

EL LENGUAJE COMO MECANISMO DE CONTROL
El caso de la piratería digital y sus normativas reguladoras*

CAROLINA MARÍA MEJÍA OSORNO

Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín

Facultad de Derecho
Calle 45 N° 61-40
Barrio Salento - Bello

Teléfonos: 5145600 Ext. 4301, 4411 – 3004233626
Correo electrónico: carolina.mejia@usbmed.edu.co

* Resultado del proyecto de investigación “Aplicación de los principios de lesividad, proporcionalidad y debido proceso en los regímenes sancionadores de la piratería digital en las legislaciones de Francia, España, Canadá, Estados Unidos, Chile y Colombia” el cual está adscrito al grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín y es cofinanciado por la Universidad de Antioquia y por la Universidad de León (España).

RESUMEN

El presente texto pretende mostrar cómo el lenguaje utilizado para justificar la expedición de las normativas regulatorias de las infracciones a los derechos de autor en internet es expresión del concepto político y económico que se tenga del régimen de derechos de autor en un momento determinado. En él, luego de presentar un panorama general sobre el concepto de piratería digital y sobre las formas de utilización de este término, se procede a hacer un recuento de algunos estudios sobre las motivaciones para la realización de actos de piratería digital para luego proceder a analizar las normativas reguladoras de los mismos. Para finalizar, se presentan dos casos opuestos de producción normativa en la materia, haciendo énfasis tanto en el lenguaje utilizado para justificar su expedición como en la forma en que el texto definitivo de los mismos garantiza o no los intereses generales de la sociedad, específicamente en lo que se refiere a los derechos de acceso al conocimiento, educación y libertad de expresión.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, los distintos desarrollos tecnológicos, económicos y sociales han facilitado el acceso a la información, pues gran parte de esta se encuentra en formato digital y es posible acceder a ella a través de internet. Esta misma facilidad de acceso y de transferencia de información en formato digital ha hecho que en los últimos años se hayan aumentado los usos infractores de obras protegidas por los derechos de autor, amplificándose así las consecuencias de estas infracciones, las cuales eran anteriormente percibidas como tolerables por los titulares de derechos (National Research Council, 2000, p. 38).

Muchos estados han dado respuesta a esta situación mediante el endurecimiento de las normas de protección a los derechos de autor en el entorno digital, o mediante la expedición de normativas específicas que buscan regular y sancionar los actos de piratería digital. No obstante, en el diseño de algunas de estas

normativas sancionadoras pareciera que, en principio, no se hubieran tenido en cuenta los principios de lesividad, proporcionalidad y debido proceso que deben regir cualquier procedimiento sancionador. Además, existe un afán desmedido por sancionar este tipo de comportamientos a través del derecho penal, olvidando el carácter fragmentario y subsidiario de este, pues la piratería digital también podría ser regulada por otros mecanismos igual de eficaces o, incluso, más efectivos que el propio derecho penal. Sin embargo, no se puede dejar de lado que las regulaciones de carácter administrativo o civil también deben ajustarse a principios constitucionales como los de lesividad, proporcionalidad y debido proceso para garantizar los derechos de los ciudadanos.

El presente texto pretende mostrar cómo el lenguaje utilizado para justificar la expedición de estas normativas es expresión del concepto político y económico que se tenga del régimen de derechos de autor en un momento determinado. Así, se comienza por analizar el concepto piratería digital y las concepciones sobre las que se soporta su utilización, para luego hacer algunas consideraciones generales sobre las normativas reguladoras de los actos de piratería digital. Posteriormente, para finalizar, se presentan dos casos opuestos de producción normativa en la materia, haciendo énfasis tanto en el lenguaje utilizado para justificar su expedición como en la forma en que el texto definitivo de los mismos garantiza o no los intereses generales de la sociedad, específicamente en lo que se refiere a los derechos de acceso al conocimiento, educación y libertad de expresión.

1. LA PIRATERÍA DIGITAL

Aunque el fenómeno de la piratería digital es generalizado, lo cierto es que no existe una verdadera definición de este concepto en el ordenamiento jurídico internacional ni en los ordenamientos jurídicos internos analizados¹. La única referencia normativa a este término se encuentra en el artículo 51 del Acuerdo sobre los ADPIC el cual se refiere a “mercancías pirata que lesionan el derecho de

¹ Francia, España, Canadá, Estados Unidos, Chile y Colombia.

autor” las cuales son definidas por la respectiva nota explicativa como “cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación”, concepto que comprendería tanto las copias físicas como digitales que se adecúen a dicha descripción. Sin embargo, el término piratería es utilizado profusamente por la doctrina, por los medios de comunicación y por los representantes de diversas industrias creativas para englobar todos los usos no autorizados de obras protegidas por los derechos de autor –no sólo la realización de copias– sin distinguir entre aquellos que se realizan con ánimo de lucro y aquellos que no tienen esta connotación (Panethiere, 2005, p. 2; Villarroel, 2010, p. 4-5).

En efecto, la OCDE (2009, p. 5) indica que aunque no existe una definición legal específica de piratería digital, podría entenderse esta como la infracción a los derechos de autor que se realiza por medios digitales. Al-Rafee y Rouibah (2010, p. 283) definen la piratería digital como la copia o descarga ilegal de contenidos digitales, como software, música, videos, audiolibros y demás material protegido por los derechos de autor. Hill (2007, p. 9) establece que la piratería digital comprende dos tipos de actos, a saber, la compra de artículos falsificados a un precio más bajo que el que tienen los artículos originales y el compartir material protegido por los derechos de autor a través de redes p2p. Por el contrario, Díaz (2008, p. 51) da una definición mucho más restringida, pues la supedita a la existencia del ánimo de lucro cuando afirma que la piratería digital “(...) consiste en la reproducción y venta de copia ilegales con fines de lucro y que también puede realizarse vía Internet o mediante dispositivos de almacenamiento digitales”.

No obstante su extendida utilización, el término ‘piratería’ no es el más adecuado para referirse a las infracciones a los derechos de autor y conexos, sino que es

una metáfora infortunada. Las metáforas son analogías que permiten describir una experiencia a través de la terminología utilizada para describir otra que se toma como base. En este caso, la asimilación entre el acto de infringir los derechos de autor y conexos y el acto de piratería descrito por el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aunque pueda parecer esclarecedora, lo que logra es esconder una realidad social mucho más compleja, pues las copias y transferencias no autorizadas de obras protegidas por el régimen de derechos de autor y conexos pueden ocurrir por diversas razones y en diversos contextos y sus resultados pueden ser muy variables (Andersson-Schwarz & Larsson, 2014, p. 222; Karaganis, 2011, p. 2), punto que se tratará en detalle más adelante.

Los genuinos actos de piratería como el secuestro violento de navíos poco o nada tienen que ver con el acto de copiar contenido digital y compartirlo libremente. El uso del término 'piratería' para describir el acto de compartir archivos digitales es una forma de describir una nueva actividad compleja desde la perspectiva de un paradigma tradicional anclado en las lógicas de la sociedad industrial. Esta concepción genera un problema, a saber, que la valoración negativa que implica el término en su uso original se traslada a las nuevas acciones a las que se refiere el mismo término en la actualidad, momento en que es usado metafóricamente (Larsson & Hydén, 2011, p. 200).

Ahora bien, la metáfora resulta útil para muchos. En efecto, a quienes consideran los derechos de autor únicamente como un sistema de incentivos para la actividad creadora y no como un sistema que regula y modula los beneficios recíprocos que genera la dicha actividad para los autores y para la sociedad, les interesa que los actos de copiar y compartir contenidos digitales sean concebidos negativamente, independientemente de si se realizan con ánimo de lucro o sin este. Como esta corriente está enfocada en la protección de los intereses –fundamentalmente económicos- de los autores y demás titulares de derechos, no tiene en cuenta que la sociedad también debe poderse ver beneficiada de las creaciones intelectuales,

como lo establecen el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los literales a y b del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que desestiman las partes del régimen de derechos de autor que están especialmente diseñadas para el efecto, como son las excepciones y las limitaciones temporales a los derechos de autor.

Como esta ha sido la corriente imperante a nivel global en materia de derechos de autor desde los años setenta (Lucchi, 2006, p. 24-25), los Estados han optado por diseñar normativas encaminadas principalmente a proteger los intereses de los autores y demás titulares de derechos, lo cual se ha traducido en una mayor criminalización de los actos no autorizados de distribución de contenidos protegidos por los derechos de autor (Larsson & Hydén, 2011, p. 194). Para reforzar la idea de que sancionar estos actos es necesario, metáforas como la indicada previamente son usadas por quienes detentan el poder político y económico para defender sus intereses pues “En una cultura en la que el mito de la objetividad está muy vivo y la verdad es siempre considerada como absoluta, las personas que pueden imponer sus metáforas son quienes definen lo que consideramos como cierto – como absoluta y objetivamente cierto” (Lakoff & Johnson, 2003, p. 159-160).

Así, este es un campo en el que predomina un lenguaje derogatorio que no describe realmente los actos que se pretenden regular y cuya utilización esconde intereses políticos y económicos con el ánimo de justificar la puesta en marcha de la potestad sancionadora del Estado. Esta es una situación, cuando menos, bastante desafortunada, pues ha tenido como consecuencia la modificación de los ordenamientos jurídicos en beneficio de solo unos pocos actores sociales. Además, en su desarrollo, se ha olvidado una característica fundamental del derecho: que este es una construcción cultural que debe ser expresión de la sociedad cuyas acciones pretende regular. En palabras de Larsson y Hydén (2011, p. 201):

“El derecho debe soportarse en normas existentes en la sociedad. Aunque estas normas pueden, en ocasiones, ser modificadas por el derecho, este debe ser la expresión de un estado deseable en la sociedad. De no ser así, su implementación y defensa resultarán demasiado costosas, por lo que será inestable en el tiempo”

Como se verá en el siguiente acápite de este texto, respecto de los actos de piratería digital no existe un verdadero desvalor de acción en la consciencia colectiva social. Esto hace que su excesiva regulación apareje diversos riesgos para el ordenamiento jurídico, siendo uno de los más importantes el potencial desconocimiento de derechos fundamentales de los usuarios y de la sociedad en general, como el derecho a la libertad de expresión (Burrell & Coleman, 2006, p. 16-17), el derecho de acceso al conocimiento y el derecho a la educación (Pelaya & Sanllorenti, 2010, p. 51-52; Busaniche & Heidel, 2010, p. 165-166).

2. MOTIVACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE PIRATERÍA DIGITAL

El juicio ético individual respecto de las diversas formas de acceder a la cultura –o a los bienes culturales, si se quiere– depende en gran medida del contexto social, económico y cultural de quien realiza el acto (García-Álvarez, López-Sintas, & Zerva, 2009, p. 258-261) e, igualmente, este mismo contexto afecta la percepción de la sociedad sobre dicho acto (Karaganis, 2011, p. 34-35). El término ‘piratería’ es utilizado (usualmente de forma derogatoria) para englobar una gran cantidad de usos no compensados o no autorizados que van desde lo claramente ilegal –como la realización de copias no autorizadas para la reventa a escala comercial– hasta asuntos en los que la ilegalidad es, cuando menos, discutible, como la realización de copias incidentales por razones técnicas y la digitalización de contenidos hecha por bibliotecas para la creación de repositorios digitales. Así, no hay una definición legal clara de ‘piratería’, término que resulta tener más implicaciones políticas que

jurídicas, al ser producto de debates sobre políticas regulatorias (Karaganis, 2011, p. 2).

Algunos estudios internacionales muestran que las opiniones de la sociedad frente a la piratería digital no se compadecen con la línea que inspira las normativas represoras de la misma. Así, Karaganis (2011) indica que en la investigación adelantada por nueve grupos de investigación sobre piratería digital en las economías emergentes de México, Bolivia, Brasil, India, Sudáfrica y Rusia se evidenciaron como constantes la ambivalencia con la que es percibida por los consumidores la piratería digital, la prevalencia que dan los mismos a temas prácticos como precio y accesibilidad de los bienes culturales en formato digital sobre consideraciones morales y el hecho de que estos son conscientes de la naturaleza infractora de las copias que adquieren. Por esto:

“Los altos precios de los bienes culturales, los bajos ingresos y el bajo costo de las tecnologías digitales son los principales ingredientes de la piratería de medios en el mundo. Si la piratería está presente en casi todas partes es porque también están presentes esas condiciones (...) Los bienes mediáticos legales son artículos de lujo en la mayor parte del mundo y, en consecuencia, los mercados para estos bienes son reducidos.” (Karaganis, 2011, p. i).

Por su parte, Belleflame y Peitz (2010, p. 3-4) indican que las leyes de propiedad intelectual no son lo suficientemente claras, por lo que en muchos casos los consumidores pueden considerar que algunos usos de obras protegidas no son infractores cuando realmente sí lo son, además, indican que aunque los consumidores sean conscientes de la ilegalidad de sus actos perciben como muy remotas las sanciones que les podrían ser aplicadas, por oposición a la inmediatez de los beneficios que perciben. Balestrino (2008, p. 21-23) afirma que no hay una estigmatización social de la piratería digital porque ella no se percibe como un

costo social, por lo que no existe una presión social para la creación de normas que la sancionen.

Hill (2007, pág. 13) hace un recuento de estudios previos sobre las causas de la piratería digital y concluye que entre ellas están el bajo nivel de desarrollo moral de algunos individuos, el hecho de que la amenaza de detección y la probabilidad de castigo son percibidas como bajas, el hecho de que en algunos lugares no existe un consenso social respecto de la valoración de los actos de piratería digital, el hecho de que el valor percibido del bien es concebido como muy inferior al de su precio y el hecho de que se considera que los actos de piratería tienen un efecto perjudicial insignificante para los titulares de derechos, pues estos se conciben como empresas remotas y sólidas económicamente. Así mismo, Al-Rafee y Cronan (2007, p. 537-538) han concluido que los actos de piratería digital se han vuelto una costumbre que permite a las personas obtener información de manera sencilla, que la habitualidad de los actos de piratería genera una mayor propensión a realizarlos a futuro y que entre la mayoría de las personas que habitualmente los realizan existe una actitud favorable frente a ellos.

Adicionalmente, las últimas estadísticas sobre la legalidad o ilegalidad del tráfico mundial de información a través de internet indican que casi un cuarto (24%) de las transferencias de información por este medio son violatorias de derechos de autor, pues recaen sobre obras protegidas por los mismos (Netnames Inc., 2013, p. 3). El mismo informe indica que esta cifra puede ser incluso mayor, pues en su realización no se tuvieron en cuenta las transferencias de contenidos pornográficos por considerarse que los datos sobre su transferencia son poco confiables. Lo anterior da cuenta del nivel de generalización de estas conductas en la sociedad a nivel global.

En resumen, puede afirmarse que las motivaciones para la realización de actos de piratería digital son muy diversas, pues van desde consideraciones económicas – que resultan ser bastante relevantes en países en vías de desarrollo- hasta la

aceptación social de los mismos, pasando por percepciones sociales de baja lesividad a los intereses de los titulares de derechos y de baja efectividad de las normativas sancionadoras aplicables. En general, podría concluirse que en la realización de este tipo de actos pesa más la necesidad de acceder a la información, al conocimiento y a la cultura de manera fácil, rápida y poco costosa que el temor a la represión o las consideraciones éticas.

3. NORMATIVAS REGULADORAS DE LA PIRATERÍA DIGITAL

No obstante lo anterior, la mayoría de los países occidentales han respondido al aumento de la piratería digital mediante el endurecimiento de las normativas sancionadoras de la misma. Por ejemplo, en las legislaciones seleccionadas como muestra en el proyecto de investigación del que este texto es resultado, se han expedido normativas específicas que buscan regular la piratería digital, como la ley 669 del 2009 en Francia, la ley 2 de 2011 y su decreto reglamentario 1889 de 2011 en España, la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 en Estados Unidos y la *Copyright Modernization Act* de 2012 en Canadá, la ley 20.435 de 2010 en Chile. Vale la pena resaltar que algunas de estas normativas optan por sancionar a quienes ponen el contenido digital a disposición de los consumidores, mientras que otras sancionan directamente a los consumidores y otras sancionan a ambos.

Sobre estas normativas sancionadoras es importante mencionar lo dicho por Osorio (2013) en el sentido de que en muchas de ellas se evidencia una fuga del derecho penal en favor del derecho administrativo sancionador y sin la injerencia de los principios propios del derecho penal, lo cual lo lleva a afirmar que existe:

“(…) una política global mundial en cuanto a la protección de estos derechos en el ámbito digital, en la que parece haber un desprecio por el derecho penal pero que, a la postre, es la imposición de verdaderas ‘penas’ y ‘sanciones’ a través de autoridades administrativas con relajo de las garantías que serían exigibles si estuvieran reguladas dichas ‘penas’ desde

el propio derecho penal, es decir, que no necesariamente esta nueva estrategia tenga que asumirse de manera pacífica al solo advertir que, por lo menos, no hay un abuso del instrumento penal, pues el marcado defecto de del desconocimiento de garantías nucleares ya lo hace reprochable y exige un análisis a mayor profundidad.” (Osorio, 2013, p. 159).

Adicionalmente, varias de estas normativas, como la española, la francesa, la estadounidense y la chilena, además de contener sanciones penales privativas de la libertad y pecuniarias, incluyen obligaciones para los proveedores de internet que resultan en efectivas sanciones para los usuarios de contenidos digitales como el bloqueo de contenidos y la desconexión del servicio de internet. Sanciones de este tipo han sido consideradas, por una parte, como cuestionables desde el punto de vista de los derechos a la libertad de expresión y al debido proceso pues en la mayoría de los casos su imposición es automática, ya que suelen proceder luego de la simple petición del titular de derechos, y no son impuestas por un juez sino por una empresa particular, a la cual no se le exige la verificación de las diversas garantías procesales (Brown, 2010, p. 99). Además, se ha considerado que estas medidas son poco efectivas para controlar la piratería digital, riesgosas desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los usuarios y perjudiciales para el cumplimiento de algunos de los fines de los sistemas de derechos de autor, como el fomento de la creación de una amplia variedad de obras creativas y el fomento de la propagación de una amplia variedad de creaciones culturales, ambas en pro del desarrollo de los pueblos (Giblin, 2014, p. 207-208).

Ahora bien, como se indicó al inicio de este texto, la potestad sancionadora del Estado debe ser, en todos los casos, limitada y moderada por principios que permitan garantizar los derechos de los destinatarios de las sanciones, precisamente para evitar abusos en el ejercicio del poder de imperio del Estado. Por este motivo, es importante que en cualquier procedimiento sancionador se tengan en cuenta dichos principios moderadores, especialmente en aquellos que

puedan afectar derechos fundamentales, como son los que buscan proteger los derechos de autor, pues por la misma configuración de los sistemas de derechos de autor, estos tocan con derechos como los de libertad de expresión, educación (Burrell & Coleman, 2006, p. 15-20; 113-129) y acceso al conocimiento, como lo indica el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esto ha sido reconocido, por ejemplo, por el Parlamento Europeo, que en la Directiva 2009/140/EC indicó algunos límites que deben respetar los estados miembros al establecer este tipo de sanciones, de la siguiente manera:

“Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías.” (Parlamento Europeo, 2009, p. 46).

A continuación se mostrará el resultado de analizar dos casos opuestos de producción normativa en la materia, a saber, el francés y el canadiense, resaltando en ambos el lenguaje que se utilizó para justificar la expedición de sus respectivas normativas regulatorias de la piratería digital, así como sus posibles motivaciones políticas y económicas. Además, se mostrará de qué manera los textos finales de estas normativas enfocan la protección de intereses generales de la sociedad en lo relativo a los derechos de acceso al conocimiento, libertad de expresión y educación.

3.1. Primer caso: Francia

En Francia, la exposición de motivos del proyecto de la ley 669 de 2009 que fue discutido en el congreso entre el 2007 y el 2008 presentó como razones para la expedición de la misma la defensa de la cultura y de su diversidad, que se veían amenazadas porque la “cultura pirata” (*culture du piratage*) representaba un obstáculo para la oferta legal de bienes culturales al implicar un daño económico a las empresas que la sustentaban (Gobierno de Francia, 2008). Así, como indica Meyer (2012), los razonamientos económicos se conectaban con la diversidad cultural y la creatividad, pues se consideraba que la compensación económica era el estímulo fundamental para la creatividad y para la oferta legal de bienes culturales, por lo que

“(…) en efecto, el gobierno francés y las industrias culturales afirmaban que el patrimonio cultural francés se encontraba amenazado por la falta de protección por parte del régimen de derechos de autor. Sin embargo, representantes de la sociedad civil alegan que la cultura fue utilizada en el debate como un pretexto para defender el *status quo* de las industrias culturales” (Meyer, 2012, p. 118).

En la fundamentación expuesta por el gobierno francés se echan en falta argumentos basados en el derecho natural de propiedad del autor, máxime cuando se trata de un país en el cual hay una fortísima tradición de derecho de autor, por oposición al sistema de *copyright* anglosajón. Las motivaciones expuestas parecen responder más a la lógica de este último sistema, en el que predomina el principio económico de la justa retribución por el trabajo realizado como incentivo para futuros actos de creación (Meyer, 2012, p. 118; Moore, 2008, p. 119-121) a diferencia del sistema de derechos de autor que considera la obra como una expresión de la personalidad de su autor (Rodríguez, 2004, p. 30) y, en consecuencia, otorga a este la titularidad originaria de la obra. Por lo anterior, no parece descabellado pensar que la argumentación utilizada en este caso respondió más a los intereses económicos de las grandes industrias culturales,

sobre todo cuando en la exposición de motivos se hace énfasis en aspectos económicos que dificultan la oferta legal de contenidos.

Adicionalmente, en la mencionada exposición de motivos se indicaba que tanto los procedimientos como las sanciones contempladas en la legislación penal para las infracciones a los derechos de autor (*délit de contrefaçon*) eran insuficientes (*inadaptées*) para controlar el fenómeno de la piratería ordinaria (*piratage ordinaire*), entendiéndose esta como la realizada por los usuarios ordinarios de internet, a menudo inconscientes de la ilicitud de sus actos². Vale la pena resaltar que las disposiciones penales contenidas en el Código de la Propiedad Intelectual francés (arts. 335-1 a 335-9) contemplan la confiscación de las copias no autorizadas, la imposición de multas de hasta 300.000 euros y penas de prisión de hasta tres años. Así, como complemento a estas sanciones, que como se dijo se consideraban insuficientes, se expidió la ley 669 del 12 de junio de 2009, conocida informalmente como HADOPI por las siglas de la autoridad pública independiente creada por esta ley (La Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet), la cual está encargada del monitoreo sobre la utilización de las obras protegidas por el derecho de autor en internet y la promoción de la oferta legal de dichos contenidos, de la lucha contra la piratería en internet, de la regulación de las medidas tecnológicas de protección de las mencionadas obras y de la protección de los beneficiarios de las excepciones legales al derecho de autor.

Con la entrada en vigencia de esta ley, específicamente dirigida a controlar el uso de redes P2P, el organismo de control quedó facultado para solicitar a los proveedores de internet las direcciones IP, los nombres, las direcciones y los correos electrónicos de los usuarios que cometan infracciones a través de la utilización de estas redes, estableciendo multas para aquellos que se negaren a hacerlo, situación por lo menos cuestionable desde el punto de vista del derecho a

² Debe tenerse en cuenta que la ley Hadopi se distingue entre piratería ordinaria y piratería masiva, que propaga masivamente las copias infractoras.

la privacidad de los usuarios de internet. Además, en lo que se refiere a los usuarios finales, se optó por aplicar un sistema de respuesta graduada en el que se envían al titular de la conexión a internet hasta tres notificaciones de que desde su dirección IP se han cometido infracciones a los derechos de autor, para luego proceder a imponer la sanción de desconexión del servicio de internet por un período de entre dos meses y un año, si se comprueba la reincidencia; además, se les prohíbe a los demás proveedores de internet contratar la prestación del servicio de internet con el sancionado. Vale la pena resaltar que la imposición de la pena de suspensión del servicio no implica que el sancionado deje de pagar por su servicio de internet y, además, si el proveedor lo desconecta definitivamente, será responsable del pago de los costos de la terminación del contrato. Evidentemente, al considerarse complementarias, la aplicación de estas sanciones no excluye la imposición de las demás sanciones de orden penal y civil existentes en el ordenamiento francés.

Ahora bien, el 24 de octubre de 2011 la Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los derechos en internet – HADOPI – presentó un cuestionario sobre el estado del sistema de excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos a cuarenta y dos representantes de diversos grupos de interés. El resumen de sus contribuciones fue publicado por la mencionada autoridad pública el 23 de noviembre de 2012 y no presenta conclusiones definitivas, ya que sólo hace un recuento de que dijo cada uno de los colaboradores respecto de cada una de las excepciones respecto de las que se les consultó, lo cual dificulta el análisis. Las excepciones cuya ampliación fue recomendada, fundamentalmente, para adecuarlas a nuevos usos de las obras en el entorno digital (Haute Autorité por la Diffusion des Oeuvres et la Protection du Droits sur Internet, 2012), son las siguientes:

- La de representación privada y gratuita en el círculo de familia.
- La de copia privada.
- La relativa a reseñas de prensa.

- La la representación y reproducción de extractos de obras con fines educativos.
- La relativa a reproducciones hechas por bibliotecas, museos y archivos con fines de conservación de las obras.
- La relativa a la reproducción y representación de obras de arte con fines informativos.
- La prevista en materia de depósito legal de obras.
- La relativa a la posibilidad de hacer una única copia de seguridad de los programas de computador.
- La relativa a la descompilación de un programa de computador con fines de lograr su interoperabilidad.

Sin embargo, a la fecha sólo se ha ampliado la excepción relativa a los usos de obras protegidas con fines educativos. El artículo 77 de la ley 595 de 2013 modificó el artículo 122-5 del Código de la Propiedad Intelectual para ampliar la mencionada excepción en el sentido de permitir la representación o reproducción de fragmentos de obras que se encuentren en formato físico o digital con el fin de realizar actividades de enseñanza o de investigación, siempre que la representación o reproducción no se realice al público en general, no implique una explotación comercial de la obra y que la institución educativa haya cumplido con pagar las tarifas planas establecidas para poder hacer las reproducciones, en caso de que ellas existan.

Ahora bien, todo lo anterior parece indicar que la legislación francesa ha centrado su enfoque regulatorio en los aspectos económicos del régimen de derechos de autor, dejando de lado otros aspectos de suma importancia como los derechos morales de autor o como el derecho de acceso al conocimiento y la cultura de la sociedad. Así, es posible afirmar que la legislación francesa vigente en la materia da más importancia a la protección de los derechos patrimoniales de autor y a los derechos conexos, los cuales se erigen entonces como los bienes jurídicos

protegidos por dicha normativa. Las principales consecuencias –negativas, por cierto– de esto son que

“La política de respuesta graduada francesa adopta una limitada interpretación económica de la creatividad, propende por un internet cerrado sujeto a las regulaciones nacionales y promueve que los titulares de derechos de autor y conexos sean quienes controlen la información. En Francia, el sistema de respuesta graduada contribuye a la normalización de la vigilancia y aumenta el control centralizado de la internet, sin tener en consideración las consecuencias de esta política a largo plazo para la sociedad y la democracia.” (Meyer & Van Audenhove, 2012, p. 377).

De acuerdo con lo anterior, es posible concluir que en Francia se concibe actualmente el sistema de derechos de autor como un régimen de incentivos para los titulares de derechos, desestimando el papel de este régimen en la defensa de asuntos de interés general como la salvaguardia de los derechos de acceso al conocimiento, de libertad de expresión y de educación. Como se evidencia en el análisis de la exposición de motivos de la ley Hadopi, este caso de producción legislativa es un ejemplo de cómo el uso de metáforas cargadas de contenido negativo sirvió para justificar una postura política y económica en la materia que beneficia los intereses particulares de algunos pocos en detrimento del interés general.

3.2. Segundo caso: Canadá

En noviembre de 2012 entró en vigencia la *Copyright Modernization Act*, que incluye normas regulatorias de la piratería digital al establecer un sistema de doble notificación para los casos en que haya una supuesta infracción a los derechos de autor. De acuerdo con la sección 47 de la ley en mención, los titulares de derechos pueden enviar una notificación de la supuesta infracción al proveedor del servicio de internet, quien debe luego notificar de ello a su usuario supuestamente

infractor. En este sistema no se exige a los proveedores de servicios que retiren directamente los contenidos infractores ni se les ordena entregar información de sus suscriptores al titular de derechos que fue supuestamente afectado. Sin embargo, sí se les exige conservar por seis meses los reportes que permitan identificar al supuesto infractor en un proceso judicial, los cuales podrán ser solicitados por el juez. Además de lo anterior, esta ley adicionó el capítulo sobre excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos de la *Copyright Act* de 1985. Vale la pena resaltar que esta modificación fue extensa y amplió sustancialmente el espectro del mencionado sistema de excepciones y limitaciones, pues desde la exposición de motivos del proyecto de ley se pretendía garantizar que los usuarios pudieran acceder a obras protegidas sin estar bajo la supervisión y el control directo de los titulares de derechos, garantizando de esta manera los derechos de acceso al conocimiento y de educación (Tawfik, 2010, p. 85).

En la mencionada exposición de motivos el Gobierno Canadiense utilizó el término '*online piracy*' para justificar la existencia de nuevas normas prohibitivas de la elusión de medidas tecnológicas de protección y de una nueva categoría de responsabilidad civil en pro de que se "(...) refuerce la posibilidad que tienen los titulares de derechos de derechos de autor para controlar los usos de sus obras en línea con el fin de prevenir los usos ilícitos generalizados y de promover la creatividad, la innovación y los modelos de negocio legítimos" (Gobierno de Canadá, 2011). Sin embargo, salvo esta única referencia, a lo largo de la exposición de motivos se privilegian expresiones positivas o neutras para justificar la expedición de la misma, como la necesidad de "(...) balancear los intereses de los diferentes grupos de interés" (Gobierno de Canadá, 2011), la necesidad de "(...) promover los intereses de los canadienses, desde aquellos que crean contenidos hasta los consumidores que se benefician de los mismos" (Gobierno de Canadá, 2011), la necesidad de "(...) establecer reglas que sean tecnológicamente neutrales, de manera que sean lo suficientemente flexibles para evolucionar con las cambiantes tecnologías y con la economía digital, mientras

aseguran protección adecuada tanto para los creadores como para los usuarios” (Gobierno de Canadá, 2011), la necesidad de “(...) legitimar las actividades cotidianas de los canadienses” (Gobierno de Canadá, 2011) y la necesidad de “(...) proteger a los canadienses de sanciones poco razonables” (Gobierno de Canadá, 2011). Vale la pena resaltar que para la formulación del proyecto de la *Copyright Modernization Act* se hicieron consultas ciudadanas durante el año 2009, cuyos resultados fueron efectivamente tenidos en cuenta en la redacción final del texto de la ley³, cosa que probablemente contribuyó a que el texto final del proyecto -y en consecuencia de la ley- fuera mucho más balanceado y reconociera derechos tanto a los creadores como a los usuarios de obras protegidas.

En efecto, en primer lugar, la sección 21 de esta ley amplió el concepto de *fair dealing*⁴ en la legislación canadiense, al incluir como actos permitidos bajo esta doctrina los usos de obras protegidas para fines educativos, de parodia y de sátira. Como segundo, la sección 29.21 de la ley creó una nueva excepción según la cual se permite el uso de una obra legítimamente adquirida como material de origen para la creación de nuevas obras, siempre que estas sean divulgadas con fines estrictamente no comerciales, que el material de origen sea mencionado (cuando sea razonable según las circunstancias de la divulgación), que el usuario crea razonablemente que el material de origen no infringía por sí mismo los derechos de autor de alguna otra persona y que el uso de la nueva obra no genere efectos adversos sustanciales para la explotación del material de origen.

En tercer lugar, las secciones 29.22 a 29.24 de esta ley introdujeron tres nuevas excepciones de copia privada. En la sección 29.22 se contempla la posibilidad de crear copias de una obra en un formato diferente al original, siempre y cuando se haga para uso privado, se haga a partir de un ejemplar obtenido legalmente, no se sobrepasen medidas tecnológicas de protección y la copia no sea luego transferida a un tercero. La sección 29.23 permite la fijación de señales de

³ Los resultados de esta consulta ciudadana pueden ser encontrados en la siguiente página web: http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/eng/h_04040.html

⁴ Esta expresión podría ser traducida, algo libremente, como *trato justo*.

telecomunicaciones con el fin de escucharlas o verlas con posterioridad a su emisión, siempre que sea para uso privado, se haga una única copia para ser conservada sólo por un tiempo razonable, la señal haya sido recibida de manera legal, no se hayan sobrepasado medidas tecnológicas de protección y la copia no sea luego transferida a un tercero. La sección 29.24 permite la creación de copias de seguridad realizadas a partir de ejemplares legales, siempre y cuando sea para uso privado, no se sobrepasen medidas tecnológicas de protección y sea con el fin de protegerse contra daños o pérdidas del ejemplar original.

Así mismo, otras secciones de la ley contienen provisiones importantes para las instituciones educativas, adicionales a la consagración de los usos con fines educativos como justos que fue mencionada anteriormente. De esta manera, la sección 23 eliminó la referencia que hacía previamente la sección 29.4 de la ley de derechos de autor a elementos como papelógrafos y retro-proyectores, a los cuales se limitaba la posibilidad de que una obra fuera reproducida de manera legal en instituciones educativas. La sección 27 creó las secciones 30.01 a 30.04 de la ley de derechos de autor de 1921. De ellas, la sección 30.01 permite el uso de obras protegidas para efectos de la impartición de cursos de enseñanza a distancia. La sección 30.02 permite que las instituciones educativas hagan y distribuyan copias digitales de obras respecto de las cuales tengan una licencia reprográfica, siempre con fines educativos. Las secciones 30.03 y 30.04 permiten la remisión digital de materiales de cursos impartidos por las instituciones educativas, siempre que se haya retribuido debidamente a los autores de los mismos. También la sección 30.04 permite el uso de obras protegidas que hayan sido puestas a disposición e internet por los titulares de derechos, siempre que sea con fines de enseñanza.

Adicionalmente, la sección 28 de esta ley reemplazó el párrafo 30.1 (1)(c) de la ley de derechos de autor por un texto que permite a las bibliotecas, archivos y museos crear copias de obras protegidas en nuevos formatos cuando consideren que sus formatos originales son obsoletos o están empezando a serlo, o cuando la

tecnología necesaria para usar la obra original no esté ya disponible o esté empezando a escasear.

Por otra parte, la sección 42(1) de la *Copyright Act* contiene algunos tipos penales, fundamentalmente relacionados con la actividad comercial de venta y alquiler de copias infractoras, delitos para los cuales se aplican sanciones de multa de hasta un millón de dólares y de hasta cinco años de prisión. Las actividades prohibidas son:

- la elaboración de copias de obras sin autorización del titular de derechos cuando esta se realice con el fin de venderlas o arrendarlas,
- la venta o arrendamiento de estas copias,
- la distribución de copias infractoras con ánimo de lucro o a una escala tal que logre perjudicar a los titulares de derechos,
- la exhibición pública y comercial, con ánimo de lucro, de copias infractoras,
- la posesión de copias infractoras con el propósito de venderlas, arrendarlas, distribuir las o exhibirlas comercialmente,
- la importación de copias infractoras con el fin de venderlas o arrendarlas al interior del país, y
- la exportación tentativa de exportación de copias infractoras con el fin de venderlas o arrendarlas en el extranjero.

Adicionalmente, esta sección determina que algunas ofensas menores relacionadas con los mismos actos, que podrían llamarse contravenciones, se sancionan con multas de hasta 25.000 dólares y con penas de prisión de hasta seis meses. Las sanciones civiles, contempladas en la sección 43(4), están sujetas a la tasación de perjuicios que haga el juez en el respectivo proceso de responsabilidad civil.

Como se puede apreciar, la normativa canadiense sobre derechos de autor se enfoca en sancionar los usos infractores de obras protegidas únicamente cuando

medie el ánimo de lucro, pues, correlativamente, lo que permitió la ampliación del sistema de excepciones a los derechos de autor fue precisamente el uso de obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos cuando este ánimo no esté presente. La mencionada reforma ha sido criticada desde que era apenas un proyecto por las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y por diversas asociaciones de titulares de derechos conexos pues, según ellos, atentan contra el derecho de compensación del que son titulares (Tawfik, 2010, p. 85-86).

Por lo anterior, es posible concluir que en Canadá se prefirió la defensa de intereses generales relacionados con los derechos de acceso al conocimiento y la cultura, de libertad de expresión y de educación por sobre los intereses particulares de las industrias creativas. Teniendo en cuenta el lenguaje utilizado en la exposición de motivos de la *Copyright Modernization Act*, además, es posible concluir que en este país actualmente se concibe el sistema de derechos de autor como un régimen que propende tanto por la protección de los intereses particulares de los titulares de derechos de autor y conexos, como por la protección de los intereses generales de la sociedad respecto de los usos legítimos de obras protegidas por dicho sistema.

Conclusiones

Los debates sobre piratería digital y, consecuentemente, las normativas reguladoras producto de dichos debates, deben considerarse como discusiones políticas con un trasfondo económico. Así, ellos deben entenderse en el contexto de la brecha ideológica existente entre quienes participan de la sociedad global accediendo a la información y a materiales culturales a través de internet y las empresas que se lucran de la explotación económica de bienes culturales. Siendo que estas últimas son quienes tienen mayores posibilidades de ejercer presión política sobre los gobiernos para que se expidan normativas que protejan sus intereses, es su concepción sobre los derechos de autor la que suele imperar,

cosa que redundará, por lo general, en detrimento de los intereses generales de la sociedad.

El lenguaje utilizado para justificar la expedición de normativas represoras de los actos infractores de derechos de autor en internet depende de la concepción imperante en un determinado momento sobre cuál es la función del respectivo régimen de derechos de autor. Si se considera que su principal función es proteger los intereses económicos de los titulares de derechos, el lenguaje utilizado para describir el acto de compartir archivos digitales será derogatorio y se utilizarán metáforas poco adecuadas como 'piratería' y 'hurto', lo que además resultará en la expedición de normativas que los sancionan dura y hasta excesivamente, como en el caso de Francia. Si, por el contrario, se considera que la principal función del régimen de derechos de autor es balancear los intereses particulares de los titulares de derechos con los intereses generales de la sociedad, no se acudirá a este tipo de metáforas y las normativas resultantes buscarán garantizar la protección de los derechos de todos los grupos de interés, como en el caso canadiense.

Lo anterior es relevante para Colombia pues en nuestro país no ha sido posible expedir una normativa específicamente regulatoria de las infracciones a los derechos de autor en internet. En efecto, el proyecto de ley 241 de 2011 (conocido popularmente como ley lleras) fue archivado por sus mismos ponentes luego de que diversos grupos de ciudadanos señalaran que el mismo incluía procedimientos que ponían en riesgo algunos derechos fundamentales como los de libertad de expresión, debido proceso e intimidad, la ley 1520 de 2012 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional porque hubo vicios de forma en el procedimiento para su expedición y el proyecto de ley 306 de 2013 fue archivado por tránsito de legislatura. Sin embargo, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos en materia de propiedad intelectual en el tratado de libre comercio que se encuentra vigente con los Estados Unidos, es muy probable que se presente un nuevo proyecto de ley al Congreso en el futuro cercano. Esto

significa que quienes estudiamos estos asuntos, los diversos grupos de interés y el Gobierno colombiano debemos preocuparnos por definir qué es lo que se pretende proteger con el régimen de derechos de autor nacional y cuál sería la mejor solución para garantizar la existencia de una regulación justa y ajustada a las necesidades y requerimiento de la sociedad global.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Al-Rafee, S., & Cronan, T. (2007). Factors that influence the intention to pirate software and media. *Journal of Business Ethics*, 527-545.
- Al-Rafee, S., & Rouibah, K. (2010). The fight against digital piracy: An experiment. *Telematics and Informatics*, 27(3), 283–292.
- Adersson-Schwarz, J., & Larsson, S. (2014). On the Justifications of Piracy: Differences in Conceptualization and Argumentation Between Active Uploaders and other file-sharers. En M. F. (Eds.), *Piracy: Leakages from Modernity* (págs. 217-239). Sacramento, Estados Unidos: Litwin Books.
- Balestrino, A. (2008). It is a theft but not a crime. CESinfo Working Paper Series, No. 2047.
- Belleflamme, P. & Peitz, M. (2010). Digital piracy: Theory. CESinfo Working Paper Series, No. 3222.
- Brown, I. (2010). Internet self-regulation and fundamental rights. *Index on Censorship*, 98-106.
- Burrell, R., & Coleman, A. (2006). *Copyright exceptions: the digital impact*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Busaniche, B., & Heidel, E. (2010). A modo de epílogo: propuestas de cara al futuro. En B. Busaniche, *Argentina copyleft* (págs. 165-168). Buenos Aires: Fundación Vía Libre.
- Canadá. (1985). Copyright Act.
- Canadá. (2012). Copyright Modernization Act.

- Díaz, Á. (2008). *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: Cepal.
- Francia. (1992). Código de la Propiedad Intelectual.
- Francia. (2009). Ley 669.
- Francia. (2013). Ley 595.
- Fung, W., & Lakhani, A. (2013). Combatting peer-to-peer file sharing of copyrighted material via anti-piracy laws: Issues, trends, and solutions. *Computer Law and Security Review*, 382 - 402.
- García-Álvarez, E., López-Sintas, J., & Zerva, K. (2009). A contextual theory of accessing music: Consumer behavior and ethical arguments. *Consumption markets and culture*, 12(3), 243-264.
- Giblin, R. (2014). Evaluating graduated response. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 37(2), 147-209.
- Gobierno de Canadá. (28 de Septiembre de 2011). *Copyright Modernization Act - Background*. Obtenido de Balanced Copyright: http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01237.html
- Gobierno de Francia. (18 de Junio de 2008). *Exposé des motifs – Loi 669 du 2009*. Obtenido de Dossiers Legislatifs: http://www.ic.gc.ca/eic/site/crp-prda.nsf/eng/h_rp01237.html
- Haute Autorité por la Diffusion des Oeuvres et la Protection du Droits sur Internet. (23 de Noviembre de 2012). *Chantier exceptions au droit d'auteur et aux droits: Synthèse des contributions reçues*. Recuperado el 15 de Mayo de 2013, de http://hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Synthese_des_contributions.pdf
- Hill, C. (2007). Digital piracy: Causes, consequences, and strategic responses. *Asia Pacific Journal of Management*, 24(1), 9-25.
- Karaganis, J. (2011). Rethinking piracy. En J. Karaganis, *Media piracy in emerging economies* (págs. 1-74). Nueva York: U.S. Social Sciences Research Council.

- Lakoff, G., & Johnson, M. (2003). *Metaphors we live by*. Londres: The University of Chicago Press.
- Larsson, S., & Hydén, H. (2011). Law, deviation and paradigmatic change: Copyright and its metaphors. En M. Vargas, M. García , & A. Edwards, *Technology for facilitating humanity and combatting social deviations: Interdisciplinary perspectives* (págs. 188-208). Nueva York: Information Science Reference.
- Lucchi, N. (2006). *Digital media and intellectual property. Management of rights and consumer protection in a comparative analysis*. Heidelberg: Springer.
- Meyer, T. (2012). Graduated response in France: the clash of copyright and the internet. *Journal of Information Policy*, 2, 107-127.
- Meyer, T., & Van Audenhove, L. (2012). Surveillance and regulating code: an analysis of graduated response in France. *Surveillance and Society*, 9(4), 365-377.
- Moore, A. (2008). Personality-Based, Rule-Utilitarian and Lockean Justifications of Intellectual Property. En H. Tavani, & K. Himma, *The Handbook of Information and Computer Ethics* (págs. 105-129). Hoboken: John Wiley & Sons.
- National Research Council. (2000). *The digital dilemma: intellectual property in the information age*. Washington D.C.: The National Academies Press.
- Netnames Inc. (17 de Septiembre de 2013). *Sizing the piracy universe report*. Recuperado el 30 de Septiembre de 2013, de Netnames: <http://www.netnames.com/digital-piracy-sizing-piracy-universe>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Organización de las Naciones Unidas (1982). Convención sobre el derecho del mar.

- Organización Mundial del Comercio. (1994). Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.
- Organización para la Cooperación y el desarrollo económicos. (2009). *Piracy of digital content*. París: OCDE.
- Osorio, C. (2013). Política global para la protección penal de la propiedad intelectual en la internet. *Nuevo Foro Penal*(81), 146-161.
- Panethiere, D. (2005). La persistencia de la piratería y sus consecuencias para la creatividad, la cultura y el desarrollo sostenible. *UNESCO e-Copyright Bulletin*, 1-19.
- Parlamento Europeo. (2009). Directiva 2009/140/EC del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.
- Pelaya, L., & Sanllorenti, A. (2010). Las amenazas a la misión de las bibliotecas y la legislación de derecho de autor en Argentina. En B. Busaniche, *Argentina copleft* (págs. 51-56). Buenos Aires: Fundación Vía Libre.
- Rodríguez, S. (2004). *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tawfik, M. (2010). History in the balance: Copyright and access to knowledge. En M. Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda* (págs. 69-89). Toronto: Irwin Law.
- Villarroel, L. (2010). *Piratería: Tendencias Actuales y Medidas no legislativas*. París: UNESCO. Obtenido de <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001879/187965S.pdf>