El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?

La computación en la "nube"

Por: Ernesto Rengifo García[•]

1. La computación en la nube (*cloud computing*) constituye una nueva forma de almacenamiento de información y contenidos digitales en una plataforma intangible, la cual surge con el advenimiento de las nuevas tecnologías. Esa plataforma, entre otras cosas, permite el almacenamiento y gestión de contenidos, que en gran parte son obras protegidas por el derecho de autor. En palabras sencillas la computación en la nube es *"un modelo de tecnología que mueve los servicios de computación (software, plataformas o infraestructura) de un medio tradicional (computadora personal) a Internet"*[1].

Para entender su concepto y alcance, es útil tener en la cuenta la siguiente definición: "*Piénsese en la computación en nube como un servicio público, como un servicio de energía eléctrica. En un servicio de electricidad, las partes involucradas son las empresas grandes proveedores -que prestan el servicio y los clientes -particulares y empresas que utilizan y pagan por el servicio. El mismo modelo básico existe en el cloud computing. Las compañías de tecnología como Google, Microsoft y Amazon son proveedores de la nube. Los usuarios individuales y empresas que utilizan los servicios de los proveedores son clientes de la nube. Continuando con la analogía, al igual que los proveedores de electricidad suministran electricidad a sus clientes, los proveedores de cloud computing suministran recursos informáticos a sus clientes. El alcance y el tipo de recursos informáticos pueden variar de un proveedor a otro, pero la mayoría ofrece tres principales recursos -el tiempo de CPU, almacenamiento de datos, y banda ancha. Los clientes utilizan el servicio*

[•] Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia y Profesor de Derecho de Contratos en la misma Universidad. Abogado asesor. *ernesto@garridorengifo.com.*

[1] *Cómputo en la nube: nuevo detonador para la competitividad de M*éxico. Estudio elaborado por el Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. IMCO, encargado por Microsoft, mayo de 2012. p. 4

de tiempo de CPU al usar los servidores del proveedor y los procesadores para realizar tareas como ordenar los datos o la compresión de archivos de vídeo. Los clientes almacenan datos utilizando los discos duros y la memoria del proveedor. Finalmente, los clientes utilizan los servicios de banda ancha al transmitir los datos desde un lugar fuera de la red del proveedor o desde la red a un lugar fuera de la red"[2].

La nube ofrece principalmente tres servicios, conocidos como i. Software como servicio (SaaS); ii. Plataforma como servicio (PaaS) y iii. Infraestructura como servicio (IaaS). Cuando la nube opera como software, el proveedor del servicio proporciona aplicaciones y software a cambio de un pago por el servicio. El usuario paga por los servicios que efectivamente va a utilizar, por ejemplo, correo electrónico, uso de aplicaciones, etc. El servicio de PaaS supone el uso de una plataforma tecnológica en internet, que incluye hardware, sistema operativo y middleware, entre otros, sin necesidad de comprar y administrar su propia plataforma, sino pagando el servicio prestado. Finalmente, y de mayor importancia para el presente estudio, se encuentra el uso de la infraestructura de la nube, consistente en el acceso, bajo demanda y por vía remota, a servidores, subsistemas de almacenamiento y redes. Este es el caso de un usuario que decide almacenar su información en la nube y administra de manera directa la infraestructura prestada por el prestador del servicio[3].

Entre las ventajas o beneficios reconocidos a la computación en la nube, se encuentra la reducción de costos, la inmediatez, la disponibilidad, la escalabilidad y la eficiencia. La computación en la nube es considerada una alternativa para combatir la piratería de software. *"Es probable, que mientras se protejan los derechos de autor exista mayor capacidad para invertir en investigación y desarrollo, lo cual detona más innovación. El estudio de piratería global de The Business Software Alliance 2011 estima que en el 2010 se generó un pérdida de 59 millones de dólares por la venta de software sin*

[2] TIMOTHY J. CALLOWAY. CLOUD COMPUTING, CLICKWRAP AGREEMENTS, AND LIMITATION ON LIABILITY CLAUSES: A PERFECT STORM?, en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=dltr

[3] Cfr. Marc Aaron Melzer, *Copyright Enforcement in the Cloud*, en Fordham Intellectual property, Media and Entertainment, L.J. vol 21, p. 403 y ss.

licencia. Lo que implica que por cada 100 dólares de software adquirido, se vendieron 42 dólares de software sin licencia. Para México, las pérdidas por piratería de software fueron 1.199 millones de dólares; se estima que el 58% de los usuarios tiene software ilegal. Las compañías de software, a pesar de contar con la protección de leyes de derechos de autor, necesitan estrategias individuales para proteger sus programas (como mantener secreto su código fuente) de la distribución ilegal. Con servicios en la nube, el código fuente del software no tiene que distribuirse entre sus usuarios, pues se accede al programa a través de Internet. Con la nube, la mayoría de software correrá en servidores remotos, asegurados con firewalls y otras protecciones tecnológicas, que reducirá el riesgo de piratería o de apropiación de funcionalidades innovadoras o de copia de ciertos métodos de software específico. Además, la forma de pago de los servicios en la nube asegura que los usuarios paguen por el programa. Lo anterior hará que la piratería se reduzca más por los términos del contrato entre proveedor y cliente que por la protección de los derechos de autor. Un ejemplo de ello es el caso de los videojuegos desarrollados en la nube que podrían reducir considerablemente la piratería en este sector. Mientras que muchos juegos aun requieren instalar una copia en la computadora personal, en la nube las interacciones entre jugadores y el mundo virtual se realiza en servidores pagando el acceso, por lo que aún si se dispusiera de copias del software no se tendría acceso a un servidor que provea el servicio"[4]. Lo anterior para resaltar que además de las ventajas técnicas que provee la nube, ésta también se erige como una forma más de protección de la propiedad intelectual, y a la vez, desde el punto de vista de los usuarios, podría considerarse como una limitante adicional al acceso a la información.

2. La discusión sobre la incompatibilidad de intereses entre las nuevas tecnologías y el derecho de autor no es reciente. Esta discusión sale a la luz cada vez que se crea una nueva forma de disposición, comunicación pública o reproducción (almacenamiento)[5] de obras protegidas por el derecho de autor.

---

[4] Cómputo en la nube: nuevo detonador para la competitividad de México, *ob cit*. p. 47.

[5] Téngase en la cuenta que, conforme con la declaración concertada respecto del artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, el almacenamiento en forma digital en un soporte

La relación entre tecnología y derechos de autor no ha sido fácil, ni pacífica. La fotografía, la fotocopiadora, la doble casetera, la videograbadora, la tecnología *peer to peer* que facilita la descarga de contendidos musicales digitales, el MP3, y dispositivos electrónicos como el ipod o el *kindle* de Amazon, han planteado cuestionamientos sobre todo por los autores y hoy por los proveedores de contenidos (literarios, gráficos, musicales) en el ciberespacio. La pugna es evidente entre los titulares de los derechos sobre los contenidos y aquellos que pregonan a ultranza el acceso a la cultura y al conocimiento propiciado por las nuevas tecnologías de la información.

Una reflexión, de tinte anarquista, describe el contexto de este "nuevo", pero no desconocido debate*: "Gobiernos del mundo industrializado, gigantes, obsoletos de carne y acero, escuchadme: llego el ciberespacio, de la nueva morada del espíritu [...] No os queremos entre nosotros, en el terreno donde nos reunimos no sois soberanos [...] vuestros conceptos jurídicos de propiedad, de expresión, de identidad, de movimiento y de contexto no se aplican a nosotros. Están basados en la materia, y aquí no hay materia. La misión de los pobladores del ciberespacio es, en su sentir, la de crear una civilización del espíritu en el ciberespacio [...] más humana y más justa que el mundo antes regido por los gobiernos"*[6].

Esa pugna entre derecho de propiedad y el acceso es la que se ha observado con los movimientos de *open source* o código abierto en materia de informática y la cual se ha trasladado a muchas otras áreas del conocimiento como en la educación y en la genética, y hoy adquiere relevancia en el análisis del uso y almacenamiento de obras o contenidos digitales en la nube. Todo lo cual se podría explicar con una sentencia ilustrativa y exagerada: el conocimiento es de todos, no puede existir apropiación privada sobre el mismo.

---

electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.

[6] JHON PERRY BARLOW, Cofundador de la Frontera Electrónica de Davos (Suiza), extracto de su "Declaración de Independencia del Ciberespacio", citado por SOFÍA RODRÍGUEZ MORENO*, La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 119.

3. La discusión se ha centrado en determinar el derecho que debe prevalecer; si debe ser el derecho a la propiedad (interés privado) o, por el contrario, el derecho al acceso a la información de manera libre y sin limitaciones (interés público). *"The balance to be achieved in copyright law traditionally can be described as follows: Whose liberties should be given priority? Those of creators or those of the rest of society? In other words, how is the balance to be achieved between the interests of copyright holders and those of the users of works? The reality principle actually dictates a broadening of the circle of players, so as to refine the naming of stakeholders; creators and artistic performers, investors and professional users (employers, publishers and producers, distributors), end-users, creative and amateur users, etc. Nevertheless, one has to bear in mind firstly that every creator, by creating, uses what he has learnt and experimented with thanks to works of former creators; secondly that copyright polices actually have to enhance scientific progress and the spreading of culture"*[7].

Desde el punto de vista del derecho de autor, la discusión encontraría solución con el régimen de las excepciones y limitaciones. En efecto, si existe alguna institución verdaderamente razonable y tendiente a lograr un equilibrio entre los derechos exclusivos, en que consisten los derechos de autor, y la sociedad es precisamente la institución de los límites y excepciones al derecho de autor, en la medida en que ella busca que por ciertas y precisas razones de cultura e información se pueda usar la obra, sin autorización de su titular. Y es que del ejercicio de esos límites es que depende, en gran medida, el avance de la cultura, la diseminación de información, la pervivencia de bibliotecas públicas,

[7] Traducción libre: *"El equilibrio a ser logrado en la ley de copyright tradicionalmente, puede ser descrito de la siguiente manera: ¿A cuáles libertades deben dárseles prioridad? Cuáles libertades deben prevalecer? Aquellas de los creadores o las del resto de la sociedad? En otras palabras, ¿cómo es el equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses de los titulares de derechos de autor y los de los usuarios de las obras? El principio de la realidad dicta una ampliación del círculo de jugadores, con el fin de perfeccionar el nombramiento de los interesados; creadores e intérpretes artísticos, inversores y usuarios profesionales (empresarios, editores y productores, distribuidores), los usuarios finales, usuarios creativos y aficionados, etc. Sin embargo, hay que tener en cuenta en primer lugar que cada creador, mediante la creación, utiliza lo que ha aprendido y experimentado gracias a las obras de los creadores anteriores; en segundo lugar, que las políticas de derechos de autor en realidad tienen como fin mejorar el progreso científico y la difusión de la cultura".* HILTY, Reto M. y NÉRISSON, Sylvie. *Overview, Balancing Copyright – A survey of National Approaches,* Munich, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, volume 18, 2012, p. 1.

los desarrollos y avances en el campo de la ciencia, el entretenimiento y en el disfrute de múltiples manifestaciones espirituales del hombre.

Al respecto, se sostiene que "*(…) la propiedad intelectual no es un ídolo a venerar sino una herramienta al servicio de unos fines. Como todos los derechos. Ni siquiera los catalogados como fundamentales son absolutos. La propiedad, por tanto, tiene límites. También la intelectual. Y quizás con mayor razón pues recae sobre bienes sociales por su origen (nadie crea en el vacío) y por su destino (nuestras relaciones con los demás discurren en buena medida a través de la cultura que compartimos). Con la propiedad intelectual se satisface un interés individual (del creador, del titular), pero también una necesidad colectiva (de la comunidad). Quizá sea la tradición del Copyright la que lo proclama de forma más abierta y desinhibida. Pero asimismo la nuestra, la de Derecho de Autor, sabe que la propiedad cumple, y debe seguir cumpliendo, una función comunitaria o social, más allá de su estricta componente retributiva (…). Para que la propiedad intelectual pueda cumplir las altas funciones que se le asignan es preciso que la ley sepa equilibrar el interés general de la sociedad y el individual de creadores y titulares y, sobre todo, mantenerlo permanentemente al día pues, por definición, todo equilibrio es inestable y muy sensible al entorno, en particular al tecnológico"*[8].

4. La disciplina internacional del derecho de autor no es ajena a esas preocupaciones. En el artículo 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC, se señala que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

[8] CASAS VALLÉS, Ramón. *Los límites al derecho de autor.* En Revista iberoamericana de Derecho de Autor. Año I – No. 1. Enero – Junio 2007. CERLAC, UNESCO y Universidad de los Andes, Bogotá, p. 43 y 44.

En ese mismo sentido, en el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, se reconoce, como antecedente de su suscripción, el impacto que ha tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas. Se destaca también la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística, y se reconoce así mismo, la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

Si no existiese la figura de los límites a los derechos de explotación de las obras, el avance de la sociedad, de las artes, de la ciencia y sus beneficios, se detendría y se afectarían, mayormente, las sociedades en vía de desarrollo, en donde muchos de sus avances o progresos dependen del acceso y del uso libre de la información.

5. Empero no todo es límite al justo ejercicio de los derechos de explotación que tiene un autor o un titular sobre la creación protegida. Las excepciones y limitaciones se encuentran condicionadas por el legislador a eventos y usos específicos, en los que se percibe la necesidad real de proteger el interés general sobre el particular. La mayoría de legislaciones califican los usos permitidos por la ley para efectos de legitimarlos frente al autor. Al respecto, valdría la siguiente reflexión: *"Al final del día, los legisladores nacionales e internacionales parecen comprometidos en una carrera en la larga lista de excepciones, aunque en realidad se trata de la limitación al alcance de los usos permitidos. Y teniendo en cuenta el principio general de interpretación restrictiva, la flexibilidad de las disposiciones no ayudan a los usuarios. Varias palabras clave, como "apropiado", "en la medida necesaria para el propósito", "uso/trato/práctica justa", "dentro de límites razonables", "condiciones razonables", "medio aceptable", "valor artístico especial", "baja calidad", "explotación normal", "interés legítimo", "interés público" aparecen en la*

mayoría de las definiciones de dichos derechos de los usuarios o en las excepciones y limitaciones"[9].

En resumen, una obra protegida por el derecho de autor puede ser usada cuando así lo haya dispuesto su titular, o cuando sin éste haberlo autorizado, su uso se enmarca en una limitación o excepción al derecho de autor. El uso contrapuesto al derecho de autor o a los intereses de los autores y titulares de derechos, no es el uso legítimo de la obra, sino aquel que excede la autorización del autor o la otorgada por la ley. Se percibe así la necesidad de que los legisladores logren que los derechos de los usuarios, calificados por ellos mismos como el derecho de acceso a la información, a la educación y a la cultura y, por otra parte, los derechos de los autores, sean compatibles en una medida justa y adecuada con el desarrollo de la sociedad, sin que ello representante el declive de la industria del entretenimiento, la innovación, la ciencia y la tecnológica.

6. Como se sabe, la pugna de derechos a nivel constitucional suele ser resuelta acudiendo a la ponderación de los derechos en conflicto; en este caso estarían involucrados, de una parte, los derechos a la educación, la cultura y la información y, de otra, el derecho a la propiedad intelectual. Al sopesarse ambos se podrá concluir que los primeros prevalecerían sobre los segundos. Sin embargo, de esa ponderación también surgen algunos interrogantes sobre el tipo de obra a la que el usuario accede normalmente en la red y que en virtud de la prohibición de acceder a ella, es que supuestamente se hallaría frustrado su derecho fundamental a la información. El actual acontecer indica que las obras a las que los usuarios pretenden acceder o, en efecto, acceden de manera ilegal pueden no considerarse esenciales para el desarrollo cultural de una sociedad o para el fortalecimiento de la educación, sino que suplen necesidades de entretenimiento, como las que proporcionan las obras musicales, las películas, las novelas, los juegos interactivos. La pregunta que

[9] *"At the end of the day, international and domestic lawmakers seem engaged in a race to the longest list of exceptions, although actually limiting the scope of permitted uses. And considering the general principle of restrictive interpretation, the soft provisions do not help users. Several keywords, such as "appropriate", "to the extent necessary to the purpose", "fair use/dealing/practice", "within reasonable limit", "reasonable terms", "acceptable means", "special artistic value", "low quality", "normal exploitation", "legitimate interest", "public interest" appear in most definitions of said use rights/exceptions/limitations":* HILTY and NERISSON. *Overview ….,* ob cit, p. 50

surge es si el acceso a este tipo de obras responde al ejercicio de derechos fundamentales que según los usuarios les serían vulnerados o, si por el contrario, el acceso busca propósitos meramente lúdicos o de entretenimiento privado. En esta última hipótesis ¿se justificaría un uso sin pago por el disfrute de la creación *online*? Se cree pues que la ausencia de una cultura de pago y de reconocimiento del trabajo ajeno, aunado al fácil acceso otorgado por las nuevas tecnologías, ha llevado a que el consumidor pretenda, sin miramiento alguno, o mejor, sin respeto a los derechos que existen sobre la creación que disfruta, de un abusivo uso gratuito o un *free access* en todo el sentido de la expresión.

Esto no quiere decir que el usuario deba pagar siempre por el uso de una obra y dejar de lado la función social de la propiedad intelectual, sino que deben identificarse los eventos en los cuales el derecho sobre intangibles afecta en realidad el acceso a la educación, la cultura y la información y fijarlos en la medida justa como excepciones y limitaciones al derecho.

7. Para encontrar un equilibrio entre los derechos contrapuestos, la normatividad ha establecido que la determinación de los límites debe respetar la regla de los tres pasos *(three step test),* la cual aparece reconocida en varios tratados internacionales[10] y, en la Decisión Andina 351 de 1993.

En el artículo 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se dispone lo que sigue: *"Las limitaciones y excepciones al derecho de autor [...] se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos".* En consecuencia, los límites valen en tanto y en cuanto (i) sean excepcionales, esto es, no sea norma general de la legislación, (ii) no atenten contra la normal explotación de la obra y (iii) no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos. Ejemplos de límites: la copia privada, el derecho de cita, utilización

[10] La regla de los tres pasos aparece tanto en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), artículo 10 numerales 1 y 2, como en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1966), artículo 16 numeral 2.

de obras para la enseñanza, reproducción de artículos de actualidad, utilización accidental o incidental de una obra, utilización de obras orales, reproducción de obras artísticas ubicadas permanentemente en sitios públicos, reproducción de obras por el sistema braille u otro procedimiento, reproducción de leyes. Las limitaciones y excepciones al monopolio de explotación otorgado por la ley al autor, implica que las obras pueden ser utilizadas lícitamente, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración en casos expresamente señalados en la ley, teniendo en cuenta para dicho análisis la regla de los tres pasos referida.

8. Ahora bien, el punto es auscultar si esa equilibrada institución de los límites al derecho de autor, creada bajo la tecnología análoga, se puede extender al mundo de la moderna tecnología digital. En otras palabras, si una excepción que se pensó y se elaboró bajo la era Gutenberg (donde la forma predominante era la escritura), puede extrapolarse al nuevo entorno digital (donde la manera predominante de expresión es la forma visual, la interactividad, la fácil reproducción de las obras y su almacenamiento digital), sin desquiciarse el tradicional sistema del derecho de autor proveniente del Convenio de Berna.

"La explotación de obras a través de redes informáticas digitales no sólo ha afectado a los derechos patrimoniales tradicionales, sino también, y de manera muy destacada, a sus excepciones. Es en esta parcela donde el conflicto de intereses se hace más patente, puesto que los límites son las herramientas que el legislador utiliza para equilibrar los distintos intereses en juego. […] Internet ha abierto la puerta a la posibilidad de un control absoluto de las obras por parte de los titulares de los derechos patrimoniales. Estos han ejercido una considerable presión en todos los ámbitos con el objeto de reducir al mínimo posible el abanico de conductas posibles que quedan fuera de su control"[11].

En América Latina no existe una normativa que expresamente haya admitido el traslado de los límites del mundo análogo al entorno digital. En el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 quedó claro que el almacenamiento de

[11] IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 385 y 386.

obras en la red es una forma del derecho de reproducción[12] y que las Partes Contratantes pueden aplicar y ampliar las limitaciones y excepciones al entorno digital conforme con sus legislaciones nacionales, así como establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital[13]. En otras palabras, el Tratado da claridad sobre el derecho, pero no sobre la excepción o limitación, en tanto y en cuanto, su aplicación requeriría de una norma interna que las reconozca de manera específica.

La discusión respecto de la computación en la nube tiene como eje determinar si cuando ésta es usada como plataforma de gestión y almacenamiento de obras o contenidos digitales, se compromete la protección de los derechos de autor de las obras almacenadas, dado que el almacenamiento supone la reproducción de la obra.

9. La copia privada como limitación al derecho de autor permitiría la reproducción de la obra en la red sin requerir autorización previa. La viabilidad de la copia privada en el entorno digital ha sido presentada en diferentes escenarios académicos y continúa siendo objeto de opiniones contradictorias. Por un lado, hay quienes sostienen que esta excepción no es extrapolable al entorno digital porque su ejercicio causaría un perjuicio injustificado al autor y en consecuencia, no se ajusta a la regla de los tres pasos[14].

Por otro lado, se propugna, no por la supresión de la copia privada en el entorno digital, sino por su adecuación a los avances tecnológicos.

---

[12] Tratado de la OMPI sobre derecho de autor. "Declaración concertada respecto del artículo 1.4: El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de las obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital de un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna".

[13] Tratado de la OMPI sobre derecho de autor. Declaración concertada respecto del artículo 10: "Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital".

[14] Cfr. RODRIGUEZ MORENO, Sofía. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 281.

Los Considerandos de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, reconoce la importancia de ese ajuste. Sobre el particular se señala: *"(…) algunos Considerandos de la DSI que incluyen reflexiones de tipo general y algunas, en particular, sobre la copia privada: "Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben revaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica" (Considerando 31); "El establecimiento de […] excepciones o limitaciones […] debe […] reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones […]" (Considerando 44); "La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos" (Considerando 38)*[15].

Conforme con dicha sugerencia, los legisladores españoles, mediante la Ley 23 de 2006, definieron el alcance de la excepción de la copia privada en el entorno digital, en los siguientes términos[16]:

Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada. (…) 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a

[15] CASAS VALLÉS, Ramón. *Los límites al derecho de autor.* Ob. Cit. p. 63.

[16] La norma derogada señalaba lo siguiente: "Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio, en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos: (…) 2. ° Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.

Ahora bien, conscientes de que el derecho debe ajustarse a las nuevas realidades fácticas y que la ausencia de una norma específica no puede generar un vacío legal indefinido, es perfectamente viable construir en nuestro contexto la excepción de la copia privada en un entorno digital y trasladar la discusión de la regla de los tres pasos al almacenamiento de "contenidos" u obras en la nube. Ya se sabe que la doctrina es una forma anticipadora de la legislación y que incluso la provoca.

En el caso del *cloud computing*, un usuario podría almacenar (reproducir), por ejemplo, creaciones literarias legítimamente adquiridas para su uso personal, sin que esa reproducción requiriera la autorización previa y expresa del titular de la obra. Dicha reproducción podría entonces enmarcarse en el límite de la copia privada sin atentar contra la normal explotación de la obra y sin causar un perjuicio injustificado al autor o titular.

El artículo 21 de Decisión Andina 351 de 1993 establece que las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, entre ellos Colombia, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. El artículo 37 de la ley 23 de 1982, Ley de Derechos de Autor de Colombia, establece que *"es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada y obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro*". ¿Será suficiente esta norma para entender que la copia privada opera en el entorno digital?

Si el almacenamiento digital es considerado una forma de reproducción de la obra y si se entiende que cargar (*upload*) una obra en internet es un medio de reproducción, se podría entonces válidamente concluir que el uso de la nube

para almacenar y gestionar obras adquiridas legalmente por un usuario es un uso permitido por la ley y un límite legal a los derechos de autor. Dicha solución implica simplemente echar mano de la normatividad vigente y ajustarla a la era digital, eso sí siempre y cuando se cumpla con la regla de los tres pasos.

Así pues, la reproducción de una obra adquirida por un usuario sólo afectará los derechos del titular cuando el acto exceda el alcance de la autorización otorgada, lo cual no ocurriría si la obra adquirida legalmente, es reproducida en el ámbito privado y sin ánimo de lucro. Otra será la situación si, por ejemplo, el usuario pone a disposición de terceros sin autorización una obra en la nube, o la descarga sin pagar por ello, caso en el cual tendría que concluirse que este uso no cumple con la regla de los tres pasos, por cuanto, sin lugar a dudas, atenta contra la explotación normal de la obra y causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular, como es que terceros no autorizados usen la obra sin el debido reconocimiento al trabajo y esfuerzo del autor.

10. La responsabilidad por la puesta a disposición de contenido digital infractor, utilizando los servicios de computación en la nube recae en el usuario, que es quien pone la obra a disposición de terceros sin autorización.

Sin perjuicio de lo anterior, los proveedores de servicios de internet y de computación en la nube han optado por incluir en sus contratos de servicios cláusulas que limitan los usos que pueden realizarse en la nube. Un ejemplo de este tipo de cláusulas es el siguiente: "*A good example of a short AUP (Acceptable Use terms) is that imposed by ZoHoServices: b) You agree to be solely responsible for the contents of your transmissions through the Services. You agree not to use the Services for illegal purposes or for the transmission of material that is unlawful, defamatory, harassing, libellous, invasive of another's privacy, abusive, threatening, harmful, vulgar, pornographic, obscene, or is otherwise objectionable, offends religious sentiments, promotes racism, contains viruses, or that which infringes or may infringe intellectual property or other rights of another. You agree not to use the Services for the transmission of "junk mail", "spam", "chain letters", "phishing" or unsolicited mass distribution of email. We reserve the right to terminate your access to the Services if there*

are reasonable grounds to believe that you have used the Services for any illegal or unauthorized activity"[17].

Debe anotarse que la responsabilidad de los ISP es otro criterio relevante en el tema relacionado con la computación en la nube. Pese a no ser el objeto del presente estudio, se estima pertinente señalar que aunque en varios países se han visto frustradas algunas iniciativas de ley tendientes a establecer un régimen específico de responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, se cree que la ausencia de esta normatividad, no implica la ausencia de responsabilidad de los ISP en la puesta a disposición de material o contenido infractor en la red[18].

Con base en las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, que traen todos los códigos civiles latinoamericanos, una persona puede ser declarada responsable de los hechos cometidos por aquellos que estuvieren a su cargo, es decir, ser responsable por el hecho ajeno. El artículo 2347 del Código Civil Colombiano señala, por ejemplo, lo siguiente: "*Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. (…) Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidad que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho"*.

---

[17] Traducción libre: "*Un buen ejemplo de esas condiciones de uso es el impuesto por ZoHoServices: b) Usted acepta ser el único responsable de los contenidos de sus transmisiones a través de los Servicios. Usted acepta no utilizar los Servicios para fines ilegales o para la transmisión de material ilegal, difamatorio, calumnioso, invasivo de la privacidad, abusivo, amenazante, perjudicial, vulgar, pornográfico, obsceno, o que sea objetable, ofenda sentimientos religiosos, promueva el racismo, que contenga virus, o que infrinja o pueda infringir la propiedad intelectual u otros derechos de terceros. Usted se compromete a no utilizar los Servicios para la transmisión de "correo basura", "spam", "cartas en cadena", "phishing" o la distribución en masa de correo electrónico no solicitado. Nos reservamos el derecho de suspender el acceso a los servicios si hay motivos razonables para creer que ha utilizado los servicios para cualquier actividad ilegal o no autorizada.* BRADSHAW, Simon, MILLARD Christopher y WALDEN, Ian. *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services.* Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 63/2010, p. 20.

[18] Nótese por ejemplo, que en materia de publicidad engañosa, incluso cuando el responsable directo de la publicidad es el anunciante, el medio de comunicación que la transmite también podría ser solidariamente responsable de los perjuicios que se causen al consumidor. El Estatuto colombiano de protección al consumidor, Ley 1480 de 2012. Art. 30, señala a propósito lo que sigue: *"El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados".*

Así pues, en la medida en que el Proveedor de Servicios en la red pueda impedir el hecho infractor y tenga conocimiento de que el contenido puesto en la red es ilegal, debe actuar diligentemente, esto es, tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de la conducta y de esta manera, eludir la responsabilidad que se podría radicar en él.

Además, conforme con la Decisión Andina 351 de 1993, una persona natural o jurídica no puede prestar su apoyo para utilizar una obra sin autorización previa del titular del derecho o de su representante. El artículo 54 señala que *"Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable".* Bajo esta norma, si el ISP presta su apoyo para que una obra sea utilizada sin la autorización del titular e incumple su obligación de no permitirlo sería "solidariamente responsable" del hecho infractor.

11. Uno de los instrumentos internacionales más importantes a nivel mundial es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual estableció en su artículo 27 dos principios que guardan relación con el derecho de autor. Según el primero, toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, a disfrutar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios. El segundo expresa que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual ella sea su autora. Mientras que el segundo principio establece la propiedad de la creación para sus autores, el primero enfatiza en el interés público. Del texto en su conjunto se deduce que los derechos intelectuales se encuentran limitados por el interés público.

Pues bien, la regulación normativa del derecho de autor busca lograr un punto de equilibrio entre los intereses privados y públicos; por tal razón, la legislación contiene limitaciones en cuanto al alcance y al ejercicio de los derechos objeto de protección. La finalidad del derecho de autor consiste en establecer una balanza entre los derechos del titular de la obra y el interés público, para que de tal forma, lejos de señalarse que estos se contraponen, se concluya que son compatibles, en tanto su ejercicio tenga fundamento en el equilibrio, la competencia leal y el acceso justo al disfrute de las creaciones del intelecto humano. Lograr ese equilibrio es el reto de los legisladores.

Fin del documento