Las tecnologías *Peer-to-Peer*, los derechos de autor y el *copyright*

Eduardo Secondo Varela Pezzano



Universidad del Rosario
Editorial

Opera Prima
Facultad de Jurisprudencia


UR

TECNOLOGÍAS *PEER-TO-PEER*, DERECHOS DE AUTOR Y *COPYRIGHT*

TECNOLOGÍAS *PEER-TO-PEER*, DERECHOS DE AUTOR Y *COPYRIGHT*

EDUARDO SECONDO VARELA PEZZANO



Colección Opera Prima

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Eduardo Secondo Varela Pezzano

ISBN: 978-958-8378-86-2

Primera edición: Bogotá D.C., enero de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Taller de edición
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Diagramación: Sandra C. Contreras M.
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 Nº 13-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00 Ext. 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo por escrito de la
Editorial Universidad del Rosario

VARELA PEZZANO, Eduardo Secondo

Tecnologías *peer-to-peer*, derechos de autor y el *copyright*/
Eduardo Secondo Varela Pezzano. —Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2009.

ISBN: 978-958-8378-86-2

Derecho privado / Derecho comercial / Derechos de autor / Marcas de fábrica – Legislación / Propiedad intangible – Legislación / Internet – Legislación / I. Título / II. Serie.

340.023 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Introducción 10

1. Derechos de autor y *copyright* 16
    1.1. Introducción 16
    1.2. El derecho de autor 16
    1.3. Los derechos patrimoniales y morales 20
    1.4. Las excepciones al derecho de autor 22
    1.5. Derechos conexos 23
    1.6. Introducción al *copyright* 25

2.Tecnología de redes P2P 32
    2.1. Introducción. Antecedentes y origen. El caso Napster 32
    2.2. Sistemas centralizados 39
    2.3. Sistemas descentralizados 40
    2.4. P4P 45
3.La infracción al derecho de autor y al *copyright* 47
    3.1. Introducción. Estadísticas sobre P2P 47
    3.2. Aimster 50
    3.3. Grokster 51
    3.4. KaZaa 53
    3.5. Responsabilidad de los usuarios P2P 55
        3.5.1. Brianna LaHara 55
        3.5.2. La primera condena a prisión 56
        3.5.3. Smittenedkitten 57

3.5.4. *Torrents* 59
3.5.5. Inter alia *en Noruega* 59
3.5.6. La IFPI y los 8.000 ladrones 60
3.5.7. Lewan vs. Sharman 61
3.5.8. "Se puede ser juez e imbécil" 62
3.5.9. Italia y el futuro del P2P 63
3.5.10. El caso Jammie Thomas o la primera condena por infracción 65
3.5.11. Un precedente latinoamericano 67

4. Derecho Comparado. La privacidad y los problemas de las descargas P2P 69
4.1. Introducción 69
4.2. América del Norte 70
4.2.1. Estados Unidos 70
4.2.2. Canadá 75
4.3. Europa 76
4.3.1. La Unión Europea 76
4.3.2. Italia 77
4.3.3. Francia 78
4.3.4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 80
4.4. Latinoamérica 82
4.4.1. Mercosur 82
4.4.2. CAN 85
4.4.3. Perú 86
4.4.4. Colombia 87
5. Conclusión. Una propuesta para legalizar las redes P2P 94
Anexo 103
Bibliografía 114

…uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.
Leges XII, V, 3 (Ulpianus, fr. 11, 14)

A mis padres, Elizabeth y Ricardo, forjadores de mis sueños.

Al doctor Édgar Iván León Robayo, abogado, jurista, profesor y amigo, por su valiosa revisión de los textos y su constante motivación para finalizar esta obra.

Introducción[1]

William Murray fue un jurista singular. Con el nombre literario de Lord Mansfield, creó para su época y para la posteridad una expresión inolvidable: "Una persona puede usar una copia tocándola, pero no tiene ningún derecho a robarle al autor los beneficios multiplicando las copias y disponiendo de ellas para su propio uso"[2].

En esa opinión se apoyó para decidir el memorable caso de Millar *vs.* Taylor[3], donde por primera vez se sostuvo que el *copyright* hallaba su protección bajo el *common law* anglosajón. Según esta decisión, las facultades que tenían los autores sobre sus obras se entendían perpetuas en virtud de la tradición del derecho común.

La disputa involucraba a Andrew Millar, un vendedor de libros que en 1729 adquirió los derechos de edición sobre *The Seasons*, un poema del autor James Thomson. Cuando la protección a los derechos del librero expiró, Robert Taylor comenzó a publicar sus propias copias y a competir con Millar.

La King's Bench, precedida por los jueces Mansfield, Aston, Willes y Yates falló a favor del librero, pues en su

---

1 Todas las traducciones y gráficas de la presente obra son libres y originales del autor.

2 Bach *vs.* Longman, 98 Eng. Rep. 1274, 1777.

3 Millar *vs.* Taylor, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201.

concepción el *copyright* no expiraba con el simple paso del tiempo en la legislación vigente el Estatuto de la Reina Ana de 1709. El derecho que tenía Millar para editar la obra debía entenderse perpetuo, y Taylor no podía copiar ni distribuir el poema a su arbitrio.

Actualmente, los derechos de autor no son perpetuos y la opinión del juez Mansfield parece no tener repercusión permanente en la cultura popular. La difusión de copias ilegales es una realidad que afecta no sólo a la propiedad intelectual, sino también a los autores y titulares del derecho de autor.

Entre los principales problemas que conllevan los sistemas tecnológicos y de comunicaciones en internet se encuentran las infracciones a los derechos de autor. La mayor contrariedad se refleja en los programas *peer-to-peer* ,P2P, por ejemplo, UTorrent, LimeWire, eMule, etc., por cuanto millones de personas en el mundo entero comparten, copian y distribuyen diariamente archivos de audio, imagen y video que, por lo menos en teoría, deberían estar protegidos por la propiedad intelectual. La facilidad en el uso de estos programas permite perpetrar estas conductas de manera gratuita.

Lo anterior por cuanto billones de personas en el mundo entero comparten, copian y distribuyen diariamente archivos de audio, imagen y video que, por lo menos en teoría, deberían estar protegidos por la propiedad intelectual. La facilidad en el uso de los programas P2P, nunca antes imaginada por la generación de Mansfield, permite perpetrar estas conductas de manera gratuita.

El propósito de esta investigación es analizar el contexto actual de las redes P2P y su implicación en los derechos de autor. Con ella se busca encontrar una solución a los problemas mencionados en relación con los autores, sus derechos y los perjuicios que conlleva la utilización de este tipo de *software*.

Como se verá, los usuarios de estas redes descargan archivos ilegales de obras originales en la clandestinidad, sin pagar ninguna clase de remuneración a los autores[4]. En efecto, los sistemas hacen que el usuario nunca sea identificado directamente, pues cuando este accede a su computador únicamente se registra la dirección de *Internet Protocol* ,IP,[5] de su sistema operativo. Así, la dificultad de registrar quiénes y cuáles son los usuarios que comparten estas copias implica no poder sancionar las infracciones que a diario se cometen al derecho de autor. Igualmente, los creadores de los programas P2P utilizan mecanismos como sobrenombres *nicknames* y contraseñas que impiden conocer ciertamente la identidad del usuario.

---

[4] RICKETSON, S. y RICHARDSON, M, *Intellectual property: cases and commentary*, Butterworths, séptima edición, Sydney, 1998, p. 71.

[5] Acerca de qué es una dirección IP, véase HALABI, S. y MCPHERSON, D., *Arquitecturas de enrutamiento en internet*, Cisco Press, segunda edición, Madrid, 2001, pp. 52-55. "… una dirección IP es un valor único de cuatro octetos que se expresa en notación decimal en forma de W.X.Y.Z por ejemplo, 192.74.58.306 [...] cuando un usuario de la red solicita conectarse desde un computador a un servidor específico, el proveedor de internet procede a consultar las bases de datos para resolver la solicitud del dominio en una dirección IP" VARELA, E., "Toysareus.com: mucho más que un nombre de dominio", en *Revista Temas Jurídicos*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, No. 18, Bogotá, 2006, p. 106.

De esta manera, la revelación de los infractores sólo ocurre cuando los proveedores del servicio de internet revelan la identidad de las direcciones IP. Sin embargo, este tipo de situaciones implica una violación directa a los derechos de *habeas data* y privacidad, debido al monitoreo y descubrimiento no sólo de la actividad *online*, sino también de la información personal y secreta de los usuarios.

A pesar de lo anterior, en los casos en que se han podido revelar identidades ha sido posible iniciar acciones judiciales contra los infractores. Las demandas, que pueden consultarse con provecho y asombro en internet, siguen siendo inagotables. Con todo, la actual estructura de las redes P2P obstaculiza que se indemnice integralmente a quienes se ven afectados por esta tecnología.

La industria del entretenimiento, titular de incalculables derechos, ha querido darle solución a este problema, pero hasta ahora[6] no ha logrado resultados positivos y sí ha generado críticas por la excesiva litigiosidad en el tratamiento de estos asuntos. Por esa razón, se requiere entonces de una pronta solución para remediar la colisión que surge entre los derechos de autor y el P2P. Se trata de un tema actual y vigente, el cual se constituye en el escenario en donde se desarrolla esta obra.

Así, en primer lugar, el presente escrito introducirá brevemente al lector en la noción continental del derecho de autor y su diferencia con el *copyright*, del derecho anglosajón.

---

[6] Bettig, R., *Copyright and the commodification of culture*, disponible en http://www.wacc.org.uk/wacc/content/pdf/629, consulta realizada el 27 de diciembre de 2006.

Se expondrá tanto el concepto general como su complemento en los llamados derechos conexos, también designados "derechos afines".

En la segunda parte se hará una explicación detallada de la tecnología de redes P2P. El capítulo iniciará con la historia de cómo surgió este tipo de *software*, para lo cual se relatará la historia de Napster, el primer programa en emplear esta tecnología. Posteriormente, se explicará la estructura, el funcionamiento y la dinámica de las redes de segunda y tercera generación de P2P.

En tercer lugar, se expondrán directamente los problemas que sobrevienen a la violación de derechos de autor y *copyright* por la utilización de este tipo de programas. De esta manera, se resumirán las decisiones judiciales contra Aimster, Grokster y Sharman Licence Holding [KaZaa], empresas que se vieron obligadas a pagar cuantiosas sumas de dinero por desarrollar este *software* y permitir que se configuraran infracciones a las obras protegidas. Con posterioridad, se relatará lo sucedido con distintas demandas efectuadas a usuarios del P2P, así como las críticas, aciertos y vicisitudes que giraron en torno a las mismas.

Por su parte, en el cuarto capítulo se relatará el desarrollo legal que ha tenido este tema en las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Francia, Italia, Paraguay, Uruguay, Perú y Colombia, considerando el estado actual de la legislación sobre las tecnologías P2P, su problemática con el derecho a la privacidad y las posibles incidencias jurisprudenciales que se pueden presentar.

Para que lo anterior sea posible, se tendrá en cuenta el marco conceptual de la tecnología P2P, así como la forma en que se desconocen los derechos de autor y el *copyright*. Todo lo anterior con la finalidad de extraer conclusiones y orientaciones que permitan presentar una solución a las infracciones que a diario se cometen en internet con esta tecnología y, a manera de anexo, se abordará la posible solución jurídica en un proyecto de ley que se ha preparado para conciliar las tecnologías P2P con los derechos de autor.

Que sean las inmortales palabras de Victor Hugo las que, finalmente, den inicio a esta obra:

Antes de la publicación, el autor tiene un derecho innegable e ilimitado. Piense en un hombre como Dante, Molière, Shakespeare. Imagínenlo cuando él acaba de terminar una gran obra. Su manuscrito está allí, delante de él; supongan que a él se le ocurre la idea de lanzarla al fuego; nadie puede pararlo. Shakespeare puede destruir a Hamlet, Molière a Tartufo, Dante al Infierno.

"Pero tan pronto como se publica la obra, el autor no es más el amo. Es entonces cuando otras personas la toman: llámenlo lo qué ustedes quieran: espíritu humano, dominio público, sociedad. Son tales personas las que dicen: estoy aquí; tomo esta obra, yo hagocon ella lo que creo que tengo que hacer, [...] la poseo, esta conmigo de ahora en adelante…[7]

---

[7] "Before the publication, the author has an undeniable and unlimited right. Think of a man like Dante, Molière, Shakespeare. Imagine him at the time when he has just finished a great work. His manuscript is there, in front of him; suppose that he gets the idea to throw it into the fire; nobody can stop him. Shakespeare can destroy Hamlet, Molière Tartufe, Dante the Hell. But as soon as the work is published, the author is not any more the master. It is then that other persons seize it: call them what you will: human spirit, public domain, society. It

1. Derechos de autor y *copyright*

1.1. Introducción

Con el objetivo de dilucidar de la mejor forma posible el tema propuesto en esta investigación, esto es, solucionar el problema consistente en la infracción a los derechos de autor a través de las redes P2P, es necesario precisar algunos conceptos. Para tal efecto, este capítulo definirá el significado de los derechos de autor, su clasificación en patrimoniales y morales, sus conexos, y se introducirá al lector, brevemente y así mismo, a la noción del *copyright*.

1.2. El derecho de autor

De tradición europea y del francés *droit d'auteur*[8], el derecho de autor es una facultad exclusiva otorgada por el Estado, por

---

is such persons who say: I am here; I take this work, I do with it what I believe I have to do, [...] I possess it, it is with me from now on..." –Victor Hugo, cuando era presidente de l'Association littéraire et artistique internationale–ALAI–, 1878–, traducción al idioma ingles del francés original, disponible en http://www.copyrighthistory.com/quotations.html, consulta realizada el 12 de diciembre de 2008.

[8] Un completo estudio del régimen de derechos de autor en Francia puede consultarse en Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1978, Barbosa, D. B., "Logiciel et le droit d'auteur: un mariage de déraison", en *Droit d'auteur*, volumen 101, No. 4, 1988, Strowel, A., *Droit d'auteur et copyright*. L.G.D.J, Bruxelles, Bruylant & París, 1993, Lucas A., *Droit d'auteur et*

un tiempo determinado, para que el titular de una obra pueda beneficiarse de su uso y explotación. A nadie le debe parecer extraño que escritores, músicos, cantantes y artistas requieran que su talento sea estimulado.

Obras literarias, enciclopedias y diccionarios, diseños de páginas en internet, bases de datos, artículos periodísticos, películas, transmisiones televisivas, obras musicales, coreografías, pinturas, dibujos, fotografías, esculturas, construcciones arquitectónicas, anuncios publicitarios, mapas y otros esbozos técnicos pueden protegerse con firmeza a través del derecho de autor[9]. Así mismo, esta propiedad concede la tutela a programas informáticos, siempre que no sean procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí[10].

El objeto de la protección es amparar "toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible"[11]. Este apartado tiene como propósito introducir brevemente

---

numérique. Litec, París, 1998, Bertrand, A. *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, París, 1999, Lucas, A. y Lucas, H. J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, segunda edición, París, 2001.

[9] Módulo 2 de la *Introducción al Cursillo de Propiedad Intelectual* de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual, OMPI, disponible en http://www.wipo.int, consulta realizada el 27 de diciembre de 2006.

[10] El *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*, concluido en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, protege programas de computadora –*software*– y compilaciones de datos u otros materiales en cualquier forma que, en virtud de la selección o arreglo de su contenido, constituyan creaciones intelectuales. Al respecto, véase Bainbridge, D., *Software copyright law*, Butterworths, Londres, 1997, p. 55.

[11] Boyta, G. *Glosario del derecho de autor y derechos conexos*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra: 1980, p. 268.

al lector a la noción de derechos de autor y sus dos clases: patrimoniales y morales. Sin embargo, antes de mencionar las premisas anunciadas, se requiere precisar qué es lo que protegen estos derechos: únicamente cobijan la expresión de las ideas y no las ideas separadas.

En efecto, J. K. Rowling solamente goza de derechos sobre el séptimo libro de Harry Potter desde que lo terminó de escribir y cuando este fue efectivamente publicado[12]. Jarvis Cocker únicamente sería titular de sus dramáticas melodías desde el momento en que las haya compuesto[13]. Lo mismo sucedería con Sergio Leone (1929-1989), si hoy intentara escribir el guión para una nueva película[14].

En ese mismo sentido, se sigue que la reivindicación de los derechos de autor surge desde el momento en que las ideas se expresan o materializan en una obra[15]. Lo anterior

---

12 Bloomsbury Publishing, *Harry Potter and the Deathly Hallows*, El libro salió a la venta el 21 de julio de 2007, http://www.bloomsbury.com/harrypotter, consulta realizada el 14 de abril de 2007.

13 Músico ingles y ex vocalista de la banda Pulp: http://www.myspace.com/jarvspace, consulta realizada el 14 de abril de 2006.

14 Director de películas como: *Il Buono, il brutto, il cattivo* y *Per qualche dollaro in più*.

15 Es capital entender que la protección de la idea es distinta al material en el cual ésta se encuentra manifestada. Según Alessandri y Somarriva: "El derecho de autor de un poeta recae sobre sus versos y no sobre los libros o las páginas impresas que los contienen y dan a conocer; el derecho del inventor recae sobre la invención misma y no sobre la máquina fabricada de acuerdo con el nuevo esquema mental. El libro y la máquina serán de las personas que adquieran esas cosas concretas, pero la creación poética y el invento siguen perteneciendo a quienes produjeron tales bienes inmateriales" –ALESSANDRI, *et ál. Tratado de los derechos reales*. Temis, tomo I, sexta edición, Bogotá, 2001, pp. 29-30–. La discusión fue admitida en el derecho anglosajón muchos años atrás cuando Lord Thurlow señaló en alguna oportunidad: "Decir que un hombre tiene la propiedad

tiene su explicación, como lo señala Canovas, porque las leyes donde se codifica esta tipología de derechos "aluden unas veces a la forma escrita o forma material (Reino Unido), a forma tangible (Estados Unidos), a forma perceptible (El Salvador), a forma durable (México) o admiten cualquier forma sin precisión ulterior"[16].

Por otra parte, es determinante señalar que la protección de una obra no está sometida al cumplimiento de previsiones administrativas o a la celebración de otros actos jurídicos solemnes[17]. Los derechos del autor sobre la misma se consideran automáticos desde que la idea es expresada. Trámites, diligencias, gestiones y otras formalidades dejan de ser de carácter obligatorio[18].

---

sobre las ideas de un libro, y ninguna en el libro en sí, es como si uno pudiera afirmar que un hombre tiene la propiedad sobre las pinturas de un cuadro, pero ninguna sobre el lienzo o donde están los tintes" –Eilenberg, S., *Copyright's rhetoric and the problem of analogy in the British eighteenth-century debates*, 2001, State University of New York, Buffalo, disponible en http://www.rc.umd.edu/paraxis/law/eilenbe-rg/sebg.htm, consulta realizada el 28 de diciembre de 2006–.

16 Canovas, D., *Los derechos de autor de obras de arte*. Civitas, Madrid, 1996, p. 66.

17 Villalba, C. y Peiretti, G. "La propiedad intelectual – el derecho de autor. Concepto de obra protegida. Enumeración y análisis. El registro en la DNDA", en *VII Seminario Subregional de la OMPI sobre Derechos de Propiedad Intelectual para Países del Mercosur y Chile*, Cariló, Argentina, 2005, p. 13.

18 Este principio se consagra en el numeral 2º del artículo 5º del *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*.

1.3. Los derechos patrimoniales y morales

Al comprender elementos económicos y personales[19], los derechos de autor son de dos clases: patrimoniales y morales. Los primeros permiten al titular obtener una merecida compensación monetaria por el uso y la explotación de la creación[20]. En otros términos, representan la posibilidad de autorizar o prohibir a terceras personas, la reproducción, distribución, interpretación o ejecución pública, radiodifusión y comunicación pública, traducción o adaptación de la obra[21].

Al contrario, los derechos morales se fundamentan en que la personalidad del autor es parte integral de la obra[22]. Por eso, la moralidad se traduce en el carácter irrenunciable e inalienable del derecho. La irrenunciabilidad supone que la paternidad sobre la creación es perpetua y no dejará de reconocerse a su autor. La inalienabilidad, en cambio, supone que estos derechos no pueden transmitirse ni cederse a través de actos jurídicos, por ser derechos inherentes a las personas[23].

---

19 Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, Sentencia del 3 de septiembre de 1982, –citado en SUESCÚN, J., *Derecho privado. Estudios en derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Legis, tomo I, segunda edición, 2003–.

20 Supra, nota 9.

21 *Ibídem.*

22 LOREDO A. *Derecho de autor y copyright: dos caminos que se encuentran,* en *Revista Alfa-Redi*, No. 91, febrero de 2006, disponible en http://www.alfa-redi.org, consulta realizada el 2 de abril de 2007.

23 "Lo anterior, constituye la nota más importante que caracteriza a los derechos morales de los autores, ya que se trata de derechos tan íntimamente ligados a su titular que no pueden pasar a otra persona. Se trata de facultades in-

Los derechos morales también comprenden la "reivindicación de la paternidad", que es el derecho que tiene todo autor a que se mencione su nombre en todo uso que se haga de su obra[24]. Igualmente, abarcan el "derecho a la integridad", es decir, la posibilidad de oponerse a modificaciones que puedan alterar la versión original de la creación y que dañen su reputación[25].

Sin embargo, los derechos de autor no son fáciles de explotar por sí mismos, por lo que resulta necesaria la ayuda de organismos o sociedades de gestión colectiva, entidades que se ocupan de recaudar y distribuir regalías a nombre de sus miembros, en términos de su competencia administrativa. Como lo ilustra León:

> Es ahí donde surge la importancia de las sociedades de gestión colectiva, porque el autor delega en ellas la posibilidad de conceder licencias de uso, desentendiéndose de esta actividad administrativa, para dedicarse solamente a su labor de creación. Esto con el beneficio adicional de recibir periódicamente los ingresos que la sociedad obtenga por su labor[26].

herentes a la persona del autor, de manera que se encuentra fuera del comercio de los hombres, esto es, sólo pueden ser ejercidas por su propio titular" *–ibídem–*.

24 *Supra*, nota 9.

25 *Ibídem*.

26 León, E. I., "Por la defensa de los derechos de autor. Sociedades de gestión: la unión hace la fuerza", en *Ámbito Jurídico*, No. 105, 27 de mayo al 9 de junio de 2002, Legis, Bogotá, p. 12.

1.4. Las excepciones al derecho de autor

Cuestión diferente son las denominadas "excepciones del derecho de autor"[27], que obedecen a una clasificación dividida en dos grupos. En primer lugar, pueden ser excepciones que permitan la utilización gratuita de la obra, como sería el caso de la copia personal, prácticas pedagógicas o citas bibliográficas al pie de página. En segundo lugar, podría tratarse de limitaciones preestablecidas a cambio de cierta remuneración, como sería el caso de las licencias obligatorias o legales.

Por otra parte, algunos tratados internacionales[28] regulan de manera directa las excepciones a los derechos de autor. De esa manera, estos derechos pueden limitarse, o hallar excepción, en determinados casos especiales en los que no se atente contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. Algunos autores han llamado a estas condiciones "regla de los tres pasos" o "condiciones acumulativas". Finalmente, la duración del derecho de autor se extiende, como regla general en las diferentes legislaciones[29], durante la

---

[27] Lipzyc, D., *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco, Buenos Aires, 1993, p. 220.

[28] Véanse los artículos 13 del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, 10 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI sobre Derecho de Autor, WCT, y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, WPPT.

[29] "Ahora bien, en el Convenio de Berna se prevé la posibilidad de plazos de protección más largos. Para saber qué plazo de protección se aplica a una obra concreta en un país determinado, conviene remitirse a la legislación de derecho de autor de ese país" –*supra*, nota 22–.

vida del autor más 50 años después de su muerte. En Colombia, la duración se extiende a 80 años. Cuando este periodo de tiempo se ha cumplido, la obra pasa a ser parte del dominio público. Esto significa que cualquier persona puede utilizarla sin necesidad de la autorización del autor. Cualquiera que sea el caso, la paternidad siempre debe respetarse.

Hasta aquí se ha tratado brevemente el tema de los derechos de autor. No obstante, estas facultades no existen por sí solas, ni están separadas del resto de prerrogativas de la propiedad intelectual. Vienen acompañadas de los llamados "derechos afines"[30], que involucran a aquellas personas que contribuyen y asisten a la creación de la obra de un autor[31].

1.5. Derechos conexos

Los derechos de autor no pueden existir sin derechos conexos. Estos últimos son el complemento esencial en el tema de la producción, creación y finalización de una obra. En efecto, estos les confieren la protección a los artistas, intérpretes, productores de grabaciones sonoras y organismos radiodifusores que, en principio, no son propiamente autores[32].

La diferencia entre los derechos de autor y conexos radica en la protección que cada uno ofrece. Mientras que los primeros amparan al autor en sí, los segundos protegen a

---

30 *Supra*, nota 22.

31 Véase Gómez Benítez, J. M., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1998.

32 *Supra*, nota 9.

todas aquellas personas que colaboran con la elaboración de la obra en cualquier etapa del proceso. Estos últimos, como el resto de autores, gozan de derechos patrimoniales y morales para impedir la fijación, radiodifusión y comunicación de sus ejecuciones o interpretaciones, para evitar una omisión infundada de su nombre o la modificación de sus creaciones.

Por su parte, los productores de fonogramas, esto es, las personas que tienen la responsabilidad económica de la primera fijación de sonidos de una ejecución o interpretación, u otros sonidos o representaciones de sonidos, también pueden autorizar o prohibir la reproducción, ejecución y distribución de sus grabaciones por terceros.

A pesar de lo anterior, los derechos conexos sólo son reconocidos en el régimen jurídico del derecho de autor. En el sistema anglosajón, donde se aplica una figura distinta para proteger las creaciones intelectuales, los derechos conexos tienen poca, acaso ninguna, protección especial[33].

Igual fenómeno ocurre con los derechos morales, ya que en países como Estados Unidos, esta protección se basa en consideraciones exclusivamente económicas[34]. La figura

---

[33] STERLING, J.A.L., "Creator's right and the bridge between author's right and copyright", en *ICC*, volúmen 29, No. 3, 1998, pp. 302-308.

[34] Sterling ilustra con claridad las diferencias entre los derechos de autor y el *copyright*: "1. Se dice que el sistema de *copyright* está fundamentado básicamente en consideraciones económicas, mientras que el sistema de derechos de autor está vinculado a un concepto de derecho de la personalidad; 2. En el sistema de *copyright* es posible que el autor sea tanto una persona física como jurídica, mientras que en el ámbito de los derechos de autor se entiende que se trata siempre de una actividad surgida de una persona natural; 3. En el sistema de *copyright* el reconocimiento legal de derechos morales del autor ha tenido un lento desarrollo. En cambio, en el sistema de derechos de autor los derechos

empleada en esos casos, y a la cual ha de prestarse atención para efectos del siguiente apartado, es el *copyright*.

1.6. Introducción al *copyright*

Por *copyright* debe entenderse el conjunto de derechos exclusivos que tiene el autor de una idea materializada. Estas facultades se conciben en los países del sistema anglosajón, donde se presta atención únicamente a los derechos patrimo-

---

morales ocupan una posición preeminente y existe una tradición de alto nivel de protección de tales derechos; 4. La fijación en forma material de la obra es generalmente esencial en el sistema de *copyright*. En el de derechos de autor no es, en cambio, precisa para la protección de la obra; 5. Cuando se trata de obras cinematográficas, en el sistema de *copyright* el propietario inicial del *copyright* puede ser una persona jurídica –por ejemplo, una compañía productora–, pero en el sistema de derechos de autor tienen que ser las personas que han contribuido a la creación de la obra; 6. En el sistema de *copyright* el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*, mientras que en el de derechos de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque pueda éste ser cedido, mediante contrato, al empresario; 7. No es normal en el sistema de *copyright* que los contratos contengan previsiones muy detalladas sobre la publicación, mientras que tales regulaciones pormenorizadas son regla en el sistema de derechos de autor; 8. En cuanto a los derechos conexos a los de autor, en Estados Unidos sólo los trabajos originales de autor se protegen mediante *copyright*. Los derechos conexos gozan de una protección minorada o incluso, a veces, de ninguna en especial. En el sistema de derechos de autor, en cambio, está generalmente clara la distinción entre derechos de autor en las obras de creación y los derechos conexos o vecinos de los ejecutantes, productores de fonogramas, productores televisivos u otros" –*Ibídem*–. También pueden verse en, Xalabarder, R., "Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital", en *Revista d'Internet, Dret i Política*, No. 1, 2005, pp. 2-6, igualmente, "*une ligne claire et continue qui sépare deux blocs, les pays anglo-saxons d'un côté, les pays d'Europe continentale de l'autre*" –Strowel, A., ob. cit. nota 8– http://www.commentcamarche.net/droits/copyright-auteur.php3, consulta realizada el 11 de mayo de 2007, http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=FR&Alias=MAN-AR-02, consulta realizada el 11 de enero de 2007.

niales que recaen sobre una obra. Al igual que en los derechos de autor, esta figura no protege la idea, sino la culminación de la obra en que se ha expresado.

El antecedente más antiguo de esta figura es el Estatuto de la Reina Ana de 1709[35]. Pero su fundamento en una concepción natural y económica del derecho tiene su antecedente en 1769 cuando, en el Reino Unido, el juez Willes cuestionó en el caso Millar *vs.* Taylor: "No es ciertamente conforme a la justicia natural que un extranjero debe cosechar el producto pecuniario beneficioso del trabajo de otro hombre"[36].

John Locke también pensaba: "Cada hombre tiene una propiedad en su persona. A esto nadie tiene ningún derecho sino él mismo. La labor de su cuerpo, y el trabajo de sus manos, podemos decir, son propiamente suyos"[37]. En tan corta frase, se encuentra que la noción de *copyright* está ligada al esfuerzo del autor en la creación de su obra.

También debe aclararse que su regulación varía dependiendo de la legislación en que se materialice la obra. Inglaterra, por ejemplo, trae una excepción en cuanto a los derechos morales, al incluirlos expresamente en su legisla-

---

35 El famoso estatuto traía el esplendoroso título: "*An Act for the encouragement of learning by vesting the copies of printed books in the authors or purchaser of such copies, derring times therein mentioned*", véase FEATHER, J., "The book trade in politics: The making of the Copyright Act of 1710", en *Publishing History*, volúmen 19, No. 8, 1980.

36 Millar *vs.* Taylor, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201.

37 LOCKE, John, *Second treatise on civil government*, v, 25. Prometheus Books, 1986.

ción[38]; en Australia, por el contrario, el *copyright* se circunscribe a tres tipos de derechos distintos, incluyendo el natural de propiedad del autor[39]; en Estados Unidos es automático, toda vez que la idea se haya materializado, además de incluir el derecho natural de propiedad.

En Estados Unidos, la Copyright Act de 1976[40] le concede al autor el derecho exclusivo para hacer y autorizar a otros a hacer lo siguiente[41]:

> a. Reproducir la obra en copias o fonogramas;
> b. Preparar obras derivados basados en la obra;
> c. Distribuir copias o fonogramas de la obra al público vendiéndolas o haciendo otro tipo de transferencias de propiedad tales como alquilar, arrendar o prestar dichas copias;
> d. Presentar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas, películas y otras producciones audiovisuales;
> e. Mostrar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas coreográficas, pantomimas, pictóricas, gráficas y esculturales, incluyendo imágenes

---

38 http://www.intellectual-property.gov.uk/faq/copyright/what.htm, consulta realizada el 29 de diciembre de 2006.

39 Para mayor información, véase McKeough, J. y Stewart A., *Intellectual property in Australia*, Sydney, segunda edición, 1997.

40 17 U.S.C. §§ 101-810.

41 U.S. Copyright Office, *Copyright Office Basics*, Circular 1 –"In addition, certain authors of works of visual art have the rights of attribution and integrity as described in section 106A of the 1976 Copyright Act"–.

> individuales de películas u otras producciones audiovisuales;
> f. En el caso de grabaciones sonoras, interpretar la obra públicamente a través de la transmisión audiodigital.

Por otra parte, una práctica común en este sistema es utilizar el símbolo [42] para indicar que una obra esta protegida por el *copyright*. No obstante, esta notificación, antes implementada en Estados Unidos mediante la Copyright Act, se volvió opcional después de la expedición de la Berne Convention Implementation Act[43] de 1988. Otra formalidad, optativa también, es agregar la proposición *All rights reserved* para ilustrar que cualquier infracción podría conducir a una acción legal.

En el régimen del *copyright*, también se protegen las parodias. En Campbell *vs.* Acuff-Rose Music Inc., la Corte Suprema de Estados Unidos indicó que las imitaciones justificaban el uso sin autorización de una obra original, al tratarse del "uso de algunos de los elementos de una obra anterior para crear una nueva que, por lo menos en parte, comenta el trabajo de ese autor"[44].

Como en el régimen del derecho de autor, el *copyright* también se encuentra limitado en algunos aspectos. Una de esas limitaciones es la dicotomía que existe entre la "idea" y la "expresión de la idea". Por ejemplo, en el caso Ets-Hokin

---

42 Unicode U+00A9.

43 Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853.

44 510 U.S. 569, 1994.

vs. Sky y Spirits Inc., la Corte Suprema estadounidense adujo que si una idea y su expresión se encuentran tan intrínsecamente ligadas que la forma de expresarlas difícilmente se altera, no habrá infracción si terceras personas expresan esa misma idea[45].

Esto es conocido con el nombre de la *merger doctrine*[46] y tiene su fundamento en el principio de que los derechos de autor y el *copyright* protegen la expresión de la idea, pero no la idea en sí. Otra limitación es la doctrina de la "primera venta" –*first-sale doctrine*–, adoptada por la Corte Suprema de ese mismo país en 1908, en el caso Bobbs–Merrill Co. *vs.* Straus[47], y luego codificada en la Copyright Act de 1976.

Según esta última teoría, quien adquiera una obra protegida por *copyright* está facultado para vender una copia de la original, aun sin la aquiescencia del titular. En consecuencia, los derechos se extinguirían en cada venta que se realice de la primera obra original[48]. Así, ante la ausencia de derechos

---

45 Ets-Hokin *vs.* Skyy Spirits Inc., 225 F.3d 1068, 9th Cir. 2000.

46 Véase Baker *vs.* Selden, 101 U.S. 99, 1880, Feist Publications Inc. *vs.* Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 1991, Information Servs. Inc. *vs.* Maclean Hunter Market Reports Inc., 44 F.3d 61, 69, 2nd Cir. 1994, American Dental Association *vs.* Delta Dental Plans Assoc., 126 F.3d 977, 7th Cir. 1997, Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp., 258 F.3d 148, 3rd Cir. 2001, Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp 324 F.3d 190, 197, 3rd Cir. 2003, Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp 390 F.3d 276, 3rd Cir. 2004, ATC Distribution Group Inc. *vs.* Whatever It Takes Transmissions & Parts Inc., 402 F.3d 700, 6th Cir. 2005.

47 Bobbs-Merrill Co. *vs.* Straus, 210 U.S. 339, 350-51, 1908.

48 La teoría ha sido aplicada, en la mayoría de casos, en litigios relacionados con la venta de licencias de usuario final ' por ejemplo, licencias de *software*. Al respecto, véase: Bauer & CIE *vs.* O'Donnell, 229 U.S. 1, 1913, Universal City Studios, Inc. *et ál. vs.* Sony Corporation of America Inc, 464 U.S. 417, 1984, Vault Corp. *vs.* Quaid Software, Ltd., 655 F.Supp. 750, E.D.La. 1987, Step-Saver Data

morales, quien haya adquirido una de estas copias tendría derecho a modificarla, transformarla y sustituirla.

Adicionalmente, la Copyright Act en Estados Unidos también permite el "uso justo" –*fair use*–, de las copias originales, pero únicamente si se verifican los siguientes cuatro factores[49]:

a. El propósito y el carácter del uso, incluyendo si es de naturaleza comercial o es para propósitos educativos no lucrativos;

b. La naturaleza del trabajo protegido por *copyright*;

c. La cantidad y sustancialidad de la porción usada en lo referente al trabajo protegido en su totalidad;

Systems, Inc. *vs.* Wyse Technology, 939 F.2d 91, 3rd Cir. 1991, Novell *vs.* Network Trade Center 25 F. Supp. 2d 1218, C.D. Utah 1997, Quality King Distributors Inc., *vs.* L'anza Research International Inc., 523 U.S. 135, 1998, Novell, Inc. *vs.* CPU Distrib., Inc., 2000 U.S. Dist. Lexis 9975, S.D. Tex. 2000, SoftMan Products Co. *vs.* Adobe Systems Inc. 171 F. Supp. 2d 1075, C.D. Cal. 2001, Davidson & Associates *vs.* Internet Gateway Inc 334 F.Supp.2d 1164, E.D. Mo. 2004, Microsoft Corp *vs.* Zamos, Case: 5:04-cv-02504, Davidson & Associates, Inc. *vs.* Internet Gateway, F.3d., 8th Cir. 2006.

[49] U.S. Copyright Office, *Fair Use*, Fact Sheet, FL 102. Al respecto, véase Macmillan Co. *vs.* King, 223 F. 862, D. Mass 1914, Folsom *vs.* Marsh, 9 F.Cas. 342, 1841, Time Inc. *vs.* Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130, S.D.N.Y. 1968, Harper & Row, Publishers, Inc. *vs.* Nation Enters., 471 U.S. 539, 1985, Harper & Row, Publishers, Inc. *vs.* Nation Enterprises, 105 S.Ct. 2218, 1985, Salinger *vs.* Random House, Inc., 650 F. Supp. 413, S.D.N.Y. 1986, New Era Publications Int'l *vs.* Henry Holt & Co., 695 F. Supp. 1493, S.D.N.Y. 1988, Grand Upright *vs.* Warner, 780 F. Supp. 182, S.D.N.Y. 1991, Art Rogers *vs.* Jeff Koons, 960 F.2d 301, 2nd Cir. 1992, Campbell *vs.* Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 578, 1994, Princeton Univ. Press *vs.* Michigan Document Services, 99 F.3d 1381, 6th Cir. 1999, Kelly *vs.* Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934, CA9 2002, 353 F.3d 792, 9th Cir. 2003, Video Pipeline *vs.* Buena Vista, 342 F.3d 191, 3rd Cir. 2003, Bridgeport Music Inc. *vs.* Dimension Films, 230 F. Supp.2d, M.D. Tenn. 2002, rev'd, 383 F.3d 390, 6th Cir. 2004.

d. El efecto del uso en el mercado potencial para, o el valor del trabajo protegido.

La última limitante del *copyright* es el término de duración. En términos generales, se extiende durante la vida del autor más 50 años, aunque siempre dependiendo de la legislación en que se encuentre materializada la obra[50]. Una vez expirado este periodo de tiempo, la creación pasa a ser de dominio público, al igual que ocurre con el derecho de autor.

Sin embargo, es menester recordar que en Eldred et ál. *vs.* Ashcroft, la Corte Suprema estadounidense aprobó la Sonny Bono Copyright Term Extension Act, una ley expedida por el Congreso de Estados Unidos que extendió el término del *copyright* por unos 20 años más, todo con el único propósito de evitar que Mickey Mouse, el famoso ratón de Walt Disney, no entrara a ser parte del dominio público[51].

El siguiente capítulo tratará la dinámica de las tecnologías P2P que, como ya se anotó en la introducción de estas páginas, ha provocado un cambio fundamental en la naturaleza de los derechos de autor[52].

---

50 *Supra*, nota 9.

51 Eldred *et ál. vs.* Ashcroft, 537 U.S. 186, 2003.

52 *Supra*, nota 1.

2. Tecnología de redes P2P

2.1. Introducción. Antecedentes y origen. El caso Napster

La tecnología P2P se puede definir como una red en forma de espina dorsal, compuesta de nodos que hacen las veces de clientes y servidores de otros nodos. Cuando un cliente entra a este sistema hace una conexión directa a uno de estos últimos, en donde recolecta y almacena toda la información y contenido disponible para compartir.

Se trata entonces de un programa cuya función es la de conectar a los usuarios a través de una red sin servidores que facilita la descarga[53] de música, películas, libros, fotos y *software* entre todos los otros usuarios, de manera gratuita. Estos archivos son compartidos "de computador a computador" por el solo hecho de tener acceso al sistema. De suerte que, en las redes P2P, los autores no encuentran remunera-

---

53 La palabra "descargar" *download* se entiende como "... recibir información, típicamente un archivo, desde otra computadora a través de un módem [...]. El término opuesto es subir *upload*, que significa enviar un archivo a otra computadora" United States *vs.* Mohrbacher. 182 F.3d 1041, 1048, 9th Cir. 1999, citando a WILLIAMS, R., *Jargon, an informal dictionary of computer terms*, 1993, pp. 170 y 171.

ción por su trabajo, ni tampoco se les reconoce el derecho a explotar su obra.

Este apartado tiene como propósito realizar una explicación detallada de la tecnología de redes P2P. Así, el capítulo iniciará con la historia de cómo surgió esta especie de *software*. Por esta razón, se relatará la historia de Napster, el primer programa en emplear esta técnica. Seguidamente, se explicará la estructura, el funcionamiento y la dinámica de las redes de segunda y tercera generación.

Las redes P2P aparecieron en 1999, cuando Shawn Fanning, estudiante retirado de la Northeastern University (Estados Unidos) creó un *software* que permitía compartir música en internet con mayor facilidad[54], al cual denominó Napster. Lo que Fanning no sabía era que con su creación cambiaría la industria de la música para siempre. En efecto, el programa conectaba a los usuarios a través de una arquitectura centralizada, permitiendo la descarga de música, gratis, en archivos mp3[55]. Canciones, *bootlegs*[56], rarezas y

---

54 Taro, K., *Meet the Napster*, en Time Magazine Online, 12 de octubre de 2000, disponible en http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,998068,00.html, consulta realizada el 30 septiembre de 2006.

55 "mp3" es la abreviatura para MPEG-1/2 Layer-3, un formato digital de compresión de archivos de audio optimizado para alta calidad en bajos porcentajes de bits por ejemplo, 128 kbits/s. Al respecto, véase: Brandenburg, K., "MP3 and ACC explained", en *AES 17th International Conference on High Quality Audio Coding*, 1999, p. 3.

56 Cualquier copia ilegal o pirata. Véase Galloway, S. *Bootlegs, an insight into the shady side of music collecting*. en More Music e-Zine, 1999, disponible en www.moremusic.co.uk/links/features/bootleg.htm, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

otras grabaciones recientes de algunos artistas conocidos[57] podían conseguirse a través de un enlace P2P con el servidor central.

Nueve meses después de su estreno, Napster contaba con 10 millones de usuarios. Pasados 18 meses, la abismal cifra de 80 millones de usuarios registrados y la descarga de 10.000 canciones por segundo[58] aterrorizaban a la industria del entretenimiento. En febrero de 2001, Napster se encontraba en la cima más alta de su popularidad[59].

Cuando las empresas discográficas se percataron del peligro que se les aproximaba, ya era demasiado tarde. Napster había logrado fundar una cultura de libre distribución de música entre millones de personas. Naturalmente, los efectos fueron desastrosos para los artistas, productores y las casas disqueras. Si tan solo el uno por ciento de sus usuarios hubiese pagado

---

57 El álbum *Kid A*, de la banda inglesa Radiohead, podía encontrarse en Napster tres meses antes de su lanzamiento inicial. Sin embargo, la exposición del disco tuvo el efecto contrario a los otros artistas, al debutar en la primera semana en el primer puesto en ventas en Estados Unidos, país en donde normalmente las bandas inglesas no tienen mucha acogida. Véase MENTA, R., *Did Napster take radiohead's new album to number 1?,* en MP3 Newswire. 28 de octubre de 2000, disponible en www.mp3newswire.net/stories/2000/radiohead.html, consulta realizada el 3 de abril de 2007, igualmente www.greenplastic.com/band, consulta realizada el 14 de abril de 2007 y www.radiohead.com, consulta realizada el 11 de mayo de 2007.

58 LEANDER K., *Intel says: think like Napster,* en Wired News, 24 de agosto de 2000, disponible en www.wired.com/news/technology/0,1282,38413,00.html, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

59 ComScore.com, "Global Napster usage plummets, but new file-sharing alternatives gaining ground, reports Jupiter Media Metrix earlier today", 20 de julio de 2001, disponible en www.comscore.com/press/release.asp?id=249, consulta realizada el 30 septiembre de 2006. Véase también http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/2234947.stm, consulta realizada el 14 de abril de 2007.

por las descargas realizadas a la fecha, las ganancias hubiesen sido de medio millón de dólares por cada canción[60].

Para enfurecer aún más a la industria musical, Fanning figuraba en todo tipo de revistas, magazines, entrevistas y publicidad, promocionando su *software*. Aunque Madonna, Dr. Dre y Metallica demandaron a Napster, Fanning logró conciliar todos los litigios y escapar al cierre definitivo de la empresa.

Sin embargo, en febrero de 2001 Fanning fue llevado a juicio y perdió. Así, en A&M Records Inc. *vs.* Napster Inc., los demandantes alegaron que el demandado no sólo era responsable de contribuir directamente a la infracción del *copyright contributory infringement*, sino, además, por el hecho de terceros *vicarious liability*, es decir, sus usuarios[61]. Con base en estas teorías, los peticionarios lograron que una Corte de Distrito Federal en Estados Unidos le imputara a Napster una condena preliminar a pagar perjuicios.

La opinión de que Napster había "contribuido a infringir" era semejante a decir que indirectamente había "ayudado e incitado"[62] a cometer tal conducta. Precisamente, este tipo de responsabilidad indirecta, analizado por primera vez en el caso Cable/Home Communication Corp. *vs.* Network

---

60 Ku, R. y Shu, R., "The creative destruction of copyright: Napster and the new economics of digital technology", en *University of Chicago Law Review*, volúmen 69, 2002, p. 263.

61 A&M Records Inc. *vs.* Napster Inc. 239 F.3d 1004, 9th Cir. 2001.

62 Von Lohmann, F., "What peer-to-peer developers need to know about copyright law", en *Electronic Frontier Foundation*, volúmen 4, 2006, disponible en www.eff.org/IP/P2P/p2p_copyright_wp.php, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006. Igualmente, y del mismo autor http://law.com/jsp/article.jsp?id=1122023112436, consulta realizada el 24 de junio de 2007.

Prods., Inc.[63], se configura cuando una persona, "con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa, o contribuye materialmente a la conducta infractora de otro"[64].

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos había fijado un límite para dicha responsabilidad en el caso Sony Corp. *vs.* Universal City Studios, en el que la industria del cine interpuso una demanda contra el Betamax VCR de la empresa Sony, por tratarse de una máquina que grababa programas de televisión y otros videos protegidos por *copyright*[65]. El alto tribunal encontró que no se podía contribuir a la infracción de estos derechos cuando el artefacto electrónico también era capaz de realizar funciones que "no contribuyesen a infringir"[66].

Según la Corte, el Betamax permitía grabar programas televisivos para después verlos en horario distinto, situación que no constituía una infracción. Por consiguiente, Napster se amparó en la "defensa Betamax" *Betamax defens* para argüir que no había contribuido a violar derechos de la industria del entretenimiento, pues su *software* también transfería otros archivos no protegidos, tales como imágenes y canciones personales.

Con todo, la Corte de Distrito encontró que, aunque la defensa era efectiva para excluir su propia responsabilidad, no era suficiente para que escapara a una condena por el hecho

---

63 Cable/Home Communication Corp. *vs.* Network Prods. Inc. 902 F.2d 829, 845, 11th Cir. 1990.

64 *Ibídem*.

65 Sony Corp. *vs.* Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417, 428, 1984).

66 *Ibídem*.

de terceros. En efecto, esta se configura cuando una persona, teniendo interés económico, el deber y la facultad de evitar una conducta infractora, no lo hace[67].

Sin duda alguna, en este caso, los terceros eran los usuarios que a diario descargaban las canciones protegidas bajo el *copyright*. El interés económico eran las descargas y los registros en su servidor, porque entre más usuarios tuviese en el sistema, mayor era la publicidad que podía vender.
A pesar de que la decisión fue recurrida por Napster, en febrero de 2001 la Corte de Apelaciones confirmó la decisión proferida en primera instancia. Adicionalmente, el fallo agregó que la compañía también había "inducido a infringir" el *copyright* al proveer el dominio en internet y el *software* para que la violación tuviera lugar.

Para la Corte, la defensa Betamax no era aplicable a este caso, porque si bien era un programa que realizaba funciones que "no contribuían a infringir", Napster tenía pleno conocimiento de cuál era todo el material distribuido. Así mismo, nunca intentó detener la actividad infractora ni retirar de su servidor los archivos objeto de la violación.

Napster, por su propia cuenta, debió hacer todo lo posible por evitar que la infracción siguiera, después de recibir una carta de la Recording Industry Association of America, RIAA, que contenía una lista de 12.000 archivos afectados con las descargas por parte de sus usuarios. Igualmente, en el proceso se demostró que Napster utilizaba el título de las

---

[67] Zimmerman, E.M., "P2P file sharing: direct and indirect copyright infringement", en *Florida Bar Journal*, volúmen 78, 2004, p. 5.

canciones para promocionar su *software* en su página de internet. Sin embargo, antes de que la Corte dictara sentencia, Fanning declaró a la compañía en bancarrota. Finalmente, la empresa, considerada como escoria por la industria musical, se dio por vencida.

Acto seguido, la RIAA emitió un comunicado de prensa, a través de Cary Sherman, su vicepresidente ejecutivo, anticipando que la decisión contra Napster "pavimentaría el camino para el futuro de toda la música *online*"[68]. No obstante, Sherman no podía estar más equivocado.

El 14 de marzo de 2000, la empresa Nullsoft publicó un artículo que divulgaba el código fuente de Napster en el dominio slashdot.org. Aunque el documento únicamente estuvo expuesto al público por unas cuantas horas, fue suficiente para que fuese revelada toda la información necesaria para desarrollar programas similares a Napster. De esta manera, P2P evolucionó a una segunda generación que procuró no caer en los mismos errores legales.

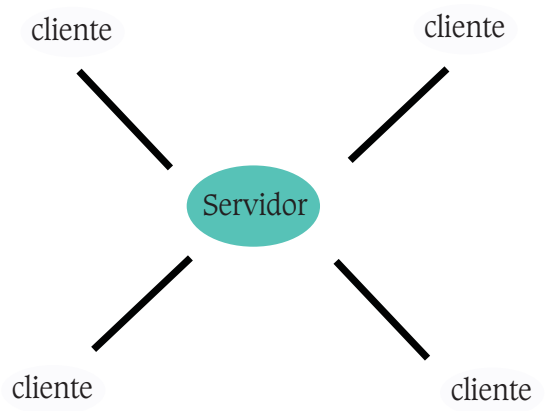
La nueva tecnología también fracasó, pero dio pie a una tercera variación, actualmente utilizada en programas como Aimster, Limewire, Morpheus y KaZaa. Para un mayor entendimiento, se requiere entonces precisar en qué consisten las redes P2P, concepto habitualmente confundido por la complejidad de sus estructuras.

---

68 KING, B. *Napster's file-trading no more,* en Wired News, 27 de julio de 2000, disponible en www.wired.com/news/business/0,1367,37558,00.html, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

2.2. Sistemas centralizados

En sí mismo, Napster era un *software* deficiente[69]. Su principal problema consistía en que los archivos que se encontraban a disposición de los usuarios sólo podían descargarse de un servidor central y heterogéneo[70]. Se trataba de la primera de las generaciones de arquitectura P2P (véase gráfica 1), que consistía en la presencia de uno o más servidores centrales a los cuales accedían los usuarios para descargar los archivos que hacían parte del índice interno del servidor.



Gráfica 1. Estructura de una red P2P centralizada

Al saber la identidad de quién administraba el servidor Napster, a través de Fanning, las empresas discográficas

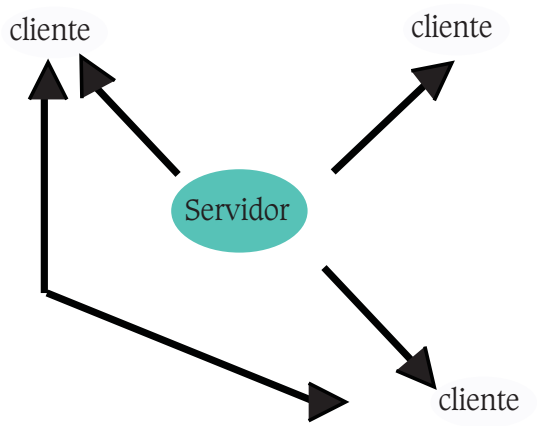
69 Stoica, I., Morris, R., Karger, D., Kaashoek, M. F., y Balakrishnan, H., "Chord: a scalable peer-to-peer lookup service for internet applications, en *Proceedings of the ACM SIGCOMM 2001 Conference SIGCOMM-01*, 2001, pp. 149-160.

70 Dabek, F., Brunskill, E., Kaashoek, M. F., Karger, D., Morris, R., Stoica I., y Balakrishnan, H., "Building peer-to-peer systems with Chord, a distributed lookup service", en *Proceedings of the Eighth IEEE Workshop on Hot Topics in Operating Systems, HotOS-VIII*, 2001, pp. 81-86.

podían conocer a quién llevar a juicio. Fue así como surgió la segunda generación de la tecnología P2P, la cual se desarrolló con una estructura enteramente descentralizada.

2.3. Sistemas descentralizados

En este tipo de programas, los usuarios se encuentran conectados de manera distribuida. De ahí el nombre *peer-to-peer* -usuario-a-usuario (véase gráfica 2). Sin la figura de un servidor único o de un administrador no habría a quién demandar la trasgresión de los derechos de autor.

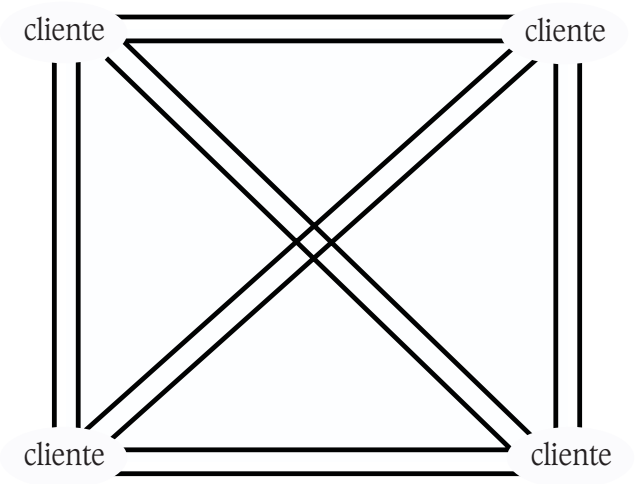


Gráfica 2. Estructura de una red P2P descentralizada

No obstante, esta arquitectura causaba gran tráfico entre los usuarios, así como una pésima velocidad en la conexión. Incluso, las descargas tomaban mucho tiempo, lo cual hacía tedioso el manejo del protocolo en el sistema. Por esto, surgió una tercera generación de usuarios de redes P2P.

Se puede afirmar que esta tecnología es un híbrido entre el antiguo y el nuevo sistema descentralizado. De ahí que comúnmente se defina al P2P como "una clase de *software* susceptible de aprovechar los recursos, almacenaje, ciclos, contenido y presencia de humanos disponible al borde de internet"[71]. Su arquitectura despliega una red en forma de espina dorsal compuesta de supernodos *supernodes* o *ultrapeers*, puntos de conexión para transmisión de datos extremadamente veloces, que hacen las veces de servidores centrales del índice al cual están conectados los usuarios.

Cuando un cliente entra a la red, hace una conexión directa a uno de estos supernodos, en donde se recolecta y almacena la información y el contenido disponible para compartir (véase gráfica 3).



Gráfica 3. Estructura de una red P2P de tercera generación

71 Shirky, C., *What is P2P... and what isn't?*, en OpenP2P.com, 2000, disponible en http://openp2p.com/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

Es así como la actual tecnología P2P se basa en reunir las computadoras y el ancho de banda[72] de quienes estén conectados a determinada red, para eliminar la distinción entre servidores y clientes[73].

Los sistemas P2P son sistemas distribuidos que consisten en nodos interconectados capaces de autoorganizarse en topologías de red con el propósito de compartir recursos tales como contenido, ciclos de la CPU, almacenaje y anchura de banda, capaces de adaptarse a las faltas y de acomodar las poblaciones transitorias de nodos mientras que mantienen conectividad y funcionamiento aceptables sin requerir la mediación o ayuda de un servidor o de una autoridad centralizada global[74].

De la definición anterior se desprende que el diseño actual del P2P requiere de total independencia de servidores

---

72 El término "ancho de banda" debe entenderse como: "La cantidad de información que se puede enviar a través de una conexión. Se mide normalmente en 'bps'. Una página completa de texto tiene aproximadamente 16.000 bits. Un módem actual puede enviar o recibir alrededor de 56.000 bits en cada segundo" http://pisuerga.inf.ubu.es/lsi/Docencia/TFC/ITIG/icruzadn/Memoria/Glosario.htm, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

73 First Author* @ Firstauthor.org. *P2P Networking 4 Science*, 2006, disponible en www.firstauthor.org/Downloads/P2P.pdf, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006. Así mismo, véase: www.indypeer.org/doc/p2p_networks.php, consulta realizada el 24 de junio de 2007, y www.ezinearticles.com/?How-Peer-to-Peer-(P2P)-Works&id=60126, consulta realizada el 31 de enero de 2007.

74 Androutsellis-Theotokis, S. y Spinellis, D., "A survey of peer-to-peer content distribution technologies", en *ACM Computing Surveys*, volúmen 36, No. 4, 2004, pp. 335-371.

centrales[75], aunque siempre necesitan redes de recubrimiento con los supernodos[76]. Según Schoder, son tres las características que facilitan comprender el funcionamiento de las redes P2P de tercera generación:

a. Compartir recursos y servicios distribuidos: en las redes P2P, cada nodo puede proporcionar la funcionalidad de cliente y servidor, es decir, actuar como abastecedor y consumidor de servicios o recursos, como por ejemplo información, archivos, ancho de banda, ciclos de almacenaje y de procesador. De vez en cuando, a estos nodos de red se les refiere como *servents*, término derivado de los términos cliente y servidor.

b. Descentralización: no hay una autoridad central coordinadora para la organización de la red aspecto de la instalación o el uso de recursos y comunicación entre usuarios en red aspecto de la secuencia. Esto se aplica particularmente al hecho de que ningún nodo tiene control central sobre el otro. Así, la comunicación entre los usuarios se da directamente.

c. Autonomía: cada nodo en redes P2P puede autodeterminar cuándo y en qué medida pone sus recursos a disposición de otras entidades[77].

---

75 Foster, I. e Iamnitch, A., "On death, taxes, and the convergence of peer-to-peer and grid computing", en *2nd International Workshop on Peer-to-Peer Systems, IPTPS'03*, 2003, p. 1.

76 Véase Thompson, M., Johnston, W., Mudumbai, S., Hoo, G., Jackson, K. y Essiari, A. "Certificate-based access control for widely distributed resources", en *8th Usenix Security Symposium*, 1999.

77 Schoder, D., Fischbach, K. y Schmitt, C., *Core concepts in peer-to-peer networking. Peer-to-peer computing: the evolution of a disruptive technology*. Idea Group Publishing, 2005, pp. 2 y 3.

Todas estas características son aprovechadas por Soulseek, LimeWire, KaZaa, Morpheus y otros *software* parecidos. Incluso, algunos programas como Ares y UTorrent han introducido un mejoramiento a estas particularidades, gracias a las denominadas "descargas bidireccionales" de archivos ilegales.

Esta nueva modalidad consiste en la posibilidad de realizar descargas directas *downloads* múltiples y simultáneas de un archivo o una sola porción del mismo. Esto mejora la tecnología actual, pues la mayoría de programas que actualmente emplean P2P requiere descargar el archivo completo antes de acceder al mismo. El anterior sistema obedece al concepto de superdistribución[78], que significa la múltiple distribución del mismo archivo de audio o video a muchas personas, al mismo tiempo. No obstante, hay que anotar que esta manera de compartir archivos difiere de manera sustancial del concepto general del P2P, precisamente, porque estas redes implican distribución gratuita entre usuarios, mientras que la superdistribución puede envolver transacciones onerosas[79].

---

78 Véase Cox, B. *Superdistribution: objects as property on the electronic frontier*. Addison-Wesley, Nueva York, 1995.

79 Einhorn, M. y Rosenblatt, B., *Peer-to-peer networking and digital rights management: how market tools can solve copyright problems*. CATO Institute, disponible en www.ciaonet.org/wps/ei-m01/eim01.pdf, p. 16, consulta realizada el 5 de enero de 2007.

2.4. P4P[80]

Proactive Network Provider Participation for P2P, P4P, es una nueva tecnología que proporcionaría una mejora significativa en las descargas P2P y descongestionaría el tráfico de datos en la web. En ella, los usuarios se seleccionan de manera inteligente, a través de un protocolo que utiliza datos de topología de red para maximizar la eficacia de información enviada por los proveedores del servicio de internet a las conexiones P2P. Recientes análisis demostraron que P4P incrementa entre un 200 y un 600 por ciento la velocidad de archivos descargados entre usuarios P2P y ofrece un mecanismo para minimizar costos y reducir el ancho de banda utilizado por los usuarios.

De esta manera, podría afirmarse que la P4P funcionaría en el futuro como una especie de cuarta generación de las tecnologías a base de *peers*. Las últimas estadísticas de la compañía CacheLogic, en el año 2006, señalan que el 70 por ciento de los recursos que ocupan la web provienen de las descargas realizadas en los sistemas P2P. Pero con la llegada de P4P, las redes P2P optimizarían el tráfico de cada usuario de la red, reduciendo el número de conexiones y transferencias utilizadas para compartir datos.

---

[80] Este apartado es producto del artículo León, E. I. y Varela Pezzano, E. "Las tecnologías P2P y la protección del derecho de autor: un debate sin fin", en *Mercado de Dinero*, No. 18, agosto de 2008, pp. 22 y 23.

Una de las implicaciones que aún no ha sido considerada es si P4P se extenderá a todo el tráfico de redes P2P o sólo a contenidos aprobados por los proveedores del servicio de internet. La compañía Verizon ha rechazado públicamente la descarga de archivos ilegales a través de programas P2P y ha señalado que la infraestructura de su tecnología únicamente está encaminada a funcionar en servicios comerciales legales.

Sin embargo, habrá que estar atento al desarrollo de esta tecnología una vez que entre en funcionamiento. Las ventajas que hoy ofrece para los usuarios P2P y que se traducen en las llamativas velocidades de descarga de archivos y de información, ilegales o no, ciertamente abrirán los ojos de los piratas digitales en la web.

A manera de recapitulación, y como último punto de este apartado, P2P resulta ser la herramienta más utilizada en la actualidad para distribuir copias de obras protegidas por derecho de autor o *copyright*. Lo que es más importante, el *software* que emplea esta tecnología está disponible para todas las personas que tienen acceso a internet, permitiendo así una clara y evidente violación masiva de estos derechos.

En el siguiente capítulo se analizará el conflicto que surge entre del derecho de autor y el P2P. Para tal efecto, se realizará un conciso relato de las decisiones jurisprudenciales más importantes relacionadas con el tema discutido.

3. La infracción al derecho de autor y al *copyright*

3.1. Introducción. Estadísticas sobre P2P

A continuación se analizará el conflicto que surge entre del derecho de autor y el P2P, a través del estudio de las decisiones jurisprudenciales más importantes relacionadas con el tema objeto de este ensayo. Así, se presentarán los aspectos más importantes que fueron tenidos en cuenta en las sentencias proferidas en contra de Aimster, Grokster y Sharman Licence Holding KaZaa, empresas que fueron obligadas a pagar cuantiosas indemnizaciones por desarrollar este tipo de tecnología y permitir que se configuraran infracciones a obras musicales y audiovisuales protegidas. Además, se hará referencia a los casos más relevantes que han iniciado las organizaciones dedicadas a la protección de derechos de autor en contra de los usuarios P2P.

Sin embargo, y antes de desarrollar las premisas enunciadas, es importante recalcar las razones por las cuales esta tecnología ha sido objeto de persecución por parte de las autoridades judiciales en el mundo. Como se mencionó, el fenómeno P2P inició con Napster y poco a poco se fue perfeccionando. En 2002, un estudio reveló que el 10,1 por ciento de adolescentes entre los 12 y 17 años prefería des-

cargar música de internet a comprarla en las discotiendas[81]. Igualmente, se encontró que el 53 por ciento de jóvenes en ese mismo rango de edad había copiado la música de sus amigos en vez de comprar sus copias personales.

En 2003, se conoció que más de 60 millones de personas mayores de 12 años utilizaban P2P[82] para descargar música de manera gratuita en Estados Unidos. Un año después, en el mundo entero se registró más de un billón de descargas semanales[83]. En España, por ejemplo, se compartieron 270 millones de archivos ilegales de música y de películas en internet. En 2006, la cifra aumentó a 550 millones[84].

Argentina es el país que tiene un mayor número de descargas ilegales en Latinoamérica. Durante 2006, se descargaron 608 millones y medio de canciones desde internet, a través de programas que permiten el intercambio de archivos musicales y visuales no autorizados. Si se compara la cifra con la de 2005 412 millones, el incremento es relativamente significativo. Adicionalmente, una encuesta realizada ese mismo

---

81 Sobre estas estadísticas, véase Edisonresearch.com, *The national record buyers study II*, disponible en www.edisonresearch.com/home/archives/Recordbuyers2.pdf, consulta realizada el 8 de enero de 2007.

82 Ipsos-Reid.com, *Americans continue to embrace potential of digital music*, 5 de diciembre de 2002, en *Tempo: Researching the Digital Landscape*, disponible en www.ipsosna.com/dsp_tempo.cfm, consulta realizada el 8 de enero de 2007.

83 Oberholzer, F. y Strumpf, K., *The effect of file sharing on record sales. An empirical analysis*, 2005, disponible en www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_June2005_final.pdf, consulta realizada el 8 de enero de 2007.

84 ABC.es. *Las descargas ilegales de música aumentan un 10% este año en España*, 20 de diciembre de 2006, disponible en www.alfa-redi.org/noticia.shtml?x=8026, consulta realizada el 17 de abril de 2007.

año reveló que el 44 por ciento de los encuestados reconoció que bajar canciones gratis de internet infringe la legislación vigente[85].

Para 2009 podría calcularse que una cuarta parte de los usuarios de internet en el planeta utilizará las redes P2P. No obstante, aunque se considere que esto ha generado un manifiesto detrimento económico en los autores de las obras infringidas, se ha demostrado que, desde el surgimiento de estos programas, los ingresos recaudados por la industria del entretenimiento no han variado de manera significativa[86].

Al analizar el peligro en que se encuentra la industria con la proliferación del uso de las redes P2P y las pérdidas que éstas generan, los representantes de artistas y las organizaciones que licencian las obras que luego son compartidas a través de estos programas decidieron de00mandar a las empresas que desarrollan este tipo de *software*[87]. De esta manera, los casos más publicitados han sido: Aimster, Grokster y KaZaa.

---

85 Infobae.com, *Grave: avanza la piratería musical por internet*, 22 de diciembre de 2006, disponible en www.alfa-redi.com/noticia.shtml?x=8062, consulta realizada el 19 de abril de 2007.

86 Véase O'Brien, T., "King Kong vs. The pirates of the multiplex2, en *The New York Times*, 28 de agosto de 2005 y Sarmiento, A., "¿P2P: derecho o delito?" en *Revista Comunicaciones: Redes de Intercambio de Información*, agosto-septiembre, 2004, p. 11.

87 Es el caso de la RIAA y de la Motion Picture Association of America, MPAA. Para mayor información sobre estas entidades véanse: www.riaa.com y www.mpaa.org.

3.2. Aimster

En este caso, los demandantes invocaron el mismo sustento jurídico que en el asunto Napster, al alegar que los inventores de este *software* "contribuyeron a infringir" obras protegidas por *copyright*. Además, se les acusó de ser responsables por la "actividad infractora de sus usuarios". Como estaba previsto, los creadores de Aimster se acogieron a la "defensa Betamax". Sin embargo, la Corte de Distrito estadounidense negó este argumento concediendo una condena preliminar. En junio de 2003, la Corte del Séptimo Circuito de Apelaciones confirmó la primera sentencia. Paralelo a lo ocurrido en el caso de Napster, Aimster se vio constreñida a declararse en bancarrota antes de que la sentencia se hiciera efectiva[88].

El argumento esgrimido por la corporación se limitó a manifestar que la "defensa Betamax" no era procedente. Esto, precisamente, porque Aimster no presentó evidencia de que el *software* también servía para otras funciones que no contribuían a infringir el *copyright*. Sin este requisito esencial, la defensa de la empresa no podía ser aceptada.

Igualmente, quedó demostrado que los creadores de este programa tenían pleno conocimiento de la infracción que se estaba presentando, pues el *software* venía acompañado de unas "tutorías" que explicaban cómo descargar música y otros archivos. Incluso, dentro de su interfase, había una opción que anunciaba las 40 canciones más famosas, compartidas entre los usuarios.

---

[88] ZIMMERMAN, E.M., ob. cit., p. 8.

Por otra parte, la Corte encontró que la renuencia de Aimster en suspender las descargas era una "ceguera voluntaria" *willful blindness*[89] que patrocinaba la violación al *copyright* y a sus derechos económicos.

3.3. Grokster

También resuelto en Estados Unidos, este caso envolvió inicialmente a tres demandados: KaZaa, Morpheus y Grokster[90]. No obstante, una Corte de Distrito de California aclaró que ni los creadores de Morpheus, ni los dueños de Grokster eran responsables de infringir el *copyright*. Para la corporación, el *software* utilizado por estos programas de libre intercambio cumplía funciones que, en principio, no contribuían a infringir obras protegidas, pues también transferían archivos de carácter personal entre los usuarios, tales como fotos y videos de carácter personal.

En igual sentido, la corporación concluyó que, si bien los creadores de Morpheus y Grokster tenían pleno conocimiento de la infracción perpetrada por algunos de sus usuarios, este no era diferente al conocimiento que tenía Sony respecto de quiénes copiaban ilegalmente con el Betamax o a la ignorancia de Xerox respecto de quiénes usaban las fotocopiadoras para hacer copias ilegales. Como estos eran los requisitos imprescindibles para que pudiera admitirse la defensa Betamax, la Corte decidió absolver a los demandados de los cargos invocados en su contra. El factor determinante

---

89 Al respecto, véase Casella *vs.* Morris. 820 F. 2d 362, 365, 11th Cir. 1987.

90 Zimmerman, E.M., ob. cit., p. 9.

fue la estructura descentralizada que empleaban los programas P2P. El raciocinio del juez se basó en que Morpheus y Grokster no podían controlar las acciones de sus usuarios después de descargado el *software* de su dominio o página web en internet.

Esto resulta semejante a concluir que ni Sony ni Xerox tienen forma de controlar lo que se haga con sus artefactos electrónicos después de vendidos. Así, ni Morpheus ni Grokster eran responsables por la infracción al *copyright*. Los hechos de terceros sus usuarios no les eran imputables. Esta decisión constituyó la victoria más grande, hasta la fecha, para los creadores y usuarios del P2P. Esta sentencia pudo valer, en efecto, como un significativo precedente para futuras controversias.

Sin embargo, la gloria no duraría mucho tiempo. En 2005, el caso fue revisado por la Corte Suprema de Estados Unidos, quien revocó la sentencia de primera instancia[91]. Su decisión se fundamentó en que Grokster, KaZaa y Morpheus "indujeron" a los usuarios a infringir el *copyright* a través de programas ilegales *inducement theory*.

Esta providencia resultó tener gran impacto en el tema de redes P2P, puesto que la corporación explicó, en definitiva y en decisión unánime, el sentido y el alcance de la "defensa Betamax". De esta manera, se estableció la teoría según la cual quien inventaba un artefacto electrónico no salvaba su responsabilidad cuando éste era utilizado "casi que

---

[91] Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. *vs.* Grokster. 125 S. Ct. 2764, 2005.

exclusivamente" para perpetrar y realizar actos de infracción al *copyright*.

Adicionalmente, la Corte señaló la importancia de que en este tipo de casos se tenga en cuenta la intención del inventor del artefacto, para así determinar la aplicación de la "defensa Betamax". Previendo una futura quiebra, en noviembre de 2005 Grokster concilió el litigio con la industria musical y los estudios de cine[92].

3.4. KaZaa

A pesar de que KaZaa fue absuelta en el caso Grokster, en septiembre de 2005 la Corte Federal de Australia profirió otra sentencia, esta vez condenatoria, en contra de los creadores del programa. En Universal Music Australia Pty. Ltd. *vs.* Sharman License Holdings Ltd., el alto tribunal australiano afirmó que, si bien Sharman, empresa creadora de KaZaa, no era culpable en sí misma de infringir el *copyright*, había "autorizado" a sus usuarios para que, de forma gratuita, compartieran y distribuyeran archivos de música y video amparados en la propiedad intelectual[93].

Con el propósito de detener la infracción que tenía lugar y dentro de los dos meses siguientes al fallo, se le ordenó a la empresa que modificara la manera como funcionaba el

---

92 IFPI.org, *KaZaa settles with record industry and goes legitimate*, 2006, disponible en www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006-pr.pdf, consulta realizada el 20 de enero de 2007.

93 Universal Music Australia Pty. Ltd. *vs.* Sharman License Holdings Ltd. [*KaZaa*] [2005] FCA 1242.

software. Sin embargo, el 5 de diciembre de 2005 expiró el plazo otorgado, por lo que se le conminó a suspender las descargas permitidas a sus usuarios[94]. Quienes pretendían ingresar al sistema de KaZaa, en Australia, recibían el siguiente mensaje: "*Important notice: the download of the Kazaa Media Desktop by users in Australia is not permitted*"[95].

En ese sentido, podría pensarse que la industria musical había conseguido lo que se había propuesto: obstaculizar el acceso a todos los programas P2P. Pero no fue así. En 2003, en Holanda, los creadores de KaZaa fueron absueltos de toda responsabilidad[96]. Al enterarse de esa decisión, los programadores de las redes P2P pensaron que elaborar *software* con esta tecnología era perfectamente legal. Esto trajo como consecuencia el hecho de que, antes de la sentencia contra Sharman y después de que KaZaa fuese absuelto en Europa, otros programas fueran desarrollados y puestos a disposición del público en internet. Aplicaciones como Ares, Limewire[97], BitTorrent, KaZaa Lite versión alternativa al KaZaa original que mejora los aspectos de seguridad y otros programas

---

94 RIMMER, M. "Hail to the thief: a tribute to Kazaa", en *University of Ottawa Law & Technology Journal*, volúmen 2, 2005, pp. 173-218.

95 "Aviso importante: la descarga de KaZaa Media Desktop por usuarios en Australia no se permite".

96 Kazaa/Buma-Sterma, Hoge Raad der Nederlanden [HR] [Corte Suprema de Holanda], 19 de diciembre de 2003.

97 Limewire también fue demandada por la RIAA, bajo el argumento de haber obtenido beneficios económicos con las descargas de sus usuarios. Simultáneamente, Limewire contrademandó a la RIAA alegando competencia desleal. Véase http://info.riaalawsuits.us/documents.htm, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

similares aparecieron deslumbrando una tecnología P2P mejorada.

De esta manera, las empresas de la industria del entretenimiento tuvieron que reclamar sus derechos ante los mismos usuarios. Demandar a estas personas por utilizar las redes P2P resultó ser una solución desesperada para lograr, finalmente, que alguien las indemnizara por las pérdidas sufridas.

3.5. Responsabilidad de los usuarios P2P

Como quedó señalado en el apartado anterior, después de dirigir sus reclamos en contra de las compañías creadoras de *software* que permite realizar descargas no autorizadas de obras protegidas, las compañías disqueras, las asociaciones de derechos de autor y los propios artistas e intérpretes decidieron encauzar sus esfuerzos en contra de los propios usuarios. Incluso, algunos de estos demandaron a las empresas P2P.

3.5.1. Brianna LaHara

El 8 de septiembre de 2003, la RIAA decidió demandar a Brianna LaHara, una niña de 12 años de edad que vivía en Nueva York. La pequeña había declarado que "descargar mú-

sica estaba bien", pues su mamá había adquirido en internet la versión plus de KaZaa por 29.95 dólares[98].

Aunque equivocada, y pensando en que actuaba correctamente, Brianna descargó y compartió más de 1.000 canciones a través del servicio prestado por KaZaa[99]. En lo que parecía un acto despreciable por parte de la RIAA, la madre de la niña tuvo que conciliar el litigio pagando una indemnización de 2.000 dólares dos por cada canción descargada y compartida a la industria musical[100].

3.5.2. La primera condena a prisión

Chan Nai-Ming, de 38 años, se convirtió en la primera persona en el mundo en ser arrestada y enviada a la cárcel por distribuir películas en una red P2P. En enero de 2005, Chan fue detenido en Hong Kong por subir tres películas al servidor de BitTorrent, uno de los nuevos programas de redes

---

98 MOOK, N., *RIAA sues 261, including 12-year-old girl*, 9 de septiembre de 2003, disponible en www.betanews.com/article/1063159635, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

99 Al respecto véanse CNN.com, *12-year-old settles music swap lawsuit*, febrero de 2004, disponible en www.cnn.com/2003/TECH/internet/09/09/music.swap.settlement, consulta realizada el 3 de febrero de 2007, http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/3096340.stm, consulta realizada el 11 de febrero de 2007 y www.foxnews.com/story/0,2933,96797,00.html, consulta realizada el 12 de mayo de 2007.

100 BORLAND, J. *RIAA settles with 12-year-old girl*, 9 de septiembre de 2003, disponible en http://news.com.com/RIAA+settles+with+12-year-old+girl/2100-1027_3-5073717.html, consulta realizada el 3 de diciembre de 2007.

P2P, sin tener una licencia que se lo permitiera[101]. En abril del mismo año empezó a cumplir una sentencia de tres meses de prisión[102].

En enero de 2006, la misma corte que lo condenó les ordenó a cuatro proveedores de servicio de internet entregar los nombres de 22 personas, identificadas a través de sus direcciones IP, para que respondieran a los cargos correspondientes por compartir música de forma ilegal[103].

3.5.3. Smittenedkitten

En 2005, la RIAA demandó a Gertrude Walton, una anciana de 83 años de edad, por compartir más de 700 canciones de rock, pop y rap bajo el alias de *smittenedkitten*[104]. Sin embargo, la demandada ya había muerto en diciembre de 2004. Situaciones como estas no eran novedad, pues, en 2003, se demandó por los mismos cargos a Sarah Seabury Ward, de

---

101 "2006 Special 301: Hong Kong", en *International Intellectual Property Alliance*, 13 de febrero de 2006, p. 459.

102 HKSAR *vs.* Chan Nai Ming [2005] 1469 HKCU1. Véase *Hong Kong man jailed three months in piracy case*, disponible en www.mybroadband.co.za/nephp/?m=show&id=1133, consulta realizada el 22 de enero de 2007. Así mismo, www.sidley.com/db30/cgibin/pubs/InContention_APR06%20(2).pdf, consulta realizada el 24 de julio de 2007.

103 Cinepoly Records *vs.* Hong Kong Broadband Network [2006] 191 HKCU1. Igualmente, véase Min, L. *Hong Kong court orders internet providers to reveal 22 people who uploaded music*, en Associated Press Newswires, 26 de enero de 2006.

104 Mook, N., *RIAA sues dead grandmother*, 4 de febrero de 2005, disponible en www.betanews.com/article/RIAA_Sues_Deceased_Grandmother/1107532260, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

66 años[105]; aunque la señora estaba viva al momento de la demanda, la RIAA tuvo que retirar su actuación y ofrecer disculpas cuando se enteró de que la anciana era una simple escultora que no sabía manejar un computador.

Para evitar estos episodios, algo bochornosos, la RIAA resolvió entonces adoptar la política de enviar cartas de aviso, antes de demandar insulsamente a todas las personas que supuestamente estuvieran o se encontraran implicadas en actos de violación al derecho de autor o al *copyright* en las redes P2P[106].

3.5.4. Torrents

Grant Stanley, de 23 años, fue el primer usuario condenado a prisión en Estados Unidos por el uso de las redes P2P en internet. El tribunal del Estado de Virginia lo sentenció a cinco meses de cárcel y a pagar una multa de 3.000 dólares por distribuir contenido protegido, como música y películas, en el *software* llamado BitTorrent[107].

El fallo tuvo su origen en un operativo iniciado en 2005, en el que la Federal Bureau of Investigation, FBI, par-

---

105 GAITHER, C., "Recording industry withdraws suit", en *The Boston Globe*, 24 de septiembre de 2003.

106 BANGEMAN, E. *I sue dead people*..., 4 de febrero de 2005, disponible en http://arstechnica.com/news.ars/post/20050204-4587.html, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

107 P2P.net, *EliteTorrents admin jailed*, disponible en http://p2pnet.net/story/10241, consulta realizada el 20 de abril de 2007.

ticipó para cerrar el dominio Elite Torrents en internet[108]. Esta página web les facilitaba a sus más de 133.000 usuarios registrados acceder a la descarga de archivos protegidos bajo *copyright*[109].

3.5.5. Inter alia en Noruega

En 2004, se presentó un caso particular en el Reino de Noruega[110], donde se juzgó a Frank Allan Bruvik por incitar, *inter alia*, a cometer actos ilegales de piratería a través de su sitio Napster.no. Lo curioso del litigio era que, aunque Bruvik no compartía ni un solo archivo, fue condenado a pagar 15.900 dólares por los enlaces que administraba a otros servidores y que contenían las canciones descargadas por sus usuarios. Según la corte, los vínculos permitían el acceso a copias ilegales que, en ese preciso momento, estaban protegidas por derechos de autor.

---

[108] Los nombres de dominio pueden ser de primer nivel o de nivel superior: *top-level domains generics*gTDLs

y *country-code top-level domains* o de código de país ccTLDs. En la actualidad, existen 14 gTDLs .com; .net; .org; .edu; .gov; .mil; .int; .aero; .biz; .coop; .info; .museum; .name y .pro y cerca de 250 ccTLDs.es; .eu; .mx; .co; .ve; .br; .au; .it, etc. Al respecto, véase: VARELA, E., ob. cit. p. 107. Así mismo, para una explicación detallada de los nombres de dominio: www.iso.ch/iso/en/aboutiso/introduction/whatisISO.html, consulta realizada el 15 de junio de 1999.

[109] Elpais.com.co, *Primera condena en EE. UU. por distribuir contenidos protegidos a través de BitTorrent*, disponible en www.alfa-redi.org/noticia.shtml?x=7723, consulta realizada el 19 de abril de 2007.

[110] Corte Judicial de Oslo, Toslo 2004-94328. 27 de mayo de 2004.

Igualmente, se denunció que, aunque Bruvik facilitaba compartir copias ilegales de canciones en otros países Italia y Estados Unidos, la infracción ocurrió en el territorio nórdico, lugar donde se aplicaban las leyes noruegas que castigaban esa conducta. Por esta razón, el defendido solamente podía ser sancionado en ese país.

3.5.6. La IFPI y los 8.000 ladrones

En 2006, la International Federation for the Phonograph Industry, IFPI, demandó a 8.000 usuarios de redes P2P que se encontraban localizados en 17 países: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Hong Kong, Irlanda, Islandia, Italia, México, Polonia, Portugal, Singapur y Suiza[111]. Sin embargo, el caso más alarmante fue el de Brasil, donde se registraron más de un billón de descargas ilegales tan solo en 2006.

Según la IFPI, las personas implicadas eran usuarios de programas y otras redes como BitTorrent, eDonkey, DirectConnect, Gnutella, Limewire, SoulSeek y WinMX. Estas aplicaciones se estructuran con redes descentralizadas de tercera generación, indicando así que éstas se encuentran controladas a través de acciones judiciales, tal como sucedió con la primera y segunda versión del P2P.

---

[111] MOOK, N., *IFPI sues 8.000 P2P file swappers*, 17 de octubre de 2006, disponible en www.betanews.com/article/IFPI_Sues_8000_P2P_File_Swappers/1161101823, consulta realizada el 22 de febrero de 2007. Véase www.itweek.co.uk/vnunet/news/2125172/bpi-sits-sidelines-p2p-lawsuits-fly, consulta realizada el 11 de mayo de 2007.

Igualmente, la IFPI había trabajado previamente y en conjunto con la RIAA en Estados Unidos, ganando 13.000 demandas en Europa, para un recaudo total de 2.420 euros de lo que originalmente se había perdido con las descargas ilegales en internet[112].

3.5.7. Lewan vs. Sharman

En diciembre de 2006, Catherine Lewan, quien fue condenada al pago de perjuicios por descargar contenido protegido bajo el *copyright* a través de KaZaa, decidió demandar a los creadores Sharman Licence por vender y promocionar su programa bajo la promesa de permitir descargas gratuitas[113].

Según la demandante, la instalación de KaZaa creaba una carpeta que permitía compartir archivos ilegales con otros usuarios del *software*. Lo peculiar del asunto es que a la persona que instalaba el programa en su computador no se le avisaba de la existencia de la misma, impidiendo así la posibilidad de conocer la infracción que tenía lugar. Al mismo tiempo, Lewan indicó que la instalación de KaZaa incluía un sistema *spyware*[114] que hacía que esa carpeta se siguiera compartiendo, incluso después de que el usuario

---

112 Véase www.ifpi.org, consulta realizada el 4 de febrero de 2007.

113 Lewan *vs.* Sharman, U.S. Dist. Ct., N.D. Ill 06-cv-6736.

114 Por *spyware* se debe entender todo tipo de "… programas *freeware* que incluyen un pequeño programa o código que logran subir a una página web o correo electrónico determinado datos del usuario sin el conocimiento ni el consentimiento del mismo" –disponible en: http://webs.ono.com, consulta realizada el 22 de abril de 2007–.

desinstalaba el programa de su computador. El caso aún no ha sido resuelto.

3.5.8. "Se puede ser juez e imbécil"

"Se puede ser juez e imbécil; no es incompatible una cosa con la otra" fueron las duras palabras de Carlos López, presidente de Sony BMG España, cuando se refirió a Paz Aldecoa, jueza Penal número 3 de Santander (España)[115]. Su fuerte comentario se produjo al referirse al fallo de la funcionaria en el que absolvió a un usuario acusado de bajar y compartir más de 7.000 álbumes de música en internet.

En su decisión, la jueza indicó que las descargas a través de programas P2P eran legales en España, siempre que no existiera un ánimo de lucro por parte de quien las realizaba[116]. En ese sentido, la absolución se fundamentó en que el acusado "ofrecía o cambiaba" su música a otros usuarios en internet, pero sin **mediar precio por ello.**

Es natural que la decisión de Aldecoa haya sido objeto de repudio por parte del presidente de Sony BMG, pues los datos de la Dirección General de Policía de España revelaron que

---

115 20Minutos.es, *El presidente de Sony BMG a la juez que dictó sentencia absolutoria en un caso de P2P: se puede ser juez e imbécil*, 15 de diciembre de 2006, disponible en www.20minutos.es/noticia/182759/0/p2p/juez/absolucion, consulta realizada el 22 de abril de 2007.

116 20Minutos.es, *Una juez dice en una sentencia que las descargas de música con P2P son legales si no tienen ánimo de lucro*, 1º de noviembre de 2006, disponible en www.20minutos.es/noticia/16-799-9/0/internet/sentencia/p2p, consulta realizada el 22 de abril de 2007.

> ... la copia de productos musicales **destruyó 1.200 empleos directos** y provocó una caída en las ventas en el año 2003 que rondaba el 30 por ciento respecto a 2001. Un total de 85 pequeñas y medianas empresas relacionadas con la producción y distribución de música tuvieron que echar el cierre durante ese año[117].

3.5.9. Italia y el futuro del P2P

La justicia italiana profirió uno de los veredictos más importantes en esta materia. En efecto, el 9 de enero de 2007, la sección tercera de la Corte Suprema de Casación de la República de Italia revocó una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Turín, que condenaba a dos jóvenes por compartir y distribuir contenido protegido por derechos de autor en una red P2P[118].

La decisión de la corporación se fundamentó en que compartir archivos protegidos por estos derechos era un crimen tipificado en los artículos 171 bis y 171 ter de la Ley del Derecho de Autor[119] italiana, que sanciona a quien "… con

---

[117] 20Minutos.es, *El ánimo de lucro se utiliza como herramienta para cerrar páginas con enlaces a contenidos P2P*, 10 de abril de 2006, disponible en http://www.20minutos.es/noticia/108443/o/descargas/emule/p2p, consulta realizada el 22 de abril de 2007.

[118] Corte Suprema di Cassazione della Repubblica Italiana. Sez. III. Sentenza 09.01.2007 No. 149.

[119] Legge 22 aprile 1941, No. 633. *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio –testo coordinato con le modifiche di cui al Decreto Legislativo 16 novembre 1994, n. 685*. Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 16/07/1941, No. 166 & 16/12/1994, n. 293.

ánimo de lucro, difunda o duplique contenido multimedia protegido por el derecho de autor"[120]. No obstante, la Corte de Casación consideró que descargar películas, música o cualquier contenido tutelado por el derecho de autor, a través de redes P2P, no constituye un delito si la conducta no implica una ganancia económica. Según el alto tribunal, el ánimo de lucro debe de ser entendido como:

> ... un fin de aumento económicamente apreciable, o de un incremento patrimonial de parte del autor del hecho, que no puede ser identificado con cualquier ventaja de otro género; ni identificado con el mero ahorro del costo que deriva del uso de programas, o de otros trabajos del talento, fuera del desarrollo de una actividad económica de parte del autor de ese hecho, aunque de la diversa naturaleza, connote un abuso[121].

Esto significa que el ánimo de lucro en el uso de las redes P2P sobreviene sólo cuando el usuario intenta aumentar su patrimonio a partir de ganancias obtenidas por las descargas ilegales del contenido protegido por los

---

120 "*... a scopo di lucro, diffonde o duplica contenuti multimediali protetti dal diritto dell'autore*".

121 "*... un fine di guadagno economicamente apprezzabile o di incremento patrimoniale da parte del lautore del fatto, che non può identificarsi con un qualsiasi vantaggio di altro genere; né lincremento patrimoniale può identificarsi con il mero risparmio di spesa derivante dalluso di copie non autorizzate di programmi o altre opere del lingegno, al di fuori dello svolgimento di un attività economica da parte dell autore del fatto, anche se di diversa natura, che connoti labuso*".

derechos de autor. En consecuencia, si una persona tiene la mera intención de economizar costos, descargando copias no autorizadas en vez de adquirirlas legalmente, esto no se puede traducir en una conducta que infrinja el derecho de autor.

La aclaración de la Corte de Casación va más allá de la sentencia proferida en España por la jueza Aldecoa, que únicamente se limitó a enunciar que el uso de P2P sin ánimo de lucrarse no era un delito. Así, con el concepto de la corporación italiana, no queda duda de cuáles son los casos en que se puede estar en presencia de un delito por usar las redes P2P al intercambiar y distribuir copias ilegales.

3.5.10. El caso Jammie Thomas o la primera condena por infracción[122]

El pasado 4 de octubre, una corte de Minnesota (Estados Unidos) profirió la primera decisión directa en contra de un usuario P2P. En el caso Capitol Records *et ál. vs.* Jammie Thomas, el jurado encontró que la demandada era culpable por infringir el *copyright* y la condenó a pagar 220.000 dólares en perjuicios[123]. En efecto, durante el proceso, los abogados

---

[122] Véase esta sección en León E. I., y Varela Pezzano, E., "Panorama jurisprudencial de las tecnologías peer-to-peer", en *Foro de Derecho Mercantil*, Legis, Revista Internacional, No. 18, 2008, pp. 153-180.

[123] Al respecto, véase Bangeman, E., *RIAA trial verdict is in: jury finds Thomas liable for infringement*, disponible en http://arstechnica.com/news.ars/post/20071004-verdict-is-in.html, consulta realizada el 10 de octubre de 2007. En agosto de 2008, el juez en la corte de Minnesota, Michael Davis, declaró nulo el juicio de Thomas por un "error manifiesto

de las compañías disqueras demandantes lograron demostrar que Thomas, a través de la utilización del usuario tereastarr@kazaa, compartió ilegalmente más de 1.700 canciones.

Este caso es uno de los más de 26.000 procesos que ha iniciado la RIAA en contra de los usuarios P2P en Estados Unidos y su importancia radica en que es la primera vez que se condena a un usuario ante un tribunal de justicia en ese país por compartir archivos a través de redes P2P. En efecto, para evitar litigios, muchos de los demandados prefirieron realizar acuerdos privados por sumas cercanas a los mil dólares como pago de perjuicios por la realización de estas conductas[124], lo cual les reportó un beneficio mucho mayor que haber llevado a pleito estos asuntos, contrario a lo que sucedió con Thomas.

Entidades como la RIAA esperan que este y los otros casos que sean resueltos a su favor ante los jueces, así como

---

en la ley". Según Davis, él mismo habría equivocado en una de sus instrucciones al jurado, al explicarles que los abogados de la parte demandante no debían probar que otros usuarios habían descargado del computador de Jammie Thomas. En efecto, Davis había señalado que el solo hecho de "poner a disposición" los archivos ilegales para que otros los descargaran constituía en sí mismo una infracción, pues ni siquiera era necesario probar una actual distribución de los mismos. No obstante, Davis citó a las partes meses después del juicio y decretó la nulidad sosteniendo que su instrucción había influenciado erróneamente la decisión del jurado y por lo tanto perjudicado a Thomas. En consecuencia, Davis ordenó que el juicio fuera repetido con diferentes instrucciones al jurado. A la fecha de este escrito todavía no se ha llevado a cabo el nuevo proceso contra Jaime Thomas *(*véase Wired.com. *Judge declares mistrial in RIAA-Jammie Thomas trial*, disponible en http://blog.wired.com/27bstroke6/2008/09/not-for-publica.html, consulta realizada el 1º de octubre de 2008*)*.

[124] *Jury penalizes music file-sharer*, disponible en http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7029229.stm, consulta realizada el 10 de octubre de 2007.

la imposición de condenas cuantiosas en perjuicios, sirvan como elemento disuasivo para quienes comparten archivos digitales. Sin embargo, algunos comentaristas creen que la industria musical está generando mucha hostilidad y mala prensa con estos litigios y dudan mucho que esto les traiga beneficios[125].

3.5.11. Un precedente latinoamericano

El 30 de abril de 2008, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana profirió un fallo donde analizó la presunta violación de derechos patrimoniales de autor por la utilización de medidas tecnológicas. Uno de los puntos de la sentencia hizo referencia a la distribución y descarga masiva de obras multimedia en internet.

Según el fallo, no puede ser punible la descarga de obras de internet en consecuencia el uso de tecnologías P2P, cuando la actuación del usuario no conlleva un ánimo de lucro ni la intención de lesionar un patrimonio ajeno. Por esa razón, el alto tribunal declaró que Guillermo Luis Vélez Murillo, *contrario sensu* de lo ocurrido con Nai-Ming y Thomas, no debía pagar la pena de 24 meses que le había sido impuesta. Esta decisión se convierte así en el primer precedente jurisprudencial latinoamericano sobre la materia, el cual resulta

---

125 Véase *Industry's court win won't stop piracy*, disponible en www6.lexisnexis.com/publisher/EndUser?Action=UserDisplayFullDocument&orgId=652&docId=l:681947982&topicId=10883&start=2&topics=single, consulta realizada el 10 de octubre de 2007.

coincidente con tesis asumidas por algunos tribunales de España, Francia e Italia.

Según la Corte, si en la internet circulan millones de canciones, no puede concentrarse en el derecho penal la función de perseguir a los usuarios que, aprovechando tal circunstancia, descargan la música que se coloca a su alcance, pues en estos casos como en todos aquellos en los que la persona obra sin ánimo de lucro y sin el propósito de ocasionar perjuicio a la obra o a los intereses económicos del titular de los derechos, resulta imposible afirmar la existencia de una conducta punible, toda vez que no se lesiona o pone efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley[126].

El siguiente capítulo explorará soluciones diferentes a la acción judicial. Se expondrán, brevemente, los casos de las legislaciones en Italia, Francia, Canadá, Estados Unidos, la Unión Europea y la Comunidad Andina en general. Todo ello llevará a la conclusión de cuál debe ser la mejor solución para los problemas que la tecnología de red P2P presenta en la actualidad y revelará un problema inesperado tanto para la industria del entretenimiento como para las legislaciones que han intentado combatir el uso de esta tecnología.

---

[126] Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Radadicación 29188, 30 de abril de 2008. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

4. Derecho Comparado La privacidad y los problemas de las descargas P2P[127]

4.1. Introducción

En este capítulo se analizará el trato que las legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Europa y Latinoamérica le han dado al P2P. Ello permitirá concluir cuál debe ser la mejor regulación para la utilización de este tipo de *software*. Así mismo, proporcionará los elementos suficientes para dirigir el análisis a la órbita de la protección que ciertos países plantean desde el punto de vista constitucional y legal al denominado *habeas data*.

En primer lugar, se tratarán las regulaciones en Estados Unidos y Canadá, países que cuentan con la normativa más completa referente a las descargas ilegales en internet. En este apartado se observará cómo en la legislación estadounidense el uso de redes P2P para estos fines es sancionado, mientras que en la canadiense es consentido e, incluso, incentivado.

Posteriormente, se revisará la normativa europea, francesa e italiana. En los dos últimos, el lector se dará cuenta

---

127 El presente capítulo es producto de otro artículo inédito titulado: *Antinomia de la batalla legal contra las tecnologías P2P y el derecho a la privacidad*, el cual fuera escrito en julio de 2008 en coautoría con Édgar Iván León Robayo.

de la importancia de sus leyes para el P2P. Esas regulaciones ejemplifican la tendencia actual frente a la conducta de los usuarios de esta tecnología y el problema de la privacidad de los usuarios P2P.

Finalmente, se tratará la legislación vigente en Latinoamérica. Primero se estudiará la normativa actual en Argentina y Paraguay, miembros del Mercado Común del Sur, Mercosur. En segundo lugar, se apreciarán ciertos aspectos de la regulación en materia de derecho de autor en la Comunidad Andina de Naciones, CAN, para verificar si en él se puede encuadrar la utilización del P2P, se tratará un caso especial en la normativa peruana y se finalizará con el análisis del ordenamiento jurídico colombiano.

4.2. América del Norte

4.2.1. Estados Unidos

Aunque precursora en la regulación del P2P, la legislación de Estados Unidos es poco efectiva frente a los billones de usuarios que a diario infringen los derechos de autor y el *copyright*. Sin embargo, su normativa es una de las más completas frente a la utilización de esta tecnología.

A manera de ejemplo, la legislación interna de ese país cuenta con la acreditada Digital Millennium Copyright Act, DMCA, de 1998. Aprobada por Bill Clinton, esta ley incorpora el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996. Su función es reglamentar la

conducta de producción y diseminación de tecnología que permita impedir la infracción a derechos protegidos bajo el *copyright*[128].

Así mismo, el título II de esta normativa consagra la Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, OCILLA. Esta disposición adopta los puertos seguros *safe harbors*–, disposiciones que amparan a los proveedores de servicios en internet para que no puedan ser demandados por infringir el *copyright*, mientras no se les solicite primero que detengan su actuación[129].

No obstante, la DMCA ha sido criticada por provocar que los titulares de *copyright* abusen del número de notificaciones enviadas a quienes infringen estos derechos[130]. Igualmente, la normativa es acusada de inútil, ya que las personas que atentan contra estos derechos sólo tienen que desistir de su actuación cuando han sido notificadas de su actuación[131]. Finalmente, y como el contenido ilegal se puede

---

128 U.S. Copyright Office. *Summary of Digital Millenium Copyright Act*, disponible en http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf, consulta realizada el 27 de enero de 2007.

129 Universal City Studios, Inc. *vs.* Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294, S.D.N.Y. 2000, Chamberlain *vs.* Skylink, 381 F.3d 1178, Fed. Cir. 2004, Lexmark Int'l, Inc. *vs.* Static Control Components, Inc. 387 F.3d 522, 6th Cir. 2005.

130 http://www.boingboing.net/2006/12/01/fox_commits_copyrigh.html, consulta realizada el 27 de abril de 2007.

131 En julio de 2008, un Juez del Distrito de Nueva York, Estados Unidos, ordenó a la compañía Google, Inc., revelar a la empresa Viacom, Inc., cada registro de cada vídeo visto por sus usuarios en el sitio web YouTube.com, incluyendo los nombres de los usuarios y sus direcciones IP. Esta decisión, sin precedente alguno en Estados Unidos, obedece a una acción civil que interpusiera Viacom contra el famoso sitio de videos digitales en internet y su central Google, acusándolas de infringir masivamente sus derechos de *copyright*. La demanda constituye la

borrar o quitar de las redes P2P sin consecuencias después de la advertencia, es imposible que los autores afectados reclamen los perjuicios que se causan con la infracción.

De la misma manera, el Congreso de Estados Unidos debatió en 2002 la posibilidad de aprobar el proyecto de ley denominado: Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act, CBDTPA, con el que se buscaba prohibir los *software* utilizados para descifrar las codificaciones de audio y video protegidas con tecnología de Digital Rights Manage-

---

disputa legal más significativa ha la fecha para Google y YouTube, pues la indemnización reclamada asciende a más de $1 billón de dólares en perjuicios al respecto, véase Viacom International, Inc. *et ál vs.* YouTube, Inc. *et al*, 07 Civ. 2103, LLS. Lo cierto es que, cuando Google compró YouTube, reconoció la posibilidad de que el sitio web algún día sería objeto de disputas y controversias legales relacionadas con los derechos de autor. La empresa, incluso, destinó una cuantiosa suma de dinero para el financiamiento de futuros litigios. Los expertos, a pesar de lo anterior, advirtieron que YouTube correría la misma suerte que Napster, el popular *software* P2P declarado en bancarrota luego de ser condenado al pago de perjuicios por infracción al *copyright (*véase VARELA PEZZANO, E., "Videos que se están viendo ahora: Viacom vs. YouTube revisado", en *Opinión Independiente*, No. 1, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá: 2007, p. 3*)*. Google, que había contestado la demanda en abril de 2007, se limitó a negar todos los cargos imputados por Viacom. La principal defensa de Google fue remitirse a la *Digital Millennium Copyright Act,* DMCA) [17 U.S.C. § 512] y a los *safe harbors*, disposiciones que salvaguardan a los proveedores de servicios en internet para que no puedan ser demandados por infracción al *copyright,* mientras no se les requiera primero que detengan la actuación infractora *(*compárese Universal City Studios, Inc. *vs.* Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294, S.D.N.Y. 2000, Chamberlain *vs.* Skylink, 381 F.3d 1178, Fed. Cir. 2004, y Lexmark Int'l, Inc. *vs.* Static Control Components, Inc. 387 F.3d 522, 6th Cir. 2005*)*. Siguiendo las pautas de la DMCA y de los *safe harbors*, Viacom notificó en febrero de 2007 a YouTube acerca de más de 100.000 videos ilegales que se encontraban en su servidor y que violaban su *copyright*. El problema surgió cuando YouTube omitió impedir que sus usuarios publicaran *otros* videos ilegales. Tan pronto como Viacom solicitaba que estos fueran retirados, los usuarios inmediatamente publicaban nuevas versiones de los mismos.

ment, DMR[132]. En el mismo año, el U.S. Congress Committee rechazó la aprobación de ese estatuto.

El 25 de julio de 2002, Howard Breman, representante para el distrito de California, introdujo un nuevo proyecto de Ley para aprobar la P2P Privacy Prevention Act[133]. Esta normativa les permitiría a los titulares de *copyright* salvar su responsabilidad toda vez que tuvieran que inhabilitar, interferir, bloquear, diferir o detener los intentos de infracción, incluso si violaban las leyes federales, estatales, civiles o criminales[134]. Esto le daría un significado estricto a la máxima "el fin justifica los medios"[135].

En ese mismo orden de ideas, el 22 de julio de 2004, el senador Orín Hatch introdujo el proyecto de ley denominado Inducing Infringement of Copyrights Act –Induce Act–[136]. Impulsado por demócratas y republicanos, el estatuto hace responsable a todo aquel que intencionalmente "induzca"

---

132 La tecnología DRM es utilizada para codificar datos digitales, *hardware* o *software*, con la finalidad de impedir que estos sean copiados por piratas que luego los reproducen y distribuyen desconociendo los derechos que engloba el *copyright*. Al respecto, véase: Timiraos, N. *Free, legal and ignored*. en *The Wall Street Journal*. Julio de 2006, disponible en http://online.wsj.com/public/article/SB115214899486099107vuoIhGUthiYcFwsQK0DjegSRNPwQ_20070706.html, consulta realizada el 28 de enero de 2007.

133 H.R. 5211.

134 EFF.org, "The Berman P2P bill: vigilantism unbound", disponible en http://www.eff.org/IP/P2P/20020802_eff_verman_p2p_bill.html, consulta realizada el 28 de enero de 2007.

135 De Aquino, Tomás, *Summa Theologiae*. I, II, 18. Cambridge Texts in the History of Philosophy. 2006.

136 S. 2560.

a otro u otros a cometer actos de violación al *copyright*. La propuesta aún es debatida en el Congreso.

Otras medidas contra P2P son las prácticas de *spoofing* e *interdiction*. Aunque no se trate de figuras legales, en estricto sentido, terminan siendo mucho más efectivas que las mismas leyes que vanamente intentan regular la materia.

La primera consiste en subir archivos falsos a la red P2P para que confundan y engañen a las personas que intenten buscar y descargar una copia de una obra protegida. El caso más conocido fue el de Eminem, cantante de rap que, en 2002, subió copias falsas de su nuevo álbum[137] a varias redes P2P[138]. Como los usuarios no podían diferenciar entre los archivos falsos y verdaderos, los intentos de compartir el reciente disco del cantante se frustraron.

La segunda, igual de eficiente, consiste en saturar de grandes cantidades de datos las redes P2P, para entremezclar copias falsas y autenticas de canciones, películas, libros y *software*, logrando confundir a los incautos usuarios[139].

El 30 de septiembre de 2008, el Congreso estadounidense aprobó la Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act PRO-IP Act[140]. La PRO-IP Act es una ley que impone rigurosas sanciones a los infractores del *copyright*. Así, la responsabilidad de los usuarios de redes ilegales P2P, en los casos en que sus identidades sean

---

137 *The Eminem Show*.

138 ISER, L. y TOMA, J. *Battling digital piracy*. en *The National Law Journal*. 20 de enero de 2003.

139 *Ibídem*.

140 H.R. 4279.

descubiertas, se incrementará de manera considerable. No obstante, a la fecha de este escrito el estatuto todavía no es una ley con vigencia, debido a que aún debe ser aprobado por el actual presidente de Estados Unidos.

4.2.2. Canadá

La respuesta de Canadá a los programas que emplean tecnología P2P fue episódicamente diferente a la de Estados Unidos. En un primer momento, el ordenamiento jurídico de este país estimuló el uso de redes P2P. Todo empezó, curiosamente, cuando la Copyright Board of Canada interpretó en 2003 la Copyright Act de 1921[141] para establecer que la copia de obras protegidas para usos personales no constituía una infracción[142]. Con base en esta decisión, la descarga de música se volvió legal en ese país, pero subirla a las redes P2P, no[143].

A pesar de esta contradicción CRIA promovió una demanda ante una corte federal canadiense para que varios proveedores de internet revelaran la identidad de 29 personas que utilizaban este tipo de programas. Sin embargo, en BMG

---

141 R.S., 1985, c. C-42.

142 En consecuencia, de esta interpretación se deduce que las personas que copien canciones, películas y demás archivos, para uso personal, a través de redes P2P, no serán encontradas responsables de infringir la propiedad de las ideas. Véase Office de la Propriété Intellectuelle du Canada, *A guide to copyrights*, 2005, disponible en http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/cp/cpguide-e.pdf, consulta realizada el 10 de marzo de 2007.

143 Borland, J., *Canada deems P2P downloading legal*. 2003, disponible en http://news.com.com/2100-1025_3-5121479.html, consulta realizada el 29 de enero de 2007.

Canada Inc. *vs.* John Doe[144], se decidió que la demandante no podía obtener del juez la revelación de los usuarios, al carecer de evidencia para sustentar su petición. Así, el caso se convirtió en una victoria definitiva para la intimidad de los usuarios de redes P2P y en un salvavidas para conservar el anonimato *online*.

En SOCAN *vs.* CAIP[145], la Corte Suprema de Canadá señaló que la navegación de una persona en internet y sus actividades de descarga tienden a revelar información personal sobre ella misma. Así, indicó:

Los intereses íntimos de los individuos estarán directamente implicados donde los propietarios de obras protegidas o sus sociedades colectivas intenten recuperar datos de los proveedores del servicio de internet sobre la descarga de un usuario final. Nosotros por lo tanto deberíamos ser prudentes en adoptar una prueba que puede animar tal supervisión[146].

4.3. Europa

4.3.1. La Unión Europea

Para los miembros de la Unión Europea rige la Directiva 2001/29/CE sobre Derecho de Autor, EUCD. La normativa, siempre controversial y discutida, adoptó el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996, indicando que recurrir al P2P para infringir estos derechos es una actuación

144 BMG Canada Inc. *vs.* John Doe, ob. cit., *supra*.

145 Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada *vs.* Canadian Association of Internet Providers, 2004 SCC 45.

146 *Ibídem*.

ilícita, pues contraviene abiertamente los propósitos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. OMPI. El propósito de este organismo es: desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional, que sea equilibrado y accesible y recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público[147].

4.3.2. Italia

Como ya se apuntó en el capítulo anterior, la legislación italiana cuenta con la Ley del Derecho de Autor de 1941. Aunque no sea una normativa que regule directamente el uso del P2P, la Corte Suprema de Casación la ha interpretado de tal manera que compartir archivos en estas redes no sea una conducta delictiva.

La corporación consideró que la descarga de películas, música o cualquier contenido tutelado por los derechos de autor, a través de P2P, no era un delito, siempre que no implicara un ánimo de lucro[148]. La teoría adoptada por la Corte se fundamentó en que la ley sólo tipifica la conducta cuando medie ganancia en la difusión y duplicación del contenido multimedia protegido.

En este orden de ideas, el uso del P2P en Italia sólo es considerado violación al derecho de autor cuando *el usuario intenta aumentar su patrimonio a partir del lucro obtenido*

---

147 http://www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html, consulta realizada el 10 de marzo de 2007.

148 *Supra*, 3.5.9.

*en las descargas ilegales. De modo que ya n*o queda duda de cuáles son los eventos en que se puede estar en presencia de un delito contra derechos de autor por intercambiar y distribuir copias de archivos ilegítimos en internet.

4.3.3. Francia

Dentro de la Unión Europea también está el caso de Francia, país que, adicionalmente a la Directiva 2001/29/CE, cuenta con la Loi Sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins Dans la Société de l'Information[149], Davsi, de 2006. Según esta nueva reglamentación, el derecho a copiar obras protegidas con derechos de autor, para usos personales, se encuentra significativamente prohibido.

La aprobación de la ley fue una respuesta del parlamento francés al celebre Rapport No. 2349 (2004-2005) de M. Christian Vanneste[150], quien invocaba las contradicciones entre las decisiones proferidas por la Coupe d'Appels de Versalles y el Tribunal de Grande Instance de Paris, fallos que regulaban la materia.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa siempre se ha apartado de los propósitos de Davsi, sosteniendo la tesis de que copiar obras protegidas por derechos de autor, para usos personales, es una excepción a la regla general de prohi-

---

149 *Ley de Derechos de Autor y Derechos Relacionados en la Sociedad de la Información*.

150 Rapport No. 2349, 2004-2005 de M. Christian Vanneste, député, fait au nom de la commission des lois, déposé le 1er juin 2005.

bición[151]. En igual sentido, el Tribunal de París absolvió a un usuario de redes P2P bajo la presunción de que este no tenía la intención de transgredir estos derechos, pues el *software* que este utilizaba compartía archivos de manera automática sin su consentimiento[152].

El 14 de diciembre de 2006, el Tribunal Correctionnel de la comuna de Bobigny profirió una sentencia que sembró las dudas respecto de los procedimientos empleados por las sociedades de autores y productores para constatar las infracciones de los adeptos al P2P[153]. La controversial decisión absolvió a un usuario que compartía más de 12.000 archivos ilegales en red, pues, en concepto de la corporación, el proceso para descubrir al sindicado y obtener pruebas de las descargas se hizo sin autorización de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés[154], CNIL, entidad administrativa encargada de proteger la libertad y privacidad informática[155].

---

151 Tribunal de Grande Instance, Rodez, 13 octobre 2004, Coupe d'Appels, Montpellier, 10 mars 2005, Tribunal de Grande Instance, Meaux, 21 avril 2005, Tribunal de Grande Instance, Havre, 20 séptembre 2005, Tribunal de Grande Instance, Toulon, 13 octobre 2005, Tribunal de Grande Instance, Crétil, 2 novembre 2005.

152 Tribunal de Grande Instance, Paris, 8 décembre 2005.

153 Dumont, E., *Un adepte du peer-to-peer relaxé grâce à un vice de procédure*, 19 de diciembre de 2006, disponible en www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39365738,00.htm, consulta realizada el 29 de abril de 2007.

154 "Comisión Nacional de la Información y las Libertades".

155 El Tribunal de París absolvió a un usuario de redes P2P bajo la presunción de que este no tenía la intención de transgredir estos derechos, pues el *software* que utilizaba compartía archivos de manera automática sin su consentimiento *(*véase Tribunal de Grande Instance, Paris, 8 décembre 2005*)*.

La absolución se otorgó por cuanto, si bien la dirección IP fue identificada y registrada, violó la intimidad personal del usuario. Según el tribunal, esto no era otra cosa que una evidente violación al derecho de privacidad del acusado. En consecuencia, para el sistema legal francés también resulta inadmisible monitorear el uso del P2P y, por lo tanto, improbable que se sancione a quienes cometan esa conducta[156].

4.3.4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE, abordó recientemente el asunto de las demandas contra usuarios de tecnologías P2P, y parece ser que acogió la postura de los proveedores de internet, abogando por la privacidad de los usuarios y dejando de lado las pretensiones de la industria del entretenimiento[157].

---

156 No obstante, en junio de 2008 el Gobierno francés presentó un proyecto de ley que permitiría suspender la conexión de internet de aquellos usuarios P2P que descarguen archivos ilegalmente de la red Elmundo.es, *Francia presenta su proyecto para cortar Internet a quienes intercambien archivos*, disponible en http://www.elmundo.es/navegante/2008/06/18/tecnologia/1213796330.html, consulta realizada el 2 de octubre de 2008. La medida ha sido copiada por Inglaterra, país que actualmente se encuentra preparando un proyecto de ley similar. Sin embargo, la jurisprudencia francesa siempre ha sostenido la tesis de que copiar obras protegidas por derecho de autor, para uso personal, es una excepción a la regla general de prohibición. Sobre este punto, véanse Tribunal de Grande Instance, Rodez, 13 octobre 2004, Coupe d'Appels, Montpellier, 10 mars 2005, Tribunal de Grande Instance, Meaux, 21 avril 2005, Tribunal de Grande Instance, Havre, 20 séptembre 2005, Tribunal de Grande Instance, Toulon, 13 octobre 2005, y Tribunal de Grande Instance, Crétil, 2 novembre 2005.

157 TJCE, Asunto C-275/06, 29 de enero de 2008.

Los hechos que dieron lugar a la controversia tuvieron que ver con un procedimiento judicial de diligencias preliminares interpuesto por Productores de Música de España, Promusicae, en noviembre de 2005 contra Telefónica en su operación de proveedor de servicios de internet. En su querella, la demandante solicitó conocer los nombres y direcciones de algunos usuarios masivos de redes P2P, susceptibles de identificación por sus números de IP y la fecha y hora de conexión, quienes se encontraban afiliados a la demandada.

Fue así como el Juzgado Mercantil No. 5 de Madrid (España) ordenó entregar la información. Sin embargo, Telefónica se opuso a entregarla, alegando que el procedimiento no era penal sino civil, por cuanto en ese país la infracción de derechos de autor al igual a como ocurre en Colombia según la Corte Suprema de Justicia sólo constituye un delito cuando se actúa "con ánimo de lucro", entendido este como la "… búsqueda de un beneficio comercial"[158].

Dado que la oposición de Telefónica se basaba en una normativa española que tenía como origen disposiciones de la Unión Europea (UE), el juzgado decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE en la cual preguntó si debían interpretarse las normas europeas en el sentido de obligar a los Estados miembros a imponer a los proveedores de servicios y, en particular, de acceso, el deber de proporcionar los datos de conexión y tráfico también en procedimientos civiles.

---

158 Artículo 270 del Código Penal español.

Según el ente comunitario, las directivas invocadas por el juzgado pretenden asegurar una protección eficaz de la propiedad intelectual[159]. Pero lo hacen sin perjuicio de las normas sobre protección de la confidencialidad y tratamiento de datos personales. Por ello, afirma el TJCE, los Estados no están obligados a extender el deber de informar a los procesos de naturaleza no penal. Tampoco lo hace la Carta de Derechos Fundamentales, que protege la propiedad y la tutela judicial efectiva, pero también los datos personales y la intimidad.

Sin embargo, el TJCE incluyó en su decisión una normativa no invocada previamente: la Directiva 2002/58, sobre Tratamiento de Datos Personales y Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas. Así, determinó que de acuerdo con el derecho comunitario, resulta perfectamente posible que las leyes nacionales impongan a los proveedores de acceso y de otros servicios el deber de facilitar los datos de conexión y tráfico en el marco de procedimientos civiles.

4.4. Latinoamérica

4.4.1. Mercosur

En Latinoamérica, y aunque no se ha legislado directamente este aspecto, existiría un problema similar para sancionar las

---

159 Directiva 2000/31 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, 2001/29 de Derechos de Autor y Derechos Conexos en la Sociedad de la Información y 2004/48 de Respeto a los Derechos de Propiedad Intelectual.

descargas ilegales. Por ejemplo, el artículo 4º de la Ley 1682 de 2000 de Paraguay[160], conocida como la Ley de Privacidad, prohíbe "… dar a publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables". Para esta normativa, datos sensibles son aquellos que afectan "… la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias". Como la tecnología de redes P2P es utilizada para la descarga de copias de uso personal, entonces se puede concluir que en ese país no es posible identificar a los usuarios infractores, por el hecho de que con ello se invadiría la esfera de lo privado.

Igual ocurre en Argentina, país miembro del Mercado Común del Sur, Mercosur, con la Ley 25326 sobre Protección de Datos Personales[161]. Esta preceptiva tiene por objeto:

> … la protección integral de los datos personales [...] sean estos públicos, o privados [...] para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre... (artículo 1º).

En ese mismo orden, tampoco podría divulgarse ninguna información acerca de quiénes descargan archivos ilegales en este país.

---

160 Expedida el 28 de diciembre de 2000 en Paraguay.

161 Sancionada el 4 de octubre de 2000 y promulgada parcialmente el 30 de octubre de ese mismo año.

Incluso, la Corte Suprema de ese país fue más allá del concepto al pavimentar el alcance de esta figura hace más de 15 años, al sostener:

> … el derecho a la intimidad protege un ámbito que está constituido por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental, física, y, en suma, acciones, hechos o datos, que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad[162].

A pesar de lo anterior, en noviembre de 2005, la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas, Capif, demandó a 20 usuarios de ese país por descargar música a través de tecnologías P2P[163]. Estas personas tenían algo en común: eran considerados como "grandes *uploaders*", pues cada uno compartía más de 5.000 archivos ilegales[164].
Estas acciones judiciales violaron los derechos a la intimidad y privacidad de las personas involucradas pues, al monitorear lo que ellas hacían en internet, Capif únicamente pudo descubrir los ficheros en sus computadores. Sin dilación, en octubre de

---

[162] Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia del 15 de abril de 1993, E. D. 152-569.

[163] Clarín.com, *Demandan a 20 usuarios de Argentina por bajar música de internet*, 15 de enero de 2005, disponible en http://clarin.com/diario/2005/11/15/um/m-01090270.htm, consulta realizada el 12 de mayo de 2007.

[164] *Ibídem*.

2006, y como parte de una ofensiva internacional contra los usuarios P2P[165], la entidad volvió a demandar a 22 *uploaders* y adeptos a esta tecnología[166]. A la fecha de redacción de este escrito, tales casos todavía no se habían resuelto.

4.4.2. CAN

La organización integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú cuenta con la Decisión Andina 351 de 1993 para la protección de los derechos de autor. Esta normativa tiene como finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino (artículo 1º).

---

165 Violando los derechos a la intimidad y a la privacidad, la International Federation for the Phonograph Industry, IFPI, demandó en 2006 a más de 8.000 usuarios de redes P2P que se encontraban localizados en 17 países: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Hong Kong, Islandia, Irlanda, Italia, México, Polonia, Portugal, Singapur y Suiza. Esta fue la primera vez que se reportaron demandas de esta índole en Brasil, México y Polonia. Sin embargo, el caso más alarmante fue el de Brasil, donde sólo en 2006 se registraron más de un billón de descargas ilegales. Según la IFPI, las personas implicadas eran usuarios de programas y otras redes como BitTorrent, eDonkey, DirectConnect, Gnutella, LimeWire, SoulSeek y WinMX. Igualmente, la IFPI había trabajado previamente y en conjunto con la RIAA en Estados Unidos, ganando 13.000 demandas en Europa para un recaudo total de 2.420 euros de lo que originalmente se había perdido con las descargas ilegales.

166 Clarín.com, *Inician 22 demandas a usuarios argentinos por intercambiar música en internet*, disponible en www.clarin.com/diario/2006/10/18/um/m-01292587.htm, consulta realizada el 2 de mayo de 2007.

De la misma forma, la protección reconocida por la Decisión recae sobre todas las obras "literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer" (artículo 4º). Si se tiene en cuenta que el P2P es uno de estos medios, entonces puede concluirse que la Comunidad Andina goza de una protección adicional para los derechos de autor en este ámbito, al cual se le aplicarían todas las disposiciones regionales en la materia.

4.4.3. Perú

Por su parte, Perú, miembro de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, se ubica en el mismo contexto que Argentina y Paraguay. El texto constitucional de ese país establece en el numeral 6 del artículo 2º que toda persona tiene derecho "… a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". Según esta norma, los proveedores de internet peruanos no podrían divulgar información de los usuarios que emplean las redes P2P para distribuir y compartir archivos ilegales. En ese sentido, tampoco se podría sancionar la conducta de descargar música ilegal a través de estos sistemas por atentar contra el derecho constitucional al *habeas data*.

En efecto, respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que se trata de un proceso que permite

> … acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera que sea su naturaleza, y a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o de impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad[167].

Por su parte, la doctrina peruana también ha recalcado que, atendiendo al tenor gramatical de la norma, el *habeas data* tiene la finalidad última de "… proteger a la persona evitando que servicios informáticos suministren datos o informaciones que afecten la intimidad personal"[168]. De esta manera, el *habeas data* procede para evitar que se suministre información que afecte la vida privada de las personas, como sería aquella que se divulgue si se descarga cualquier contenido ilegal a través de redes P2P. Así, los usuarios de esta tecnología no podrían ser identificados si se intentara una sanción contra ellos en Perú.

4.4.4. Colombia

La propiedad intelectual fue regulada en primer lugar por el artículo 671 del Código Civil[169]. Aunque poco específica,

---

[167] Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 8 de julio de 1998, Expediente 666-96-HD.

[168] Eguiguren, F., *Poder judicial, Tribunal Constitucional y habeas data en el constitucionalismo peruano*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, primera edición, México, 1999, p. 64.

[169] Adoptado en Colombia mediante la Ley 57 de 1887 sobre Adopción de Códigos y Unificación de la Legislación Nacional.

la norma estableció que las producciones del talento o del ingenio pertenecen a sus autores[170]. Con posterioridad, la Constitución Nacional de 1886 dictaminó: "La propiedad literaria y artística se protege durante la vida del autor más 80 años". A estas normas se añadió la Ley 86 de 1994, elaborada conforme al principio de la patrimonialidad de estos derechos[171].

---

170 En contraste, el Código Civil chileno, copia idéntica del colombiano, indica: "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores", y que "esta especie de propiedad" se rige "… por leyes especiales" [artículo 584]. La Constitución de la República de Chile también asegura "… el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie de Chile", añadiendo que dicha protección es "… por el tiempo que señale la ley y no inferior a la vida del titular", precisando al mismo tiempo que éste "… comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley" [artículo 25].

171 "El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extra patrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido [...] La segunda dimensión es la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, –reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra– [...] Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han

Con la Ley 23 de 1982, estas prerrogativas alcanzaron una naturaleza mixta, aceptando los derechos morales como protectores de la personalidad del autor con relación a su obra. Tanto fue así, que la Constitución Política de 1991 consagró: "el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley" (artículo 61)[172]. En 1993 la Ley 44 siguió los lineamientos de la Decisión 351[173] de la CAN. Además, adicionó la Ley 23

---

de ser específicas y taxativas" –Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez–.

172 "Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades; cosa distinta es el registro que de ellas lleve el Estado, en el caso colombiano denominado Registro Nacional de Derechos de Autor, el cual tiene fines específicos de publicidad y seguridad jurídica, según se consigna de manera expresa en el artículo 193 de la ley 23 de 1982" –Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276, 6b. cit.–. En este ámbito, el objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es "... la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida" –Lipzyc, D. ob. cit., *supra*, nota 27–. En este aspecto, es procedente resaltar: "… las obras artísticas o literarias, cuyo titular es el Estado no son de dominio público, por el contrario son bienes inmateriales, que se encuentran dentro del patrimonio del Estado, bajo la categoría de bienes fiscales, por tal razón para cualquier uso de las obras que se pretenda realizar debe contarse con la previa y expresa autorización de la entidad estatal" *El servidor público como titular del Derecho de Autor*, Centro Colombiano del Derecho de Autor, Circular No. 7, 4 de octubre de 2002

173 La Corte Constitucional colombiana consideró que la Decisión 351 de 1993, aprobada por el Congreso mediante Ley 8ª de 1973, contiene de manera específica el Régimen Común sobre Derechos de Autor, incluyendo los derechos morales, y "… atendiendo el carácter fundamental que la Corte le reconoció a los derechos morales de autor, se produce la incorporación de la citada decisión al bloque de constitucionalidad, dado que su materia, a la luz del artículo 93 de la

y agilizó trámites y procedimientos para el registro de estos derechos.

En Colombia, el organismo encargado del control de los derechos de autor y del registro es la Dirección Nacional de Derecho de Autor. A la entidad se le ha encargado llevar el registro de las obras, actos, contratos y providencias que tengan que ver con las creaciones del ingenio.

A pesar de todo, el legislador colombiano aún no ha reglamentado el uso de las redes P2P. Únicamente podría prohibirse el uso de esta tecnología, conforme a las leyes internas, si se interpretara en ese sentido el artículo 271 del Código Penal colombiano[174]. Según la norma, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años y multa de 26.66 a 1.000 salarios mínimos vigentes quien, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos:

> … por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o [...] distribuya [...] a cualquier título dichas reproducciones.

Como ya fue expuesto, el uso de la red P2P implica la distribución a título gratuito de archivos ilegales en internet.

C.P. [Constitución Política] así lo impone" Sentencia C-1490 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Al respecto, véanse las sentencias C-155 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-988 de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

174 Artículo modificado por el artículo 2º de la Ley 1032 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.307 del 22 de junio de 2006.

De esta manera, la conducta estaría tipificada en la ley penal colombiana. Sin embargo, acontecería lo mismo que en Perú, Argentina y Paraguay. En estos ordenamientos, el *habeas data* alude al conjunto de derechos de toda persona respecto a la información que sobre ella se encuentra en registros o bases de datos públicos o privados[175].

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha empleado esta expresión al desarrollar el contenido de los derechos reconocidos en el artículo 15[176] de la Constitución Política[177]. De esta manera, la corporación ha establecido que se trata de un derecho fundamental, traducido en la facultad que tiene la persona a la cual se refieren los datos privados para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales[178]. Igualmente, lo ha definido como:

> … aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales […] la […] exclusión […] de los datos, así como la limitación

---

175 Comisión Andina de Juristas, *El proceso de habeas data en la región Andina. Análisis comparado*, en www.cajpe.org.pe/guia/3.pdf, consulta realizada el 4 de mayo de 2007.

176 "Todas las personas tienen derecho [...] a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas...".

177 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-002, T-414 y C-479 de 1992; T-022, C-114, T-389, T-459, T-460 y SU-528 de 1993; T-017, SU-082, SU-089, T-097 y T-119 de 1995; T-552 de 1997; C-662 de 2000; C-831 y C-1147 de 2001; T-729 de 2002 y C-356 de 2003.

178 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

> en la posibilidad de divulgación, publicación o cesión de los mismos, todo conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales[179].

Frente a este tema, el alto tribunal también considera:

> … en relación con el derecho a la información y la legitimidad de la conducta de las entidades que solicitan información de sus eventuales clientes, a las centrales de información que para el efecto se han creado, así como la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones con ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar. Autorización esta que debe ser expresa y voluntaria por parte del interesado, para que sea realmente eficaz, pues de lo contrario no podría hablarse de que el titular de la información hizo uso efectivo de su derecho.

De esta manera, los proveedores del servicio de internet en Colombia no podrían revelar la identificación de los usuarios de redes P2P, pues ello sería contrario al derecho que

---

179 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre.

tienen los colombianos a autorizar, expresa y voluntariamente, la divulgación de su información íntima y personal[180]. En cuanto a la vida privada de las personas, la corporación sostuvo que el derecho a la intimidad es una

> … forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer *erga omnes*, vale decir, tanto frente al Estado como frente a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular *a priori* de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada[181].

En este orden de ideas, y aunque el uso del P2P esté prohibido en Colombia por tratarse de una conducta tipificada en los delitos contra los derechos de autor, es inadmisible e imposible monitorear y sancionar a sus usuarios, se reitera, por la concurrencia del derecho al *habeas data* en la Constitución Política. De conformidad con lo mencionado, y en cualquier caso, si se hiciera referencia a los delitos contra la propiedad intelectual, muchos colombianos serían grandes delincuentes.

---

180 Sobre qué información, actividades, situaciones y fenómenos pertenecen a la vida privada, véase Novoa Monreal, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Editorial Siglo XXI, Bogotá, 1979, pp. 45 y 46.

181 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

5. Conclusión. Una propuesta para legalizar las redes P2P

La naturaleza del derecho de autor y del *copyright* ha caído en un delicado abismo que se vislumbra entre los programas P2P y los usuarios de esta tecnología. Las infracciones a los derechos de autor cometidas en internet, sin remuneración para los autores y titulares, se traducen en la actual crisis que debe superarse para lograr una protección efectiva de la propiedad intelectual.

Las grandes dimensiones que ha alcanzado la violación al derecho de autor, originadas por la distribución masiva de archivos ilegales a través del P2P, se deben principalmente a la dificultad de registrar quiénes son los usuarios que cometen estas conductas y a la facilidad de acceder a este tipo de *software*. En todos los eventos de infracción subyacen tres ideas fundamentales:

a. El *software* que facilita el intercambio y la distribución de los archivos ilegales se encuentra disponible para todas las personas que navegan en internet. En la actualidad, cualquier sujeto que tenga una conexión de red puede descargar un programa que le permite compartir ficheros de música o video que, normalmente, estarían amparados por derechos de autor. Así mismo, la descarga de este tipo de *software* es enteramente gratuita, lo cual ha influenciado en

las desproporcionadas cifras de descargas que aterrorizan a la industria del entretenimiento.

b. Es la estructura descentralizada y la arquitectura que utiliza esta tecnología la que, finalmente, impide que se sancione a los infractores. Al no poder registrar quiénes utilizan las redes, la conducta ilícita que consiste en descargar archivos se torna en una actividad diaria y generalizada, sin ninguna preocupación por los derechos patrimoniales de autor.

c. Las efímeras condenas en contra de empresas que desarrollan *software* P2P no son suficientes para crear una cultura de respeto a la propiedad intelectual de las ideas. Tampoco sirven para prevenir a otros de la responsabilidad que el uso del P2P conlleva, pues a pesar de las sentencias contra KaZaa, Limewire, Napster y otros, cada vez más se propaga el desarrollo de nuevos programas que permiten compartir ficheros audiovisuales en estas redes. Paralelamente, esta tecnología también progresa, siendo cada vez más difícil reprochar y sancionar a sus creadores y usuarios.

No obstante, es factible que contra el derecho a la privacidad los proveedores de internet monitoreen la actividad de quienes reciben el servicio de conexión. Cuando esto sucede, se descubre la presencia de los infractores y estos son puestos al descubierto. De esta manera, actualmente existe la tendencia de promover acciones judiciales contra los mismos usuarios. Cuatro conclusiones se derivan de este fenómeno:

a. Las escasas personas demandadas se reconocen como grandes *uploaders*, pues son quienes comparten entre

cientos y miles de archivos ilegales a través de este tipo de *software*.

b. No obstante, como se identificó en uno de los capítulos de esta monografía, en muchas ocasiones las demandas se dirigen contra personas equivocadas, pues a pesar del monitoreo que se realice de las direcciones IP de los usuarios, aún es complejo determinar quiénes son los reales usuarios de este *software*. Las acciones contra una niña de 12 años o respecto de una persona fallecida son sólo muestras de lo complicado que resulta encontrar a los infractores.

c. Una importante solución ha emanado de la jurisprudencia italiana, española y francesa, la cual ha dejado por sentado que el uso de redes P2P para compartir archivos ilegales en internet no constituye un delito cuando no media el ánimo de lucro por ello. Esto implicaría que ningún usuario podría ser reprochado por su conducta, pues la gratuidad en las descargas para uso personal es propia de la naturaleza de este *software*. En Canadá, por el contrario, se permite que los archivos ilegales sean compartidos libremente en estas redes. Lo contradictorio está en que se encuentra prohibido subirlos a las mismas.

d. En aquellos Estados donde se consagran los derchos constitucionales al *habeas data*[182] y a la privacidad personal tampoco pueden ser sancionados los usuarios P2P.

---

[182] El 4 de junio de 2007 fue aprobado en la República de Colombia el Proyecto de ley Estatutaria No. 221/07 Cámara y 027/06 Senado, acumulado con el No. 05/06 Senado, por la cual se "*Dictan las Disposiciones Generales del Habeas Data y se Regula el Manejo de la Información Contenida en Bases de Datos Personales, en Especial la Financiera, Crediticia, Comercial, de Servicios y*

En efecto, para identificar quiénes comparten obras ilegales es necesario que los proveedores de internet desenmascaren las direcciones IP para monitorear las actividades personales e íntimas de estas personas en la red; ello es inadmisible en legislaciones donde se halle la protección de esos derechos, como en el caso de Argentina, Colombia, Francia, Paraguay y Perú.

Por otra parte, es indudable que la naturaleza de los derechos de autor ha cambiado. La actual protección a las obras del ingenio no es suficiente para las nuevas tecnologías de comunicación en internet. Así, mientras hay quienes prohíjan por que el uso justo de las obras se amplíe con el paso del tiempo[183], algunos proponen renovar de manera indefinida el *copyright*[184] y otros sugieren legalizar todas las descargas imponiendo tarifas especiales en los servicios de

---

la Proveniente de Terceros Países y se Dictan otras Disposiciones". Esta normativa consagra el principio de confidencialidad, según el cual: "Todas las personas naturales o jurídicas que intervengan en la administración de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas en todo tiempo a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende la administración de datos…". Ello implica una reserva de confidencialidad respecto de la actividad de los usuarios del servicio de internet, pues debe entenderse que la norma se extiende y obliga a los proveedores a no revelar las direcciones I.P. de sus clientes. Sin embargo, no es menester hilar luengas disquisiciones para determinar que, al tratarse de una ley estatutaria de la República, se encuentra sujeta a un control previo y automático por parte de la Corte Constitucional para establecer su constitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicha revisión podría limitar el alcance de esta ley.

183 Liu, J. P., "Copyright and time: A proposal", en *Michigan Law Review*, No. 101, 2002, p. 409.

184 Landes, W. M. y Posner, R. A., "Indefinitely renewable copyright", en *University of Chicago Law Review*, volúmen 9, No. 70, 2003, p. 47.

internet para reemplazar las pérdidas sufridas en los derechos patrimoniales de autor[185].

La última solución citada es la que recoge esta tesis. Si los usuarios del P2P desean compartir libre y gratuitamente obras musicales y visuales sin reconocer los derechos de sus autores y titulares no tendrán ningún inconveniente en pagar una tarifa obligatoria, concertada con los usuarios, para retribuir al creador de la obra y al titular de derechos patrimoniales por las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de las descargas ilegales. Esta postura puede resultar acertada, por las siguientes razones:

a. A pesar de que se intente prohibir el uso de las redes P2P de intercambio y distribución de archivos, no se puede sancionar a los usuarios por las dificultades ya expuestas. Cualquier ley que proscriba el uso de esta tecnología se torna ineficaz, pues nunca media el ánimo de lucro requerido por la mayoría de legislaciones.

b. Tampoco puede legalizarse el uso libre y gratuito del P2P –como en el caso de Canadá–, pues los afectados, los

---

185 FISHER, W. *Promises to keep: Technology, law and the future of entertainment*, Stanford University Press, 2004, pp. 199-258. El modelo de Fisher, del cual se han tomado varias ideas para la propuesta en esta obra, consiste en registrar, por ejemplo, una canción o película en la oficina de derecho de autor competente; el gobierno luego recaudaría impuestos para ser distribuidos entre los titulares de derechos, tomando como base para ello el número de veces en que la canción o película ha sido descargada. La dificultad de esta propuesta radica, sin embargo, en la determinación del número de descargas. Fisher se apoya en medidas tecnológicas que aún no han sido inventadas.

titulares de derechos de autor y conexos, tienen derecho a que se les reconozca sus derechos patrimoniales por las creaciones de su talento. Es entonces necesario que se concilien ambas posturas para solucionar, de una vez por todas, las infracciones ocasionadas por este fenómeno.

c. La utilización de las redes P2P debe legalizarse, pero únicamente bajo la condición de que se imponga una tarifa obligatoria a aquellas personas que las usen y que tengan acceso y conexión a un proveedor de internet. Esto, a través de un recaudo que cobrarían las sociedades de gestión colectiva, entidades normalmente especializadas en recolectar y distribuir regalías para los autores. Sólo así podría retribuirse el menoscabo en los derechos patrimoniales. Los usuarios de esta tecnología seguirían compartiendo copias sin pagarles directamente a los titulares de los originales, pues en realidad pagarían a estas entidades, quienes a su vez retribuirían de manera indirecta a los autores y titulares.

d. Esta tarifa, concertada con los usuarios, se cobraría en la factura de cobro por el servicio de conexión a internet, para luego ser recaudada por la sociedad de gestión. Los derechos se repartirían a los autores fundamentándose en las descargas registradas de sus obras, pues aunque no se pueda registrar quién descarga, sí se puede saber qué archivos están siendo descargados.

e. En Colombia, el recaudo de esta tarifa lo podrían realizar las sociedades de gestión colectiva[186], entidades dedicadas a la protección de los derechos generados por la explotación comercial de la música en los establecimientos abiertos al público en este país[187]. En subsidio, la Dirección Nacional de Derechos de Autor podría ejercer control y vigilancia en esta materia.

f. Las sociedades de gestión, incluso, podrían representar en el país a las sociedades extranjeras con quienes tengan contrato de representación ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas en todos los asuntos de interés general y particular de sus miembros. Así se protegerían los derechos patrimoniales no sólo de los titulares de derechos de autor y conexos colombianos, sino también de los extranjeros. Para legalizar esta iniciativa en Colombia se ha preparado un proyecto de ley que se anexa a la presente obra[188].

---

186 Tales como la Sociedad de Autores y Compositores, Sayco, y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores, Acinpro, en el caso de la música, o el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos, en el caso de los libros. Al respecto, véase LEÓN, *Las sociedades*…ob. cit., *supra*, nota 26.

187 "Su gestión esta basada en la legislación que regula los derechos de autor en el país y en cumplimiento del mandato conferido por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia Sayco y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos Acinpro, en sus calidades de sociedades de gestión colectiva". Al respecto, véase http://saycoacinpro.org.co/quienessomos.php, consulta realizada el 16 de junio de 2007.

188 Aunque ambiciosa, esta propuesta sigue los lineamientos de un modelo similar prohijado por la Electronic Frontier Foundation, EFF, que pretende legitimar el uso de redes P2P a través de una tarifa mensual. Mientras los usuarios cumplan con pagar esta tarifa, serán libres de descargar cuantas obras multimedia quieran de internet sin el temor a que por ello sean llevados a juicio. Para mayor

Puede afirmarse con certeza que esta solución trasciende más allá del problema que trae consigo el P2P. Es un recurso a una situación que ya existía desde mucho antes de que Shawn Fanning inventara Napster.

Compartir copias de una canción o una película era una costumbre socialmente aceptada[189] desde mucho tiempo atrás. Por décadas, los casetes, cintas de Betamax, cintas de VHS, los CD y DVD, fotocopias, etc. han servido como medios para copiar obras audiovisuales. P2P e internet surgen como otro mecanismo facilitador del proceso.

En principio, si bien la web resultó atractiva para la industria del entretenimiento, no fue una garantía absoluta para los derechos reconocidos. Aunque los derechos de autor señalan la licitud de las copias privadas, el desarrollo de nuevas tecnologías hizo que estas se convirtieran en ilegales, al ser distribuidas masivamente a través de internet. Así, las decisiones judiciales señaladas en este escrito reconocieron que las redes P2P modificaron la naturaleza de los derechos de autor.

Las huellas que ha dejado el uso de esta tecnología son suficientes para tomar conciencia y pensar en erradicar las descargas ilícitas que hoy ocurren con desenvoltura. Sin embargo, esto no será viable mientras no exista una cultura fortalecida de propiedad intelectual, de honestidad, de res-

---

información, véase EFF. *A better way forward: Voluntary collective licensing of music file sharing*, disponible en www.eff.org/wp/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing, consulta realizada el 30 de enero de 2008.

189 Schmidt, E., "Soziale Handlungslehre", en *Festschrift fur Karl Engisch*, Vittorio Klostermann, 1969, pp. 339 y ss.

peto no sólo a los autores, sino también a todas sus obras del ingenio y de la creatividad.

Sin embargo, esta discusión continuará por mucho tiempo. Nadie debe esperar que la industria del entretenimiento no reaccione frente a una infracción en su contra, pero quizá podría ser mejor que, a través del mismo negocio y mediante el aprovechamiento de la tecnología, se solucionaran las necesidades de los consumidores, en vez de conducirlos como criminales ante los tribunales de justicia.

Plazas Vega una vez expresó que el jurista no puede encerrarse en el frío mundo de las normas e ignorar la realidad, porque su papel para la superación de las crisis sociales y, para la consolidación de una convivencia pacífica y justa, es fundamental[190]. Fue así como ocurrió la idea de una obra que ha entretenido y ocupado al autor de estas páginas, y que, aunque tal vez no esté a la altura de los deseos, se entrega por fin, como lo decía Gibbon[191], a la curiosidad y a la benevolencia del público.

---

190 PLAZAS VEGA, M., *Ideas políticas y teoría del derecho*, Temis, Bogotá, 2003, p. 337.

191 GIBBON, E., *The history of the decline and fall of the Roman Empire*, volúmen 6, cap. XVI, 1788.

Anexo

Proyecto de ley No. [ ] de [ ]

"Por la cual se reconoce y legaliza el uso de las tecnologías *peer-to-peer* en Colombia y se crea un régimen tarifario de derechos de autor"
Autor: Eduardo Secondo Varela Pezzano

Exposición de motivos

El concepto de derecho de autor ha tenido un cambio fundamental con el advenimiento de la tecnología de redes *peer-to-peer* P2P. En la actualidad, las descargas ilegales en internet son una realidad que se encuentra fuera de cualquier discusión.

Las personas que tengan conexión a este servicio pueden utilizar un *software* de red P2P para conseguir copias gratis de canciones, películas, libros y otros *software* ilegales. Aunque se encuentra prohibida en diversas legislaciones, esta conducta es la actual crisis que recae sobre los derechos de autor.

El problema radica en lo difícil que resulta saber quiénes descargan estos archivos. Estas personas se encuentran en el anonimato debido a que en las redes P2P sólo se puede identificar a los usuarios a través de las direcciones de pro-

tocolo que utilicen para conectarse a internet. Por lo tanto, no pueden ser sancionados por su conducta infractora.

A pesar de lo anterior, este proyecto tiene como objeto legalizar esa conducta. Es menester dilucidar que lo que se busca no es patrocinar una actuación injusta que atente contra los derechos de los autores. Tampoco se busca eliminar la propiedad intelectual ni mucho menos desproteger las creaciones del intelecto humano.

Lo que se pretende con esta ley es legalizar las redes P2P de manera tal que se retribuya a los autores con una tarifa en el servicio de conexión a internet. Este importe sería recolectado por las sociedades de gestión colectiva y luego repartido y entregado entre los autores basándose en el número de descargas de cada obra.

Así, el uso de este *software* continuaría, pero esta vez mediaría una retribución justa para los afectados con las descargas. En la actualidad ha sido imposible detener el uso del P2P en internet y, por eso, se busca una pronta solución que se adapte a la imposibilidad de sancionar a los adeptos a estas redes. En ese sentido, se lograría la satisfacción de la finalidad social del derecho que otorga la protección a la propiedad intelectual. Las descargas seguirían, pero esta vez el interés económico de los autores no se vería afectado.

Esta fue la forma en que finalmente se solucionó el problema de la radio. En vez de intentar demandar a millones de personas que se beneficiaban con la emisión de música protegida por estos derechos, se crearon las sociedades de gestión colectiva para recolectar una tarifa que les permitiera continuidad a las estaciones radiales pero que compensara a

los artistas, productores y demás interesados por el uso no autorizado de sus obras.

Esta solución no requiere ningún cambio en el actual régimen de la propiedad intelectual ni afecta a los usuarios de internet o a los artistas. Las tarifas son concertadas entre ambas partes y luego cobradas mensualmente en las facturas de internet. Si no se logra consenso, se ha previsto la intervención directa de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, que tendrá la función de controlar, inspeccionar y vigilar la actividad de las sociedades de gestión colectiva en este nuevo sistema que se propone. Por tal razón, el presente proyecto de ley también tiene como objeto establecer los parámetros que se deben tener en cuenta en el momento de fijar las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva, regulando un cobro justo y proporcional para cada uno de los usuarios.

El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia ordena al Estado proteger la propiedad intelectual mediante las formalidades que establezca la ley. Por lo tanto, el órgano legislativo está facultado para permitirle a las sociedades de gestión colectiva cobrar esta tarifa para asegurar la protección a los derechos de autor.

Proyecto de Ley No. [ ]

"Por la cual se reconoce y legaliza el uso de las tecnologías *peer-to-peer* en Colombia y se crea un régimen tarifario de derechos de autor"

El Congreso de Colombia
DECRETA:

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1º. DEFINICIONES. En la presente ley deberán tenerse en cuenta las siguientes definiciones:
a. Tecnologías *peer-to-peer*' (P2P): *Software* cuya función es conectar a los usuarios a través de una red sin servidores que facilite la descarga de música, películas, libros, fotos y *software* protegido por derechos de autor, entre todos los otros usuarios, de manera gratuita.
b. Descargas: La acción informática por la cual un archivo que no reside en la computadora de un usuario del servicio de internet pasa a estarlo mediante una transferencia a través de una red desde otra computadora que sí lo acoge.

ARTÍCULO 2º. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reconocer y legalizar el uso de tecnologías y redes P2P en Colombia y establecer los parámetros en virtud de los cuales se fijarán las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva o quienes hagan sus veces para esa finalidad.

ARTÍCULO 3º. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. Las tarifas por el uso de las redes P2P se cobrarán proporcionalmente a todos los usuarios del servicio de internet, teniendo en cuenta el número de descargas regis-

tradas anualmente por la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

ARTÍCULO 4º. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. La fijación de las tarifas cobradas por las sociedades de gestión colectiva deberá establecerse de manera transparente, con la finalidad de que la tarifa concertada entre los usuarios, proveedores del servicio de internet y las sociedades de gestión colectiva sea pública, permitiéndoles a los interesados el debido conocimiento de la misma.

Una vez fijada la tarifa, esta deberá ser publicada vía internet u otro medio de amplia divulgación nacional dando a conocer todos los datos relativos al proceso de concertación.

CAPÍTULO II
COPIA PRIVADA Y PUERTOS SEGUROS

ARTÍCULO 5º. COPIA PRIVADA. Se garantiza el derecho que tienen los usuarios de sistemas electrónicos, tecnológicos y digitales a la utilización de obras protegidas por el derecho de autor y conexos para fines personales, de conformidad con los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de propiedad intelectual y la normativa vigente.

ARTÍCULO 6º. VIOLACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS. La descarga ilegal de archivos protegidos por derechos de autor y conexos para fines que impliquen un ánimo de lucro mediante la utilización de tecnologías P2P, el no pago de las tarifas o la omisión en la repartición de las regalías señaladas en esta ley darán lugar a

que el infractor incurra en las sanciones previstas en el Título VIII del Código Penal. Igualmente, de las previstas en las normas sobre derechos de autor y conexos vigentes en Colombia y, en especial, la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993.

ARTÍCULO 7º. PUERTOS SEGUROS. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. En ningún caso podrá iniciarse cualquier tipo de actuación administrativa, demanda judicial o investigación penal en contra de un presunto infractor del derecho de autor o conexos por la utilización de tecnologías P2P sin habérsele requerido la cesación de su conducta. El requerimiento deberá ser efectuado por escrito o a través de un mensaje de datos, de conformidad con lo prescrito al respecto en la Ley 527 de 1999, a su dirección física o electrónica o mediante la comunicación a través de su proveedor de servicios de internet, garantizando en todo momento sus derechos fundamentales y, en especial, el derecho a la defensa y al debido proceso.

ARTÍCULO 8º. REQUERIMIENTO POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Frente a la comisión de cualquier conducta delictiva, infracción administrativa o violación del derecho de autor y conexos, y ante la solicitud de la correspondiente autoridad judicial o administrativa proferida dentro de las garantías mencionadas en el artículo anterior, los proveedores de internet deberán proporcionarle al requirente la identidad del infractor para adelantar las investigaciones pertinentes.

CAPÍTULO III
CONCERTACIÓN DE LA TARIFA

ARTÍCULO 9º. CRITERIOS PARA FIJAR LA TARIFA. Las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor cobrarán tarifas a los usuarios del servicio de internet por el uso legalizado de las redes P2P teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a. Las sociedades de gestión colectiva y las asociaciones y organizaciones de usuarios del servicio de internet concertarán de común acuerdo un régimen tarifario, teniendo en cuenta para tal fin la clasificación y la cantidad de las descargas registradas anualmente. Para cumplir con este propósito, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en conjunto con los proveedores de internet, deberán llevar un registro nacional de las descargas legales.

b. Para clasificar las descargas se utilizarán los siguientes parámetros:

b.1 Alto porcentaje de descargas: son descargas de alto porcentaje las que superen el número de registro de seiscientos ocho (608) millones descargas anuales.

b.2 Mediano porcentaje de descargas: son descargas de mediano porcentaje las que superen el número de registro de cuatrocientos doce (412) millones anuales pero que sean inferiores a seiscientos ocho (608) millones de descargas anuales.

b.3 Bajo porcentaje de descargas: son descargas de bajo porcentaje las que sean inferiores al número de registro de cuatrocientos doce (412) millones de descargas anuales.

c. La tarifa se determinará teniendo en cuenta los parámetros del inciso anterior y la capacidad de pago de los usuarios del servicio de internet. Para tales efectos, se tendrán como base los planes tarifarios establecidos en los contratos del servicio de internet.

El gobierno nacional tendrá un plazo de tres (3) años a partir de la vigencia de la presente ley, para implementar las medidas tecnológicas necesarias que permitan a la Dirección Nacional de Derecho de Autor llevar un registro nacional de descargas legales en internet.

ARTÍCULO 10º. EXPRESIÓN DE LAS TARIFAS. Las tarifas fijadas por la concertación entre las sociedades de gestión colectiva y las organizaciones o asociaciones de usuarios deberán estar expresadas en fracciones de salario mínimo legal vigente.

CAPÍTULO IV
PROCEDIMIENTO PARA LA CONCERTACIÓN

ARTÍCULO 11. PROPUESTA PREVIA. Las sociedades de gestión colectiva presentarán una propuesta previa del régimen tarifario a cobrar por cada año por la utilización de las redes P2P y las descargas de obras protegidas por derechos de autor que en ellas se encuentren. La propuesta deberá ser registrada en la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Radicada la anterior propuesta, la Dirección Nacional de Derecho de Autor invitará a las organizaciones o asociaciones de usuarios y a los proveedores de internet a iniciar la concertación.

ARTÍCULO 12. TÉRMINOS PARA FIJAR LA TARIFA. Las sociedades de gestión colectiva y las asociaciones y organizaciones de usuarios, dispondrán de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se inicie la concertación entre las partes para fijar la tarifa según los parámetros del artículo 5º de esta ley. Vencido este término sin que se haya concertado, la Dirección Nacional de Derecho de autor convocará a las partes a una audiencia de conciliación dentro de los cinco (5) días siguientes a la concertación fallida para llegar a un acuerdo en la fijación de la tarifa. Esta audiencia no podrá exceder de quince (15) días desde que se dé inicio a la misma.

ARTÍCULO 13. AUDIENCIA FALLIDA. Fallida la audiencia de conciliación, la Dirección Nacional de Derecho de Autor tendrá veinte (20) días para fijar la tarifa, teniendo en cuenta los criterios y disposiciones establecidas en la presente ley.

ARTÍCULO 14. TARIFAS FIJADAS POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. La tarifa que se determine por parte de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o quien haga sus veces, no podrá ser inferior a la pagada el año inmediatamente anterior.

ARTÍCULO 15. PUBLICIDAD DE LAS TARIFAS. Una vez fijada la tarifa deberá ser publicada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor dentro de los tres (3) días siguientes a su fijación en el Diario Oficial y por lo menos en un diario de amplia circulación nacional.

ARTÍCULO 16. SOLICITUD DE REVISIÓN. Los usuarios podrán solicitar la revisión de la tarifa cuando esta

no se ajuste a las disposiciones contempladas en la presente ley ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor dentro de los cinco (5) días siguientes de haber tenido conocimiento de la tasa fijada.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor dispondrá de diez (10) días para resolver la solicitud y, si fuere necesario, ajustar la tarifa bajo los parámetros establecidos en la presente ley. En todo caso, la solicitud de revisión sólo podrá pedirse tres veces en un mismo año.

CAPÍTULO V
COBRO DE LA TARIFA Y REPARTICIÓN DE REGALÍAS

ARTÍCULO 17. COBRO DE LA TARIFA. La tarifa previamente concertada entre las sociedades de gestión colectiva y las asociaciones de usuarios será cobrada mensualmente y por separado en la factura del servicio de conexión a internet a los usuarios. Esta se cobrará en bloque y no individualmente a los usuarios. Los proveedores de este servicio no podrán suspender el servicio por el no pago de la misma.

PARÁGRAFO: El cobro de estos derechos será reglamentado por el Ministerio de Comunicaciones.

ARTÍCULO 18. REPARTICIÓN DE REGALÍAS. Las sociedades de gestión colectiva recaudarán mensualmente de los proveedores de internet los dineros generados con la tarifa. Los recaudos se repartirán a los autores teniendo como fundamento las descargas registradas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor en el mes inmediatamente anterior.

Esta entidad también vigilará, inspeccionará y controlará la distribución de regalías.

ARTÍCULO 19. REPRESENTACIÓN DE ARTISTAS EXTRANJEROS. Las sociedades de gestión colectiva representarán en el país a las sociedades extranjeras con quienes tengan contrato de representación, ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas y en todos los asuntos de interés general y particular de sus miembros.

ARTÍCULO 20. EXENCIÓN DE REGALÍAS. Cuando un artista, productor u otro interesado en los derechos patrimoniales de una obra suba un archivo de la misma a las redes P2P con fines publicitarios, las sociedades de gestión colectiva no estarán obligadas a distribuir las regalías recaudadas por las descargas de ese archivo.

ARTÍCULO 21. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones legales que le sean contrarias.

Bibliografía

Libros

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, editorial Temis, tomo I, sexta edición, Bogotá, 2001.

BAINBRIDGE, David, *Software copyright law,* Butterworths, Londres, 1997.

BERTRAND, A, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, París, 1999.

BOYTA, György. *Glosario del derecho de autor y derechos conexos*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, Ginebra, 1980.

CANOVAS, Diego, *Los derechos de autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996.

COX, Brad, *Superdistribution: objects as property on the electronic frontier*, Addison-Wesley, New York, 1995.

DESBOIS, H, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1978.

EGUIGUREN, Francisco, *Poder judicial, Tribunal Constitucional y habeas data en el constitucionalismo peruano*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, primera edición, México D. F., 1999.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1998.

FISHER, William, *Promises to keep: Technology, law and the future of entertainment*, Stanford University Press, 2004.

FOSTER, Ian e IAMNITCH, Adriana. *On death, taxes, and the convergence of peer-to-peer and grid computing*, 2nd International Workshop on Peer-to-Peer Systems (IPT-PS'03), 2003.

HALABI, S. y MCPHERSON, D, *Arquitecturas de enrutamiento en internet*, Cisco Press, segunda edición, Madrid, 2001.

LIPZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco, Buenos Aires, 1993.

LOCKE, John, *Second treatise on civil government*, Prometheus Books, 1986.

LUCAS, André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, París, 1998.

LUCAS, André y LUCAS, Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, segunda edición, París, 2001.

MCKEOUGH, Jill y Stewart, Andrew. *Intellectual Property in Australia*, segunda edición, Sydney, 1997.

NOVOA MONREAL, E, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Editorial Siglo XXI, Bogotá, 1979.

SCHODER, Detlef, FISCHBACH, Kai y SCHMITT, Christian, *Core concepts in peer-to-peer networking*, *Peer-to-Peer Computing: The Evolution of a Disruptive Technology*, Idea Group Publishing, 2005.

STROWEL, Alain, *Droit d'auteur et copyright*, L.G.D.J, Bruxelles, Bruylant & París, 1993.

SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho privado. Estudios en derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, Legis, tomo I, segunda edición, 2003.

THOMPSON, Mary, JOHNSTON, William, MUDUMBAI, Srilekha, HOO, Gary, JACKSON, Keith y ESSIARI, Abdelilah, *Certificate-based access control for widely distributed resources*, 8th Usenix Security Symposium, 1999.

VILLALBA, Carlos y PEIRETTI, Graciela, *La propiedad intelectual – el derecho de autor. Concepto de obra protegida. Enumeración y análisis. El registro en la DNDA*, VII Seminario Subregional de la OMPI sobre Derechos de Propiedad Intelectual para Países del Mercosur y Chile, Cariló ,Argentina, 2005, s.p.i.

WILLIAMS, Robin, *Jargon, an informal dictionary of computer terms*, 1993.

Artículos especializados

ANDROUTSELLIS-THEOTOKIS, Stephanos y SPINELLIS, Diomidis, "A Survey of Peer-To-Peer Content Distribution Technologies", en *ACM Computing Surveys, volúmen 36,* No. 4, 2004.

BARBOSA, D, "Logiciel et le droit d'auteur: un mariage de déraison", en *Droit d'auteur*, volúmen 101, No. 4, 1988.

BRANDENBURG, Karl-Heinz. "MP3 and ACC explained", en *AES 17th International Conference on High Quality Audio Coding*, 1999, s.p.i.

DABEK, Frank, BRUNSKILL, Emma, KAASHOEK, M. Frans, KARGER, David, MORRIS, Robert, STOICA, Ion y BA

LAKRISHNAN, Hari, "Building peer-to-peer systems with Chord, a distributed lookup service", en, *Proceedings of the Eighth IEEE Workshop on Hot Topics in Operating Systems, HotOS-VIII*, 2001.

FEATHER, John, "The book trade in politics: The making of the Copyright Act of 1710", en *Publishing History*, volúmen 19, No. 8, 1980.

KU, Raymond Shu Ray, "The creative destruction –of copyright: Napster and the new economics of digital technology", en *University of Chicago Law Review*, volúmen 69, 2002.

LANDES, William M. y Posner, Richard A., "Indefinitely renewable copyright, en University of Chicago Law Review", volúmen 9, No. 70, 2003.

LIU, Joseph. P., "Copyright and time: A proposal", en *Michigan Law Review*, No. 101, 2002.

LEÓN, Édgar Iván y VARELA PEZZANO, Eduardo, "Panorama jurisprudencial de las tecnologías Peer-to-peer", en *Foro de Derecho Mercantil*, Legis, Revista Internacional, No. 18, 2008.

RIMMER, Matthew, "Hail to the thief: A tribute to Kazaa", en *University of Ottawa Law & Technology Journal*, volúmen 2, 2005.

SCHMIDT, Eberhard, "Soziale Handlungslehre", en *Festschrift fur Karl Engisch*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969.

STERLING, J.A.L., "Creator's right and the bridge between author's right and copyright", en *ICC*, volúmen 29, No. 3, 1998.

STOICA, Ion, MORRIS, Robert, KARGER, David, KAASHOEK, M. Frans y BALAKRISHNAN, Hari, "CHORD: A scalable peer-to-peer lookup service for internet applications", en *Proceedings of the ACM SIGCOMM 2001 Conference SIGCOMM-01*, 2001.

VARELA PEZZANO, Eduardo, "Toysareus.com: mucho más que un nombre de dominio", en *Revista Temas Jurídicos*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, No. 18, julio - diciembre de 2006.

XALABARDER, R, "Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital", en *Revista d'Internet, Dret i Política*, No. 1, 2005.

ZIMMERMAN, Elliot M., "P2P file sharing: Direct and indirect copyright infringement", en *Florida Bar Journal*, volúmen 78, 2004.

Artículos periodísticos

"2006 Special 301: Hong Kong", en *International Intellectual Property Alliance*, 13 de febrero de 2006.

ISER, Lawrence y TOMAS, James, "Battling digital piracy", en *The National Law Journal*, 20 de enero de 2003.

LEÓN, Édgar Iván. "Por la defensa de los derechos de autor. Sociedades de gestión: la unión hace la fuerza", en *Ámbito Jurídico*, No. 105, 27 de mayo al 9 de junio de 2002, Legis, Bogotá.

LEÓN, Édgar Iván y VARELA PEZZANO, Eduardo, "Las tecnologías P2P y la protección del derecho de autor: un

debate sin fin", en *Mercado de Dinero*, No. 18, agosto de 2008.

Gaither, Chris, "Recording industry withdraws suit", en *The Boston Globe*, septiembre 24 de 2003.

Galloway, Simon, "Bootlegs, an insight into the shady side of music collecting", en *More Music e-zine*, 1999.

Min, Lee, "Hong Kong court orders internet providers to reveal 22 people who uploaded music", en *Associated Press Newswires*, 26 de enero de 2006.

O'Brien, Timothy. *King Kong vs. the pirates of the multiplex*, en *The New York Times*, agosto 28 de 2005.

Sarmiento, Acaimo, "¿P2P: Derecho o delito?" en *Revista Comunicaciones: Redes de Intercambio de Información*, agosto a septiembre de 2004.

Timiraos, Nick, "Free, legal and ignored", en *The Wall Street Journal*, julio de 2006.

Varela Pezzano, Eduardo, "Videos que se están viendo ahora: Viacom vs. YouTube revisado", en *Opinión Independiente*, No. 1, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2007.

Jurisprudencia

Argentina

Corte Suprema de Justicia de Argentina, Sentencia del 15 de abril de 1993, E.D. 152-569.

Australia

Universal Music Australia Pty. Ltd. *vs.* Sharman License Holdings Ltd. (*KaZaa*), 2005, FCA 1242.

Canadá

BMG Canada Inc. *vs.* John Doe, 2004 FC 488 aff'd 2005 FCA 193.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada *vs.* Canadian Association of Internet Providers, 2004 SCC 45.

Colombia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, Sentencia del 3 de septiembre de 1982.

Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia C-114 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-389 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-459 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia SU-528 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-017 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia SU-089 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-119 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1996, M.P. Julio Cesar Ortiz.

Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-1147 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2004, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Radicación 29188, 30 de abril de 2008. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Estados Unidos

A&M Records Inc. *vs.* Napster Inc., 239 F.3d 1004, 9th Cir.2001.

American Dental Association *vs.* Delta Dental Plans Assoc., 126 F.3d 977, 7th Cir. 1997.

Art Rogers *vs.* Jeff Koons, 960 F.2d 301, 2nd Cir. 1992.

ATC Distribution Group Inc. *vs.* Whatever It Takes Transmissions & Parts Inc., 402 F.3d 700, 6th Cir. 2005.

Baker *vs.* Selden, 101 U.S. 99, 1880.

Bauer & CIE *vs.* O'Donnell, 229 U.S. 1, 1913.

Bobbs-Merrill Co. *vs.* Straus, 210 U.S. 339, 350–51, 1908.

Bridgeport Music Inc. *vs.* Dimension Films, 230 F. Supp.2d, M.D. Tenn. 2002, rev'd, 383 F.3d 390, 6th Cir. 2004.

Cable/Home Communication Corp. *vs.* Network Prods., Inc., 902 F.2d 829, 845, 11th Cir. 1990.

Campbell *vs.* Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 578, 1994.

Casella *vs.* Morris, 820 F. 2d 362, 365, 11th Cir. 1987.

Chamberlain *vs.* Skylink, 381 F.3d 1178, Fed. Cir. 2004.

Davidson & Associates *vs.* Internet Gateway Inc 334 F.Supp.2d 1164, E.D. Mo. 2004.

Davidson & Associates, Inc. *vs.* Internet Gateway, F.3d., 8th Cir. 2006.

Eldred *et ál. vs.* Ashcroft, 537 U.S. 186, 2003.

Ets-Hokin *vs.* Skyy Spirits Inc., 225 F.3d 1068, 9th Cir. 2000.

Feist Publications Inc. *vs.* Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 1991.

Folsom *vs.* Marsh, 9 F.Cas. 342, 1841.

Grand Upright *vs.* Warner, 780 F. Supp. 182, S.D.N.Y., 1991.

Harper & Row, Publishers, Inc. *vs.* Nation Enters., 471 U.S. 539, 1985,.

Harper & Row, Publishers, Inc. *vs.* Nation Enterprises, 105 S.Ct. 2218, 1985.

In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

Information Servs. Inc. *vs.* Maclean Hunter Market Reports Inc., 44 F.3d 61, 69, 2nd Cir. 1994.

Kelly *vs.* Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934, CA9 2002 353 F.3d 792, 9th Cir. 2003.

Lewan *vs.* Sharman, U.S. Dist. Ct., N.D. Ill 06-cv-6736.

Lexmark Int'l, Inc. *vs.* Static Control Components, Inc. 387 F.3d 522.,6th Cir. 2005.

Macmillan Co. *vs.* King, 223 F. 862, D. Mass 1914.

Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. *vs.* Grokster, 259 F. Supp.2d 1029, C.D. Cal. 2003.

Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc. *vs.* Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005.

Microsoft Corp *vs.* Zamos, Case: 5:04-cv-02504.

New Era Publications Int'l *vs.* Henry Holt & Co., 695 F. Supp. 1493, S.D.N.Y., 1988,.

Novell *vs.* Network Trade Center 25 F. Supp. 2d 1218, C.D. Utah, 1997.

Novell, Inc. *vs.* CPU Distrib., Inc., 2000 U.S. Dist. Lexis 9975, S.D. Tex. 2000.

Princeton Univ. Press *vs.* Michigan Document Services, 99 F. 3d 1381, 6th Cir. 1999.

Quality King Distributors Inc., *vs.* L'anza Research International Inc., 523 U.S. 135, 1998.

Salinger *vs.* Random House, Inc., 650 F. Supp. 413, S.D.N.Y., 1986.

SoftMan Products Co. *vs.* Adobe Systems Inc. 171 F. Supp. 2d 1075, C.D. Cal. 2001.

Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp., 258 F.3d 148, 3rd Cir. 2001.

Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp 324 F.3d 190, 197, 3rd Cir. 2003.

Southco Inc. *vs.* Kanebridge Corp 390 F.3d 276, 3rd Cir. 2004.

Step-Saver Data Systems, Inc. *vs.* Wyse Technology, 939 F.2d 91, 3rd Cir. 1991.

Time Inc. *vs.* Bernard Geis Assocs., 293 F. Supp. 130, S.D.N.Y., 1968.

United States *vs.* Mohrbacher, 182 F.3d 1041, 1048 (9th Cir. 1999.

Universal City Studios, Inc. *vs.* Reimerdes, 111 F.Supp.2d 294, S.D.N.Y. 2000.

Universal City Studios, Inc. *et ál. vs.* Sony Corporation of America Inc, 464 U.S. 417, 1984.

Vault Corp. *vs.* Quaid Software, Ltd., 655 F.Supp. 750, E.D.La. 1987.

Viacom International, Inc. *et ál. vs.* YouTube, Inc. *et ál.*, 07 Civ. 2103, LLS.

Video Pipeline *vs.* Buena Vista, 342 F.3d 191, 3rd Cir. 2003.

Francia

Coupe d'Appels, Montpellier, 10 mars 2005.

Tribunal de Grande Instance, Rodez, 13 octobre 2004.

Tribunal de Grande Instance, Meaux, 21 avril 2005.

Tribunal de Grande Instance, Havre, 20 septembre 2005.

Tribunal de Grande Instance, Toulon, 13 octobre 2005.

Tribunal de Grande Instance, Crétil, 2 novembre 2005.
Tribunal de Grande Instance, Paris, 8 décembre 2005.

Holanda

Kazaa/Buma-Sterma, Hoge Raad der Nederlanden, HR, [Corte Suprema de Holanda], 19 de diciembre de 2003.

Hong Kong

HKSAR vs. Chan Nai Ming,2005, 1469 HKCU1.

Cinepoly Records vs. Hong Kong Broadband Network, 2006, 191 HKCU1.

Inglaterra

Bach *vs.* Longman, 98 Eng. Rep. 1274, 1777.

Millar *vs.* Taylor, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201.

Italia

Corte Suprema di Cassazione della Repubblica Italiana, Sez. III. Sentenza 09.01.2007 No. 149.

Noruega

Corte Judicial de Oslo, Toslo 2004-94328, 27 de mayo de 2004.

Perú

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 8 de julio de 1998, Expediente 666-96-HD.

Unión Europea

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto C-275/06, 29 de enero de 2008.

Páginas de internet

"A guide to copyrights", Office de la propriété intellectuelle du Canada, 2005, disponible en http://www.strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/cp/cpguide-e.pdf, consulta realizada el 10 de marzo de 2007.

"Hong Kong man jailed three months in piracy case", 7 de noviembre de 2005, disponible en www.mybroadband.co.za/nephp/?m=show&id=1133, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

20Minutos.es, "El presidente de Sony BMG a la juez que dictó sentencia absolutoria en un caso de P2P: 'Se puede ser juez e imbécil'", 15 de diciembre de 2006, disponible en 20minutos.es/noticia/182759/0/p2p/juez/absolucion, consulta realizada el 22 de abril de 2007.

20Minutos.es, "Una juez dice en una sentencia que las descargas de música con p2p son legales si no tienen ánimo de lucro", 1º de noviembre de 2006, disponible en http://20minutos.es/noticia/167999/0/internet/sentencia/p2p. consulta realizada el 22 de abril de 2007.

20Minutos.es, "El ánimo de lucro se utiliza como herramienta para cerrar páginas con enlaces a contenidos P2P", 10 de abril de 2006, disponible en 20minutos.es/noticia/108443/0/descargas/emule/p2p, consulta realizada el 22 de abril de 2007.

ABC.es, "Las descargas ilegales de música aumentan un 10% este año en España", 20 de diciembre de 2006, disponible en http://www.alfa-redi.org/noticia.shtml?x=8-026, consulta realizada el 17 de abril de 2007.

BANGEMAN, Eric, "I sue dead people..." 4 de febrero de 2005, disponible en http://arstechnica.com/news.ars/post/200502044587.html, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

BIDDLE, Peter, ENGLAND, Paul, PEINADO, Marcus y WILLMAN, Byran. "The darknet and the future of content distribution", 15 de agosto de 2006, disponible en: http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

BORLAND, John, "Canada deems P2P downloading legal", 12 de diciembre de 2003, disponible en www.news.com.com/21001025_3-5121479.html, consulta realizada el 29 de enero de 2007.

Clarín.com, "Demandan a 20 usuarios de Argentina por bajar música de Internet", disponible en http://www.clarin.com/diario/2005/11/15/um/m-01090270.htm. consulta realizada el 12 de mayo de 2007.

Clarín.com, "Inician 22 demandas a usuarios argentinos por intercambiar música en internet", disponible en http://www.clarin.com/diario/2006/10/1-8/um/m-01292587.htm, consulta realizada el 12 de mayo de 2007.

CNN.com, 12-year-old settles music swap lawsuit, febrero de 2004, disponible en: http://www.cnn.com/2003/TECH/internet/09/09/music.swap.settlement, consulta realizada el 3 de enero de 2007.

Comisión Andina de Juristas, *El proceso de habeas data en la región Andina. Análisis comparado*, disponible en http://

www.cajpe.org.pe/guia/3.pdf, consulta realizada el 4 de mayo de 2007.

ComScore.com, "Global Napster usage plummets, but new file-sharing alternatives gaining ground, reports Jupiter Media Metrix", 20 de julio de 2001, disponible en http://www.comscore.com/press/release.asp?id=249, consulta realizada el 30 de septiembre de 2006.

De García, Rosalia, *La infracción al derecho de autor y el rol de INDECOPI en su prevención*. Tesis de Grado Académica, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, disponible en http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2003/quiroz_pr/sources/quiroz_pr.doc, consulta realizada el 28 de enero de 2007.

Dumont, Estelle, "Un adepte du peer-to-peer relaxé grâce à un vice de procédure", disponible en http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,3902-0774,39365738,00.htm, consulta realizada el 29 de abril de 2007.

Edisonresearch.com, "National Record Buyers Study II", disponible en http://www.edisonresearch.com/home/archives/Recordbuyers2.pdf, consulta realizada el 8 de enero de 2007.

EFF.org, "The Berman P2P bill: vigilantism unbound", disponible en http://www.eff.org/IP/P2P/20020802_eff_verman_p2p_bill.html, consulta realizada el 28 de enero de 2007.

Eilenberg, Susan, Copyright's rhetoric and the problem of analogy in the British eighteenth-century debates, 2001, University of New Cork, disponible en www.

rc.umd.edu/paraxis/law/eilenberg/sebg.htm, consulta realizada el 28 de diciembre de 2006.

Einhorn, Michael y Rosenblatt, Bill, *Peer-to-peer networking and digital rights management: How market tools can solve copyright problems*, CATO Institute, disponible en www.ciaonet.org/wps/eim01/eim01.pdf, consulta realizada el 5 de enero de 2007.

Elpais.com.co, "Primera condena en EE UU por distribuir contenidos protegidos a través de Bit-Torrent", 27 de octubre de 2006, disponible en http://www.alfa-redi.org/noticia.shtml?x=7723, consulta realizada el 19 de abril de 2007.

First Author* @ Firstauthor.org, "P2P Networking 4 Science", 2006, disponible en http://www.firstauthor.org/Downloads/P2P.pdf, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

IFPI.org, "*KaZaa settles with record industry and goes legitimate*". 2006. Disponible en http://www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006-pr.pdf, consulta realizada el 20 de enero de 2007.

Infobae.com, "Grave: avanza la piratería musical por internet", 22 de diciembre de 2006, disponible en www.alfa-redi.com/noticia.shtml?x=8062, consulta realizada el 19 de abril de 2007.

Ipsos-Reid.com, "Americans continue to embrace potential of digital music", 5 de diciembre de 2002. en *Tempo*: *Researching the digital landscape*, disponible en http://www.ipsosna.com/dsp_tempo.cfm, consulta realizada el 8 de enero de 2007.

KING, Brad, "Napster's file-trading no more", en *Wired News*, 27 de julio de 2000, disponible enwww.wired.com/news/business/0,1367,37558,00.html, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

Módulo 2 de la *Introducción al cursillo de propiedad intelectual,* DL-001, de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual, OMPI, disponible en http://www.wipo.int/academy/es/courses/distance_learning/catalog/c_index.html, consulta realizada el 27 de diciembre de 2006.

MOOK, Nate, *RIAA sues 261, including 12-year-old girl*, 9 de septiembre de 2003, disponible en http://www.betanews.com/article/1063159635, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

MOOK, Nate, *RIAA sues dead grandmother*, 4 de febrero de 2005, disponible enhttp://betanews.com/article/RIAA_Sues_Deceased_Grandmother/1107532260, consulta realizada el 22 de enero de 2007.

MOOK, Nate, *IFPI sues 8,000 P2P file swappers*, disponible en htttp://www.betanews.com/article/IFPI_Sues_8000_P2P_File_Swappers/1161101823, consulta realizada el 22 de febrero de 2007.

LEANDER, Kahney, *Intel says: Think like Napster,* en *WIRED News*, disponible en http://www.wired.com/news/technology/0,1282,38413,00.html, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

LOREDO, Alejandro. *Derecho de autor y copyright: Dos caminos que se encuentran*: en *Revista Alfa-Redi*, No. 91, febrero de 2006, disponible en http://www.alfa-redi.org, consulta realizada el 2 de abril de 2007.

MENTA, Richard, *Did Napster take radiohead's new album to number 1?*, en *MP3 Newswire Homepage*, 28 de octubre de 2000, disponible en www.mp3newswire.net/stories/2000/radiohead.html, consulta realizada el 3 de abril de 2007.

P2P.net, "EliteTorrents admin jailed", disponible en http://p2pnet.net/story/10241, consulta realizada el 20 de abril de 2007.

Pew Internet Project, *Downloading free music: internet music lovers don't think it's stealing*. 2000; y *Music downloading, file-sharing and copyright*. 2003, disponible en http://www.pewtrusts.com/pubs/, consulta realizada el 9 de enero de 2007.

SHIRKY, Clay, *What is P2P... and what isn't?*, en *OpenP2P.com*, 2000, disponible en

http://openp2p.com/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

U.S. Copyright Office, Summary of Digital Millenium Copyright Act, disponible en www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf, consulta realizada el 27 de enero de 2007.

VON LOHMANN, Fred, "What peer-to-peer developers need to know about copyright law", en *Electronic Frontier Foundation* volúmen 4, 2006, disponible en http://www.eff.org/IP/P2P/p2p_copyright_wp_v5.pdf, consulta realizada el 30 de diciembre de 2006.

Este libro fue compuesto en caracteres
Stempel Garamond 12 puntos, impreso sobre
papel propal de 70 gramos y encuadernado
con método Hot Melt, en el mes de enero de 2009,
en Bogotá, D.C., Colombia
Javegraf