

COMPUTACIÓN EN LA NUBE

ERNESTO RENGIFO GARCÍA*

I. ASPECTOS TÉCNICOS Y BENEFICIOS

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

La definición de mayor aceptación en la doctrina, respecto de la “nube” o “computación en la nube” es la expuesta por el National Institute of Standards and Technology (NIST): la computación en la nube es un modelo para habilitar el acceso a internet en todas partes, conveniente y bajo demanda sobre un conjunto compartido de recursos informáticos (ej.: redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente accedidos con un mínimo esfuerzo de gestión o intervención del proveedor del servicio.

Para entender su concepto y alcance es útil recurrir a la siguiente analogía:

Piénsese en la computación en [la] nube como un servicio público, como un servicio de energía eléctrica. En un servicio de electricidad, las partes involucradas son las empresas grandes proveedores –que prestan el servicio– y los clientes –particulares y

* Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho de Contratos en la misma. Abogado asesor. Contacto: [ernesto@garridorengifo.com]. Fecha de recepción: 4 de febrero de 2013. Fecha de aceptación: 15 de agosto de 2013. Para citar el artículo: Rengifo García, E. “Computación en la nube”, *La Propiedad Inmaterial*, N° 17, noviembre de 2013, pp. 223-245.

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

empresas que utilizan y pagan por el servicio—. El mismo modelo básico existe en el *cloud computing*. Las compañías de tecnología como Google, Microsoft y Amazon son proveedores de la nube. Los usuarios individuales y empresas que utilizan los servicios de los proveedores son clientes de la nube².

Los servicios suministrados en este caso son recursos informáticos. La nube ofrece principalmente tres servicios, conocidos como: 1. Software como servicio (SaaS); 2. Plataforma como servicio (PaaS), y 3. Infraestructura como servicio (IaaS). Cuando la nube opera como software, el proveedor del servicio proporciona aplicaciones y software a cambio de un pago por el servicio. El usuario paga por los servicios que efectivamente va a utilizar, por ejemplo, correo electrónico, uso de aplicaciones, etc. El servicio de PaaS supone el uso de una plataforma tecnológica en internet, que incluye hardware, sistema operativo y middleware, entre otros, sin necesidad de comprar y administrar su propia plataforma, sino pagando el servicio prestado. Finalmente, y de mayor importancia para el presente estudio, se encuentra el uso de la infraestructura de la nube consistente en el acceso, bajo demanda y por vía remota, a servidores, subsistemas de almacenamiento y redes, o mejor, un almacenamiento remoto de contenidos o de archivos digitales. Este es el caso de un usuario que decide almacenar su información en la nube y administrar de manera directa la infraestructura prestada por el prestador del servicio³.

Entre las ventajas o beneficios reconocidos a la computación en la nube, se encuentran la reducción de costos, la inmediatez, la disponibilidad, la escalabilidad y la eficiencia. La computación en la nube es considerada una alternativa para combatir la piratería de software.

Con servicios en la nube, el código fuente del software no tiene que distribuirse entre sus usuarios, pues se accede al programa a través de Internet. Con la nube, la mayoría de software correrá en servidores remotos, asegurados con firewalls y otras protecciones tecnológicas, que reducirá el riesgo de piratería o de apropiación de funcionalidades innovadoras o de copia de ciertos métodos de software específico. Además, la forma de pago de los servicios en la nube asegura que los usuarios paguen por el programa. Lo anterior hará que la piratería se reduzca más por los términos del contrato entre proveedor y cliente que por la protección de los derechos de autor⁴.

Cuanto se ha dicho sirve para resaltar que, además de las ventajas técnicas que provee la nube, esta también se erige como una forma de protección de la propiedad intelectual, y a la vez, desde el punto de vista de los usuarios, podría técnicamente

2. TIMOTHY J. CALLOWAY. "Cloud Computing, Clickwrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: A Perfect Storm?", en: [<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=dltr>].

3. Cfr. MARC AARON MELZER. "Copyright Enforcement in the Cloud", en *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment, L.J.* vol. 21, pp. 403 y ss.

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

considerarse por algunos como una limitante adicional al acceso a la información. Se afirma además que en un futuro todo estará en la nube, y como afirman Gervais y Hyndman, “[l]a intermediación es el nuevo contenido y los intermediarios los guardianes de la nube”⁵.

La discusión sobre la incompatibilidad de intereses entre las nuevas tecnologías y el derecho de autor no es reciente. Esta discusión sale a la luz cada vez que se crea una nueva forma de disposición, comunicación pública o reproducción (almacenamiento)⁶ de obras protegidas por el derecho de autor.

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

Una reflexión, de tinte anarquista, describe el contexto de este “nuevo”, pero no desconocido, debate:

Gobiernos del mundo industrializado, gigantes, obsoletos de carne y acero, escuchadme: llego el ciberespacio, de la nueva morada del espíritu [...]. No os queremos entre nosotros, en el terreno donde nos reunimos no sois soberanos [...] vuestros conceptos jurídicos de propiedad, de expresión, de identidad, de movimiento y de contexto no se aplican a nosotros. Están basados en la materia, y aquí no hay materia. La misión de los pobladores del ciberespacio es, en su sentir, la de crear una civilización del espíritu en el ciberespacio [...] más humana y más justa que el mundo antes regido por los gobiernos⁷.

5. “*The most significant risk we see is defective or suboptimal intermediation in Cloud access and content generation. Because everything is or will be available in the Cloud, technology will necessarily be used to locate and manipulate content. [...] The risk is that this may, in time, impoverish the social and cultural discourse. The undeniable fact remains, however, that when every bit of culture and digital content is in the Cloud, the key will be to locate and access content that one is interested in. In McLuhanesque terms, intermediation is the new content, and intermediates the guardians of the Cloud*”: DANIEL J. GERVAIS y DANIEL J. HYNDMAN. “Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy (December 6, 2011)”, en *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 10, 2012, p. 53; Vanderbilt Public Law Research Paper No. 12-10; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n.º 12-8, p. 70, disponible en: [<http://ssrn.com/abstract=2017157>], consultado el 21 de enero de 2013.

6. Téngase en la cuenta que, conforme con la declaración concertada respecto del artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (TODA), el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.

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

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

II. INTERÉS PÚBLICO VS. INTERÉS PRIVADO

La discusión se ha centrado en determinar el derecho que debe prevalecer: si debe ser el derecho a la propiedad (interés privado) o, por el contrario, el derecho de acceso a la información de manera libre y sin limitaciones (interés público).

El equilibrio que debe lograrse en la ley de *copyright* puede ser descrito de la siguiente manera: ¿A cuáles libertades debe dárseles prioridad? ¿Cuáles libertades deben prevalecer? ¿Aquellas de los creadores o las del resto de la sociedad? En otras palabras, ¿cómo es el equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses de los titulares de derechos de autor y los de los usuarios de las obras? El principio de la realidad dicta una ampliación del círculo de jugadores, con el fin de perfeccionar el nombramiento de los interesados; creadores e intérpretes artísticos, inversores y usuarios profesionales (empresarios, editores y productores, distribuidores), los usuarios finales, usuarios creativos y aficionados, etc. Sin embargo, hay que tener en cuenta en primer lugar que cada creador, mediante la creación, utiliza lo que ha aprendido y experimentado gracias a las obras de los creadores anteriores; en segundo lugar, que las políticas de derechos de autor en realidad tienen como fin mejorar el progreso científico y la difusión de la cultura⁸.

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

En ese mismo sentido, en el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) se reconoce, como antecedente de su suscripción, el impacto que ha tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas. Se

8. Traducción libre. RETO M. HILTY y SYLVIE NÉRISSEON. *Overview, Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, vol. 18, Munich, 2012, p. 1.

destaca también la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística, y se reconoce así mismo “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”.

La pugna de derechos a nivel constitucional suele ser resuelta acudiendo a la ponderación de los derechos en conflicto; en este caso estarían involucrados, de una parte, los derechos a la educación, la cultura y la información y, de otra, el derecho a la propiedad intelectual. Al sopesarse ambos se podrá concluir que los primeros prevalecerían sobre los segundos. Sin embargo, de esa ponderación también surgen algunos interrogantes sobre el tipo de obra a la que el usuario accede normalmente en la red, y que en virtud de la prohibición de acceder a ella es que supuestamente se hallaría frustrado su derecho fundamental a la información.

El actual acontecer indica que las obras a las que los usuarios pretenden acceder o, en efecto, acceden de manera ilegal pueden no considerarse esenciales para el desarrollo cultural de una sociedad o para el fortalecimiento de la educación, sino que suplen necesidades de entretenimiento, como las que proporcionan las obras musicales, las películas, las novelas, los juegos interactivos, las fotografías. La pregunta que surge es si el acceso a este tipo de obras responde al ejercicio de derechos fundamentales que según los usuarios les serían vulnerados o si, por el contrario, el acceso busca propósitos meramente lúdicos o de entretenimiento privado. En esta última hipótesis, ¿se justificaría un uso sin pago por el disfrute de la creación *online*? Se cree pues que la ausencia de una cultura de pago y de reconocimiento del trabajo ajeno, aunado al fácil acceso otorgado por las nuevas tecnologías, ha llevado a que el consumidor pretenda, sin miramiento alguno, o mejor, sin respeto a los derechos que existen sobre la creación que disfruta, un abusivo uso gratuito o un *free access* en todo el sentido de la expresión. A no ser que se considerase el derecho al ocio como un derecho fundamental.

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

III. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

Desde el punto de vista del derecho de autor, la discusión planteada encontraría solución en el régimen de las excepciones y limitaciones. En efecto, si existe alguna institución verdaderamente razonable y tendiente a lograr un equilibrio entre los derechos exclusivos, como son los derechos de autor, y la sociedad es precisamente la institución de los límites y excepciones al derecho de autor, en la medida en que ella busca que por ciertas y precisas razones de cultura e información se pueda

usar la obra, sin autorización de su titular. Y es que del ejercicio de esos límites es que dependen, en gran medida, el avance de la cultura, la diseminación de la información, la pervivencia de bibliotecas públicas, los desarrollos y avances en el campo de la ciencia, el entretenimiento y el disfrute de múltiples manifestaciones espirituales del hombre. Al respecto, se ha sostenido:

... la propiedad intelectual no es un ídolo a venerar sino una herramienta al servicio de unos fines. Como todos los derechos. Ni siquiera los catalogados como fundamentales son absolutos. La propiedad, por tanto, tiene límites. También la intelectual. Y quizás con mayor razón pues recae sobre bienes sociales por su origen (nadie crea en el vacío) y por su destino (nuestras relaciones con los demás discurren en buena medida a través de la cultura que compartimos). Con la propiedad intelectual se satisface un interés individual (del creador, del titular), pero también una necesidad colectiva (de la comunidad). Quizá sea la tradición del Copyright la que lo proclama de forma más abierta y desinhibida. Pero asimismo la nuestra, la de Derecho de Autor, sabe que la propiedad cumple, y debe seguir cumpliendo, una función comunitaria o social, más allá de su estricto componente retributivo [...]. Para que la propiedad intelectual pueda cumplir las altas funciones que se le asignan es preciso que la ley sepa equilibrar el interés general de la sociedad y el individual de creadores y titulares y, sobre todo, mantenerlo permanentemente al día pues, por definición, todo equilibrio es inestable y muy sensible al entorno, en particular al tecnológico⁹.

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

Empero no todo es límite al justo ejercicio de los derechos de explotación que tiene un autor o un titular sobre la creación protegida. Las excepciones y limitaciones se encuentran condicionadas por el legislador a eventos y usos específicos, en los que se percibe la necesidad real de proteger el interés general sobre el particular. La mayoría de legislaciones califican los usos permitidos por la ley para efectos de legitimarlos frente al autor. Al respecto, valdría la siguiente reflexión:

Al final del día, los legisladores nacionales e internacionales parecen comprometidos en una carrera en la larga lista de excepciones, aunque en realidad se trata de la limitación al alcance de los usos permitidos. Y teniendo en cuenta el principio general de interpretación restrictiva, la flexibilidad de las disposiciones no ayudan a los usuarios. Varias palabras clave, como “apropiado”, “en la medida necesaria para el propósito”, “uso/trato/práctica justa”, “dentro de límites razonables”, “condiciones razonables”,

9. RAMÓN CASAS VALLÉS. “Los límites al derecho de autor”, en *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año 1, n.º 1, enero-junio de 2007, Bogotá, CERLAC, UNESCO y Universidad de los Andes, pp. 43 y 44.

“medio aceptable”, “valor artístico especial”, “baja calidad”, “explotación normal”, “interés legítimo”, “interés público” aparecen en la mayoría de las definiciones de dichos derechos de los usuarios o en las excepciones y limitaciones¹⁰.

El límite en el alcance de las excepciones, si bien delimita la explotación de la obra, puede también generar un estado de inseguridad jurídica para el usuario, en tanto no existirá certeza sobre el uso permitido y aquel calificado como infractor, más aun cuando tales condiciones pueden ser objeto de interpretaciones subjetivas.

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

Para encontrar un equilibrio entre derechos contrapuestos, la normatividad ha establecido que la determinación de los límites debe respetar la regla de los tres pasos (*three step test*), la cual aparece reconocida en los Tratados de la OMPI (1996)¹¹ y, por supuesto, en la Decisión Andina 351 de 1993.

En el artículo 21 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se dispone lo que sigue: “Las limitaciones y excepciones al derecho de autor [...] se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. En consecuencia, los límites valen en tanto y en cuanto (1) sean excepcionales, esto es, no sean norma general de la legislación, (2) no atenten contra la normal explotación de la obra y (3) no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos. Ejemplos de límites: la copia privada, el derecho de cita, utilización de obras para la enseñanza, reproducción de artículos de actualidad, utilización accidental o incidental de una obra, utilización de obras orales, reproducción de obras artísticas ubicadas permanentemente en sitios públicos, reproducción de obras por el sistema braille u otro procedimiento, reproducción de leyes. Las limitaciones y excepciones al monopolio de explotación otorgado por la ley al autor implica que las obras pueden ser utilizadas lícitamente, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración

10. Traducción libre. HILTY y NERISSON. *Overview*, cit., p. 50.

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

en casos expresamente señalados en la ley, teniendo en cuenta para dicho análisis la regla de los tres pasos referida.

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

La explotación de obras a través de redes informáticas digitales no sólo ha afectado a los derechos patrimoniales tradicionales, sino también, y de manera muy destacada, a sus excepciones. Es en esta parcela donde el conflicto de intereses se hace más patente, puesto que los límites son las herramientas que el legislador utiliza para equilibrar los distintos intereses en juego. [...] Internet ha abierto la puerta a la posibilidad de un control absoluto de las obras por parte de los titulares de los derechos patrimoniales. Estos han ejercido una considerable presión en todos los ámbitos con el objeto de reducir al mínimo posible el abanico de conductas posibles que quedan fuera de su control¹².

En América Latina no existe una normativa que expresamente haya admitido el traslado de los límites del mundo análogo al entorno digital. Conforme con el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996^[13], así como con la Ley 1520 de 13 de abril de 2012 promulgada por el gobierno colombiano, es claro que el almacenamiento de obras en la red es una manifestación del derecho de reproducción¹⁴. El Tratado también faculta a las partes contratantes para aplicar y ampliar las limitaciones y excepciones al entorno digital conforme con sus legislaciones nacionales, así como establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital¹⁵. En otras palabras, el Tratado y la ley

12. IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en Internet*, Granada, Comares, 2003, pp. 385 y 386.

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

14. Artículo 5.º de la Ley 1520 de 2012: “El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 quedará así: El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir: a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica...”.

15. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Declaración concertada respecto del artículo 10: “Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en

nacional dan claridad sobre el derecho, pero no sobre la excepción o limitación, en tanto y en cuanto su aplicación requeriría de una norma interna que las reconozca de manera específica.

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

La copia privada como limitación al derecho de autor permitiría la reproducción de la obra en la nube sin requerir autorización previa. La viabilidad de la copia privada en el entorno digital ha sido presentada en diferentes escenarios académicos y continúa siendo objeto de opiniones contradictorias. Por un lado, hay quienes sostienen que esta excepción no es extrapolable al entorno digital porque su ejercicio afectaría la explotación normal de la obra y, en consecuencia, no se ajustaría a la regla de los tres pasos¹⁶.

Por otro lado, se aboga, no por la supresión de la copia privada en el entorno digital, sino por su adecuación a los avances tecnológicos¹⁷.

Como antecedente del conflicto suscitado entre las limitaciones y excepciones al derecho autor, específicamente sobre la copia privada, y los derechos de los usuarios vale mencionar el caso *Mulholland Drive*, el cual fue decidido por la Corte de Casación francesa. En este, una persona adquirió la versión de película *Mulholland Drive* en formato DVD y pretendió realizar una copia de ella en VHS para que fuese vista por sus padres, percatándose, al intentar hacerlo, de que la película tenía una medida tecnológica de protección que impedía su copia privada. Por esa razón decidió demandar al productor y distribuidor de la película.

virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”.

16. Cfr. SOFÍA RODRÍGUEZ MORENO. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 281.

17. La Directiva Europea 2001/29/CE dispone entre sus considerandos los siguientes: “(38) Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos. (39) Al aplicar la excepción o limitación relativa a la copia privada, los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces. Dichas excepciones o limitaciones no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión”.

El caso fue resuelto finalmente a favor de las demandadas, entendiendo, en esencia, lo siguiente: (1) que las limitaciones no son un derecho de los usuarios, sino un límite; (2) que las medidas de protección valen a la luz de la Directiva Europea sobre la sociedad de la información, y (3) que la copia privada en el entorno digital puede afectar la normal explotación de la obra¹⁸.

Sin lugar a dudas, este caso se erige como un importante antecedente jurisprudencial que explica que la excepción o limitación al derecho de autor operará en la medida en que no se vulnere alguno de los tres presupuestos de la ya mencionada regla de los tres pasos. Cuando ello ocurra, con independencia de la excepción o limitación de la que se trate, el uso no autorizado de la obra no encontrará legitimación o sustento en la ley y será, por supuesto, constitutivo de una infracción de los derechos de autor o conexos que resulten involucrados.

La adecuación de las excepciones y limitaciones del derecho de autor al entorno digital y a los avances tecnológicos es reconocida en los considerandos de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, “relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información”, en los siguientes términos:

(31) Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.

(33) Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecno-

18. Sobre este caso ha habido cuatro decisiones: (1) Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, 2^{ème} section, 30 de abril de 2004; (2) Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre-Section B, 22 de abril de 2005; (3) Cour de Cassation, 28 de febrero de 2006. Estas tres decisiones se encuentran traducidas por Sofía Rodríguez y aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, Bogotá, UNESCO y CERLAC, año I, N^o 1, enero-junio de 2007, pp. 192 a 203. La cuarta, porque el proceso regresó de la Corte de Casación a la Corte de Apelaciones, es de 4 de abril de 2007.

lógico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico. En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley.

Desde el punto de vista normativo, la legislación española ha desarrollado la excepción de la copia privada en el entorno digital, en los siguientes términos¹⁹:

Artículo 31 de la Ley 23 de 2006. *Reproducciones provisionales y copia privada*. [...] 2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.

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

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

El artículo 21 de Decisión Andina 351 de 1993 establece que las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones

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

internas de los países miembros, entre ellos Colombia, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. El artículo 37 de la Ley 23 de 1982, Ley de Derechos de Autor de Colombia, establece que “es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada y obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”. ¿Será suficiente esta norma para entender que la copia privada opera en el entorno digital?²⁰.

Si el almacenamiento digital es considerado una forma de reproducción de la obra y si se entiende que cargar (*upload*) una obra en internet es un medio de reproducción, se podría entonces válidamente concluir que el uso de la nube para almacenar y gestionar obras adquiridas legalmente por un usuario es un uso permitido por la ley y un límite a los derechos de autor. Dicha solución implica simplemente echar mano de la normatividad vigente y ajustarla a la era digital.

Así pues, la reproducción de una obra adquirida por un usuario solo afectará los derechos del titular cuando el acto exceda el alcance de la autorización otorgada, lo cual no ocurriría si la obra adquirida legalmente es reproducida en el ámbito privado y sin ánimo de lucro. Otra será la situación si, por ejemplo, el usuario pone a disposición de terceros sin autorización una obra en la nube, o descarga un programa de ordenador sin pagar por ello, eventos que no cumplirían la regla de los tres pasos, al atentar contra la explotación normal de la obra y causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular, como es el que terceros no autorizados usen la obra sin el debido reconocimiento al trabajo y esfuerzo del autor.

IV. RESPONSABILIDAD POR LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES

La responsabilidad directa por la puesta a disposición de contenido digital infractor, utilizando los servicios de computación en la nube, recae en el usuario, quien, en efecto, pone la obra a disposición de terceros sin autorización. Podría hablarse de responsabilidad indirecta o contributiva del operador o del proveedor de servicios de computación en la nube (*cloud provider*). Los italianos distinguen entre rol activo o rol pasivo de los proveedores de servicios de computación en la nube, por lo que su responsabilidad en la puesta a disposición del contenido digital se determinará conforme con la actuación desplegada por cada proveedor de servicios y el rol adoptado en la prestación del servicio.

20. El objeto del derecho de autor, conforme con el artículo 2º de la Ley 23 de 1982, consiste en obras científicas, literarias y artísticas, cualquiera que sea su modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación. La norma es clara al determinar que los derechos de autor recaen sobre “toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”, concepto que abarcaría por supuesto las obras digitales.

Con base en las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, que traen todos los códigos civiles latinoamericanos, una persona puede declararse responsable de los hechos cometidos por aquellos que estuvieren a su cargo, es decir, ser responsable por el hecho ajeno. El artículo 2347 C.C. colombiano señala, por ejemplo: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. [...] Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”. Entonces, en la medida en que el proveedor de servicios de computación en la nube pueda impedir el hecho infractor, es decir que tenga el control sobre la plataforma y el conocimiento de que el contenido puesto en la nube es ilegal, debe actuar diligentemente, esto es, tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de la conducta, y de esta manera eludir la responsabilidad que podría imputársele por ello²¹.

Conforme con la Decisión Andina 351 de 1993, una persona natural o jurídica no puede prestar su apoyo para utilizar una obra sin autorización previa del titular del derecho o de su representante. El artículo 54 señala: “Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”. Bajo esta norma, si el proveedor de servicios de computación en la nube presta su apoyo para que una obra sea utilizada sin la autorización del titular e incumple su obligación de no permitirlo sería “solidariamente responsable” del hecho infractor²².

Con el ánimo de proteger sus intereses de manera expresa, los proveedores de servicios de internet y de computación en la nube han optado por incluir en sus

21. Al respecto, se tiene como antecedente la sentencia en la que el fundamento para condenar su conducta como proveedor de servicios en la red era el conocimiento por parte del demandado de que en sus sitios se facilitaba el acceso a material protegido por el derecho de autor sin autorización. En la sentencia se lee: “Quien distribuye un objeto con el fin de promover su empleo para infringir derechos de autor, fin demostrado por claras expresiones u otros pasos afirmativos dados para estimular la infracción, yendo más allá de la simple distribución con conocimiento de la acción de terceros, responde por los actos ilegales de terceros que usen el objeto, sin consideración por los usos legales del mismo”: sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de 27 de junio de 2005, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. et al. v. Grokster, Ltd. et al.*, trad. Leopoldo Villar, en revista *La Propiedad Inmaterial*, n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 207.

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

contratos de servicios cláusulas que limitan los usos que pueden realizarse en la nube, es decir que condicionan el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato, estableciéndose de manera específica los usos permitidos o aceptables²³ sobre la plataforma informática puesta a disposición del cliente. Un ejemplo de este tipo de cláusulas es el siguiente:

b) Usted acepta ser el único responsable de los contenidos de sus transmisiones a través de los Servicios. Usted acepta no utilizar los Servicios para fines ilegales o para la transmisión de material ilegal, difamatorio, calumnioso, invasivo de la privacidad, abusivo, amenazante, perjudicial, vulgar, pornográfico, obsceno, o que sea objetable, ofenda sentimientos religiosos, promueva el racismo, que contenga virus, o que infrinja o pueda infringir la propiedad intelectual u otros derechos de terceros. Usted se compromete a no utilizar los Servicios para la transmisión de “correo basura”, “spam”, “cartas en cadena”, “phishing” o la distribución en masa de correo electrónico no solicitado. Nos reservamos el derecho de suspender el acceso a los servicios si hay motivos razonables para creer que ha utilizado los servicios para cualquier actividad ilegal o no autorizada²⁴.

V. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Algunos casos permitirán determinar las características de la protección del derecho de autor y sus excepciones y limitaciones en el entorno digital y, por supuesto, su impacto en el desarrollo de la computación en la nube.

El primero de ellos es el caso *Cartoon Network Lp v. CSC Holdings, Inc. y Cablevision Systems Corp.*, relacionado con la infracción de derechos de autor en la grabación de videos digitales a través de un servicio creado por Cablevisión, como proveedor de servicios de televisión, denominado *Remote Storage DVR (RS-DVR)*. Este servicio le permitía al cliente pausar, grabar, reproducir o rebobinar un contenido previamente grabado, y para su funcionamiento requería de un almacenamiento transitorio de información digital en un disco duro con ubicación remota.

Los demandantes alegaron que a través del sistema creado por Cablevisión esta realizaba copias no autorizadas de sus obras y además las comunicaba públi-

23. “Por cláusulas de uso aceptable se entiende aquellas disposiciones mediante las cuales se establecen las reglas que el proveedor impone sobre la forma en que el cliente debe usar (y, más específicamente, no abusar) del servicio. En este tipo de cláusulas se desarrollan los deberes de comportamiento del contrato, así como las prácticas que permiten hacer un uso adecuado de los servicios sin causar perjuicios ni a los proveedores, ni a los demás usuario de los servicios Cloud con el mismo proveedor. [...] Con las cláusulas de uso aceptable lo que se busca es encauzar el comportamiento de las partes dentro de una política ética y de buena fe en el uso de los servicios y de la información que se use dentro de los sistemas de información”. DANIEL PEÑA VALENZUELA y JUAN DAVID BAZZANI MONTROYA. *Aspectos legales de la Computación en la Nube*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 53 y 54.

24. Traducción libre. SIMON BRADSHAW, CHRISTOPHER MILLARD e IAN WALDEN. *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n.º 63/2010, p. 20.

camente, por lo que era responsable directo de la infracción de sus derechos de autor. El Tribunal de Distrito falló a favor de los demandantes, considerando principalmente lo siguiente: (1) Que las obras sí eran fijadas, copiadas y reproducidas sin autorización, mediante el sistema implementado por Cablevision; (2) Que el objetivo del sistema no era reproducir una parte de la información almacenada, sino toda la obra; (3) Que aunque el usuario era quien requería la copia de la obra, era Cablevision quien la realizaba mediante el disco duro dispuesto para ello, y en tal sentido su responsabilidad en la infracción era directa, y (4) Que la transmisión de la obra copiada representaba una ejecución pública de la obra, en tanto que se transmitía públicamente el mismo programa a sus clientes.

El caso llegó hasta la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Estados Unidos, donde se revocó la decisión y se sostuvo lo siguiente:

– Las copias realizadas mediante el servicio de RS-DVR prestado por Cablevision no pueden considerarse una infracción al derecho de autor porque no cumplen con los requisitos señalados para tal efecto en la ley. La Corte resalta que bajo la Ley de Copyright de Estados Unidos el titular de los derechos de autor tiene el derecho exclusivo de reproducir la obra “en copias”²⁵. La copia es el soporte material (físico) en el que se fija la obra por cualquier método y que puede ser percibido, reproducido o comunicado directamente o con la ayuda de una maquina o dispositivo²⁶. Bajo la normatividad del *copyright*, una obra se considerada fijada (*fixed*) en un medio tangible cuando la fijación es lo suficientemente permanente o estable para ser percibida, reproducida o comunicada por un periodo más largo que el de una duración transitoria²⁷.

Con base en estas definiciones, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito sostuvo que la definición legal de fijación impone necesariamente dos requisitos, que son: (1) La fijación en cualquier medio o soporte físico (el requisito de la incorporación), y (2) La duración, consistente en que la fijación debe hacerse por un periodo más largo que el de una duración transitoria, descartándose entonces el cumplimiento de este presupuesto cuando se trate de copias efímeras. La Corte encontró que, en el caso en mención, el requisito de la duración no se encontraba satisfecho puesto que la copia solo era fijada transitoriamente en los discos duros

25. U.S. Copyright Law: “§ 106. *Exclusive rights in copyrighted Works. Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords...*”.

26. U.S. Copyright Law: “§ 101. *Definitions. ‘Copies’ are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term ‘copies’ includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed*”.

27. U.S. Copyright Law: “§ 101. *Definitions. A work is ‘fixed’ in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is ‘fixed’ for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission*”.

de Cablevision, por lo que no podría considerarse una copia desde la perspectiva de la Ley de Copyright²⁸.

Esta interpretación ha sido cuestionada, entre otras cosas, porque desconoce que el almacenamiento digital en un soporte electrónico de una obra constituye una forma de reproducción (Declaración concertada art. 1.4 TODA), y además porque el periodo durante el cual la obra se fijó en el servidor de Cablevisión, con independencia del tiempo real que hubiese sido, fue suficiente para que la obra fuera percibida, reproducida o comunicada públicamente. Si la reproducción de la obra (almacenamiento) cumplió con el propósito de comunicación o transmisión al usuario no debería ser relevante si el almacenamiento se realizó por un minuto o por una hora, en tanto que ese tiempo fue suficiente para que la obra fuera comunicada al usuario. Al respecto se sostiene lo siguiente:

No parece ser adecuado tratar de definir los conceptos de “copia” y “reproducción” sobre la base de que la duración del almacenamiento sea expresado en un número de horas, minutos o segundos y considerar que, si la duración es una hora, un minuto o un segundo menos, ya no es una copia y no es un acto de reproducción. Una definición funcional sólo puede ser adecuada, si se basa en los criterios relevantes para la explotación de la obra. Se sostiene que si la fijación o almacenamiento de la obra es suficientemente estable para que la obra sea percibida, reproducida y comunicada, deberá ser considerada una copia²⁹.

— Ahora bien, Cablevision no fue declarado responsable directo de la copia realizada mediante el sistema RS-DVR. Si bien es cierto que el contenido se alojaba en sus servidores, la reproducción de la obra no se realizaba por su iniciativa o voluntad, sino por petición y acción directa del usuario. Conforme con lo señalado por la Corte, la responsabilidad directa está ligada a la existencia de un elemento de la voluntad o una relación de causalidad, que debe ser lo suficientemente próxima al hecho infractor para que Cablevision pudiese ser responsable directo del hecho, lo cual no ocurría bajo el sistema RS-DVR. Cablevision desarrollaba y gestionada el sistema para realizar la copia, pero era el usuario quien decidía hacerla.

Respecto de las consideraciones de la Corte, se ha sostenido que hubiese sido conveniente que la demandante alegara la responsabilidad indirecta o contributiva a cargo de Cablevision, tema que no fue discutido o analizado por la Corte³⁰. Si

28. “Does any such embodiment last for a period of more than transitory duration? *Id.* No bit of data remains in any buffer for more than a fleeting 1.2 seconds. [...] these facts strongly suggest that the works in this case are embodied in the buffer for only a transitory period, thus failing the duration requirement”: *The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc.* by The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by United States Court of Appeals for the Second Circuit.

29. Traducción libre. MIHÁLY FICSOR. The WIPO “Internet Treaties” and Copyright in the “Cloud”, ALAI 2012 Congress, Kyoto, 16-18, October 2012, *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment*, pp. 13 y 14.

30. “The district court apparently concluded that Cablevision’s operation of the RS-DVR system would contribute in such a major way to the copying done by another that it made

se hubiera alegado la responsabilidad indirecta, a lo mejor la decisión habría sido diferente. Ahora, nótese que independiente del análisis que realizó la Corte sobre la persona que reprodujo la obra (usuario o proveedor de servicio), el *quid* del caso no era determinar quién era responsable del hecho sino determinar si había infracción al derecho de autor. Si no hubo lugar a reconocer la existencia de la infracción, el análisis sobre quién la realizó resulta superfluo.

– La Corte finalmente concluyó que la transmisión del contenido almacenado a los usuarios no constituye un acto de comunicación o ejecución pública de la obra en la medida en que esta no se transmite al público en general, sino solo a la persona que requiere el servicio. En otras palabras, la obra no se comunica “públicamente”, sino a un usuario o suscriptor individual (*individual subscriber*)³¹.

Esta apreciación tampoco fue bien recibida por la doctrina, en tanto que la conducta realizada por Cablevisión encuadra plenamente en el derecho de comunicación pública consagrado en el artículo 8 TODA, el cual incluye la puesta a disposición de la obra, en los siguientes términos: “... los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. Nótese, pues, que la comunicación pública de una obra no exige que la obra puesta a disposición tenga como destinatario el público en general, ni que el público acceda de manera efectiva a la obra. La norma consagra el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición de la obra, independiente de si el público accede o no a ella, refiriéndose de manera específica a que los miembros del público puedan acceder a la obra. Al respecto, JANE GINSBURG sostiene:

El análisis de la Corte sobre el texto de la Ley de Copyright no sólo es peculiar, sino perverso. La frase clave en la definición es “al público”. “El público” en el caso de

sense to say that Cablevision was a direct infringer, and thus, in effect, was “doing” the relevant copying. There are certainly other cases, not binding on us, that follow this approach. See, e.g., Playboy Enters. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503, 513 (N.D. Ohio 1997) (noting that defendant ISP’s encouragement of its users to copy protected files was “crucial” to finding that it was a direct infringer). We need not decide today whether one’s contribution to the creation of an infringing copy may be so great that it warrants holding that party directly liable for the infringement, even though another party has actually made the copy. We conclude only that on the facts of this case, copies produced by the RS-DVR system are “made” by the RS-DVR customer, and Cablevision’s contribution to this reproduction by providing the system does not warrant the imposition of direct liability. Therefore, Cablevision is entitled to summary judgment on this point, and the district court erred in awarding summary judgment to plaintiffs’’: The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by United States Court of Appeals for the Second Circuit.

31. “*In sum, we find that the transmit clause directs us to identify the potential audience of a given transmission, i.e., the persons ‘capable of receiving’ it, to determine whether that transmission is made ‘to the public’. Because each RS-DVR playback transmission is made to a single subscriber using a single unique copy produced by that subscriber, we conclude that such transmissions are not performances ‘to the public’, and therefore do not infringe any exclusive right of public performance’’: The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by United States Court of Appeals for the Second Circuit.*

una transmisión de televisión es el destinatario, o, en el caso de un servicio de cable, los suscriptores. La frase “miembros del público aptos para recibir la ejecución de la obra” no tiene la intención de reducir el universo de “lo público”. Por el contrario, su función es aclarar que la transmisión sigue siendo a “el público”, aunque su recepción sea individualizada. [...] Los “miembros del público aptos para recibir la ejecución de la obra” no dejan de ser “miembros del público” simplemente porque son “aptos para recibir la obra” uno a la vez. Por la misma razón, no debería importar si “la obra” se origina a partir de una copia única transmitida varias veces a los miembros del público de manera individual “en lugares diferentes, en momentos diferentes”, [...] o de varias copias que correspondan a un lugar o momento particular³².

El segundo caso relevante respecto de la responsabilidad de los proveedores de servicios, que sin lugar a dudas contribuirá en el análisis de la responsabilidad directa e indirecta en la computación en la nube (almacenamiento y gestión de contenidos digitales) es el caso *US Viacom Intern, Inc. v. YouTube, Inc.*, en el que Viacom pretendía que se declarase la responsabilidad directa e indirecta de YouTube por la infracción de derechos de propiedad intelectual por la reproducción y almacenamiento de obras a través de la página de internet www.youtube.com, sin autorización de los titulares.

Como antecedente del caso debe tenerse en la cuenta que YouTube fue presentada en el año 2005 como una empresa de medios que permitía al usuario ver, cargar y compartir sus videos personales mediante una página de internet. En el caso particular de YouTube, para subir o cargar (*upload*) una obra, el usuario debía registrarse en el sitio web y aceptar las condiciones expuestas para el uso de la plataforma, entre las que se encuentra no infringir derechos de autor de terceros. La aceptación de las condiciones por parte del usuario implica entonces que YouTube presta sus servicios bajo el entendido de que su plataforma será utilizada por el usuario de manera legal y sin lesionar derechos de terceros.

En el caso bajo estudio, el Tribunal debía resolver si la conducta de YouTube encuadraba en la excepción de responsabilidad dispuesta en la sección 512(C) sobre el puerto seguro (*safe harbor*) de la Ley de Copyright de Estados Unidos³³, referida a

32. Traducción libre. Citado por MIHÁLY FICSOR. The WIPO “Internet Treaties” and copyright in the “Cloud”. ALAI 2012 Congress, Kyoto, 16-18 October 2012, *Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment*, p. 18.

33. U.S. Copyright Law: “§ 512. Limitations on liability relating to material online. (...) (c) Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users.— (1) In general.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider— (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity”.

la ausencia de responsabilidad por parte del proveedor de servicios cuando no tiene conocimiento de la infracción y al tenerlo toma las medidas necesarias para evitar que la infracción continúe cometiéndose. El Tribunal sostuvo que efectivamente YouTube era un proveedor de servicios que encontraba limitada su responsabilidad por lo dispuesto en la excepción de la sección 512(C) de la Ley de Copyright, en tanto que su actividad se circunscribía a las condiciones expuestas en la norma.

Entre las alegaciones de Viacom también se expuso que la publicación de los “videos relacionados” implementada por YouTube no estaba amparada por la sección 512(C) de la Ley de Copyright. Al respecto, el Tribunal sostuvo lo contrario y concluyó que la excepción de puerto seguro también abarcaba la función de “videos relacionados”, en tanto que el algoritmo utilizado estaba relacionado estrechamente al material almacenado y brindaba acceso a los contenidos almacenados en la dirección de los usuarios. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la decisión del Tribunal.

El alcance de la excepción de responsabilidad consagrada en la sección 512(C) de la Ley de Copyright sobre el puerto seguro fue discutida y reconocida también en *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks*³⁴.

Veoh Networks, Inc. es una empresa que presta servicios en línea, que permite a los usuarios compartir videos a través de su página de internet o mediante una aplicación conocida con el nombre de VeohTV. El fundamento fáctico de la demanda presentada por UMG era que en algunos de los videos que se encontraban en la plataforma de Veoh se utilizaban obras musicales sobre las cuales ostentaba derechos de autor, y en tal medida se infringían sus derechos de propiedad intelectual.

El uso de la plataforma implementada por Veoh requería la aceptación de los términos y condiciones de la licencia de uso por parte del usuario, quien se obligaba a no cargar o subir material infractor o ilegal, y quien garantizaba contar con los derechos para usar y gestionar las obras cargadas en la plataforma de Veoh. Conforme con tal autorización, Veoh, una vez se cargaba el video del usuario, realizaba una copia del video en formato flash, así como copias de pequeños segmentos del archivo del video convirtiéndolo en otro formato, lo que permitía acceder a ellos a través de *streaming* y ponerlos a disposición de terceros.

De manera similar al caso *US Viacom Intern, Inc. v. YouTube, Inc.*, la Corte debía determinar si la responsabilidad del proveedor de servicios estaba limitada por la excepción de puerto seguro dispuesta en la sección 512(C) de la Ley de Copyright. La Corte del Distrito aceptó la aplicación de la excepción y, como aspecto relevante, reconoció que esta excepción estaba dirigida a permitir el crecimiento continuo de internet como plataforma de expresión y a proteger a los proveedores de servicios por el almacenamiento de información por parte de un usuario en un sistema o red controlado u operado por el proveedor siempre y cuando se cumplieran los requisitos de la norma, previamente analizada. Se entiende entonces

34. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* 23 de julio de 2010. Case No. 09-56777.

que el proveedor de servicios de almacenamiento, teniendo en cuenta el servicio prestado, no sería responsable por el material almacenado por el usuario siempre y cuando, una vez conocido el hecho infractor, tome las medidas necesarias para evitar que las conductas sigan perpetrándose.

Entre los diferentes aspectos tratados por la Corte de Apelaciones y que sirvieron de fundamento para confirmar la decisión del Tribunal del Distrito se aclaró el alcance de la excepción del puerto seguro o “*safe harbor*”. La Corte sostuvo:

La determinación del puerto seguro es clara y práctica: si un proveedor de servicios sabe o conoce (a partir de la notificación realizada por el titular del derecho o mediante una bandera roja) específicos casos de infracción, el proveedor debe retirar inmediatamente el material infractor. Si no lo sabe, el titular del derecho tiene la carga de identificar la infracción. El conocimiento general de la infracción no le impone al proveedor del servicio el deber de monitorear o buscar la infracción de los derechos³⁵.

En ese orden de ideas, nótese que la ley impone al titular del derecho la carga de identificar la infracción y ponerla en conocimiento del proveedor del servicio para evitar la continuidad de la infracción. El proveedor del servicio, por el contrario, asume la carga de actuar de manera diligente una vez conozca la infracción y tenga el control sobre ella.

Estos pronunciamientos resaltan la importancia de la reacción activa o pasiva del proveedor de servicios ante la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Un rol activo, aunado al conocimiento real de la infracción, será determinante para relevar de responsabilidad a un proveedor de servicios cuando su plataforma es usada para almacenar y gestionar contenidos digitales. Por el contrario, la reacción pasiva o, mejor, la no reacción del proveedor de servicios frente a la infracción comprometería su responsabilidad, aun entendiendo que el usuario es el responsable directo del acto infractor.

Al respecto, vale hacer la siguiente precisión: el responsable directo de una infracción de los derechos de autor será siempre quien use la obra sin autorización de sus titulares o se extralimite en los usos permitidos por el titular o la ley; sin embargo, dependiendo de la actuación desplegada por el proveedor del servicio en la disposición de su plataforma, este podría responder de manera indirecta por el acto infractor.

CONCLUSIONES

Expuestos algunos aspectos que despuntan relevantes en la instrumentalización de la computación en la nube desde el punto de vista legal, vale hacer dos comentarios finales; veamos.

35. Traducción libre. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc, 2010. Case No. 09-56777.

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

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

Esta discusión no es nueva. Desde los inicios de la conformación dogmática del derecho de autor ese conflicto se palpa. De la primera Conferencia Diplomática de Berna de 1884 se extrae la siguiente reflexión:

Claro está, el proyecto de Convenio no ha podido acceder a todos los deseos. Aunque algunas delegaciones habrían deseado una protección más amplia y uniforme de los derechos de los autores fue necesario tener en cuenta asimismo el hecho de que los principios ideales, que estamos esforzándonos por alcanzar, avanzan sólo gradualmente en los países tan diversos que deseamos se unan a la Unión. También es necesario tener en cuenta el hecho de que el interés público impone límites, a justo título, a la protección absoluta. La necesidad cada vez mayor de educación de masas nunca podrá satisfacerse si no se imponen ciertos límites a las facilidades de reproducción, lo que, al mismo tiempo, no debe dar lugar a abusos. Estos son los diferentes puntos de vista e intereses que hemos tratado de conciliar en el proyecto de Convenio.

REFERENCIAS

BRADSHAW, SIMON, MILLARD CHRISTOPHER y WALDEN, IAN. *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*. Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n.º 63/2010.

- CALLOWAY, TIMOTHY J. “Cloud Computing, Clickwrap Agreements, and Limitation on Liability Clauses: A Perfect Storm?”, en: [<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=dltr>].
- CASAS VALLÉS, RAMÓN. “Los límites al derecho de autor”, en *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año I, N° 1, enero-junio de 2007, Bogotá, CERLAC, UNESCO y Universidad de los Andes.
- Cómputo en la nube: nuevo detonador para la competitividad de México*, estudio elaborado por el Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. IMCO, encargado por Microsoft, mayo de 2012.
- FICSOR, MIHÁLY. The WIPO “Internet Treaties” and copyright in the “Cloud”. ALAI 2012 Congress, Kyoto, 16-18 October 2012, Copyright and Related Rights in the “Cloud” Environment.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, IGNACIO. *El derecho de autor en Internet*, Granada, Comares, 2003.
- GERVAIS, DANIEL J. y HYNDMAN, DANIEL J. “Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy (December 6, 2011)”, en *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 10, 2012; Vanderbilt Public Law Research Paper n.º 12-10; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n.º 12-8, p. 70; disponible en: [<http://ssrn.com/abstract=2017157>], consultado el 21 de enero de 2013.
- HILTY, RETO M. y NÉRISSON, SYLVIE. “Overview, Balancing Copyright – A Survey of National Approaches”, en *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, vol. 18, Munich, 2012.
- MELZER, MARC AARON. “Copyright Enforcement in the Cloud”, en *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment, L.J.* vol. 21.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL y BAZZANI MONTOYA, JUAN DAVID. *Aspectos legales de la Computación en la Nube*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, año I, N° 1, enero-junio de 2007, Bogotá, UNESCO y CERLAC, pp. 192-203.
- RODRÍGUEZ MORENO, SOFÍA. *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC.
- Código Civil de Colombia.
- Convenio de Berna.
- Court of Appeals for the Ninth Circuit. United States. UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc. 23 de julio de 2010. Case n.º 09-56777.
- Court of Appeals for the Second Circuit. United States. The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc.

Court of Appeals for the Second Circuit. United States. The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc. by The Cartoon Network, LP v. csc Holdings, Inc.
Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
Declaración de los Derechos Humanos de 1948.
Directiva Europea 29 de 2001 de la Comunidad Europea.
Ley 1480 de 2012.
Ley 1520 de 2012.
Ley 23 de 1982.
Ley 23 de 2006 de España.
Suprema Corte de Estados Unidos. Sentencia de 27 de junio de 2005, Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. vs. Grokster, Ltd. et al., trad. de LEOPOLDO VILLAR, *Revista La Propiedad Inmaterial*, N° 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996.
Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996.
U.S. Copyright Law § 512.
U.S. Copyright Law. § 101.
U.S. Copyright Law. § 106.
United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 2010. Case n.º 09-56777.