



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EXCEPCIÓN
DE COPIA PRIVADA Y SU PROBLEMÁTICA EN EL ÁMBITO DIGITAL**

JOSÉ ANDRÉS PRADA GAVIRIA

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.02>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho comun. nuevas tecnol. No. 17
enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7786

Algunas reflexiones sobre la excepción de copia privada y su problemática en el ámbito digital

Resumen

El artículo aborda el tema de la excepción de copia privada, tal como se encuentra tipificada en la legislación de derecho de autor colombiana, enfatizando en la problemática que se presenta actualmente al momento de su implementación en el ámbito digital, y mencionando los recientes intentos de reformas legislativas que se suscitaron alrededor de este asunto de estudio no solo en Colombia sino también en los Estados Unidos.

Palabras clave: copia privada, TIC, redes P2P, *Copyleft*, proveedores de servicio de internet.

Comments about the Private Copy Exception and its problematical in the digital environment

Abstract

This article is about the private copying exception typified in the Colombian copyright law, and seeks to highlight the current problem that takes place at the moment of its implementation in the digital environment, mentioning the recent modification legislative initiatives that have aroused surrounding this matter of study not only in Colombia but also in the United States.

Keywords: Private copying, ICT, P2P networks, Copyleft, Internet Service Providers.

Algunas reflexiones sobre la excepción de copia privada y su problemática en el ámbito digital*

JOSÉ ANDRÉS PRADA GAVIRIA**

SUMARIO

Introducción – I. EL DERECHO DE AUTOR Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA – II. LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO ANALÓGICO COLOMBIANO – III. LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO DIGITAL COLOMBIANO – IV. LAS REDES P2P Y LA COPIA PRIVADA – V. EL *COPYLEFT* Y LA COPIA PRIVADA – VI. INICIATIVAS LEGISLATIVAS RECIENTES – VII. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Prada Gaviria, J. A. (Junio, 2017). Algunas reflexiones sobre la excepción de copia privada y su problemática en el ámbito digital. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (17). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.02>

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Comercial y Derecho de la Empresa de la misma institución educativa. Actualmente se desempeña como abogado independiente. Correo: apradagaviria@yahoo.com

Introducción

En el presente documento se aborda la excepción de copia privada, regulada y tipificada en la legislación de derecho de autor colombiano como un mecanismo útil y necesario para dar a conocer obras amparadas por la propiedad intelectual, que de otra forma no sería posible duplicar en beneficio de la cultura, la educación y la difusión del conocimiento.

Se describe, por tanto, en qué consiste la excepción de copia privada y la problemática que se ha suscitado, no en el medio analógico en el cual se encuentra reglamentada, sino en el digital, fruto de la polémica actual no solo a nivel local sino mundial, a raíz de iniciativas de reforma tales como la Stop Online Piracy Act (SOPA), la Protect Intellectual Property Act (PIPA) y la *Online Protection & Enforcement of Digital Trade Act* (Open) que se suscitaron en los Estados Unidos.

¿Cuál es el tratamiento jurídico que se le ha dado a la copia privada en el ámbito digital?, ¿en qué consiste su actual problemática en el ámbito digital?, ¿cómo se trató de desarrollar legislativamente este tema en Colombia?, serán algunas de las preguntas que se busca responder en este artículo.

I. EL DERECHO DE AUTOR Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA

El derecho de autor es una especie de la propiedad intelectual. Esta última tradicionalmente se ha dividido en el derecho de autor (que

busca proteger aquellas creaciones del ingenio humano que son originales) y en la propiedad industrial (orientada a proteger, entre otras, las marcas, patentes, modelos de utilidad y denominaciones de origen).

El artículo 61 de la Constitución Política colombiana dispone: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”

A su vez, el artículo 671 del Código Civil señala: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales.”

En Colombia el tema se regula mediante la Ley 23 de 1982, sin perder de vista, tal como se observa en la compilación de aspectos normativos elaborada por el Convenio Antipiratería para Colombia (2004), que el Régimen Común Andino en Materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, “es de aplicación directa y preferente a las leyes internas de cada país miembro de la Comunidad Andina” (p. 75). Por ser fruto de un organismo de integración supranacional debe acudir en primera instancia a estas disposiciones, y en ausencia de regulación, se aplica subsidiariamente la legislación interna de cada país miembro del Acuerdo de Cartagena” (p. 75). De tal forma que prima sobre la legislación nacional y en el evento de encontrarse vacíos estos serán suplidos por la Ley 23 de 1982.

Es importante señalar que tradicionalmente “se han identificado dos grandes sistemas de

protección: el del derecho de autor (o de tradición latina) y el del *copyright* (o anglosajón). Colombia forma parte del sistema de tradición latina, cuyos orígenes se remontan al derecho romano” (Vega Jaramillo, 2003, p. 22).

II. LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO ANALÓGICO COLOMBIANO

Normalmente, quien ostenta el derecho de autor sobre una obra tiene a su favor derechos morales¹ y patrimoniales² sobre esta. Lo cual implica que su creador, o a quien por ley le corresponden los derechos de autor sobre la obra, son los únicos que pueden arrendarla, venderla o regalarla (solo por mencionar algunos actos). De tal manera que, en principio, solamente se podrá disponer de su obra si se hace con su consentimiento o se cuenta con su autorización para hacerlo.

Sin embargo, la copia privada, tal como se viene mencionando, es una excepción a la regla general de no permitir a terceras personas, ajenas a la creación de la obra o distintas a

quienes posean su titularidad patrimonial, el utilizarla y, en este caso específico, el reproducirla sin la debida autorización de su autor o de quien ostente sus respectivos derechos patrimoniales.³ En esa medida, y tal como la define el Ministerio de Cultura de España (2017) —asunto que vale la pena recoger de la legislación española puesto que tiene validez en la normatividad colombiana—, “no es un derecho, es un límite al derecho de reproducción que ostentan los titulares de los derechos de propiedad intelectual” (párr. 2), en relación con las obras y prestaciones legalmente protegidas por una ley o normatividad de derecho de autor del país de origen de la obra, sin desconocer la existencia de tratados de carácter internacional que actúan de manera acorde y armónica con dicha legislación nacional. La excepción o límite denominada copia privada permite que “determinadas obras divulgadas a las cuales haya tenido acceso legal una persona física puedan ser reproducidas por esta, siempre que la copia que obtenga no sea utilizada de forma colectiva, ni lucrativa” (Ministerio de Cultura, 2017, párr. 2). Esta limitación permite la difusión de obras que aportan de manera inva-

1. De conformidad con el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 “el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: (a) Conservar la obra inédita o divulgarla; (b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y (c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”.
2. De acuerdo con el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 “el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: (a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; (c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; (d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; (e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”.
3. Por lo general, quien ostenta los derechos patrimoniales de una obra es su mismo creador o autor; sin embargo, esto en la práctica no siempre sucede y puede presentarse el evento de que el autor ceda dichos derechos a favor de otra persona. De ser así, el autor inicial ostentaría únicamente los derechos morales y el tercero adquiriría los derechos patrimoniales.

luable al desarrollo de la cultura, sin trasgredir los derechos del autor de la obra, a pesar de las críticas en el ámbito digital, las cuales también serán mencionadas más adelante.

De conformidad con la Decisión Andina 351 de 1993, artículo 13, “el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir en su literal (a) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento”. En el artículo 14 se define la reproducción como “la fijación de la obra en un medio que permite su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

A su vez, y teniendo en cuenta que la copia privada no se encuentra tipificada en el capítulo VII, titulado “De las limitaciones y excepciones”, tal como se mencionó con anterioridad, en el evento en que no se encuentre reglamentada en este cuerpo normativo (es decir, en la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena) la excepción de copia privada, se aplica de manera subsidiaria la legislación interna; en el caso de Colombia, la Ley 23 de 1982 establece en el artículo 37 que “es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”. Y en el artículo 12 aclara que “el autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar cualquiera de los actos siguientes: a) Reproducir la obra”.

Es claro, por tanto, que una persona al momento de realizar una reproducción de una obra protegida por el derecho de autor (como es el caso de una obra literaria, una obra artística, fotografías, cuadros, esculturas, solo por mencionar algunas que tengan el carácter de ser originales), entendida la reproducción como su fijación en cualquier medio que permita su comunicación o la obtención de copias,⁴ de toda o parte de ella por cualquier medio o procedimiento, está infringiendo el derecho patrimonial del autor o del titular, por ser en ellos en quienes radica el derecho de reproducción.

Sin embargo, y tal como se ha explicado, existe una excepción clara a esta regla general, la cual en el caso colombiano se encuentra reglamentada en el artículo 37 de la Ley 23 de 1982, el cual permite la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor siempre y cuando se trate de un solo ejemplar: (1) para uso privado y (2) sin fines de lucro. Quien cumpla con esos dos requisitos podrá, de acuerdo con la norma citada, reproducir un solo ejemplar de una foto o un documento.

III. LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA EN EL ÁMBITO DIGITAL COLOMBIANO

A pesar de ser aparentemente clara la disposición nacional en lo que concierne a realizar copias privadas de determinadas obras, esta ha “sido causa de numerosas controversias en el

4. A través de CD, DVD o mediante la copia de archivos o fotos en el disco duro de un computador personal, por citar algunos ejemplos.

campo del derecho de autor, particularmente con el auge de las nuevas tecnologías de comunicación y, por ende, de nuevas formas de explotación de las obras” (Vega Jaramillo, 2003, p. 64). En efecto, las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) permiten la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor de manera masiva y casi sin ningún tipo de control, atentando contra la denominada regla de “los tres pasos”,⁵ la cual busca armonizar los derechos de la sociedad y los intereses del autor, estableciendo que las limitaciones y excepciones deben darse (a) en determinados casos especiales, (b) no deben atentar contra la normal explotación de la obra, (c) ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (Vega Jaramillo, 2003, p. 64).

De acuerdo con esto, las TIC, debido a la facilidad que ofrecen para transmitir la información, permiten que personas inescrupulosas quebranten de manera flagrante la regla de los tres pasos, poniendo en entredicho la excepción de la copia privada que contempla la legislación colombiana. Esta situación se tendría que valorar, para determinar si se está cumpliendo con la mencionada regla.

En Colombia la excepción de copia privada se encuentra consagrada en la Ley 23 de 1982, la cual para muchos resulta obsoleta cuando se trata de contenidos en el medio digital, pues

argumentan que posibilita una explotación injusta de la obra.

La copia privada digital ha existido siempre en los sistemas de protección de la propiedad intelectual. En el mundo analógico, la copia privada no supone —por norma general— un grave perjuicio para los intereses económicos del autor; o cuanto menos, no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración por copia privada (...), con la aparición de la tecnología digital (facilidad de copias de calidad perfecta) la copia privada pone en jaque los intereses económicos del autor, hasta el punto de que el mero “uso privado” llega a convertirse (a través de los sistemas P2P) en una verdadera “explotación” de la obra ajena. (Xalabader, Martín-Prat, Malmierca y Ramírez, 2005, párr. 1, Resumen).

A pesar de ello, la ley colombiana contempla y representa un mecanismo útil para quien pretende usar una obra sin atentar contra los intereses de los autores o titulares, aportando de esta manera al desarrollo intelectual y al progreso de una manera significativa.

A primera vista, pareciera que en Internet cualquiera puede utilizar obras musicales o literarias sin autorización alguna, lo cual no es cierto, en la medida en que si bien se trata de conte-

5. Contenida en el Tratado de la OMPÍ sobre Derecho de Autor, aprobado y vigente en nuestra legislación mediante la Ley 565 de 2000. El artículo 10: Limitaciones y excepciones, dispone: “1) Las Partes Contratantes [es decir los países que hacen parte del Tratado] podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

nidos aparentemente disponibles para todos, estos no están ajenos a la protección del derecho de autor, salvo posibles excepciones como es el caso de las licencias *creative commons*, que permiten utilizar e incluso mejorar las obras bajo unas reglas específicas, o los sitios gratuitos que autorizan utilizar las obras allí expuestas sin limitación alguna. Hay que estar atento a cada caso específico y a las condiciones de las licencias para evitar posibles litigios jurídicos relacionados con la utilización indebida de contenidos. Muchas veces la facilidad con la que se puede acceder a ellos y reproducirlos atenta contra los derechos de los autores o titulares, en ese afán de comunicación.

La copia privada, entonces, es una herramienta útil y no única (en la medida en que las legislaciones nacionales permiten, solo por poner un ejemplo, determinados eventos como lo son el uso de obras de terceros para fines de enseñanza) en el momento de utilizar una obra dentro de un contexto personal, como se describirá a lo largo del presente documento. Esta excepción en específico y en conjunto con las demás existentes, representa un mecanismo para beneficiarse de la cultura y el desarrollo a título personal dentro de una sociedad, sin perder de vista las condiciones que un tercero debe cumplir en el momento de emplearla. De ahí su reglamentación jurídica que, tal como se verá, actúa de una manera casi universal, aunque en Colombia no opere hasta el momento el sistema de compensaciones, con el cual esta limitación o excepción se encuentra siempre asimilada, sino que puede ser complementada en el ámbito digital con la utilización de medidas tecnológicas

y en el ámbito análogo a través de las sociedades de gestión colectiva. Este tema se enriquece con el trámite de nuevas iniciativas legislativas que pretenden regular de una manera más eficiente el uso de los contenidos en Internet, lo que como en el caso colombiano y estadounidense ha suscitado controversia.

Tal como menciona Timote (2015):

La tecnología digital ha facilitado extraordinariamente las posibilidades de copiar, con una excelente calidad, las obras incorporadas en soportes digitales, lo que ha sido aprovechado por la piratería organizada para abrir un mercado secundario ilegal de venta no autorizada de obras, y también por los ciudadanos, que realizan copias de las obras para su uso personal sin finalidad comercial. (Conclusiones, párr. 5).

En un inicio, la copia privada estuvo relacionada con el derecho a la intimidad. Sin embargo

en la mayoría de los Estados miembros de la UE los legisladores reconocieron muy pronto que, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico, el concepto jurídico de derecho a prohibir en virtud de la legislación sobre derecho de autor no podía aplicarse, ya que sería imposible hacer respetar una prohibición de la copia privada, dado el gran número y el anonimato de los usuarios. (Kreile y Becker, 2003, párr. 9).

Frente a este concepto que relacionaba en un principio la excepción de copia privada con el

derecho a la intimidad, y teniendo en cuenta la facilidad que proporcionan las TIC para el acceso y el intercambio de información hoy en día, así como la imposibilidad de relacionar cada copia con el derecho a la intimidad, debido al gran número de usuarios y al anonimato de quienes quieren acceder a contenidos se fue modificando la concepción de relacionar el derecho a la copia privada en torno al derecho de acceso a la cultura. De esta suerte, actualmente la copia privada no trasgrede el derecho a la intimidad de un autor, sino que supone un derecho de acceso a la cultura por parte de terceros o de quienes deseen utilizar un contenido protegido por derecho de autor, aportando significativamente al progreso de la humanidad.

Este cambio de concepción se debe primordialmente a las nuevas tecnologías, a la facilidad de acceso a las obras, y a la imposibilidad por parte de su creador o del titular de derechos patrimoniales de impedir el uso masivo de estas o de llevar un control sobre el número de copias generadas de una obra determinada protegida por derecho de autor. De esta manera, y sin la intención de acabar con la excepción de copia privada, las legislaciones de algunos países, como es el caso de España y Colombia, permiten que se siga empleando dicha copia pero con el fundamento jurídico de apoyar la difusión de la cultura.

IV. LAS REDES P2P Y LA COPIA PRIVADA

Las redes de intercambio P2P (*peer to peer*) son las que más interesan a los usuarios: ade-

más de ser gratuitas, el volumen de contenidos descargables es muy amplio. En España, en opinión de los consumidores y de los tribunales que los apoyan, los contenidos obtenidos a través de tales redes son legales, ya que los consumidores hacen uso de su derecho a la copia privada, que está reconocido en la propia normativa de la propiedad intelectual.

Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet, no vulneran derecho alguno protegido por la ley de propiedad intelectual (...) Es preciso destacar que considero que en la actual Ley de Propiedad Intelectual no se prohíben, con carácter general, las redes P2P.

Dicho de otro modo, los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, (...) en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización. (Reino, 2010, párrs. 3 y 4).

La reforma de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de propiedad intelectual en España, considera comunicación pública la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, definición esta en la que encajan los archivos compartidos en redes P2P.

En España, antes de la reforma del año 2006 se argumentaba que las descargas de música

y películas podían subsumirse en la definición de copia privada establecida en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La reforma de 2006 ha reducido notablemente el ámbito de dicho precepto: debe tratarse de reproducciones realizadas por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente, siempre que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, quedando excluidas las bases de datos electrónicas y los programas de ordenador. (Juzgado Mercantil n.º 7, Sentencia 67/10).

Dichas redes permiten el intercambio de contenidos protegidos por derecho de autor a través de Internet. Las redes P2P han sido duramente criticadas por los autores o creadores de contenidos y han originado litigios de carácter internacional que han sido fallados a favor de los creadores, como ocurrió en el caso de Napster, sitio que permitía el intercambio gratuito de obras musicales y que fue cerrado debido a un fallo judicial.

En Colombia no ha habido sentencias judiciales ni pronunciamientos en torno a este tema. Sin embargo, los usuarios se benefician de estos sitios que trascienden las fronteras nacionales, gracias a la implementación de las TIC, las cuales permiten su acceso e intercambio de manera masiva y sin aparente control por parte de los autores o titulares patrimoniales de derecho de autor. En el 2011 cursó el Proyecto de ley 241 de 2011, del que se tratará más adelante, el cual pretendía reglamentar

el intercambio de archivos entre usuarios de estas redes.

V. EL *COPYLEFT* Y LA COPIA PRIVADA

El *copyleft* existe para las obras musicales, ediciones de libros, vídeos, programas de ordenador, etc.; favorece la utilización en las Administraciones Públicas del software libre y del código abierto (Linux). En España cuenta con el apoyo, incluso, de instituciones públicas como la Junta de Extremadura.

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) no está de acuerdo, pero en algunos casos llevados a juicio, los tribunales han respondido a favor del *copyleft*. Así, la Sentencia de 5/07/2007 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, pone de manifiesto que

se trata de la contraposición entre el modelo tradicional, basado en la protección de la copia (copyright) y el modelo de acceso libre on line con la cláusula *copyleft*: el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra con libre acceso para el consumidor.

En tal virtud, los consumidores tienen permiso para acceder a ellos, copiarlos, distribuirlos a otros o incluso transformarlos. El *copyleft*, contrario al copyright, permite por medio de una autorización de uso o licencia a terceros ajenos al autor, manejar determinados contenidos y a partir de allí mejorar los existentes o crear unos nuevos. Tal es el caso de los pro-

gramas de computador como Linux, los cuales dejan a disposición de todo el mundo su código fuente con la intención de que otro programador pueda realizarle mejoras, y así permitir el progreso de un aplicativo de uso para todos. Dicho programador, a su vez, lo deja nuevamente disponible y no existe un aparente límite a tales mejoras. Estas licencias contribuyen al emprendimiento y buscan aportar al desarrollo tecnológico. Contrario al copyright, los derechos patrimoniales no son exclusivos del autor o su titular y no se requiere su autorización expresa para utilizarlos, están a disposición de todo el mundo que pretenda mejorarlos; pero si bien existe un reconocimiento a los creadores, el factor económico no es tan evidente como sí lo es en el derecho de autor, donde es el creador quien dispone cómo utiliza su obra, de qué manera y a qué costo, entre otras variables.

VI. INICIATIVAS LEGISLATIVAS RECIENTES

Más allá de la controversia y de la utilización de las TIC en la vida diaria, en Colombia se han implementado en el mundo analógico medidas como la Ley 98 de 1993, conocida como Ley del Libro, la cual establece: i) la obligación de obtener autorización previa de los titulares de derechos de autor, para los establecimientos que utilicen aparatos para la reproducción de obras impresas; ii) el derecho de los autores a percibir una remuneración compensatoria, la cual radica en cabeza del Centro Colombiano de Derechos Reprográficos (CEDER) como sociedad de gestión colectiva.

En el ámbito digital, el Proyecto de Ley 241 de 2011, por el cual se regulaba la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet, denominado en un principio Ley Lleras por haber sido presentado por el ministro del Interior Germán Vargas Lleras, buscaba que no se fomentara a través de un medio masivo de comunicación como Internet la reproducción o el uso de obras protegidas por el derecho de autor de manera ilícita, y que fueran los mismos proveedores de servicios de Internet los encargados de suspender su uso, sin que existiera previa orden judicial, “creando mecanismos de cooperación entre los titulares y los ISP frente a infracciones a sus derechos cometidas en Internet”. El proyecto de ley fue archivado, sin embargo es pertinente destacar lo que proponía respecto a los ISP:

Los ISP no tienen la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o refieran, ni buscar actividades ilícitas, pero podrán retirar material de manera facultativa a menos que una orden judicial disponga lo contrario. Castigando de esta manera la puesta a disposición de obras con fines comerciales en redes informáticas sin el permiso de los titulares y sin regular el intercambio de archivos entre usuarios en redes P2P. (Arias, 2012).

En cuanto a los jueces, los limitaba a utilizar criterios de razonabilidad al momento de dictar medidas cautelares. Por las implicaciones que conllevaba, despertó un gran interés y generó mucha controversia en el país, sin embargo,

tras seis meses de controversia, el ponente del proyecto, el senador Roy Barreras, consideró necesario el archivo de la iniciativa.

Para Barreras, el proyecto que podría sancionar la vulneración de los derechos de autor en Internet chocaba con el principio de libertad de expresión consagrado en la Constitución. “Advertimos que si se tenía que escoger entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la propiedad intelectual, privilegiaríamos el derecho a la expresión”, explicó Barreras (*Semana*, 2011, párr. 3).

El senador recordó que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones anunció su deseo de presentar un proyecto diferente al que se estaba tramitando: “(El Ministerio) ofreció enviar recomendaciones y adiciones a la norma, cambios que finalmente nunca llegaron” (*Semana*, 2011, párr. 4).

“En el inicio del debate del proyecto fueron señaladas dos debilidades jurídicas: la penalización de los usuarios y la posibilidad de que los proveedores de servicios de internet puedan sancionar a los usuarios” (*Semana*, 2011, párr. 8).

En España, por ejemplo,

la identificación de los usuarios por parte de los proveedores de acceso a Internet solo puede realizarse cuando se haya adoptado la correspondiente resolución judicial. El proveedor de acceso a Internet tiene vedada la entrega voluntaria de datos de carácter per-

sonal del usuario, como la IP, sin consentimiento del interesado, salvo que el destinatario sea un juez o un tribunal (artículo 11.2 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), y únicamente puede retener estos datos para los fines que indica la LSSI en su artículo 12, entre otros, para su utilización en el marco de una investigación criminal.

La colaboración de los intermediarios técnicos para retirar contenidos ilícitos o para que interrumpan la prestación de servicios a los infractores de la propiedad intelectual requiere la existencia de una previa resolución judicial, tal y como se contempla con claridad en la LSSI (artículos 8 y 11), en correspondencia evidente con la libertad de comunicación garantizada en el artículo 20 de la Constitución española. (Wikitel, 2012, párr. 17).

Para algunos autores “lo más sencillo sería hacer recaer sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información la responsabilidad por la transmisión no autorizada de obras protegidas por la propiedad intelectual” (Wikitel, 2012, párr. 15). A continuación lo que ocurre en la legislación española.

Tal como se contempla en el Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre (BOE del 31 de diciembre), la intervención del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo durante el procedimiento para obtener la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información se da en dos supuestos:

- a) Para requerir a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información que aporten exclusivamente la identificación del responsable del prestador de servicios de la sociedad de la información contra el que se dirige el procedimiento.
- b) Para la ejecución forzosa de la resolución que adopte la CPI consistente en la retirada de contenidos o en la interrupción del servicio, con objeto de velar por las garantías de los derechos a la libertad de expresión y de información (Suárez Pliego, 2012).

Y en el caso colombiano no es viable desde el punto de vista jurídico hasta el momento, pues como se mencionó, el proyecto de ley que buscaba esencialmente modificar esta circunstancia se archivó. Desde esta perspectiva ya no sería necesaria una previa orden judicial para sacar de circulación un contenido ilícito, bastaría con que el ISP tuviera la sospecha, para hacerlo. Para algunos⁶ esto atenta contra el Estado social de derecho, en la medida en que no se parte de una presunción de inocencia con todas las garantías establecidas, sino, por el contrario, de un Estado peligrósista en el que sin ningún previo procedimiento y sin las garantías legales un ISP puede suspender la utilización de determinados contenidos; para muchos no se deberían trasladar semejantes atribuciones a un ISP, ni siquiera a un órgano gubernamental distinto a la Rama Judicial. Quien lo haga, no debería perseguir de mane-

ra arbitraria y masiva, sino con fundamento, en casos específicos de utilización ilícita de contenidos protegidos por el derecho de autor.

Contrario a lo que se podría pensar, el tema no ha sido dejado de lado del todo y así como se ha reglamentado en las legislaciones de otros países del mundo como España y Francia, por citar algunos ejemplos, en Colombia se buscó reglamentarlo con las fallidas Ley Lleras y Ley Lleras 2.0.

La página web del Ministerio del Interior reseñó en su momento:

El ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, anunció que el próximo 16 de marzo radicará ante el Congreso un proyecto de ley sobre sociedades de gestión colectiva y derechos de autor, que fue concertado con los autores, compositores y empresarios de la industria musical.

Y después publicó:

La aprobación de la Ley 1520 de 2012, llamada también Ley Lleras 2 por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del acuerdo de promoción comercial suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su protocolo modificadorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica,

6. Entre ellos el senador Camilo Romero.

aclarando que dicha disposición no menciona ni hace alusión al tema de las medidas o responsabilidad de los ISP.

En el año 2012, el Gobierno volvió a intentarlo con la Ley Lleras 2.0, que restringía la circulación de libros, canciones, videos y otras formas de producción cultural. En lugar de una delicada balanza entre los legítimos derechos de propiedad de los autores y los derechos del público a la cultura, la versión 2.0 reforzaba en exceso los primeros a costa de los segundos, supuestamente para cumplir las obligaciones del TLC con EE. UU. Esta iniciativa de ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

La tendencia actual es la reglamentación del tema de los contenidos ilícitos en Internet a través de normas de carácter nacional, cuestión que también es criticable ya que para muchos lo ideal sería contar con instrumentos de carácter internacional uniformes; sin embargo, debe recordarse que a falta de ellos las leyes existentes son de gran utilidad para controlar el uso indebido por parte de terceros, de obras protegidas por el derecho de autor, tales como la Ley Sinde en España, la cual “bloquea los sitios que distribuyan contenidos protegidos por derecho de autor sin autorización fuera del territorio español” (Espinosa Pulecio, 2012, p. 18); y la Ley Hadopi francesa, conocida como: “Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet” la cual “permite cortar la conexión a Internet de los infractores del derecho de autor, principalmente en el modelo de la transferencia o descarga de datos entre computadores conocida como

P2P ‘peer to peer’” (Espinosa Pulecio, 2012, p. 18). La Ley Hadopi también fue adoptada por Nueva Zelanda, a pesar de ser acusada de atentar contra los principios esenciales que rigen el Internet, como son su universalidad, su imparcialidad y su autonomía. Internet, desde sus orígenes, no ha sido reglamentado, y más allá de ser administrado por la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Número (ICANN, por sus siglas en inglés), prevalece entre los principios mencionados su imparcialidad, la cual se ve amenazada por la intrusión de leyes nacionales que en su afán por proteger los contenidos atentan contra sus elementos esenciales. Sin embargo, uno y otro extremo son peligrosos y se debe buscar un equilibrio que permita la coexistencia de los autores y de quienes acceden al uso de la información y la comunicación. La controversia sobre este tema está en furor y las respuestas por parte de los ciudadanos frente a estas iniciativas legislativas, como en el caso de Colombia y los Estados Unidos, este último con sus proyectos de ley SOPA, PIPA y Open, no se hicieron esperar.

La ley SOPA (Stop Online Piracy Act) fue un proyecto de ley introducido en 2011 en la Cámara de Representantes de Estados Unidos, por el político republicano Lamar S. Smith, con la intención de ampliar las capacidades de los propietarios de derechos intelectuales para combatir el tráfico de contenidos en Internet y productos protegidos por derechos de autor o la propiedad intelectual.

Entre los contenidos y productos que esta ley pretendía proteger por derechos intelectua-

les se encontraban música, películas, libros y obras artísticas en general. Por consiguiente, buscaba perseguir la copia o falsificación de estos productos cuando no tributarán las correspondientes tasas a sus propietarios por sus derechos de autoría o invención (González-Torres, 2012, párr. 4 y 5).

PIPA es la sigla con la que se conoce la Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act. También fue un proyecto de ley, esta vez presentado al Senado de los EE. UU. Ambos proyectos contenían propuestas para frenar la piratería en Internet (González-Torres, 2012, párr. 3).

OPEN, sigla de Online Protection and Enforcement of Digital Trade, a su vez conocido como el Proyecto OPEN Act, se presentó como alternativa a PIPA y SOPA. Entre otras medidas buscaba cortar el circuito del dinero (*follow the money*) que tiene como beneficiarios a los sitios web extranjeros que están “principal” e “intencionadamente” orientados a la piratería y la falsificación de productos y servicios. A diferencia de PIPA y SOPA, el proyecto OPEN Act dejaba fuera de las medidas propuestas a los proveedores de Internet, las empresas de publicidad y los buscadores. Para muchos de los críticos de PIPA y SOPA, el proyecto OPEN Act era una forma más efectiva pero mejorable de combatir la piratería sin afectar ciertos derechos ciudadanos y los intereses industriales de las fuertes empresas de Internet de Estados Unidos (Vercelli, 2012, párr. 9).

La controversia con dichas iniciativas legislativas fue de tal magnitud, que debieron ser

retiradas por entrar en conflicto con intereses legítimos. Lo cierto es que la utilización de excepciones como la copia privada, muchas veces es ignorada por los usuarios de Internet o violada flagrantemente sin que exista un poder coactivo que limite dichos usos. De ahí la necesidad de nuevas herramientas jurídicas que impidan estos delitos de manera eficiente o que complementen las excepciones vigentes. Parte del problema no está en la ley sino en la práctica, la cual atenta contra los usos de quienes acostumbran navegar por la red y nacieron con el Internet. Las excepciones contempladas en las distintas legislaciones permiten utilizar los contenidos de Internet en determinados eventos especiales acudiendo al criterio de la regla de los “tres pasos”, pero para muchos, en el caso de la excepción de copia privada, esta no es suficiente dada la magnitud y el uso masificado del Internet. Tal vez fue pensada para otra época, de ahí la respuesta a las nuevas iniciativas legislativas, que en la mayoría de los casos otorgan medidas, como en el caso de los proveedores de servicios de Internet, para combatir este tipo de usos indebidos. La respuesta que logre un consenso no es fácil, pero debe buscarse. Los proyectos de ley SOPA, PIPA y OPEN en los Estados Unidos son un reflejo de esto, y a pesar de no haber sido aprobados se encuentran suspendidos temporalmente con la intención de presentarlos nuevamente.

VII. CONCLUSIONES

El derecho es una ciencia social que está en constante evolución y movimiento. No es está-

tica y permanente sino que fluye con las nuevas necesidades que se van creando. En ese orden de ideas, inventos y adelantos como el Internet, el cual es un medio de comunicación masivo, no es ajeno a la reglamentación jurídica. Tal como se ha señalado en este estudio, existe una regulación para los contenidos análogos o en papel, que ha venido funcionando adecuadamente; ya en el medio digital la cuestión es a otro precio, pues el acceso es masivo y la reproducción de los contenidos es bastante fácil. Para ello se han creado mecanismos como las medidas tecnológicas de protección, destinadas especialmente para evitar que los terceros puedan apropiarse de la información publicada en el Internet.

El uso de estas medidas, junto con una debida difusión en los medios de comunicación y en las instituciones educativas (escuelas, colegios y universidades), puede contribuir a que las personas conozcan sobre los derechos de autor, sean conscientes de por qué y cómo respetarlos y opten por asumir buenas prácticas respecto a lo que está publicado. Los gobiernos nacionales deben ser conscientes de ello y deben fomentar y apoyar este tipo de iniciativas para educar a la población.

Si bien el Internet parece no tener fronteras nacionales y estar regido por unos principios universales de libertad y no injerencia en cuanto a lo que allí existe, los usuarios que busquen acceder a dichos contenidos para su uso personal deben hacerlo de una manera responsable, respetando los derechos de los autores mediante, por ejemplo, el derecho de cita o

amparados en la excepción de copia privada. Solo así podremos avanzar como una sociedad en la que se reconozcan quiénes son los creadores, se fomente la práctica consciente y generalizada que estimule y propenda por la difusión de nuevos contenidos con los cuales no se lucren injustificadamente terceros, y en la que existan unas prácticas éticas y de buen comportamiento que eviten el aprovechamiento indebido y permitan ir en el camino correcto.

Si bien se ha intentado regular el tema desde las legislaciones nacionales, precisamente para sancionar a quienes infrinjan este tipo de conductas, no basta con contemplarlo en la legislación si no va acompañado de un compromiso real y verdadero por parte de los usuarios de los contenidos. La norma en sí puede llegar a ser disuasiva de un comportamiento indebido, pero tal como vimos no es tan fácil de implementar en la práctica en lo que atañe al Internet. Existe una necesidad creciente de regular el Internet y cambiar los usos que atentan contra los derechos de autor, pero que son implícitamente aceptados por los usuarios. La cuestión es saber el límite que permita no solo castigar, sino permitir, tal como lo hacen las excepciones tradicionales, utilizar los contenidos en pro de la cultura y el bienestar.

De ahí que la conducta de los usuarios debe estar comprometida con el respeto de los derechos de autor y respaldada por las herramientas jurídicas que provee la normatividad en estos temas, como lo son las excepciones y limitaciones, sin perder de vista el compromiso de los usuarios, como pilar para fomentar una

cultura que favorezca a los autores y permita al mismo tiempo la difusión y aprovechamiento de la información sin perjudicarlos.

Referencias

1. Arias, N. (2012). *Derechos de autor en Internet*. "Principales puntos de este proyecto de ley". Obtenido de wix: <http://www.wix.com/nataliaarias/derechosdeautoreninternet>
2. Espinosa Pulecio, A. (Enero 30-febrero 12 de 2012). Derechos de autor y libertad en internet pueden coexistir. *Ámbito Jurídico*, 18.
3. González-Torres, F. (2012). ¿Realmente en qué consisten las leyes SOPA, PIPE y SINDE? Obtenido de teinteresa: http://www.teinteresa.es/tecno/internet/Realmente-consiste-SOPA-PIPA-SINDE_0_630537556.html
4. Gobierno radicará la próxima semana proyecto de derechos de autor. (2012). Obtenido de mininterior: <http://www.mininterior.gov.co/Ministerio/CategoryDetail/297/1/NOTICIAS>
5. Juzgado Mercantil n.º 7. Barcelona, España. Sentencia 67 de 9 de marzo de 2010.
6. Kreile, R. y Becker, J. (2003). *La legitimación de la reglamentación de la copia privada*. Unesco.
7. Ministerio de Cultura de España. (2017). Preguntas más frecuentes sobre la propiedad intelectual. La copia privada. Obtenido de mcu.es: <http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/PropiedadIntelectual/PreguntasFrecuentes/CopiaPrivada.html>
8. Reino, C. (14 de marzo de 2010). Un juez catalán dice que las redes de intercambio de ficheros son ilegales. Obtenido de https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2010/03/14/juez-catalan-dice-redes-intercambio-ficheros-legales/0003_8354739.htm,
9. *Semana*. (20 de octubre de 2011). Congreso y Gobierno acuerdan archivo de 'Ley Lleras'. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/congreso-gobierno-acuerdan-archivo-ley-lleras/248107-3>.
10. Suárez Pliego, M. (2012). Entrada en vigor del Reglamento que desarrolla la Comisión de Propiedad Intelectual, un análisis de la Dehesa Abogados. Obtenido de [diariojuridico: http://www.diariojuridico.com/especiales-2/entrada-en-vigor-del-reglamento-que-desarrolla-la-comision-de-propiedad-intelectual-un-analisis-de-suarez-de-la-dehesa-abogados.html](http://www.diariojuridico.com/especiales-2/entrada-en-vigor-del-reglamento-que-desarrolla-la-comision-de-propiedad-intelectual-un-analisis-de-suarez-de-la-dehesa-abogados.html)
11. Timote, J. (2015). La propiedad intelectual en el entorno digital. Obtenido de [prezi: https://prezi.com/wj9zp_ruvgdj/la-propiedad-intelectual-en-el-entorno-digital/](https://prezi.com/wj9zp_ruvgdj/la-propiedad-intelectual-en-el-entorno-digital/)

12. Vega Jaramillo, A. (2003). *Manual de derecho de autor*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
13. Vercelli, A. (2012). No hay dos sin tres: PIPA, SOPA y ahora también OPEN. Obtenido de telam: <http://www.telam.com.ar/notas/201201/13545-no-hay-dos-sin-tres-pipa-sopa-y-ahora-tambien-open.html>
14. Wikitel. (2012). La tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones. *Propiedad Intelectual, Portal Jurídico: propiedad de bienes y contenidos*. Obtenido de wikitel: http://es.wikitel.info/wiki/Propiedad_intelectual
15. Xalabader, R. (Mod.), Martín-Prat, M., Malmierca, M. y Ramírez, J. (2005). La copia privada digital. Mesa redonda organizada y publicada por *Revista de Internet, Derecho y Política*, (1). Obtenido de uoc.edu: <http://www.uoc.edu/idp/dt/esp/mesare-donda02.html>