitura de procurar un acercamiento no ya sectorial o vertical al fenómeno de la copia privada digital (prohibirla o permitirla para ciertas categorías de obras/prestaciones), sino horizontal (prohibirla o permitirla con independencia de las obras/prestaciones de que se trate).

Así las cosas, una primera opción de política legislativa pasaría por el mantenimiento del límite de copia privada con arreglo al mismo esquema que rige actualmente para la copia privada analógica, con la única salvedad de que el canon compensatorio del artículo 25 LPI debería extenderse para gravar los equipos, aparatos y materiales aptos para efectuar copias privadas digitales. Una variante de esta opción consistiría en mantener en lo sustancial el límite legal, pero dotándolo de unos contornos algo más precisos, a la par que restrictivos, que los hasta ahora manejados por el legislador, por ejemplo cifrando un número máximo de copias privadas, o estableciendo el espectro de personas a las que se puede hacer partícipes de una copia privada sin que ésta pase a tener una utilización colectiva. La tecnología digital ayudaría sin duda a que estas restricciones resultasen operativas<sup>22</sup>. Decantarse por esta opción significaría redundar en el punto de vista de que el equilibrio de intereses que este límite legal trata de salvaguardar está bien trabado tal como se encuentra definido en la actualidad, por más que la segunda variante venga a poner el acento en que el sistema es perfectible y suponga admitir la posibilidad de que ciertas medidas tecnológicas sean introducidas, no con el ánimo de impedir por completo la copia privada, sino tan sólo para hacer que se mantenga en unos niveles de impacto similares a los que viene causando la copia privada analógica<sup>23</sup>.

La segunda gran opción, opuesta a cualquiera de las dos variantes anteriores, sería la de prohibir sin más la copia privada digital, extendiendo el sistema ya instaurado para el *software* y las bases de datos electrónicas. O, mejor dicho, la de no establecer legalmente la necesidad de respetar ese límite, permitiendo que sean los titulares quienes a través de las licencias de uso dispongan el margen de actuación dejado a cada usuario, al tiempo que se pone toda la confianza en que las medidas tecnológicas implementadas resultarán suficientes para controlar las utilizaciones que el usuario pretenda hacer de la obra o pres-

---

<sup>22</sup> Naturalmente, se trataría de hacer factibles esas restricciones. En esa dirección se orientan proyectos como la *Secure Digital Music Initiative*, foro que agrupa a representantes de los distintos sectores involucrados en la comercialización de la música dentro del entorno digital, y con el que se pretende articular la explotación de la música sobre la base de aparatos y soportes que propicien un uso limitado de la misma, incidiendo en aspectos como los periodos de escucha, el número de audiciones o el número de copias. Vid. <http://www.sdmi.org/>

<sup>23</sup> Todo ello, desde luego, se asienta sobre la premisa de que el límite legal de copia privada no se fundamenta sólo en la imposibilidad de su control, y significa oponerse al reconocimiento en favor de los titulares de una suerte de derecho exclusivo de uso/acceso que pueda proyectarse frente a todo internauta o legítimo tenedor de un soporte digital.

tación. Sin duda, ésta es la solución que mejor se aviene con el modelo de negocio que se propugna para la explotación de obras en Internet. Sin duda también, esta solución vendría a dar por bueno el presupuesto de que todo uso de una obra o prestación, o todo acceso a la misma, conlleva en el entorno digital un acto de reproducción, aunque sea en un sentido puramente técnico. De ahí a afirmar que los titulares tienen derecho a autorizar o prohibir ese uso/acceso (no digamos ya la obtención de subsiguientes copias en soportes duraderos), tanto desde el punto de vista jurídico —mediante la concesión de licencias de uso— como en el plano puramente técnico —implementación de medidas tecnológicas—, sólo hay un pequeño paso<sup>24</sup>.

Ahora bien, aunque —siguiendo este último razonamiento— aceptásemos que en el entorno digital el titular tiene derecho a controlar tanto el uso/acceso como la copia en privado de su obra, y puede adoptar medidas tecnológicas enderezadas a asegurarse ese control, la falta de implementación de tales medidas (v. gr. puesta a disposición del público de una obra libremente accesible vía Internet) debería llevar a presumir, si no una renuncia global de derechos, sí al menos la existencia de una licencia implícita para que la obra sea disfrutada por el público según los usos del sector. Cabría pues, en estos casos, presumir buena fe en el internauta que se limita a acceder en línea a una obra libremente accesible y a visualizarla u oírla a través de la memoria RAM de su ordenador, o incluso del que realiza una copia privada en un soporte permanente para uso personal. Actos ulteriores de utilización, por supuesto, no cabe presumir de buena fe que estén implícitamente licenciados por el titular de los derechos, sino que en todo caso deberían ser objeto de una renuncia o permiso expresos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Que algunos dan sin titubeos. Es el caso de F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), cuando señala (p. 50) que «[E]l derecho de reproducción en la era digital (...) se extiende desde el ámbito puramente industrial al ámbito privado, permitiendo a los titulares de la propiedad intelectual controlar, recurriendo a licencias contractuales y medidas tecnológicas, el mero uso privado de la obra o prestación digitalizada (...)». Por su parte, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, refiriéndose a la DDASI, opina (p. 563) que «[M]ediante la definición de lo que es una «medida tecnológica eficaz» se está estableciendo de un modo directo un verdadero derecho de uso de las obras digitales», y un poco más adelante (p. 564), tras constatar como una realidad que tanto la Unión Europea como los Estados Unidos han adoptado un sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual basado en el control del uso efectivo de la obra, llega a formular este nuevo «derecho patrimonial exclusivo» en los siguientes términos: «el titular de los derechos de autor tendrá el derecho a autorizar el acceso y el uso de sus obras y prestaciones cuando éstas se encuentren protegidas por medidas tecnológicas». Aunque después añadiré alguna otra objeción a este planteamiento, ahora sólo quiero puntualizar que el dato de que los titulares operen mediante licencias de usuario y el legislador respalde la introducción de medidas tecnológicas de protección, por más que éstas se definan como las aptas para procurar un control efectivo del uso de la obra, no nos aboca necesariamente a conceder que los titulares disponen de un derecho exclusivo de propiedad *intelectual* a autorizar o prohibir ese uso.

<sup>25</sup> La tesis de la licencia implícita, construida como una suerte de presunción *iuris tantum*, al menos por lo que hace a la visualización de páginas *web* cuando éstas hayan sido puestas en línea a la libre disposición del público con autorización de los titulares de los derechos, es suscrita por I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, pp. 338 y 355, al hablar de las copias RAM tanto a la luz de la DDASI como de nuestro ordena-

### 3.4. RECAPITULACIÓN PARCIAL

Me parece oportuno detenernos un instante para plantear un par de reflexiones, que vienen a propósito de esa última postura proclive a admitir que en el Derecho de propiedad intelectual que se nos avecina, los autores y demás titulares de derechos contarán con un derecho a controlar el uso/acceso de/a sus obras y prestaciones por parte de los destinatarios finales. No hace falta insistir en que, en la medida en que se sostiene que en el entorno digital toda recuperación mediante ordenador de la información puesta en red, o introducida en un soporte *off-line*, envuelve de modo necesario una reproducción de la misma, la problemática del uso/acceso en privado de/a las obras y prestaciones se solapa con la problemática de la copia privada de las mismas.

Una primera reflexión, que en realidad no llega a la categoría de tal sino que se queda en interrogante al modo del viejo dicho sobre la precedencia del huevo o la gallina, tiene que ver con las dificultades que encuentran los propios sostenedores de esa postura para precisar si es primero el derecho a autorizar o prohibir el uso/acceso de/a las obras o prestaciones por parte de consumidores finales<sup>26</sup>, de donde derivaría entonces la facultad para adoptar medidas tecnológicas de protección, o si por el contrario lo que sucede es que, puesto que la tecnología digital brinda medidas de protección antaño inexistentes, de la posibilidad fáctica de implementarlas se deriva la facultad jurídica de controlar ese uso/acceso protagonizado por los destinatarios finales.

Una segunda observación, también en la línea de mostrar las incoherencias de la postura que milita en contra de admitir todo margen autónomo para el límite de copia privada en el entorno digital, se relaciona con lo inconsecuente que resulta afirmar por un lado el nacimiento de un nuevo derecho a controlar el uso/acceso, y tratar de reconducir por otro ese tipo de utilizaciones a la órbita del derecho de reproducción. Quizás esta solución pueda estar justificada en otros ordenamientos, como el americano, donde no se dispone de una cláusula general como la de nuestro artículo 17 LPI que reserve a los autores el control global sobre cualesquiera actos que impliquen una explotación de sus obras, sino que todo acto de explotación debe ser catalogado bajo uno u otro de los concretos derechos de explotación legalmente reconocidos, y donde además no existe un tratamiento del límite legal de copia privada como excepción específica del derecho de reproducción, debiendo acudir a la cláusula general —aquí sí— de *fair use* (§ 107 Copyright Act USA). Por el contrario,

---

miento interno. No convence a este autor en cambio el planteamiento defendido por J. RIBAS en «Usos permitidos en Internet», <<http://www.onnet.es/01005006>>, según el cual el consentimiento implícito en los casos que venimos hablando abarcaría incluso la posibilidad de realizar reproducciones permanentes en el disco duro del usuario. En cambio F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), p. 52, parece abonarse a la idea de que si los contenidos son de libre acceso en Internet los miembros del público podrían reproducirlos sin ningún tipo de traba, siempre que sea para un uso/disfrute meramente privado.

<sup>26</sup> Quienes por definición —y dicho sea de paso— no las aplican en una actividad con terceros.

en países como España sucede justo al revés: no sólo sí hay una cláusula general que hace innecesario reconducir una determinada modalidad de explotación, si es que verdaderamente lo es, a uno u otro de los derechos específicamente mencionados en la Ley, sino que se da la circunstancia de que la excepción de copia privada es objeto de contemplación expresa a modo de límite concreto del derecho de reproducción.

A donde quiero ir a parar es a que si bien, de una parte, sería relativamente fácil sostener que ese tipo de usos —que al parecer en el entorno digital pueden envolver técnicamente reproducciones— conforman utilizaciones para uso privado de quienes los protagonizan (v. gr. cuando lo contemplado es el acto de acceder a una obra puesta en red para visualizarla u oírla a través de la memoria RAM del ordenador), de otra parte, si es que hablamos en serio de extender la exclusiva del autor para abarcar el derecho a controlar el uso/acceso, sería vano pretender defenderse frente al titular de los derechos apelando a una excepción basada en una utilización de índole privada, pues también ésta caería entonces bajo la exclusiva del autor. Y es que límites como el de copia privada están concebidos para ser hechos valer en un contexto en el que los actos de explotación son efectuados por sujetos, diferentes del titular, que propician al usuario final un acceso libre a la obra o prestación<sup>27</sup>. De ahí que resulte problemático que el adquirente de un ejemplar o un miembro del público a quien se dirija un acto de comunicación apelen a un límite que presupone el libre uso de la obra, en un entorno en el que el acceso mismo —no digamos ya usos o aplicaciones ulteriores— se configura como un acto restringido. Pero lo censurable, a mi modo de ver, no es el querer apelar a ese límite en semejante tesitura, sino antes bien la pretensión de querer cobijar ese supuesto derecho a controlar el uso/acceso bajo una facultad de explotación, como es la de reproducción, que por su parte está sometida a un límite inevitablemente llamado a producir distorsiones cuando el concepto de reproducción se dilata en exceso.

#### **IV. LA COPIA PRIVADA DIGITAL: TRATAMIENTO ACTUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO INTERNO**

##### **4.1. ACERCA DE LA EXTENSIÓN DEL CANON COMPENSATORIO POR COPIA PRIVADA A LOS EQUIPOS Y MATERIALES APTOS PARA REALIZAR COPIAS DIGITALES**

De momento, mientras la DDASI no sea objeto de transposición a nuestro ordenamiento interno, la copia privada digital, excepto en los dos sectores ya mencionados, continúa estando configurada como un límite a los derechos de autor en los términos del artículo 31.2.º LPI. Consecuentemente, tiene sentido

---

<sup>27</sup> Entendiendo por «acceso libre» el no sometido ya a la exclusiva de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Cosa distinta es que quien explota obras o prestaciones protegidas intercambie por precio los bienes o servicios a que las mismas se hallen incorporadas. En particular puede suceder que las obras o prestaciones se suministren a través de un servicio de acceso condicional, pero esto —como luego insistiré— nada tiene que ver con la propiedad intelectual.

que para compensar sus efectos se graven también los equipos y materiales que sirven para efectuarla, tanto a partir de información que el usuario vuelca en el ordenador desde soportes fuera de línea, como a partir de datos recibidos mediante una transmisión *on-line*. A mi modo de ver, no es necesario hacer una interpretación forzada para entender que ese tipo de instrumentos técnicos (como serían los CD-R audio y data, los minidisc, o los DVD vídeo y data) facilitan la realización de reproducciones de obras divulgadas en forma de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, de acuerdo con los muy genéricos términos en que se expresa el artículo 25.1 LPI<sup>28</sup>. Es más, dicho precepto se refiere tanto a los materiales como a los equipos y aparatos idóneos para efectuar dicha reproducción, lo que apuntaría en la dirección de gravar también con el canon compensatorio los ordenadores personales, o componentes concretos de ellos como los discos duros, así como otros periféricos e instrumentos digitales que permiten almacenar la información y dar lugar a que los usuarios se sirvan de ellos para realizar copias privadas<sup>29</sup>.

#### 4.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN: TENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y ACUERDO ENTRE LOS EMPRESARIOS DEL SECTOR Y LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

El punto de vista descrito es sin duda el adoptado por las entidades de gestión, que desde hace algunos años vienen reclamando el pago de la remuneración por copia privada a los fabricantes e importadores de materiales, así como de algunos aparatos, aptos para el almacenamiento digital de datos (v. gr. CD-R vírgenes y reproductores portátiles de Mp3 respectivamente). Las pretensiones de las entidades de gestión han encontrado eco además en varias resoluciones judiciales, entre las cuales cabe citar la sentencia del JPI n.º 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002<sup>30</sup>, por la que se condenaba a la compañía Traxdata a abonar a SGAE el canon compensatorio por copia privada, no sólo respecto de los CD-R de audio sino también respecto de los CD-R para datos que la citada compañía se dedicaba a importar y distribuir. Como éste, han sido varios los litigios suscitados por esta cuestión, todos los cuales han venido resolviéndose a favor de las entidades de gestión, y en definitiva a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>28</sup> Ídem el artículo 15.1 del R.D. 1434/1992, norma de desarrollo de la LPI en este punto. El sistema diseñado por el legislador español (vid. artículo 25.23 LPI y 15.2 R.D. 1434/1992) se basa en la premisa de que todos los equipos, aparatos y materiales aptos para realizar copias privadas de libros, fonogramas o videogramas están sometidos al canon, salvo que resulten ser objeto de una exclusión expresa.

<sup>29</sup> A conclusión semejante llega I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, pp.471-474. Vid. también las consideraciones de J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el derecho de autor», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 2 (mayo-agosto 1999), p. 90.

<sup>30</sup> Vid. *Aranzadi Civil*, marg. n.º 23 (2002). Una breve reseña de esta resolución puede consultarse en el número 11 de *pe. i.* (p. 157).

Probablemente el cariz que estaban tomando los acontecimientos, incluida la elevada tasa por unidad que estaban imponiendo los jueces, ha aconsejado a la mayor parte de los empresarios que comercializan soportes digitales vírgenes, agrupados en torno a ASIMELEC, llegar a un acuerdo con la práctica totalidad de las entidades de gestión que operan en España, de tal modo que, a cambio de que éstas paralicen toda reclamación judicial por este concepto iniciada antes del 1 de septiembre de 2003, fecha de entrada en vigor del acuerdo, aquéllos se comprometen a abonar un canon por copia privada sobre los soportes de que vengo hablando (CD-R audio y data, minidisc, DVD vídeo y data)<sup>31</sup>. Ello por más que ASIMELEC, como han declarado sus representantes, comparta el punto de vista de los internautas y usuarios informáticos a propósito de que estos soportes se emplean para muchos otros usos alternativos que nada tienen que ver con la copia privada de obras y prestaciones protegidas<sup>32</sup>. Por su parte, las entidades de gestión firmantes se han apresurado a aclarar a la opinión pública que la exacción de este canon nada tiene que ver con la piratería, la cual evidentemente no se ve compensada por que se perciba una remuneración compensatoria por copia privada.

Plantea dudas que las entidades de gestión puedan alcanzar esta clase de acuerdo con una asociación de usuarios en una materia como es la fijación del importe de la remuneración compensatoria por copia privada. Por más que, en virtud del artículo 157.1 b) y c) LPI, las entidades estén obligadas [y por ende legitimadas] a fijar tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, así como a celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, en sede de copia privada el importe de la remuneración a satisfacer por los diferentes equipos, aparatos y materiales viene determinado con precisión en el artículo 25.5 LPI. La razón seguramente descansa en que, a diferencia de otros derechos similares previstos en la Ley, este derecho de remuneración no pesa sobre sujetos que realizan actos comerciales de utilización de obras/prestaciones, pues ciertamente no los hacen ni los fabricantes, importadores y distribuidores de los aparatos y materiales gravados con el canon, ni tampoco los usuarios de los mismos, que los emplean a fin de obtener copias para uso privado. Habría sido preferible que mediante una adecuación reglamentaria de las cantidades establecidas en el artículo 25.5 LPI, la cual la propia LPI, a través de su disposición adicional 3.<sup>a</sup>, faculta acometer cada dos años a los Ministerios de Cultura, de Industria y Energía y de Comercio y Turismo, se hubiera precisado el canon a satisfacer por los materiales que han sido objeto del acuerdo entre las entidades de gestión y ASIMELEC.

---

<sup>31</sup> El acuerdo, que detalla con precisión las cantidades que devengará cada uno de los soportes, está disponible a partir de la página *web* de EGEDA (<<http://www.egeda.es>>). También se ha informado de él suficientemente por la prensa (vid. EXPANSIÓN, 8 de agosto de 2003, p. 35; CINCO DÍAS, 12 de agosto de 2003, p. 38; LA GACETA DE LOS NEGOCIOS, 13 de agosto de 2003, p. 12; EL PAÍS, 11 de septiembre de 2003, Ciberp@is, pp. 1 y 6).

<sup>32</sup> Vid. EXPANSIÓN, 8 de agosto de 2003, p. 35.

#### 4.3. COMPATIBILIDAD ENTRE CANON COMPENSATORIO Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Ha suscitado también mucha polémica en estos días, con motivo del lanzamiento del nuevo álbum de un conocido cantante, el asunto de la aplicación de medidas tecnológicas anticopia en discos compactos digitales. La coincidencia en el tiempo con el acuerdo entre ASIMELEC y las entidades de gestión al que acabamos de referirnos, ha hecho que una de las primeras críticas haya sido la de considerar ilegítima la introducción de medidas anticopia en los discos compactos, siendo así que los efectos dañinos de la copia privada estarían llamados a quedar compensados mediante el canon que gravará a partir de ahora los materiales aptos para efectuar copias privadas digitales<sup>33</sup>.

Por mi parte lo expresaría más bien al contrario, y diría no tanto que quien puede cobrar el canon no puede introducir medidas tecnológicas anticopia, sino que quien introduce medidas que impiden al usuario efectuar copias para uso personal pierde su legitimidad para participar, en relación con ese producto, en el reparto de lo recaudado por copia privada<sup>34</sup>. Pero eso es algo que habrá de tenerse en cuenta por el resto de potenciales afectados en sede de reparto del canon, no algo a ponderar por los consumidores y las asociaciones que los representan en sede de exacción del mismo. Por supuesto, si un titular no implementa medidas tecnológicas de ninguna clase, o las implementa pero de tal forma que respeta en cierta dosis el límite de copia privada, entonces estará justificado tanto que el canon se exija como que ese titular en concreto participe en el reparto de lo recaudado. Frente a esta postura, hay quien considera perfectamente admisible que un titular implemente medidas anticopia y que al mismo tiempo tome parte en el reparto del canon compensatorio por copia privada<sup>35</sup>.

Una complicación puede venir dada por el hecho de que la decisión de implementar medidas tecnológicas de protección anticopia sea adoptada en solitario por uno de los titulares de derechos de propiedad intelectual proyectados sobre determinado soporte (v. gr. productor fonográfico), siendo así que los demás titulares cuyos derechos de propiedad intelectual se hallen incorporados a dicho soporte (i. e. autores, editores musicales, artistas intérpretes o ejecutantes) no hayan acordado por su parte implementar semejantes medidas. No parece que aquella decisión del productor fonográfico deba abocar a los demás sujetos involucrados a dejar de percibir, también ellos, el canon compensatorio por copia privada. Al menos esto será así cuando no pueda estimarse que

---

<sup>33</sup> Vid. las declaraciones efectuadas por la Asociación de Internautas a través de su presidente, Víctor Domingo, recogidas en *EL PAÍS*, 5 de septiembre de 2003, p. 30. Anteriores afirmaciones suyas en el mismo sentido ya habían sido publicadas en *CINCO DÍAS*, 13 de agosto de 2003, p. 38.

<sup>34</sup> Así lo ha manifestado el propio presidente de AFYVE, según se informa en *EL PAÍS*, 11 de septiembre de 2003, *Ciberp@is*, p. 6.

<sup>35</sup> Así, F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), pp. 64-65, quien se apoya en la consideración de que a la postre todas las medidas tecnológicas acaban burlándose y las copias privadas (y no tan privadas) terminan por realizarse.

esos otros sujetos han prestado al productor su consentimiento al respecto, pero en este punto los interrogantes que se abren son muchos y ponen al descubierto cuestiones de difícil resolución, tales como: (a) si las entidades de gestión de los autores y editores musicales (v. gr. SGAE) tienen título bastante para licenciar a los productores de cara a que éstos adopten esa clase de medidas que, indefectiblemente, afectarán tanto al fonograma como a las obras musicales en él grabadas; (b) si será preciso renegociar los contratos de producción discográfica trabados entre productores y artistas a fin de que éstos habiliten a los primeros para introducir esas medidas tecnológicas de protección que, también de manera necesaria, comprometerán a las interpretaciones fijadas en los fonogramas; (c) por no mencionar el problema de cómo aceptar que los titulares que no hayan dado su consentimiento a la adopción de las medidas estén legitimados para percibir la remuneración compensatoria por copia privada si, precisamente debido a las medidas de protección aplicadas sobre el fonograma, los usuarios no podrán realizar copias privadas no ya sólo del fonograma sino tampoco de las obras e interpretaciones en él incorporadas.

#### 4.4. ¿ESTÁ LEGALMENTE AMPARADA EN EL MOMENTO PRESENTE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS ANTICOPIA [PRIVADA] EN ESPAÑA?

Asociaciones de usuarios que se sienten afectados por las medidas anticopia que cada vez con más ahínco empiezan a implementar los titulares de derechos, se han apresurado a poner sobre el tapete el argumento de que en España, a día de hoy, no estaría legalmente contemplada la introducción de medidas tecnológicas anticopia y sí lo está en cambio la excepción consistente en realizar una copia para uso privado del copista. Básicamente me temo que esa afirmación es correcta, aunque para ser más exactos lo que habría que decir es que nuestro ordenamiento interno, fuera de sectores concretos como los programas de ordenador, aún no contempla la infracción consistente en llevar a cabo una elusión de medidas tecnológicas implementadas por los titulares de derechos de autor y afines, de manera que si un usuario logra *crackear* una de estas medidas para posibilitar la obtención de una copia privada, su comportamiento no sería constitutivo de una infracción, por el momento<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> La situación está a punto de cambiar con motivo de la inminente aprobación parlamentaria de la nueva Ley Orgánica de reforma del Código Penal, pues en ella se prevé modificar, entre otros, el actual artículo 270 CP (vid. artículo 90 del texto del Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Núm. A-145-14, 17 de septiembre de 2003, p. 213). En el futuro apartado 3 del proyectado artículo 270 CP se contempla el castigo de «quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga 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 (...)». El Proyecto inicial presentado a las Cortes no incluía en el artículo 270.3 CP referencia alguna a estas otras obras y prestaciones, sino sólo a los programas de ordenador. En la justificación de la enmienda n.º 151, presentada por el Grupo Parlamentario Popular y responsable de la redacción consignada, se explica entre otras cosas que la tutela penal de las medidas tecnológicas de protección de programas de ordenador debe extenderse al resto de obras y prestaciones objeto de protección en el Texto Refundido de la LPI, pues merecen idéntica protección que aquéllos (vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de

Y es que, hasta tanto la DDASI no sea transpuesta, la cuestión relativa a la adopción de medidas tecnológicas, sobre la que en seguida volveré, no es de directa aplicabilidad en las relaciones entre particulares. Apenas hace falta recordar ahora que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del TJCEE, las Directivas comunitarias carecen de efecto directo horizontal, siendo posible a lo sumo que el particular que estime que una Directiva le concede de forma precisa e incondicional un derecho, el cual se vea dañado por la falta de transposición a tiempo de aquélla por un Estado miembro, intente una acción de reparación de daños y perjuicios contra el Estado miembro incumplidor<sup>37</sup>. Seguramente tampoco es preciso recordar que el plazo de transposición de la DDASI finalizó el 22 de diciembre de 2002.

Lo mismo cabe decir por lo que hace a los Tratados OMPI de 1996, Tratados que España ha suscrito ya, aunque el instrumento de ratificación no haya sido aún depositado en espera de que tenga lugar la transposición de la DDASI por parte de todos los Estados Miembros de la Unión Europea. Estos Tratados contienen un mandato dirigido a los Estados Contratantes, a los que ordena que proporcionen protección jurídica adecuada frente a la elusión de medidas tecnológicas, pero no creo que pueda decirse que concedan un auténtico derecho, perfectamente definido, a implementar tales medidas. Sea como fuere, tanto el artículo 11 TDA como el artículo 18 TIEF dejan claro que las medidas tecnológicas no pueden restringir actos que estén autorizados por los titulares de los derechos *o permitidos por la ley*. Este último inciso es importante porque significa que en el seno de la OMPI se ha manejado un planteamiento mucho más respetuoso con [todos] los límites legales que el que puede encontrarse en la DDASI, como después veremos. Por cierto que no se entiende muy bien que pretendiendo ser un acto de implementación de estos Tratados OMPI en el ámbito comunitario, la DDASI presente respecto de ellos desfases de este calibre.

#### 4.5. LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS EN TANTO COMPRADORES DE UN SOPORTE MATERIAL

Hay todavía una última alegación en defensa de los usuarios de soportes sobre los que han sido introducidas medidas tecnológicas que me parece plausible. Es la que pasa por sostener que aquellos soportes de obras/prestaciones (v. gr. disco compacto digital) dotados de medidas anticopia, las cuales impidan disfrutarlos mediante su uso en un ordenador personal u obtener una copia pri-

---

los Diputados, Núm. A-145-9, 23 de junio de 2003, p. 102). No deja de resultar llamativo que en España, con toda probabilidad, la legislación penal vaya a contemplar la protección de las medidas tecnológicas de protección con anterioridad a que lo haga la legislación civil, y por tanto con anterioridad a que una disposición de nuestro ordenamiento interno haya definido qué debe entenderse por medida tecnológica de protección. Dejo para los penalistas la reflexión acerca de si semejante estado de cosas puede estimarse suficiente como para colmar las elevadas exigencias del principio de legalidad penal.

<sup>37</sup> Me remito a los conocidos casos *Marshall* (STJCEE de 26 de febrero de 1986, *Rec. Jur.* 1986, pp. 723 y ss.), *Francovich/Bonifaci* (STJCEE de 13 de noviembre de 1991, *Rec. Jur.* 1991-I, pp. 5403 y ss.) y *Faccini Dori* (STJCEE de 14 de julio de 1994, *Rec. Jur.* 1994, pp. 3325 y ss.).

vada, constituyen productos defectuosos<sup>38</sup>. De aceptarse este planteamiento, tal vez podría desatarse una responsabilidad a cargo del vendedor, o incluso del productor, en el marco de la recién entrada en vigor Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (LGVBC), transposición a su vez de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo.

En principio, desde luego, un disco compacto encaja en la definición de «bien mueble corporal destinado al consumo privado» (artículo 1 LGVBC), y las disfunciones que denuncian los usuarios probablemente encajarían en la descripción de falta de conformidad del bien con el contrato, tal y como ésta aparece descrita en el artículo 3 de la citada Ley<sup>39</sup>. Aunque la responsabilidad primaria en estos casos es del vendedor, también puede derivarse en una acción contra el productor (i.e. fabricante o importador), de conformidad con el artículo 10 LGVBC. Esa responsabilidad se sustanciaría (vid. artículos 4 y 5 LGVBC) en la sustitución del bien defectuoso por otro igual que no presente el defecto (en nuestro caso por otro disco igual pero sin sistema anticopia), en la reparación del bien (alternativa aquí prácticamente descartable), en una rebaja proporcional del precio, o en una resolución del contrato (la cual, claro está, obligaría a una restitución recíproca de las prestaciones). Francamente, si un consumidor español en disposición de acreditar documentalmente la adquisición de uno de estos discos se dirigiera a poner una demanda ante un juzgado sobre la base de estas premisas, me resulta difícil pronosticar que el juzgador desestimaría sin dudarle su pretensión.

En Francia ha recaído alguna sentencia que a raíz de una demanda interpuesta por una asociación de consumidores contra una compañía discográfica, por haber ésta empleado en uno de sus fonogramas un sistema anticopia que hacía inaudibles algunos de los ejemplares en algunos equipos de escucha, ha condenado a la compañía a abonar una indemnización por el perjuicio causado a los intereses generales de los consumidores<sup>40</sup>. Me estoy refiriendo a la sentencia del TGI de Nanterre (Sección 6.<sup>a</sup>), de 24 de junio de 2003<sup>41</sup>. Bien es cierto que en el caso la compañía había plasmado en las cajas de los discos

---

<sup>38</sup> Para ilustrarlo, algunos detractores de este tipo de medidas dicen en la página de Copy Protection Sucks (<<http://www.copyprotectionsucks.co.uk>>), que esta clase de protecciones son *odiosas* para los reproductores Mp3, porque no es posible pasar los discos protegidos a ese formato, *odian* también a los PC porque en ocasiones los discos no pueden oírse en ellos, e incluso en un porcentaje relativamente alto de casos *odian* a los equipos de alta fidelidad tradicionales, porque tampoco en ellos el disco consigue funcionar, a causa de fallos inducidos por la introducción de las medidas anticopia. Vid. EL PAÍS, 11 de septiembre de 2003, Ciberp@is, p. 7.

<sup>39</sup> En concreto, fallaría seguramente el requisito consignado en la letra b) de ese precepto, a saber, que los bienes «sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los bienes del mismo tipo».

<sup>40</sup> 10.000 €, incrementados con una compensación de otros 1.500 € por gastos no incluidos en las costas, en aplicación del artículo 700 del Nuevo Código francés de Procedimiento Civil.

<sup>41</sup> Disponible en <<http://www.juricom.net>>. El litigio enfrentaba a la Association Consommation Logement Cadre de Vie (CLCV) con la Société EMI Music France.

una mención alusiva a que los mismos contenían un dispositivo técnico que limitaba las posibilidades de copia. Sin embargo, el Tribunal considera que se daban las condiciones para achacar a la demandada un acto de confusión respecto de los consumidores, por cuanto inducía a éstos a un error acerca de las cualidades del producto y sus aptitudes de empleo, toda vez que había sido probado que ciertos ejemplares no eran susceptibles de ser oídos en determinados equipos. De ahí que la sentencia condene también a la compañía demandada a hacer figurar en la parte frontal de los embalajes de los discos en cuestión, un aviso en caracteres de 2,5 mm. que llame la atención sobre el hecho de que los discos no pueden ser escuchados en todo tipo de lectores y autorradios<sup>42</sup>.

Sea como fuere, me gustaría subrayar, a modo de corolario de lo dicho en este epígrafe, la necesidad de ponderar la habitual afirmación de que las medidas tecnológicas permiten en el entorno digital controlar el uso que los consumidores hagan de las obras, porque no se trata sólo de que dicho control sea factible, sino también de a qué coste, desde el punto de vista de la comodidad de los usuarios y de sus propios derechos como adquirentes de bienes o servicios, pretende articularse dicho control<sup>43</sup>.

## **V. LA DIRECTIVA 2001/29/CE (DDASI) Y SU PREVISIBLE IMPACTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO**

### **5.1. EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN LA DDASI: LA COMPENSACIÓN EQUITATIVA**

Hasta aquí hemos visto lo que puede decirse de la copia privada digital en España *de lege data*. ¿Va a verse alterado este estado de cosas con motivo de la incorporación de la DDASI a nuestro ordenamiento interno? ¿Cómo aborda la DDASI la regulación de la copia privada en general, y en particular la de la copia privada digital?

---

<sup>42</sup> Más recientemente, sin embargo, otra demanda similar presentada conjuntamente por una asociación de consumidores y una usuaria particular, frente a la misma compañía discográfica que en el caso anterior y la empresa explotadora de una gran superficie en la que el disco litigioso había sido vendido, ha dado lugar a una segunda sentencia, emitida igualmente por el TGI de Nanterre (Sección 6.<sup>a</sup>) el 2 de septiembre de 2003 (también disponible en <<http://www.juriscom.net>>), pero con resultado muy otro, aparte de desigual para una y otra demandante: mientras que la compradora logra que prospere su acción redhibitoria frente a la discográfica, por lo que obtiene una condena favorable a ser indemnizada por el valor del disco (9,50 €), aparte de una compensación adicional por gastos (150 €), la asociación de consumidores es condenada en costas, así como a abonar la suma 2.000 € a cada una de las dos codemandadas a modo de compensación equitativa por gastos no incluidos en las costas (artículo 700 del Nuevo Código Procesal Civil). La razón de esta condena es que en su caso la relación procesal se había constituido defectuosamente, al haber pretendido ejercer la acción por vía principal y no por vía de intervención, como hubiera sido lo apropiado.

<sup>43</sup> El siguiente paso puede ser que los discos puestos en el comercio sólo sean audibles en el primer aparato en el que se inserten, debiendo adquirir el consumidor tantos ejemplares como equipos de sonido tenga, o que tras un número limitado de usos la información se pierda, debiendo adquirirse un nuevo ejemplar pasado cierto tiempo.

La Directiva 2001/29/CE ha optado por dejar bastante abierta la cuestión de la copia privada, en particular por lo que hace a la copia privada digital. El artículo 5.2.b) DDASI prevé una solución flexible cuando dice que la reproducción en cualquier soporte —parece que excepto el papel o similares, cuyo tratamiento estaría en el artículo 5.2 a)— efectuada por una persona física para su uso doméstico (ya no *exclusivamente personal*, como decía la Propuesta Modificada) y sin fines directa o indirectamente comerciales, podrá ser objeto de excepciones o limitaciones por los Estados Miembros, eso sí, siempre que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa, teniendo a su vez en cuenta si se aplican o no a la obra/prestación medidas tecnológicas de las previstas en el artículo 6 DDASI<sup>44</sup>.

Hay pues una clara ligazón entre el límite de copia privada, en particular la digital, su remuneración mediante fórmulas de compensación equitativa y la permisión de que se implementen medidas tecnológicas de protección, que obviamente modularán lo anterior. El precepto sobre medidas tecnológicas se convierte así en la clave de bóveda del sistema. Por lo demás se deja a los Estados Miembros libertad para mantener o introducir un límite de copia privada, aunque en caso de hacerlo deban tener en cuenta las condiciones señaladas.

Una cierta fisura de este principio de compensación equitativa se halla en la propia DDASI, concretamente en su Considerando (35). En él se relativiza el concepto de compensación equitativa y el derecho a percibirla, poniéndolos en relación con el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares. Señala que si los titulares ya han recibido retribución como parte de un canon de licencia, no debería haber lugar a un pago específico compensatorio. Recuerda asimismo que el nivel de compensación equitativa habrá de graduarse en función del nivel de medidas tecnológicas implementadas por los titulares, y termina advirtiendo que determinadas situaciones en que el perjuicio causado al titular sea mínimo no podrán dar origen a una obligación de pago.

## 5.2. COPIA PRIVADA ANALÓGICA Y COPIA PRIVADA DIGITAL: LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS SON LA CLAVE

Se ha hablado de que la DDASI no termina de reflejar completamente en su articulado el principio sentado en su Considerando (38) a propósito de que, puesto que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto que la analógica, habrán de ser tenidas en consideración las diferencias entre las dos, debiendo establecerse distinciones en diversos aspectos<sup>45</sup>. Es cierto que no hay un reflejo explícito de esta diferenciación de régimen en-

---

<sup>44</sup> Esta última puntualización responde a una lógica [contundente], que ya he defendido *supra*.

<sup>45</sup> Vid. al respecto I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 438; B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 369.

tre la copia privada digital y la analógica en el articulado de la propia Directiva, pero probablemente la incidencia de las medidas tecnológicas de protección y la afirmación de que éstas modularan la eventual excepción de copia privada, vendría a marcar una neta separación entre los dos entornos, dado que las medidas tecnológicas de protección van a implementarse básica si no exclusivamente en el entorno digital y van por tanto a modular, sobre todo, la posibilidad de realizar copias privadas digitales [vid. Considerando (39)].

Sea como fuere, la diferenciación de régimen que emana de la Directiva es preferentemente entre ejercicio del límite de copia privada en un contexto en el que se hayan implementado medidas tecnológicas y ejercicio del límite cuando no se hayan implementado tales medidas, ocurra lo primero en un entorno digital (como será lo más frecuente) o en un entorno analógico.

Para cuando no se hayan implementado medidas tecnológicas queda el mantenimiento de un sistema como el que hasta el presente ha venido existiendo en la mayoría de países comunitarios: permisión de la copia privada sometida a condiciones (uso privado, ausencia de fines comerciales), unida a la exacción de un canon que grave equipos y materiales, y que sirva a compensar indirectamente a los titulares por los daños que esas copias causen a sus legítimos intereses. En cuanto a la copia reprográfica se refiere, la DDASI incluso hace una mención aparte, no relacionándola en absoluto con medidas tecnológicas, asumiendo que las distorsiones que está llamada a causar en el mercado interior son mínimas [vid. artículo 5.2.a) y Considerando (37) DDASI].

### 5.3. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y SU MODULACIÓN PARA FAVORECER EL LÍMITE DE COPIA PRIVADA

El punto de partida del artículo 6 DDASI es que los titulares de derechos pueden implementar medidas tecnológicas de protección que les permitan controlar el acceso o copiado de sus obras o prestaciones, de tal forma que en relación con las mismas no puedan hacerse, o sólo limitadamente, actos no autorizados por aquéllos. A diferencia de los Tratados OMPI de 1996, que en este punto contemplaban que las medidas tecnológicas tampoco debían bloquear aquellos actos para los que se contase con permiso legal, la DDASI no prevé que las medidas tecnológicas deban ceder, *como regla general*, al objeto de garantizar un acto contemplado en una determinada excepción legal. Las medidas tecnológicas así dispuestas no podrán ser eludidas a sabiendas, recayendo sobre los Estados Miembros el mandato de establecer una protección jurídica adecuada frente a esos actos de elusión (artículo 6.1 DDASI). También deben los Estados Miembros articular una protección jurídica adecuada frente a actos de fabricación o comercialización de dispositivos que sean aptos para propiciar la elusión de estas medidas (artículo 6.2 DDASI).

Pero esta regla general conoce una modulación con respecto a una serie de actos que están amparados por límites legales (artículo 6.4 DDASI). No es que en

el caso de estas excepciones la medida tecnológica eventualmente implementada se pueda eludir sin más, lo que sucede es que la Directiva se preocupa de que los beneficiados con esos límites, siempre que a su vez accedan a la obra de un modo lícito, tengan a su alcance medios adecuados (contraseñas, sistemas de descriptación) para poder hacer efectiva la excepción de que se trate. Para ello se prevé que o bien los propios titulares acuerden facilitar esos medios voluntariamente (autorregulación), o bien los Estados Miembros adopten las disposiciones pertinentes [garantizadoras del límite]. Estamos hablando aquí, entre otros, de límites como el relativo a las reproducciones en bibliotecas, museos, archivos o centros de enseñanza [artículo 5.2.c) DDASI], o al uso para ilustración con fines educativos o de investigación [artículo 5.3.a) DDASI], o al uso con fines de seguridad pública [artículo 5.3.e) DDASI].

Sin embargo, para el caso de la copia privada, el artículo 6.4.II DDASI indica no ya que los Estados Miembros «adoptarán» sino que «podrán [o no] adoptar» esa misma clase de medidas aseguradoras del respeto al límite por parte de los titulares que implementen medidas tecnológicas, y ello además a condición de que los titulares no hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en una *medida necesaria* para el disfrute de la excepción, a lo cual no será óbice que hayan implementado medidas para acotar el número máximo de reproducciones posibles. De inmediato se comprende que esta última previsión está llamada a traducirse en un uso generalizado por parte de los titulares que introduzcan medidas tecnológicas, consistente en limitar a uno el número de copias privadas que los usuarios podrán obtener. Es significativo, por cierto, que el precepto parezca centrarse sólo en el aspecto cuantitativo («medida necesaria», «número de reproducciones»), lo cual no ha tardado en despertar el ingenio de algunos titulares de derechos de propiedad intelectual, quienes sostienen que el sistema diseñado en la Directiva no garantiza una determinada calidad de la copia privada, por lo que ningún inconveniente debe haber en que las medidas tecnológicas de protección impidan al usuario, por ejemplo, duplicar un disco compacto digital en un idéntico soporte virgen: siempre tendría a su alcance realizar una copia analógica aplicando al altavoz del equipo de escucha un micrófono conectado a una grabadora tradicional<sup>46</sup>.

Quiere entonces decirse que de nuevo la Directiva ha dejado a los Estados Miembros un gran margen de discrecionalidad en relación con la copia priva-

---

<sup>46</sup> Por mi parte disiento profundamente de este planteamiento, al que no creo que sea exagerado tachar de hipócrita. Asegurar la reproducción para uso privado en una medida necesaria para el disfrute de la excepción, como dice el artículo 6.4.II DDASI, me parece que debe interpretarse también en el sentido de que la reproducción tenga una calidad suficiente, en consonancia con los medios tecnológicos al uso. Además, no hay que olvidar que el límite de copia privada lo es no sólo respecto de los derechos de los autores sobre las obras, sino también respecto de los derechos de los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones así como de los productores sobre sus fonogramas. El método propuesto (como otro, igual de disparatado, que consistiera en proponer que los usuarios se hicieran una copia privada mediante transcripción al oído de la pieza en notación musical) tal vez sirviera para realizar una copia privada de la obra o de la interpretación grabadas en el fonograma, pero es dudoso que permitiera obtener una auténtica reproducción [privada] del propio fonograma.

da. Queda en manos de ellos decidir, antes que nada, si va a haber o no límite de copia privada (artículo 5.2.b DDASI), pero en segundo lugar, para el caso de introducirlo o mantenerlo, los Estados Miembros podrán decidir si adoptan o no disposiciones —no están obligados a hacerlo— para lograr que las medidas tecnológicas eventualmente implementadas por los titulares deban modularse, a fin de permitir el adecuado disfrute del límite por aquéllos a los que está llamado a beneficiar, siendo así además que esas disposiciones no podrán adoptarse cuando los titulares hayan hecho posible *motu proprio* el disfrute de la excepción en la dosis necesaria (artículo 6.4.II DDASI). Si un Estado miembro, por consiguiente, decide contemplar el límite por copia privada, pero después no adopta disposiciones garantizadoras del mismo frente a las medidas tecnológicas, la operatividad del límite quedará prácticamente reducida al —de por sí claudicante— entorno analógico. Por otro lado, aunque su intención fuera garantizarlo y adoptar esa clase de [contra]medidas, puede toparse con que los titulares de derechos han articulado mecanismos para posibilitar la copia privada, con el problema añadido de dilucidar si semejantes mecanismos están en verdad posibilitando la efectividad del límite en la medida oportuna.

No termina aquí todo, porque el artículo 6.4.IV DDASI contiene todavía una suerte de excepción a la excepción, al señalar que nada de lo dicho en los dos primeros párrafos del propio artículo 6.4 se aplica a las obras/prestaciones puestas a disposición del público: (a) de forma interactiva, *id est* de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ellas mismas elijan, y (b) con arreglo a lo convenido en contratos o licencias *on-line*. De modo que, cuando de la explotación en Internet se trata, por vía de transmisiones digitales interactivas y recurriendo a un sistema de licencias en línea, no rige el principio de que las medidas tecnológicas deban modularse para dejar paso al disfrute de ciertos límites legales. En este concreto ambiente *on-line* el recurso a medidas tecnológicas puede desarrollarse plenamente, pues todos los límites son tratados por igual, tanto los privilegiados del artículo 6.4.I como el *pariente pobre* del artículo 6.4.II, o sea la copia privada<sup>47</sup>.

Así pues, lo mencionado en cuanto a la facultad de implementar medidas tecnológicas y su modulación —necesaria o sólo posible, según los casos— queda

---

<sup>47</sup> Tratamiento igualitario que ha sido criticado por algunos, en el entendimiento de que los límites contemplados en el artículo 6.4.I DDASI, a diferencia del de copia privada, estarían regulados en normas imperativas, de donde no podrían ser desplazados por un contrato o licencia en línea, máxime si tenemos en cuenta que se trata de licencias que responden al modelo de un contrato de adhesión. Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2003, p. 575. En mi opinión, sin embargo, si un Estado Miembro decide regular la copia privada y adoptar disposiciones para asegurarla frente a medidas tecnológicas, cosa que puede hacer con base en el artículo 6.4.II DDASI, ese límite pasaría a ser tan imperativo como cualquier otro dentro de ese Estado, es decir, el hecho de que en la DDASI se plantee como una opción para los Estados Miembros incorporarlo o no, así como protegerlo o no frente a las medidas tecnológicas, no significa que una vez decantado un Estado Miembro por incorporarlo y protegerlo, se trate de un límite «opcional» cuyas normas reguladoras deban ser consideradas normas dispositivas en el contexto de las relaciones contractuales entre particulares.

para todo lo que no sea una transmisión digital interactiva articulada con arreglo a licencias de usuario, es decir: comercialización de soportes *off-line*, comercialización *on-line* pero sin el establecimiento de una licencia *ad hoc*, comercialización vía Internet con arreglo a lo convenido mediante contrato, pero sin que se trate de un servicio prestado en línea con carácter interactivo (*push technologies*)<sup>48</sup>.

Precisamente el dato de que en el contexto de las redes digitales de telecomunicación se cumpla plenamente la regla general en materia de medidas tecnológicas, siempre y cuando se opere interactivamente y mediante licencias en línea, es el que ha llevado a algunos a sostener —como antes anticipaba— que nos hallamos ante una suerte de derecho a controlar el uso/acceso de/a las obras o prestaciones<sup>49</sup>, nuevo derecho patrimonial que además tendría la peculiaridad de estar a resguardo de cualesquiera límites legales, y muy en especial del de copia para uso privado.

Claro está que en ningún lugar aparece explicitada la existencia de este nuevo derecho a controlar el uso o acceso de/a las obras por parte de los destinatarios finales de un acto de explotación. Yo tengo para mí que si en efecto fuera tal [derecho de propiedad intelectual] los titulares podrían dirigirse no sólo frente a usuarios, legítimos o ilegítimos, que saltándose los términos de la licencia o prescindiendo por completo de ella, eludan las medidas tecnológicas que hayan sido dispuestas, sino también, caso de que el *cracker* propicie a continuación un acto de explotación no consentido (v. gr. puesta a disposición del público en Internet), frente a cualesquiera terceros, incluso de buena fe, que hayan podido acceder a la obra/prestación libremente, una vez otro se ocupó

---

<sup>48</sup> Vid. Considerando (53) *in fine* DDASI.

<sup>49</sup> Es el caso, como ya dije, de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2003, pp. 563 y 564. Disiento de este autor en este punto, pero sobre todo no comparto el [principal] razonamiento que emplea para apoyar su tesis. Como hemos visto *supra*, para GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ el hecho de que una medida tecnológica «eficaz» se defina (artículo 6.3 DDASI) como aquélla que permita controlar el uso de la obra o prestación protegidas mediante un control de acceso o un procedimiento de protección, es sin duda la mejor prueba de que se ha venido a configurar un nuevo derecho de propiedad intelectual al respecto. En mi opinión, la matización relativa a la «eficacia» o «efectividad» de las medidas está concebida en favor de los usuarios, potenciales infractores de las mismas, a fin de que no pueda tildarseles de tales si la medida en cuestión merecía ser calificada objetivamente de ineficaz. Asimismo, como advierten J. REINBOTHE y S. VON LEWINSKY, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths/LexisNexis, 2002, p. 145, se trata de evitar que puedan merecer protección como medidas tecnológicas eficaces aquéllas que no operen adecuadamente o interfieran con el funcionamiento normal de los equipos o servicios [desde los que el usuario disfrute de un soporte de la obra/prestación]. No parece ortodoxo pues tomar como base el matiz relativo a la eficacia de la medida, para sugerir la creación de un nuevo derecho exclusivo de los autores y titulares de derechos afines que, sin duda, estaría llamado a restringir las posibilidades de actuación de los destinatarios finales de las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. Como explico a continuación en el texto, la implementación de medidas tecnológicas que bloqueen el acceso a una obra o impidan la copia privada no significa que los titulares de derechos de propiedad intelectual dispongan ahora de un derecho de exclusiva en forma de *ius prohibendi* donde antes no tenían nada, o donde a lo sumo tenían un derecho de simple remuneración; significa que los titulares de derechos de autor y afines, abandonando la lógica de la propiedad intelectual, han decidido instalarse en los dominios de la propiedad ordinaria.

de desproveerla de las medidas de protección. Temo que esto no sea así, que ese tercero que meramente accede a una obra puesta en Internet por alguien que él ignora ha quebrado una medida tecnológica de seguridad, no está infringiendo derecho alguno de los titulares. A lo sumo, si el tercero fuese de mala fe, podría extenderse a él la acción basada en la infracción consistente en eludir las medidas tecnológicas de protección<sup>50</sup>.

De modo que el problema que presentan las medidas tecnológicas arbitradas de cara a la comercialización a través de licencias en línea es que agotan sus efectos *inter partes*, pues el poder que dispensan no puede ser hecho valer frente a terceros no infractores de las medidas que se limiten meramente a acceder a las obras/prestaciones.

De ahí que no pueda estar de acuerdo con quien opina que en el caso de las obras y prestaciones plasmadas en formato digital el objeto de comercio no es tanto el bien o el servicio cuanto los derechos de propiedad intelectual en sí. Según esta opinión lo que se licenciaría al usuario final son los derechos de autor/afines sobre una concreta copia digital de la obra/prestación, y en particular el derecho de reproducción<sup>51</sup>. A mi modo de ver sucede más bien al contrario: lo que se comercializa cuando una obra se transmite por Internet y su acceso se bloquea a través de medidas tecnológicas, o cuando un fonograma se distribuye protegido con un sistema anticopia, es precisamente un mero soporte material, un bien carente de inmaterialidad, en donde los intereses del titular [por lo que se refiere al uso/acceso por el usuario] se fían exclusivamente a la eficacia de las medidas<sup>52</sup>. Una vez rotas tales medidas, no hay nada que el titular pueda controlar apelando a un derecho de propiedad intelectual relati-

---

<sup>50</sup> Es curioso comprobar cómo ni siquiera algunos de los que nos alertan del advenimiento de este nuevo derecho, acaban después por perfilarlo genuinamente como tal. Léase, si no, este párrafo de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, prestando especial atención al último inciso, y dígame si causa la impresión de estar refiriéndose a un verdadero derecho exclusivo de propiedad intelectual: «[E]n conclusión, puede decirse que el uso masivo de las medidas tecnológicas va a acabar con los usos no autorizados de las obras en línea, lo que implica en la práctica crear un nuevo derecho de acceso a las obras y prestaciones que se «cuelgan» en Internet protegidas mediante medidas tecnológicas por más que luego los usuarios legítimos —que «se saltan» los términos de la licencia— o ilegítimos —que la «crackean»— puedan posteriormente poner las obras y prestaciones en Internet, de modo que los terceros puedan acceder libremente a estas obras que han quedado «desnudas» de su protección tecnológica». Vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 566.

<sup>51</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, «Reproducción y copia privada en el entorno digital», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 2 (2003), pp. 51-52. Dice concretamente este autor que «[R]ealmente, el objeto de la licencia de uso es el derecho de reproducción que se cede al usuario final para permitir la utilización temporal o más o menos duradera de la copia digital de la obra o prestación incorporada al ejemplar o enviada con el servicio de transmisión. Se trata de pagar por usar una copia digital mediante su reproducción electrónica».

<sup>52</sup> Entiéndase correctamente mi planteamiento: el bien, si es una obra o prestación protegidas, estará dotado de inmaterialidad. A lo que me refiero es a que, a nivel de las relaciones con el destinatario de la comunicación o con el comprador de un ejemplar, lo que se comercializa —como por otro lado pasa en el entorno analógico— es un bien material puro y duro, pues el consumidor no se convierte en cesionario de derechos de propiedad intelectual sino en adquirente de un objeto material sobre el que otros, no él, tienen derechos de esa clase.

vo al uso o acceso, que en mi opinión no existe. No veo pues título de propiedad intelectual involucrado en esa transacción comercial y sí sólo propiedad ordinaria sobre un objeto material<sup>53</sup>. En realidad, lo único que cuenta es el reto lanzado al usuario [o potencial usuario] en el sentido de que no será capaz de romper la barrera de protección, lo que el segundo tal vez tratará de lograr con base a su vez en su derecho de propiedad ordinaria. No es ya por consiguiente la lógica de la propiedad intelectual la que está en juego (facultades exclusivas *versus* límites legales) sino la lógica de dos propiedades ordinarias, colocadas frente a frente<sup>54</sup>.

Por esta misma razón, porque la lógica de la propiedad intelectual tampoco estaría en juego, no me parece de recibo sugerir que esta especie de «derecho de acceso» debería resultarnos menos extraño, porque en la práctica tal derecho ya existe cuando las obras o prestaciones son sometidas a un acceso condicional en ciertos casos de radiodifusión convencional codificada. En tales casos, que caen bajo la órbita de la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (DAC), lo que se condiciona no es en rigor el acceso a una obra/prestación protegidas por la propiedad intelectual, ni se pretende controlar el acceso con base en ese título, sino que lo condicionado es el acceso a un servicio de radiodifusión y lo que se somete a control es el disfrute del servicio como tal, al margen de que los contenidos radiodifundidos sean o no obras y prestaciones protegidas, y con independencia por supuesto de que la titularidad sobre ellos recaiga o no en la entidad de radiodifusión. Lo protegido en fin es la inversión realizada, necesaria para la prestación del servicio, no un derecho de propiedad intelectual<sup>55</sup>. Como en la DAC lo importante es que la prestación del servicio quede protegida, sin consideración a si están o no en juego derechos de propiedad intelectual, no está prevista en ella ninguna modulación de medidas tecnológicas al objeto de preservar ciertos límites o ex-

---

<sup>53</sup> El hecho de que la cadena de comercialización se reduzca a un solo eslabón, uno de cuyos extremos lo ocupe el consumidor final de un soporte y el otro el titular de los derechos sobre la obra/prestación incorporada a dicho soporte, no hace que el objeto del contrato lo conformen derechos de propiedad intelectual (¿para qué querría adquirirlos ese consumidor final?), antes bien el objeto del contrato será un bien material, como siempre que la adquisición de un soporte al que se adhieren derechos de propiedad intelectual aparece protagonizada por un consumidor final.

<sup>54</sup> No deja de ser sintomático que los que intentan ilustrar el fenómeno a que dan lugar las medidas tecnológicas de protección, recurran a metáforas como la de la «valla electrónica» o la de la finca que queda exenta de derechos de servidumbre. Ello nos transporta desde el ámbito de los bienes inmateriales al de los bienes materiales, que es efectivamente donde se sitúan, tal vez sin quererlo, los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando implementan medidas tecnológicas de protección sobre los soportes, tangibles o intangibles, en los que se hallan incorporadas sus obras o prestaciones.

<sup>55</sup> Describe bien los ámbitos respectivos de aplicación de la DAC y de la DDASI, subrayando su carácter complementario, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet*, 2.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2003, p. 549 (vid. en particular la aclaración de la nota n.º 184). Sin embargo, no se sustrae a la tentación de observar (p. 550) que «en los servicios de transmisión por Internet, la misma medida que previene el acceso no autorizado *al servicio* cumple la función de impedir el acceso *a la obra*. Cuando ambos motivos confluyen observamos que en realidad ambas Directivas están regulando lo mismo, (...)» [énfasis del autor].

cepciones legales a los derechos de autor. Es también remarcable que la DAC no persigue la elusión directa de medidas tecnológicas y sí sólo la comercialización de dispositivos ilícitos que permitan desbloquear las barreras de acceso al servicio.

## **VI. TRATAMIENTO DEL LÍMITE DE COPIA PRIVADA EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LPI. EN PARTICULAR LA COPIA PRIVADA DIGITAL Y SUS RELACIONES CON LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS**

Los operadores jurídicos involucrados en el sector de los derechos de propiedad intelectual no cesan de interrogarse a propósito de la manera en la que va a llevarse a cabo la incorporación de la DDASI a nuestro ordenamiento. En particular está por ver qué uso hará el legislador español de los márgenes que la Directiva le brinda en materia de límites y de las relaciones entre éstos y las medidas tecnológicas de protección.

Por lo que se refiere a la copia privada, y a juzgar tanto por el BALRLPI/2002 como por el BALRLPI/2003, que en esta materia resultan prácticamente idénticos, el prelegislador español no parece dispuesto a que exista en nuestro país un límite de copia privada en el entorno digital, ni siquiera en la medida en que la DDASI propicia que lo haya. Todo quedará al arbitrio de lo que los titulares decidan, mediante las facultades que otorguen a los usuarios en sus licencias de uso y merced a los márgenes que permitan las medidas tecnológicas dispuestas.

En cuanto al límite de copia privada en el entorno analógico, diríamos que se prevé un mantenimiento de la cuestión en los mismos términos que actualmente contempla la LPI (vid. el artículo 6 del BALRLPI), si bien se agregan algunas puntualizaciones que ayudan a clarificar un tanto los perfiles de la noción de copia privada. Nada se advierte en el anteproyectado artículo 31 LPI acerca de la copia privada digital, ni de las medidas tecnológicas, lo que tal vez sería conveniente que se hiciera a través de alguna remisión interna.

Donde sí se alude a las medidas tecnológicas es en el artículo 5 del Borrador, que reformaría el artículo 25 LPI, cuando a la hora de referirse al establecimiento de las cantidades devengadas por cada equipo o material, de cara a conformar la compensación equitativa que recibirán los titulares afectados por la copia privada, se indica que en esa determinación habrá de tenerse en cuenta si los titulares aplican o no a sus obras o prestaciones medidas tecnológicas de protección<sup>56</sup>.

Las medidas tecnológicas serían contempladas en un futuro artículo 172 LPI (vid. artículo 63 del Borrador), donde se contendría la definición de las mis-

---

<sup>56</sup> Se trata de una traslación de la advertencia contenida en el artículo 5.2.b) *in fine* DDASI.

mas y la posibilidad de actuar contra quienes las eludan, como si de una infracción a la propiedad intelectual se tratara. El futuro artículo 173 LPI (vid. artículo 64 Borrador) se destinaría al espinoso tema de la relación entre las medidas tecnológicas y los límites a la propiedad intelectual. Se plasma la preocupación de que las medidas tecnológicas no impidan a sus respectivos beneficiarios disfrutar de una serie de límites legales. Entre ellos no está el de copia privada. El Estado, como contemplaba la DDASI, se comprometerá en la garantía de esos límites imponiendo medidas a los titulares de los derechos para que cumplan con el debido respeto a los mismos. El precepto finaliza diciendo que nada de esto —ni el debido respeto a esos límites, ni el compromiso del Estado en garantizarlos— será aplicable a obras/prestaciones puestas a disposición del público de modo interactivo y con arreglo a lo convenido en un contrato.

Al no mencionarse siquiera el límite de copia privada para el resto de explotaciones en el entorno digital [no ya para esta última modalidad en la que todos los límites sucumben por igual], todo apunta a que nuestro legislador no hará uso de la facultad que le brinda el artículo 6.4.II DDASI a fin de garantizar, por más que sea sólo en algunas modalidades de comercialización, que los titulares que adopten medidas tecnológicas las modulen a fin de asegurar el disfrute por los usuarios del límite de copia privada en una cierta medida. La cuestión quedará a merced de los titulares, que podrán comercializar las obras y prestaciones sin permitir a los usuarios la realización de copias privadas en absoluto, o en una medida suficiente.

## **VII. CONCLUSIONES**

En mi opinión el límite por copia privada debe mantenerse en toda su extensión posible, también en el entorno digital. Esto implica asumir que su fundamento no radica sólo en la imposibilidad de control de dicha clase de copias. La referencia ha de venir dada por su tratamiento en el entorno analógico. Se debe pues intentar compensar a los titulares por las copias privadas digitales gravando los equipos y materiales correspondientes.

El legislador español haría bien en aprovechar los márgenes que deja la DDASI para asegurar que los titulares suavicen las medidas tecnológicas a fin de preservar en la medida necesaria el límite de copia privada también en el entorno digital, por más que en el caso de acceso en un ambiente interactivo con arreglo a lo convenido en un contrato no sea posible introducir ningún paliativo frente a las medidas tecnológicas implementadas por los titulares.

Los márgenes a los que me refiero son bastante más amplios de lo que pudiera parecer. Para empezar, toda la comercialización de obras en soporte digital fuera de línea, excepto programas de ordenador y bases de datos, puede quedar sometida al límite de copia privada. En este sentido, sería deseable que al incorporar la Directiva la Ley española precisara cuándo debe entenderse que

los titulares de derechos han hecho ya posible la reproducción para uso privado en una «medida necesaria para el disfrute de la excepción». Este giro debería interpretarse en el sentido de garantizar, entre otras cosas, que la copia privada reúna una calidad semejante a la del soporte de procedencia.

La tecnología digital debe ser aprovechada para incorporar medidas tecnológicas de protección, pero la finalidad no debe ser la de impedir por completo la realización de copias privadas, sino la de graduar el número máximo de copias privadas que puedan obtenerse a partir de un mismo soporte, o la de impedir que a partir de una primera copia privada puedan extraerse posteriores copias en cadena.

En ningún caso la Directiva autoriza a instaurar un derecho exclusivo de propiedad intelectual a controlar el uso/acceso de/a las obras o prestaciones por los destinatarios finales de las mismas. La implementación de medidas tecnológicas extrae la protección del ámbito de la propiedad intelectual y la traslada al campo de la propiedad ordinaria. Al tratarse de cosas muebles, es muy difícil articular la protección más allá de las relaciones *inter partes*.

Conviene tener presente que por lo que se refiere a las relaciones entre límites legales y medidas tecnológicas de protección, la DDASI presenta algún desajuste importante con respecto a los Tratados OMPI de 1996.