

REFLEXIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA CIBERPIRATERÍA*

DANIEL PEÑA VALENZUELA**

Sea lo primero agradecer al doctor FERNANDO HINESTROSA, nuestro Rector y al Dr. ERNESTO RENGIFO, Director del Centro de Propiedad Intelectual del Alma Mater por invitarme a este Congreso. Voy a comenzar con unas referencias generales al tema que me encomendaron los organizadores partiendo de la noción misma de “conceptualización”. La primera reflexión al momento de conceptualizar es dónde buscar el concepto; y hay una evolución muy particular con la sociedad posmoderna: los conceptos ya no se encuentran en el fondo de las cosas, se construyen, los conceptos son hoy en día son más ligeros y colectivos, quizás no importa la idea de concepto (suena paradójico!!) sino más bien la legitimidad de un número de personas que dan su opinión y esa opinión se convierte en el concepto. Los conceptos son los que herramientas como Wikipedia dicen sobre las cosas, objetos, personas y acontecimientos.

Se encuentra una construcción conceptual desde la base. Fíjense en el cambio estructural del pensamiento hoy en día. Para poder hablar del concepto de ciberpiratería, por ejemplo, uno puede inmediatamente acudir a unas ideas compiladas por sujetos alrededor del mundo. Esto tiene que ver con lo que son las posibilidades actuales de Internet: qué es la verdad?, quién la construye? y qué tan legítima puede ser?. Hay una cierta autoridad en Internet, no solo por la publicación en línea de fuentes tradicionales sino y sobretodo por la aparición de procedimiento nuevos de construcción de conceptos y de la verdad como sería wikipedia. El concepto de producción de verdad tan cuestionado por FOUCAULT en los 80's ahora tiene una nueva legitimidad. Es una construcción universal y en tiempo real de las verdades.

* Transcripción de la Conferencia dictada en el contexto del III Congreso de la Propiedad Intelectual y su Impacto Económico, organizado por el Departamento de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 19 de octubre de 2006.

** Profesor Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Director del Grupo de Investigación de Comercio Electrónico del Departamento de Derecho de los Negocios de la misma universidad. Las opiniones reflejan únicamente la posición personal del autor. [danielpena@cavelier.com].

Hice el ensayo de buscar el concepto de ciberpiratería, encontré efectivamente 50.000 conceptos. 50.000 conceptos asociados, todos hipervinculados, todos con una serie de matices que lo que indicaban es precisamente que el concepto de ciberpiratería hoy en día no está definido.

I. ¿LA CIBERCULTURA ES CONTRARIA A LA PROPIEDAD?

Esta primera particularidad del concepto de ciberpiratería nos lleva a un primer supuesto fundamental ¿lo que llamamos hoy en día cibercultura¹ es o no algo que tienda a proteger la propiedad? Y yo lo encuentro como fundamental porque gran parte de los contenidos que se incorporan en la red, gran parte de los modelos de gestión, de los modelos de negocio que hay en Internet hoy en día, esos modelos ¿son o no contrarios a la propiedad?, esa cibercultura ¿es o no contraria a la propiedad? Entonces, les decía que los modelos de negocio hoy en día, como los basados en la aplicación del software libre parten de la reconstrucción o “deconstrucción” del concepto de propiedad.

Yo me inclino a pensar que la cibercultura está buscando de manera directa o indirecta abolir ciertos esquemas de propiedad. Yo no creo que lo que vivimos hoy en día sea simplemente un cambio superficial; yo creo que lo que estamos viviendo hoy en día es una novedad frente al derecho tradicional de propiedad y por lo tanto probablemente la noción de piratería no sea muy acorde. No se puede piratear lo que no tiene un propietario o un titular con respaldo legal.

A. EL ORIGEN DE INTERNET: LIBERTAD, ANARQUÍA Y COMUNICACIÓN DIRECTA ENTRE USUARIOS

Partimos de que el origen de Internet es el origen de una estructura tecnológica libertaria y anárquica, computación distribuida y descentralizada pero quiero resaltar que el origen de Internet tiene como particularidad el hecho de que es un medio de comunicación entre pares, entre usuarios. Recuerden su origen relacionado con la red telefónica tradicional. Esa característica que teníamos en 1993 o 1994, sirvió posteriormente de estructura a los modelos de negocio de los años 2003, 2005 y 2007, y probablemente nos va a acompañar mucho más con la tecnología *peer to peer*. De hecho, el intercambio de contenidos entre usuarios con la colaboración –o mera habilitación– por parte de terceros es la base de todas las grandes discusiones que se han dado sobre todo en los Estados Unidos sobre ciberpiratería.

Partiendo de la discusión sobre propiedad y sobre qué y cómo puede identificarse el concepto de ciberpiratería, se visualiza un choque brutal entre la visión y el alcance de la tecnología versus la propiedad sobre los bienes –y en particular sobre aquellos

1. Cultura derivada del ciberespacio.

que son intangibles—. ¿Por qué?, porque nos encontramos, por ejemplo, con un Tribunal de Bruselas, el cual condenó a Google, al gran actor de Internet, motor de búsqueda, indexador de noticias, y demás. Lo condena por ciberpiratería, por haber copiado gran parte de los contenidos de los periódicos belgas y lo sanciona con una suma millonaria. El tribunal afirma, específicamente en el caso de Google, a diferencia de los casos tradicionales de peer to peer, que es un reproductor de contenidos protegidos de Internet, un reproductor de obras y en lugar de estar informando, lo que está haciendo es infringiendo la ley de derechos de autor de una manera directa, no como lo vimos con ciertos matices en los casos tradicionales de *peer to peer*, es decir, en los casos Napster, Grokster y Kazaa.

¿Cuál fue la respuesta de la gente de Google?, la respuesta de la gente de Google fue: “nosotros somos unos científicos matemáticos que realizamos algoritmos y con esos algoritmos lo que estamos logrando es que ustedes, la gran comunidad mundial, cientos de miles de millones de cibernautas que están hoy en día accediendo a Internet puedan tener y gozar de un derecho fundamental de la libertad de expresión”. Fíjense la contraposición de los dos derechos en esencia: el derecho de propiedad, él discute la cibercultura, versus el derecho de información, el supremo para la sociedad de la información. Esta sociedad que privilegia a internet en relación con los medios tradicionales de información. Esta generación no puede saber más de lo que pueden saber todos los internautas unidos en Wikipedia y toda la información posible en Google.

El derecho de propiedad se ha extendido de tal forma que los nuevos modelos de negocios propios de internet se han visto amenazados —en algunos casos han sido cerrados—. Esta ha sido una realidad que se ha repetido de manera sistemática por el activismo en las Cortes norteamericanas y europeas.

B. CONTROL DE LOS PODERES TRADICIONALES DE LOS CONGLOMERADOS DE MEDIOS RESPECTO DE INTERNET

El profesor LAWRENCE LESSIG que ya es un “veterano” de los líderes de la regulación de Internet, sostiene una teoría que nos permite avanzar un poco en el concepto de cibercultura y propiedad. Lessig dice en su libro “Free Culture” que básicamente toda la cultura moderna esta amenazada por el hecho de que los medios tradicionales de comunicación, los grandes oligopolios del manejo de información, hoy en día, tienen o han recobrado el control de Internet, después de una pelea de 10, 12 años entre la anarquía previa.

Bueno, el libro de Lessig empezaba apenas a evidenciar los procesos como el de wikipedia, fíjense ahí hay un planteamiento muy interesante: el conocimiento es colectivo, el conocimiento es nuestro y podemos luchar contra los conglomerados, luchar contra esa propiedad de la información.

Para nuestras sociedades el tema de Lessig es más dramático, porque Lessig en Estados Unidos ha vivido en un sistema con entretenimiento libre pero controlado,

es primer mundo. Entre nosotros la situación es dramática porque obviamente la posibilidad de cambio a través de cultura, de divulgación de ella a través de las redes sociales de información, conocimiento y crítica puede llevar a que nuestra sociedad sea distinta: puede llegar a ser más equitativa, puede llegar a cambiar el modelo tradicional de nuestra propiedad que ustedes saben que en propiedad intelectual, y en propiedad cultural nuestro medio es aún más dramático en relación con lo que puede ser Estados Unidos. Imagínense el poder que puede tener esa teoría de control expuesta por LESSIG, vista desde nuestra perspectiva, o sea una perspectiva de un alto porcentaje de analfabetismo, de analfabetismo funcional, de dificultades de entendimiento, de problemas y amenazas en la discusión política. Estado de cosas que Internet obviamente puede ayudar a modificar .

II. ¿SE PUEDE FUNDAMENTAR LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN SIN RESPETO DE LA PROPIEDAD?

Entonces vuelvo a plantear en negativa la pregunta que había dicho inicialmente ¿Puede considerarse que la sociedad del conocimiento garantiza la propiedad?

A. ¿RECONSTRUIR LAS RELACIONES TRADICIONALES DE PROPIEDAD?

Todo parte de la pregunta obvia: ¿es posible avanzar realmente en el perfeccionamiento de esa sociedad del conocimiento? En nuestro medio, sin duda. Si se irrespeta la propiedad, es decir, si no tenemos mecanismos de control y de represión de los actos contra la propiedad es imposible hoy en día construir la sociedad del conocimiento. En este punto debemos hacer una división muy realista entre el mundo industrializado y los procesos intermedios e iniciales de desarrollo. Porque es válido concebir que la ciberpiratería pueda llegar a ser interpretada igual cuando hay unos criterios limitados de acceso a Internet, limitados de cultura, limitados de propiedad, limitados de propiedad de información versus sociedades que tienen acceso democrático a la cultura, en las cuales es lógico que haya represión de la piratería y un concepto muy amplio de propiedad intelectual.

Pero ahí no se queda la discusión, porque la discusión pasa por el hecho de que efectivamente hay un hecho comprobado: existe hoy en día un crecimiento exponencial y geométrico del mercado de bienes digitales en el primer mundo, del cual nosotros estamos muy rezagados. Al mismo tiempo buena parte de las esperanzas del crecimiento nuestro hacia el futuro puede estar en que alcancemos unos niveles de desarrollo del mercado digital como los que existen hoy en día en los países desarrollados.

B. EL RESPETO DE LA *rule of law* COMO FACTOR DE DESARROLLO DE LOS MERCADOS DIGITALES

La evidencia hoy en día demuestra que el crecimiento de los mercados digitales en el mundo desarrollado se ha dado por el cumplimiento de la *rule of law*, con los distintos matices en los casos *peer to peer*. Pero la respuesta es tajante. No puede existir sociedad de conocimiento y un avance de los temas digitales sin que exista un cumplimiento del derecho, lo que en todo caso va a significar construcción de reglas que garanticen el verdadero *estado social de derecho con integración y no brecha digital*.

Esto nos compete a todos los que estamos en estos temas: una construcción de un derecho de la propiedad intelectual en el entorno digital democrático, equitativo, con unas reglas muchísimo más abiertas y claras que las que existen. Es el mismo reto de la función social de la propiedad intelectual de LÓPEZ PUMAREJO ahora en la sociedad digital. Es decir, no es una *rule of law* o no es un Estado de derecho *per se*. ¿Por qué?, porque si aplicamos la *rule of law* o el Estado de derecho tal y como lo conocemos es “propiedad intelectual”; y tal como se ha aplicado en el mundo llegamos a una conclusión clara: actualmente se han dado sobretodo en el contexto internacional una gran cantidad de abusos de la propiedad intelectual, abusos que han sido una reacción violenta y enérgica de muchos sujetos económicos tradicionales de la propiedad intelectual frente al entorno digital. Y se identifica su causa en el hecho que el crecimiento del entorno digital ha llevado a que los titulares de la propiedad intelectual se sientan amenazados. Entonces fíjense que estamos en el problema de recobrar la legitimidad de la propiedad intelectual para que sirva de base para la construcción de una sociedad digital justa y equitativa.

C. ABUSOS DE LOS TITULARES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual ha perdido legitimidad en el contexto internacional básicamente como consecuencia de lo siguiente:

- 1) Ha habido una extensión de los plazos de protección de los derechos de autor en Estados Unidos, el caso Mickey Mouse con una protección casi perpetua;
- 2) Una limitación a las excepciones al derecho de autor, las jurisprudencias de Estados Unidos sobre *peer-to-peer* que dicen: no hay copia privada, no hay una limitación por el hecho de que hay un uso en el hogar y demás;
- 3) Hay una clara extraterritorialidad de la propiedad intelectual que se manifiesta alrededor del mundo, a veces más allá de los tratados; y
- 4) Hay una protección de las industrias y de los modelos de negocio tradicionales, recordarán la sentencias Napster y Grokster, se ha pasado no a proteger sólo la propiedad intelectual sino un modelo de negocio, la juez lo consigna algo como se protege el modelo de negocio que esta basado en una reproducción que hacen las disqueras como una serie de valores agregados, pero no dice específicamente propiedad intelectual, o lo dice de manera indirecta.

D. EL DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO CONLLEVA EL FRAUDE,
LAS INFRACCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL APROVECHAMIENTO
ILÍCITO DE LAS PRESTACIONES DE OTROS

Supuesto importante: si el mercado digital crece, también crece el fraude. Frente a la infracción de propiedad intelectual y el aprovechamiento con fines de lucro de las prestaciones mercantiles de hoy –esto es simplemente la regla del mercado–: si crece uno, crece lo otro. Nosotros, claro, estamos como sociedad a la expectativa de crecimiento en cuanto al mercado digital, pero tenemos un gran potencial, América Latina como continente, tenemos un gran potencial, más o menos el mismo que tenían los asiáticos en los años 90, y es convertirnos en productores y no en piratas.

III. MODELOS *peer-to-peer* DE GESTIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

¿Qué nos implicaría ese análisis?, llegar a la determinación de cuál es, dentro de estos conceptos el estado del arte en la ciberpiratería, para lo cual es importante ver la evolución y las características de estos nuevos modelos de negocios electrónicos.

A. LOCALIZACIÓN Y CENTRALIZACIÓN VS. DESLOCALIZACIÓN Y
DESCENTRALIZACIÓN

Los ya históricos, como Napster como Kazaa, donde ustedes saben que había un planteamiento de responsabilidad indirecta: servidores y páginas que habilitaban a la ciberpiratería y que permitirán construir desde el punto de vista jurídico un tema de falta de control o la otra cara de la moneda es decir permisibilidad, ayuda y en algunos casos contribución.

B. YOUTUBE

¿En qué estamos hoy en día?, Hoy en día estamos en un tema en que ya cambio mucho de la perspectiva del negocio de la piratería, ya se ve mucho más en video, en Youtube, por ejemplo. Este portal que nos dio una noticia reciente sobre 30.000 videos excluidos porque se consideran riesgoso, ya no frente a una infracción indirecta sino a una infracción por responsabilidad directa, por lo menos eso es lo que dicen los periódicos internacionales sobre el caso Viacom *vs.* YouTube por violación de contenidos protegidos en internet. Paradójicamente se da un nexo desde el punto de vista de modelo de negocio: Google el infractor de los tribunales belgas hoy en día compra Youtube y dice “nosotros vamos a plantear una protección a la propiedad intelectual”; Cuando Google compra YouTube dice “yo voy a garantizar que en YouTube voy a retirar el contenido ilegal”. Fíjense como el modelo de negocio evoluciona desde el punto de vista de propiedad intelectual,

quizás porque existe una lógica legal de responsabilidad que hace que Google tenga en cuenta el riesgo jurídico.

C. GESTIÓN COLECTIVA EN LA ERA DIGITAL

Frente a esos tres modelos, WILLIAM FISHER, el profesor insignia de propiedad intelectual de la Universidad de Harvard, plantea en su libro publicado el año antepasado “Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment” como alternativa un modelo universal de gestión colectiva en el que exista un equilibrio del reconocimiento de derechos que favorezca a los productores pero también a los consumidores de entretenimiento y contenido. Es un modelo de gestión que busque el equilibrio entre propiedad, gestión colectiva y divulgación cultural.

IV. TIPOS Y GRADOS DE RESPONSABILIDAD, PERO ¿PIRATERÍA?

Frente a todo eso hago una reflexión: ¿todos esos casos de responsabilidad son de piratería? Hasta ahora todos los casos han sido básicamente un planteamiento entre qué ha significado responsabilidad directa y qué significa responsabilidad directa e indirecta (*vicarious* o *contributory infringement*) en Internet, en nuestro medio responsabilidad por el hecho de las cosas bajo control del sujeto; pero obviamente uno puede decir que existen, unas zonas que son ambiguas en el concepto de ciberpiratería y en las cuales paradójicamente pueden concurrir unas grandes posibilidades de negocio. Acuérdense que los negocios se construyen al lado de la propiedad, a veces la de los otros.

A. ZONAS GRISES

Las zonas grises en ciberpiratería son sin duda los hipervínculos. El caso Google en el tribunal belga es evidente. La segunda es el uso privado de contenidos; las sentencias *peer to peer* son mala noticia frente a esa zona gris y tiende a ser una zona negra y no gris. Por otro lado, los identificadores genéricos (*key words*) en reemplazo de los nombres de dominio; ustedes saben que de alguna forma esos identificadores pueden permitir un intercambio de contenidos y acceso a los mismos menos controlado por entes internacionales como hoy en día es el sistema de nombres de dominio. Así mismo los key words son la fuente principal de ingresos respecto de la publicidad en línea.

Y por último, los motores de búsqueda y las bibliotecas virtuales. En este caso otra vez vuelve Google a discutir diciendo “nosotros podemos y tenemos la posibilidad de de presentar de manera digital buena parte del conocimiento humano que reposa actualmente en los libros”, ¡nada mas y nada menos que la Biblioteca de Alejandría otra vez ahora en la era digital! Obviamente en ese supuesto

la propiedad intelectual no lo permite abiertamente, entonces Google retrocede y dice “solamente voy a publicar las obras que estén en el dominio público”.

B. ¿CIBERPIRATAS, EN SERIO?

Hay unos ciberpiratas que son de verdad, ¡de verdad! Por ejemplo, los usurpadores de nombres de dominio cuando violan marcas notorias, de hecho la regulación lo que lleva es a anularle o cancelar los nombres de dominio usurpadores ¿Por qué?, por ciberpiratería. Y los lleva a indemnización de perjuicios en ciertos territorios como Estados Unidos, por ciberpiratería.

Y el otro es la ciberpiratería que cometen las personas que venden productos falsificados a través de los martillos virtuales como eBay y De remate, afectando la imagen y creando una posible responsabilidad legal en cabeza de los dueños de esas comunidades virtuales de negocios.

La ciberpiratería es global. Es difícil de rastrear, es grave, tiene extraordinario futuro, con la pornografía es lo que más tiene futuro en internet, pero por ahora frente a ese futuro yo les llamo la atención a algo mucho más cordial ¡celebremos con alborozo los primeros cinco años del iPod! Muchas gracias.