



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DOCTORADO EN DERECHO

DETERMINACIÓN DEL MONTO DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO DE
AUTOR EN ENTORNOS DIGITALES

KAREN ISABEL CABRERA PEÑA

Bogotá, D. C.
Septiembre de 2016



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DOCTORADO EN DERECHO

Tesis para optar al grado de doctora
DETERMINACIÓN DEL MONTO DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO DE
AUTOR EN ENTORNOS DIGITALES

Estudiante
KAREN ISABEL CABRERA PEÑA

Directores de tesis
Doctor JULIO GAITÁN BOHÓRQUEZ
Doctora MARCELA PALACIO PUERTA

Bogotá, D. C.
Septiembre de 2016

*En memoria de mi madre.
A mi padre por su apoyo incondicional,
a mis hermanos Angie y Eder, mis motores para seguir.*

AGRADECIMIENTOS

Este ha sido un largo camino profesional y académico que ha cambiado mi percepción sobre la vida. Mi proceso doctoral ha estado acompañado de momentos muy felices pero a la vez difíciles. La soledad marcó gran parte de este camino pero fue así como pude reconocer lo que significa la dedicación, la perseverancia y la paciencia.

Este proceso me ha llenado de muchas satisfacciones y alegrías. He conocido lugares y personas increíbles. Definitivamente lo mejor de emprender este reto, además de crecer académicamente, ha sido encontrar amor, comprensión y cariño en personas que permanecen y permanecerán por siempre en mi corazón y a las que les debo este logro en mi vida.

En primer lugar, quiero agradecer a Julio Gaitán, mi director de tesis, por su guía y paciencia y a Marcela Palacio por asumir la co-dirección de este proyecto, pero sobre todo por sus recomendaciones y consejos académicos y personales. A mis mentores Vladimir Monsalve y Luis Carlos Plata, por apoyarme y guiarme en el largo camino de la investigación, y a Alberto Cerda por su acompañamiento durante todo el proceso doctoral.

A mi padre, Francisco Cabrera, por amarme y apoyarme sin peros, por respetar mis decisiones y siempre recibirme con los brazos abiertos. A mi hermana Angie, por ser mi mayor incentivo para ser mejor persona y a mi hermano Eder por ponerme los pies en la tierra. Infinitas gracias a mi familia, en particular a mi tía Gladys Peña y mi prima Yuly Alvear por estar siempre ahí.

A mis compañeros de doctorado por escucharme y alentarme para seguir cuando las fuerzas se acaban. En especial, gracias a Daniela Navarro por leer mis avances en este documento y a Yira López y Jorge Luis Lázaro por ser amigos incondicionales. A mis amigas

de colegio Silvana Pezzano y Adiel Castro por seguirme los pasos aún en la distancia y recordarme quién soy en los momentos de crisis.

A la Universidad del Rosario y a Colciencias por brindarme el apoyo financiero y académico para adelantar este doctorado. A mis profesores y tutores en Colombia, España y Estados Unidos por recibirme con los brazos abiertos y compartir su conocimiento.

Finalmente, gracias a Dios y a mi ángel mi madre, que desde el cielo guía mi camino. Madre, esto es por ti y por todas las cosas hermosas que hiciste por mí y mis hermanos. Todos y cada uno de mis logros han sido fruto de la dedicación y el amor con los que me criaste.

RESUMEN

La tecnología ha transformado la manera como se crea y se adquiere la información que muchas veces está protegida por derechos de autor en entornos digitales e Internet. En consecuencia, hay nuevos casos de infracciones a los derechos de autor que no fueron previstos por el sistema de responsabilidad civil moderno.

En Colombia, la determinación del monto del daño material por infracciones a los derechos de autor en entornos digitales se basa sobre la teoría de la propiedad material en sentido tradicional, que por las características propias del derecho de autor no logra los fines de la responsabilidad civil.

Esta tesis doctoral propone -a través de un estudio dogmático (*Lege Ferenda*)- unos criterios de determinación del daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales que se desprenden del análisis y comparación de las legislaciones de España y Estados Unidos sobre el tema, con relación a Colombia.

Como resultado de la investigación, se plantean criterios que se basan en la figura de daños pre-establecidos y la valoración del daño a partir de las ganancias obtenidas por el infractor que cumplen con la función disuasiva, reparadora y sancionatoria de determinar el monto de los daños materiales cuando hay infracciones al derecho de autor en Internet.

PALABRAS CLAVES

Daño material, derechos de autor, entornos digitales, Internet, infracciones.

ABSTRACT

Technology has transformed the way information is created and acquired in digital and Internet environments. Many times this information is protected by copyright. As a result, there are new kinds of Copyright infringement that the civil liability system did not approach.

Currently in Colombia, determining the amount of economic damages for Copyright infringement in digital environments is based on the traditional property theory. This type of theory does not reflect copyright law's purpose nor achieves civil liability's system goals.

This dissertation proposes -through a dogmatic research (Lege -Ferenda)- some criteria to determine the amount of economic damages for Copyright infringement in digital environments. These criteria emerge from contrasting the Colombian legislation with the American and Spanish legislation.

As a result, these criteria are formulated based on statutory damages and the damage assessment from the earnings of the infractor. They have punitive, curative and dissuasive function to determine the amount of economic damages when happens copyright infringement on the Internet.

KEY WORDS

Economic Damages, Copyright, Digital Environment, Internet, Infringements.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. EL DERECHO DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL	
1.1 Introducción	19
1.2 Nociones básicas del derecho de autor:	
De lo general hasta la legislación en Colombia	20
1.2.A Algunas anotaciones del derecho de autor en el ámbito internacional	20
1.2.A.1 Contenido del derecho de autor según sus prerrogativas y facultades	24
1.2.A.1.1 Derechos patrimoniales de autor	24
1.2.A.1.2 Derechos morales de autor	29
1.2.B Sistemas jurídicos establecidos para la protección de los derechos de autor	31
1.2.C Régimen legal del derecho de autor en Colombia	34
1.3 El nuevo paradigma del derecho de autor en los entornos digitales:	
La evolución basada en el soporte	43
1.3.A La evolución de la era digital e Internet	44
1.3.B Cambios y efectos del derecho de autor en la era digital	48
1.3.B.1 Algunos cambios legislativos sobre la regulación del derecho de autor en la era digital	52
1.4 Retos del derecho de autor y la necesidad de una nueva orientación	61
1.5 Conclusiones del capítulo	63
CAPÍTULO DOS. EL DAÑO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR	
2.1 Introducción	65
2.2 Responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano	66
2.2.A Elementos de la responsabilidad civil que acompañan al daño	70

2.2.A.1 Conducta ilícita	70
2.2.A.2 Nexo causal	71
2.2.A.3 Elemento subjetivo de la responsabilidad que acompaña la conducta como criterio de imputación de responsabilidad civil	79
2.3 El daño y su importancia dentro del sistema de responsabilidad civil	83
2.3.A Clasificación del daño	86
2.3.A.1 Daño material y patrimonial	88
2.3.A.2 Daño moral o extrapatrimonial	89
2.3.B Definición y tratamiento del daño según el sistema legal	91
2.4 La ampliación de la concepción tradicional de responsabilidad civil a partir de sus funciones	94
2.5 El trasplante legal de la responsabilidad civil de la propiedad material en sentido tradicional a la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor	102
2.5.A Elementos de la responsabilidad civil que acompañan el daño en infracciones al derecho de autor	104
2.5.A.1 Conducta ilícita	104
2.5.A.2 Nexo causal	109
2.5.A.3 Elemento subjetivo que acompaña la conducta como criterio de imputación de responsabilidad en infracciones al derecho de autor	110
2.5.B El daño en infracciones al derecho de autor	112
2.6 Conclusiones del capítulo	116
CAPÍTULO TERCERO. DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA Y SU PROBLEMÁTICA EN ENTORNOS DIGITALES	
3.1 Introducción	117
3.2 Normas sobre procedimientos civiles y observancia relacionadas con la determinación del daño en infracciones al derecho de autor contenidas en tratados internacionales	118
3.2.A Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)	119

3.2.B Tratados de la OMPI sobre Internet	125
3.2.C La determinación del daño por infracciones al derecho de autor según el Acuerdo Comercial con Estados Unidos (Tratado de libre comercio)	127
3.3 El régimen de protección de los derechos de autor contenido en las normas nacionales de Colombia	131
3.3.A La Decisión Andina 351 de 1993	133
3.3.B Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor	138
3.3.C Ley 44 de 1993 por la cual se modifica y adicional la Ley 23 de 1982	141
3.3.D Los criterios de determinación del daño material en infracciones a los derechos de autor en entornos digitales	144
3.4 El ADPIC y el TLC con Estados Unidos y su compatibilidad con los criterios de determinación del monto del daño material de la Ley 44 de 1993	151
3.4.A Del resarcimiento adecuado	152
3.4.B Beneficios obtenidos por el infractor	153
3.4.C Daños preestablecidos	156
3.4.D Gastos del titular del derecho	158
3.5 Conclusiones del capítulo	160
CAPÍTULO CUARTO. ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA COMO EJEMPLOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR	
4.1 Introducción	162
4.2 La determinación del daño en infracciones al derecho de autor según la Ley de propiedad intelectual española	163
4.2.A Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo	164
4.2.B Ley de Propiedad Intelectual	168
4.2.C Algunos casos de determinación del monto del daño en infracciones al derecho de autor en entornos digitales	175
4.2.C.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia.	

Sección Novena (15 de junio de 2011)	175
4.2.C.2 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Barcelona (2 de mayo de 2013) y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 8 de Barcelona (2 de junio de 2011)	178
4.2.D Aspectos a considerar de la Ley de Propiedad Intelectual respecto a la determinación del daño en Internet	181
4.3 Las indemnizaciones punitivas y de daños preestablecidos por el <i>Copyright</i> de Estados Unidos	186
4.3.A Criterios de determinación del daño	188
4.3.B Algunos casos de determinación del daño en infracciones al derecho de autor en entornos digitales	191
4.3.B.1 Caso Sony Corporation of America Vs. Universal City Studios, Inc.	192
4.3.B.2 Caso Napster Vs. Recording Industry association of America (RIAA)	194
4.3.B.3 Caso Capitol records, Inc., Vs. Thomas – Rasset	196
4.3.C Aspectos a ser considerados sobre la determinación del daño en el <i>Copyright</i> de Estados Unidos para infracciones en entornos digitales	198
4.4 Lecciones para la implementación de los criterios de determinación del monto del daño material en infracciones al derecho de autor en Colombia	201
4.5 Conclusiones del capítulo	207
PROPUESTA PARA COLOMBIA	210
CONCLUSIONES GENERALES	215
BIBLIOGRAFÍA	220

INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual y la propiedad material en sentido tradicional son disímiles en relación al objeto. La primera, procura la protección de bienes inmateriales que se originan de un acto de creación intelectual; mientras que la segunda, implica el poder que ejerce una persona sobre una “cosa”, es decir, un objeto o bien físico (Lipszyc, 2006).

El derecho de autor, una de las especies de la propiedad intelectual y sobre la cual versa esta investigación doctoral, difiere de la propiedad de bienes materiales debido a que nace del acto de creación de la obra y no por el hecho de adquirirse el dominio de esta¹. Se caracteriza por poseer un componente moral, que se relaciona con las facultades personales que tiene el autor sobre la obra de manera perpetua y que es ajeno al ámbito de dominio; y otro componente, el patrimonial, que otorga un plazo de protección limitado por la ley durante el cual es posible transferir algunos derechos (Lipszyc, 2006, pág. 21).

Debido a las singularidades mencionadas, hace algún tiempo los legisladores plantearon la necesidad de desarrollar modelos de gestión y mecanismos de protección para los derechos de autor que fueran diferentes a los del sector económico de la propiedad material en sentido tradicional, pues sería un error tratar igual a lo que es diferente. Así, se han establecido disposiciones legales referidas al deber de reparar cualquier daño que se ocasione cuando se vulneren derechos de la obra o del titular de esta.

A pesar de que existen preceptos normativos que hacen referencia a la cuantificación del monto del daño cuando se presentan infracciones, estos no ha sido efectivos para

¹ Piénsese en las diferencias que existen entre comprar una casa o un carro y comprar un libro o pagar por la descarga de una canción. El dominio de la casa se adquiere por medio de la figura de la tradición y esta dejará de ser de su antiguo dueño. El libro y la canción seguirán perteneciendo a sus autores sólo que el usuario adquirió la propiedad sobre la cual está fijada la obra, es decir, el ejemplar.

solucionar las controversias de este tipo e igualmente, las medidas procesales para hacer cesar la violación son escasas (Morales, 2007).

Es así como a pesar de la obligación legal de indemnizar los perjuicios por infracciones al derecho de autor en Colombia, la ley es muy general y no tiene en cuenta las particularidades de este derecho ni cómo debe determinarse el monto del daño.

En la actualidad, la razón por la cual determinar el monto del daño en infracciones al derecho de autor presenta dificultades, es simple: se considera que su naturaleza o entidad en el derecho están sustentadas bajo el mismo régimen de la propiedad común, aun cuando existe una disposición constitucional que especifica su protección diferencial².

Una normativa con criterios para determinar el monto del daño en infracciones a los derechos de autor, además de prever las características que hacen especial esta clase de propiedad, debe tener en cuenta los avances tecnológicos y la masificación del uso del Internet, que además de tener dinámicas innovadoras y cambiantes de explotación de los derechos de autor, es el espacio en el que circulan más obras y en donde los derechos de autor son más vulnerados.

De allí, que el propósito de esta tesis doctoral sea establecer criterios de determinación del monto del daño material cuando ocurren infracciones a los derechos de autor en su ámbito material, a través de conductas que den lugar a supuestos de responsabilidad civil extracontractual, haciendo énfasis en aquellas que ocurren en entornos digitales.

Debido a que no hay claridad sobre el momento y el lugar en donde ocurren las infracciones en Internet a los derechos de autor y los transgresores de estos pueden

² El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia establece que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”

moverse fácilmente y hacer lo mismo con sus operaciones trasladándolas a jurisdicciones más remotas (Radin, Jonh, Reese, & Silverman, 2006), es de suma importancia tener un sistema de determinación del monto del daño en infracciones al derecho de autor en entornos digitales que tenga en cuenta las anteriores dificultades para comprobar la responsabilidad extracontractual. Adicionalmente, debe tener en cuenta que en Internet, generalmente, en una sola infracción se pueden vulnerar varios derechos del autor, lo que puede obstaculizar que se prueben los perjuicios.

Con fundamento en lo anterior, se evidencia la necesidad de establecer criterios que determinen el monto del daño para restituir, mantener la integridad del derecho de autor y castigar al infractor cuando se realicen actos de explotación no consentidos por el autor/titular, y que tengan presente el dinamismo del entorno digital y las peculiaridades de este contexto como son la auto-regulación de las redes (De Miguel, 2015, pág. 629).

Este trabajo propone que el nuevo modelo de determinación del daño de responsabilidad extracontractual provenga de las obligaciones adquiridas por Colombia en el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y de las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) firmado por Colombia.

En este caso, la creación del conocimiento jurídico sobre la figura del daño, particularmente del daño material y cómo puede incorporarse en el derecho de autor cuando se cometen infracciones de responsabilidad extracontractual en entornos digitales, parte de la idea de que el legislador -mediante normas reflexivas y justificadas- debe compatibilizar el derecho de autor con los intereses que se suscitan en la explotación de las obras en Internet (Yzquierdo & Árias, 2006, pág. 106). Para este fin es indispensable una re-elaboración del sistema de determinación del daño material que garantice una mejor protección a los autores/titulares y a sus obras.

Para lograr la re-elaboración del sistema -bajo la comprensión de la teoría de responsabilidad civil en el derecho colombiano, y su particular aplicación a los supuestos de infracciones al derecho de autor, se realiza un paralelo entre los diferentes criterios de determinación del monto del daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales de Colombia, España y Estados Unidos para analizar críticamente las que podrían llegar a ser las falencias y aciertos de cada uno de ellos y de esta forma justificar cuáles medidas son las que se deben tomar al respecto. En consecuencia, se proponen adaptaciones y modificaciones que sean necesarias para que encajen en el sistema y la finalidad del derecho patrio en materia de indemnizaciones y de responsabilidad civil.

Finalmente, se plantean como criterios la figura de daños pre-establecidos y la valoración del daño a partir de las ganancias obtenidas por el infractor -consignadas en el TLC entre Colombia y Estados Unidos y el ADPIC ratificado por Colombia- porque cumplen con la función disuasiva, reparadora y correctiva del derecho de daños al momento de determinar el monto de las indemnizaciones cuando hay infracciones al derecho de autor en Internet.

Esta investigación parte de la premisa de que existe un sistema legal de responsabilidad propia para el derecho de autor que presenta los supuestos bajo los cuales se está ante una infracción y cómo se debe proceder en la reparación del daño causado. Si bien el sistema provee las conductas ilícitas, la fórmula que establece para determinar el monto del daño en infracciones de responsabilidad extracontractual al derecho de autor no es adecuada pues se basa en el sistema de responsabilidad civil de bienes materiales, lo que dificulta el resarcimiento de los daños. En el caso del entorno digital, resultado de las dinámicas versátiles y transitorias propias de la tecnología, es apremiante la determinación del daño ya que no es comparable al sistema civil de la propiedad material.

Para efectos de confirmar o desvirtuar las anteriores premisas, la investigación se desarrolla a partir de cinco partes, así:

El primer capítulo -sobre el derecho de autor en la era digital- hace una breve contextualización conceptual de derecho de autor, también explica los cambios que ha sufrido este con la llegada de la digitalización y el Internet, para finalmente recrear cuáles son los retos que afronta respecto a las nuevas tecnologías. Lo anterior, para determinar los conceptos básicos de la investigación y el problema jurídico que aborda.

El segundo capítulo estudia aquellos elementos que acompañan el daño para que se determine la responsabilidad civil con el fin de entender cómo opera en los derechos de autor. Posteriormente, analiza la determinación del daño en infracciones que versan sobre medios análogos o materiales para así dilucidar los problemas que se presentan cuando dicha determinación se hace en medios digitales.

El tercer capítulo hace una aproximación a los criterios de determinación del daño material en infracciones al derecho de autor según la legislación colombiana y las diferencias que existen entre estos y las normativas internacionales, regionales y bilaterales que tienen disposiciones sobre el tema. También se analizan las dificultades que traen los criterios de determinación del daño material a la hora de tratarse de infracciones al derecho de autor en entornos digitales.

El cuarto capítulo contiene el análisis de los criterios de determinación del daño material en infracciones al derecho de autor de Estados Unidos y España, como ejemplos de implementación de los mismos y se presentan las lecciones que dichas legislaciones le dejan a Colombia cuando se trata de esta clase de infracciones en entornos digitales.

Por último, se presentan las conclusiones en las cuáles se realizan una serie de recomendaciones en las que se concretan los posibles criterios de determinación del monto en el daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales.

Enfoque teórico: Teoría utilitarista del derecho de autor

La tarea de la sistematización del derecho se realiza a través de teorías jurídicas que sistematizan, dan unidad y coherencia a un conjunto normativo para solucionar un problema específico respecto a decisiones judiciales, creación y modificación de normas del derecho positivo (Curtis, 2006). En el caso de esta investigación doctoral, como se muestra a continuación, la teoría utilitarista influye y orienta la solución al problema jurídico planteado por medio de sus principios.

A través del tiempo ha cambiado la percepción del derecho de autor respecto a la forma como debe ser considerada la obra y por tanto, protegerse. Particularmente esta tesis de doctorado se desarrolla bajo las premisas de la teoría utilitarista que toma en cuenta los conceptos de utilidad de la obra en sentido amplio para justificar su protección y en este caso probar la pertinencia de criterios para determinar el monto del daño material en infracciones de responsabilidad extracontractual al derecho de autor en entornos digitales.

La teoría utilitarista es desarrollada por Adam Smith y John Stuart Mill quienes proponen que para incentivar la creatividad y aminorar las cuantiosas inversiones de la creación, se deben establecer monopolios legales sobre la obra (Stuart, 1967, pág. 91 y ss), pues resultan más factibles que las recompensas estatales (De La Maza, 2007, pág. 60). Los monopolios, por una parte, evitan el ejercicio de discrecionalidad abusiva por parte del Estado y, por otra, permiten que las ganancias del inventor sean proporcionales a la utilidad que obtenían los consumidores a partir de la creación.

Según los fundamentos de esta teoría, dado que la sociedad se beneficia de las creaciones de los autores, los principios del derecho de autor deben permitir que este evite el uso o reproducción de su trabajo a menos que se pague por ese privilegio (Senftleben, 2004, pág. 6). De esta forma, se incrementa la producción de obras que tengan un impacto útil y

positivo en la sociedad y por tanto, habrá mayor conocimiento, ciencia y entretenimiento (Richard, 2004, pág. 27).

Tomando en cuenta lo anterior, en términos económicos, el derecho de autor sirve como incentivo para que las personas produzcan creaciones ya que si no se protegen, existirían otros que imiten las obras sin incurrir en los costos que debió enfrentar el autor y esto no crearía incentivos para seguir explotando su talento.

Por esta razón, la existencia del deber legal de reparar y resarcir el daño, y castigar a quien incurra en infracciones es la forma de comunicar al autor que no debe inhibirse de producir nuevas obras ya que estas están siendo protegidas (De La Maza, 2007). Lo que hace el derecho de autor es permitir a los creadores que decidan quiénes pueden utilizar sus obras y bajo qué condiciones desean recuperar los costos en que incurrieron para crearlas o si, por lo contrario, es incentivo suficiente el uso masificado y gratuito de la misma.

Como la finalidad de esta vertiente es que el autor obtenga una ganancia, tiene sentido que la protección del derecho de autor sea limitada, que existan excepciones y que sea el autor quien decida la publicación de la obra sin menor o mayor pago que la del reconocimiento de la misma. En este orden de ideas, se entiende que siempre deben haber incentivos para al autor que no tienen que ser económicos dado que la finalidad última del derecho de autor, además de incentivarlo para que siga creando, es permitir que la sociedad pueda conocer esas creaciones.

En concordancia con lo anterior, no cabe duda de que el adecuado nivel de protección de los derechos de autor es aquel que es medido y proporcionado a la necesidad de recompensa sobre quien hizo el esfuerzo de crear (Morales, 2007, pág. 360). Si bien de las obras emanan derechos que se radican por siempre en cabeza del autor, como el derecho

a que se le reconozca la autoría por sus creaciones, no se puede olvidar el sentido social que tienen, de aquí que la protección no sea absoluta y se limite con el tiempo.

Desde el punto de vista de la corriente económica neoclásica³, en la teoría utilitarista son importantes los incentivos antes y después de la creación pues el ejercicio de sacar a la luz una obra involucra imaginar, crear, mejorar, mantener y comercializarla. Esta vertiente tiene como finalidad generar incentivos sociales para la creación de la obra, y además económicos que permitan el uso eficiente para el autor después de creada pues cuando queda huérfana no hay incentivos para cuidarla (De La Maza, 2007).

En sus inicios, la teoría utilitarista se justificaba con el alto nivel de protección para la promoción futura de la innovación y la creatividad, se presumía que sin medidas de protección no se podía recuperar la inversión inicial y por tanto, el autor se abstenía de crear nuevamente (León & Varela, 2011, pág. 83). Actualmente, la teoría ha matizado su discurso en el entendido de que el nivel de protección debe ser escogido por el autor en la forma que él considere que se maximiza la productividad de su obra.

A partir de una visión más moderna, el utilitarismo se justifica en que la contribución del creador tiene una utilidad social porque la gente necesita adquirir, poseer y usar cosas para lograr algún grado de felicidad y realización; y por tanto, este debe ser recompensado. Cuando empezó la era del ciberespacio y con este el problema de la centralización de la propiedad, tomó importancia la teoría utilitarista debido a que asuntos sociales como la privacidad y la libertad se vieron directamente conectados con un concepto nuevo de derechos de propiedad intelectual (Spinello & Tavani, 2005, pág. 14). Esta teoría permite

³ Corriente que se caracteriza por maximizar y optimizar los recursos a partir de la satisfacción y los beneficios del consumidor. En desarrollo del tema, se sugiere revisar el libro Erdozain, (2002) *Principios de Economía Política*. Páginas 85 y ss.

deducir porqué las obras deben ser protegidas y porqué el creador debe poseer ciertos derechos, como el control y la posesión de la obra.

Si se entiende que las creaciones tienen un valor económico y social, puede concebirse que proteger esta clase de bienes incentiva a la gente a compartir bajo ciertas reglas del mercado, ya que quien otorga “algo” a la sociedad merece su recompensa y una vez es recompensado, la obra pierde su protección temporal y deja de ser un monopolio su explotación (Spinello & Tavani, 2005).

Otro autor que desarrolla la visión moderna del utilitarismo es Moore (2001, pág. 107 y ss), quien indica que la sociedad adopta regímenes e instituciones legales únicamente cuando esperan rendimiento y optimización del bienestar. En el caso del derecho de autor ofrece a los creadores, además de derechos, controles sobre la protección de su obra, que actúan como un fuerte incentivo para la creación de otras nuevas obras. Establecer criterios para la determinación del monto del daño material en infracciones de responsabilidad extracontractual al derecho de autor estimula la creación y producción del trabajo intelectual pues contribuye a maximizar el bienestar.

Bajo la teoría utilitarista, es posible asociar el derecho de corriente latina con el derecho anglosajón debido a que ambos sistemas se han visto permeados con los cambios que ha traído la tecnología en la explotación y difusión de las obras. Esto se refleja, por ejemplo, en la incorporación, así sea restringida, de los derechos morales en sistemas de *Copyright*; las modificaciones legales que han tenido lugar en países de latinoamérica como consecuencia de los Tratados de Libre Comercio⁴ con Estados Unidos en los que se incorporan medidas

⁴ De acuerdo con el Ministerio de Industria y Comercio (2015), los Tratados de Libre Comercio conocidos por la abreviatura TLC, “se tratan de un convenio entre dos o más países a través del cual éstos acuerdan unas normas para facilitar el comercio entre ellos, de tal manera que sus productos y servicios puedan intercambiarse con mayor libertad”.

del derecho anglosajón que serán estudiadas más adelante, como también el carácter económico en la creación de las obras y su explotación.

No queda duda, tal como lo plantea Schmitz (2005, pág. 33), que trazar soluciones a problemáticas del derecho de autor bajo parámetros completamente economistas puede ser equivocado en la medida en que la finalidad de la propiedad intelectual, y por tanto del derecho de autor, es balancear las utilidades aparentemente divergentes que propenden los creadores y la sociedad.

Por esta razón, la teoría utilitarista valida como respuesta a las falencias del derecho de autor en entornos digitales, la creación de criterios de determinación del monto del daño en infracciones a derechos de este tipo en donde se tomen en cuenta las actividades y relaciones en las que se ven inmersas los creadores y la sociedad, no sólo en valores económicos, sino por el contrario, en las relaciones sociales que se establecen en la transferencia de información.

Justificación de los países de estudio

De manera general, existen dos concepciones de la protección al derecho de autor que emanan de dos grandes sistemas legales. Por un lado, se encuentra el *Copyright*, que se erige por el principio de la libre enajenación de los derechos en donde tienen prelación los derechos patrimoniales que ostenta el autor/titular. Por otro, el derecho de autor, que se regula a partir del reconocimiento que se le otorga al creador la propiedad de la obra, haciendo hincapié en los derechos morales (Delgado, 2007).

El *Copyright* proviene del sistema legal del *Common Law*, que opera en Estados Unidos y el derecho de autor es el utilizado en países de tradición romano – germánica, como España y Colombia, con sistemas legales civiles continentales o también conocidos como latinos.

La descripción de los criterios legales de determinación del daño del derecho, en relación con los sistemas de protección al derecho de autor, se realiza a la luz del *Copyright Act* de Estados Unidos para ejemplificar cómo funciona el sistema de daños en el derecho de autor del *Common Law* y la Ley de Propiedad Intelectual de España y la Ley 44 de 1993 en Colombia, como ejemplos de derecho de autor dentro del sistema civil.

La legislación colombiana hace parte de esta disertación debido a que es en este país en donde se desarrolla la investigación. También se escogió España ya que posee una corriente legal romano-germánica, al igual que Colombia.

España fue seleccionada porque ha sido muy influyente en Colombia respecto a la literatura normativa. Esta influencia nace debido a que, al ser Colombia por muchos años parte de la colonia española, la ley se basaba en sus inicios en esta y aún el sistema normativo, incluyendo el de derechos de autor se despliega de manera similar. La inclinación de Colombia por seguir la legislación española se hace evidente por ejemplo, con el Convenio bilateral de 28 de noviembre de 1885 sobre propiedad intelectual firmado por los dos países, en donde, entre otras cosas, se determina que el tiempo de protección de los derechos de autor es de la vida del autor mas 80 años después de su muerte⁵.

Además, ambos países cuentan con una regulación legal interna sobre derecho de autor y hacen parte de organismos comunitarios que expiden directrices de obligatorio cumplimiento sobre temas políticos, sociales y económicos, como propiedad intelectual, a saber: España hace parte de la Unión Europea, y Colombia de la Comunidad Andina de Naciones.

⁵ Sobre la historia del derecho de autor en Colombia, se sugiere revisar Plazas (1984) *Estudios sobre derechos de autor*.

Por otra parte, la legislación de *Copyright* del *Common Law* integra este estudio debido a que es una corriente legal diferente a la romano-germánica a la que pertenece Colombia. Específicamente, la comparación del sistema colombiano con el *Copyright* de Estados Unidos se hace porque -además de ser un país con bastante literatura e investigaciones sobre derechos de autor-, firmó un Tratado de Libre Comercio con Colombia que obliga a las partes a implementar medidas sobre el sistema de propiedad intelectual que ya se encuentran, en su mayoría, en la legislación norteamericana⁶.

La comparación entre el derecho de autor con el *Copyright* sirve para dilucidar la necesaria concreción normativa y reguladora para que el monto del daño material en infracciones al derecho de autor de responsabilidad extracontractual en *Internet* pueda determinarse a través de ciertos criterios que denoten un equilibrio que garantice los derechos de autor y los derechos de acceso.

Herramientas metodológicas

Esta tesis doctoral es un trabajo de investigación de corte cualitativo en la medida en que refiere, comprende e interpreta un conjunto de normas pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos, estudios de doctrinantes y documentos de tipo no legal alusivo a la configuración del monto en el daño por infracciones al derecho de autor en entornos digitales, utilizando como método de investigación la revisión de archivo mediante la dogmática como técnica de la ciencia jurídica.

Según lo anterior, esta investigación dogmática es considerada de *Lege Ferenda* al tener como finalidad última la proposición de modificar, enmendar o complementar el derecho

⁶ No sólo se adquieren compromisos para elevar las sanciones de los infractores, perseguir a quienes hicieron la reproducción ilegal sino también a quienes realizaron actividades adyacentes o colaterales, como los que elaboran las etiquetas y realizan reproducciones en talleres, es decir, también serán ser sancionados quienes toman la decisión de reproducir, y ayudan a la actividad (Guerrero, 2007).

positivo (Courtis, 2006, pág. 126). Esta clase de investigación parte de la aceptación del sistema jurídico en su conjunto pero aboga por la modificación de normas para mejorar o perfeccionar el sistema.

Sobre la dogmática, su tarea consiste en estudiar uno o varios ordenamientos jurídicos para conocerlo, operarlo, optimizarlo y finalmente, mejorarlo. Como herramienta interpretativa, gracias a la revisión de archivo legal, permite sistematizar y organizar lógicamente las normas para crear nuevos conceptos doctrinales o científicos para un mejor ejercicio del derecho (Tarello, 2003). También relaciona y conecta lógicamente el sistema normativo -en este caso, las normas referentes al tema de estudio-, con el fin de detectar problemas de incoherencia del mismo y así crear ideas sostenibles que solucionen una controversia jurídica que en la mayoría de los casos tiene efectos sociales.

Siguiendo a Courtis (2006, pág. 355), estos efectos sociales de las soluciones a las controversias jurídicas se dan en dos medidas: primero, produciendo un valor o interpretación de la realidad proveniente de un contexto histórico, cultural, social y económico problemático; y segundo, haciendo una crítica, desde un contenido normativo para proponer un cambio ante una situación de dominio, opresión o injusticia.

Esta investigación doctoral analiza también los elementos económicos y sociales que han acompañado las leyes de la determinación del daño material en el derecho de autor para entender cómo la ley ha evolucionado, ha asumido los retos de la llegada de las nuevas necesidades de la digitalización y si lo ha hecho de la forma adecuada.

Con base en lo anterior, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles deben ser los criterios aplicables en Colombia para determinar el monto del daño material en infracciones extracontractuales al derecho de autor en entornos digitales?

Para resolver el anterior interrogante, de esta tesis surgen recomendaciones para crear criterios que permitan determinar el monto del daño material en infracciones de responsabilidad extracontractual al derecho de autor en entornos digitales, aportan en la construcción del equilibrio entre los intereses privados de autores que buscan incentivos para continuar su trabajo artístico y los de la sociedad que quiere acceder y disfrutar del conocimiento, las ciencias y el entretenimiento.

Con los resultados de la investigación, se busca la transferencia fácil de derechos de los titulares y la indemnización cuando se producen daños y por tanto, se incentiva el uso de las obras en entornos digitales bajo el entendido de que se sabe cuándo se está cometiendo una infracción.

Así mismo, la crítica a las falencias del sistema de responsabilidad civil extracontractual en derechos de autor busca formular recomendaciones sobre cómo debería funcionar el sistema de determinación del monto en el daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales, para asegurarle al autor o titular la indemnización por un perjuicio y prevenir la reincidencia de la conducta por parte del infractor.

Para el logro de los resultados esperados en esta investigación la revisión de archivo consistió en analizar documentos de corte legal como tratados, leyes, jurisprudencia y decretos, así como otras documentaciones de diferente connotación, tales como estudios previos de otras ciencias, reglamentos, artículos de investigación, entre otros relacionados con el tema que remiten al estudio de otras fuentes para desarrollar la perspectiva dogmática.

Por ejemplo, los estudios de la historia del derecho de autor correlacionan la creación, aplicación y modificación de normas jurídicas ante la incorporación de las nuevas tecnologías, lo que explica el sentido original de la norma, la actual aplicación y

funcionamiento del derecho, como también la necesidad de adecuarlo a nuevas circunstancias sociales (Courtis, 2006). Así mismo, la doctrina aporta teorías, distinciones y clasificaciones que no se encuentran en el derecho pero que sirven como un marco para entender y rivalizar disposiciones legales controversiales que finalmente crean fundamentos para consolidar una posición propia sobre la solución del problema jurídico (Latorre, 2012).

Por otro lado, la comparación de las leyes de varios países, sin entrar en un estudio de derecho comparado, es útil porque posibilita que se pueda visualizar dos respuestas diversas a un mismo problema e identificar semejanzas y diferencias de tratamiento. Este ejercicio de comprender los fines y estructuras de ordenamientos jurídicos en temas de derechos de autor en entornos digitales permite encontrar soluciones en otras normas que puedan ser equitativamente funcionales para el país de estudio, en este caso Colombia (Courtis, 2006, pág. 139).

Según lo anterior, la investigación contextualiza el problema según el sistema legal de Colombia en comparación con los sistemas de España y Estados Unidos: se tomarán en cuenta las circunstancias en las que se originó la infracción en materia extracontractual y los sujetos titulares de derechos de autor que buscan resarcimiento del daño material ocasionado para entender la función del daño y sus clases en las infracciones al derecho de autor en entornos digitales.

Los fines propuestos se lograron analizando, en primer lugar, la doctrina existente a partir de todas las fuentes no legales posibles. En segundo lugar, los sistemas jurídicos internos e internacionales adoptados y, en tercer lugar, la jurisprudencia relevante sobre el tema en cada uno de los países de estudio. Finalmente, desde el contraste y la observación de los datos obtenidos, surgieron una serie de recomendaciones sobre cuáles criterios de determinación del monto en el daño material en infracciones de responsabilidad

extracontractual al derecho de autor que se ajustan a la naturaleza del derecho de autor y al contexto digital actual.

Es así como esta investigación doctoral brinda elementos que aportan en la resolución de uno de los muchos problemas que se suscitan en los entornos digitales, como es la determinación del monto del daño material en infracciones de responsabilidad extracontractual al derecho de autor, en un intento de plantear posibilidades que tanto autores como sociedad puedan utilizar para satisfacer sus necesidades bajo los criterios de la teoría utilitarista del derecho de autor.

Línea del tiempo de la investigación

La delimitación temporal de esta investigación no parte de la creación del derecho de autor sino de la revolución tecnológica que consistió en la creación de medios de fijación y divulgación novedosos como la invención de la imprenta y la del disco, que obligaron a regular la gestión y protección de las obras. Posteriormente a esta revolución, empezó la creciente digitalización de las obras que plantea nuevos problemas en los usos y prácticas de las obras en Internet y es desde este punto que inicia este estudio jurídico. Todo este proceso inició aproximadamente en el año de 1980.

El fenómeno de la digitalización de las obras y la difusión en Internet crearon la necesidad de que el derecho de autor interviniera para regular los avances tecnológicos que demandan gran parte de las relaciones de la sociedad (Sanchis, 2004). Como se observa en los apartes de esta tesis de doctorado, el régimen jurídico de los derechos de autor se encuentra en continúa confrontación no sólo por las dificultades que implica para el legislador entender la evolución tecnológica sino por lo cambiante que puede llegar a ser con el tiempo.

La investigación doctoral se centra en la aproximación de los códigos y normas reguladoras del derecho de autor con suma atención a aquellas que hacen referencia a lo que ha sucedido desde la revolución tecnológica respecto a la responsabilidad extracontractual por infracciones al derecho de autor y en particular el daño material: los convenios internacionales, las decisiones de la Comunidad Andina y de la Unión Europea, así como los tratados vigentes de la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Respecto a las referencias jurisprudenciales, desde la concepción utilitarista, se revisaron sentencias relevantes por la forma como se determina el daño en infracciones al derecho de autor en cuestiones tecnológicas e Internet.

Se exponen los cambios significativos que ha sufrido el derecho de autor en su estructura jurídica y cómo se viene aplicando para la determinación del daño material en responsabilidad extracontractual en entornos digitales, teniendo en cuenta que los derechos relativos a los titulares y las necesidades de la sociedad.

Debido a lo anterior esta investigación vincula el marco de interacción entre el derecho de autor y la tecnología, sobre todo en la indemnización del monto del daño material en responsabilidad extracontractual que ha sido una de las fórmulas de los legisladores para minimizar el riesgo de menoscabo de estos derechos. La atención de esta investigación se centra en la prevención y reparación de ilícitos que se cometen en Internet como una forma de garantizar su acceso que es parte del ejercicio de los ciudadanos de conocer e informarse.

Impacto deseado

Se requiere especialización en el conocimiento sobre las infracciones en responsabilidad extracontractual al derecho de autor en entornos digital para que su carácter especial sea tenido en cuenta al momento de tasarse el monto del daño material. Con esta

investigación doctoral, se busca que aquellas cuestiones relevantes del derecho de autor en Internet, tanto en lo jurídico, social y económico, puedan dilucidarse y entenderse para que la forma como se determina el daño material pueda hacerse acorde a los fines propios del derecho de autor.

El régimen normativo de esta realidad social debe cambiar desde el paradigma tradicional del derecho, lo que significa que la tesis doctoral aplicó conceptos y valores propios de la era de la información -como el del entorno digital- para lograr una propuesta legislativa que procura un equilibrio entre los derechos legítimos de los creadores y la necesidad de facilitar el acceso y difusión de las obras de manera sencilla para los usuarios (Rogel, 2003, pág. 18). Las exigencias del desarrollo de la industria de la cultura, el entretenimiento y las nuevas tecnologías no deben desconocerse, por lo contrario, deben incorporarse en la idónea protección y la promoción de la creación.

Con esta investigación se elabora una propuesta de carácter nacional con insumos de ordenamientos internacionales, orientada a mantener el equilibrio que debe existir entre la seguridad jurídica de los derechos de autor en Colombia y la posibilidad de acceso a través de algunas recomendaciones como la necesidad de ampliar los criterios de determinación del daño en donde se incluyan, entre otras cosas, los daños preestablecidos con base en la teoría del daño de la responsabilidad civil extracontractual y la teoría utilitarista del derecho de autor.

Finalmente, en el desarrollo de este trabajo doctoral se analizaron las causas y efectos del daño, en particular el material, como también la afectación que producen las infracciones a los intereses jurídicos del derecho de autor con el fin de aportar criterios legales e interpretativos que satisfagan, del mejor modo posible, las relaciones entre el autor y la sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL

1.1 Introducción

El derecho de autor tiene como propósito mantener el equilibrio entre los intereses del autor y/o titular y los intereses del público, por lo que se permite el acceso a las creaciones para tratar de incentivarlas (Erdozain, 2002, pág. 21). A causa de la tecnología, durante los últimos años, el óptimo balance entre los intereses del creador y el público ha cambiado, hay nuevas formas para crear obras y también nuevos usos de los trabajos protegidos por el derecho de autor.

La transferencia de la información por medios tecnológicos ha posicionado el conocimiento como un recurso esencial que va por encima de los tradicionales factores de producción, como la tierra y el capital. La denominada “era digital” ha traído consigo la industrialización de la cultura y por tanto, la reproducción y el reconocimiento social de la creación se convierten en operaciones del mercado que realiza la mayoría de la población con pocas o nulas restricciones y sin requerir de mayores conocimientos o infraestructura industrial (Schmitz, 2005, pág. 38).

Dado que los medios digitales y el Internet ofrecen inmediatez y disponibilidad de espacios casi que infinitos para que salgan a la luz contenidos y obras protegidas, hay nuevos métodos de explotación, reproducción y circulación de las obras, cada vez más perfectos y precisos y a bajo costo (Rengifo, 2008, pág. 8). Lo anterior conlleva a que el derecho de autor deba proteger a quienes ostentan y crean el conocimiento inmerso en los cambios de la tecnología emergente y las dinámicas del comercio.

En este contexto, el reto del derecho de autor es operar de tal manera que jurídicamente pueda atender a la innovación y a la actividad creativa como generadores de crecimiento económico y fuentes fundamentales del bienestar de la sociedad (Sanchis, 2004, pág. 19).

Para comprender esta nueva visión del derecho de autor -que es un reflejo de los avances sociales de la cultura-, este capítulo parte de las nociones conceptuales básicas del derecho de autor, comenzando por el marco internacional, pasando por los modelos que existen para proteger el derecho de autor y aterrizando en la legislación nacional colombiana sobre el tema, para posteriormente, explicar cómo las estructuras jurídicas e institucionales se han incorporado a la era digital. Este acápite presenta los avances del derecho de autor en la materia como también los retos que tiene en la regulación de las nuevas prácticas y las convenciones entre la creación y la difusión de bienes.

1.2 Nociones básicas del derecho de autor: De lo general hasta la legislación en Colombia

Los conceptos y contenido del derecho de autor se encuentran determinados por las leyes de derechos de autor de los diferentes países que, según sus sistemas de protección, han acogido los principios y directrices de normas internacionales que procuran una visión global o de conjunto del derecho de autor.

De esta forma, los conceptos y nociones básicas del derecho de autor, a pesar de estar contenidas en un marco legal internacional, varían de país en país.

1.2.A Algunas anotaciones del derecho de autor en el ámbito internacional

Según la Organización de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo de Naciones Unidas⁷ que tiene como finalidad el desarrollo del sistema mundial de propiedad intelectual⁸, en su

⁷ La Organización de Naciones Unidas es un organismo que toma medidas para solucionar los “problemas que enfrenta la humanidad en el siglo 21, como la paz y la seguridad, el cambio climático, el desarrollo

Convenio firmado en Estocolmo en el año 1967 y enmendado por última vez en 1979, se entiende por propiedad intelectual aquellos derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas, las interpretaciones y las ejecuciones de los artistas intérpretes y ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones, a los descubrimientos científicos y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, Canaval (2008, pág. 13) define que la propiedad intelectual comprende una serie de derechos inmateriales que nacen del intelecto o ingenio de una persona y sobre los anteriores derechos. Autores como Lipszyc (2006, pág. 13) señalan que unos pueden emanar de un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación, y otros, haya o no creación, se otorgan con el fin de regular el mercado, es decir, pueden ser de dos clases.

La primera clase, referente al talento y en donde se protegen las manifestaciones personales del creador como obras literarias, científicas y artísticas, es conocido como derecho de autor. La segunda clase, sobre el ingenio, salvaguarda creaciones o invenciones susceptibles de ser aprovechadas en el mercado como las marcas de fábrica, los diseños

sostenible, los derechos humanos, el desarme, el terrorismo, las emergencias humanitaria y de salud, la igualdad de género, la gobernanza, la producción de alimentos y mucho más” (Organización de Naciones Unidas, 2016).

⁸ “La OMPI es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual (PI). Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, que cuenta con 188 Estados miembros. La misión de la OMPI es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos” (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014).

⁹ Artículo 2. A los efectos del presente Convenio se entenderá por: (viii) « Propiedad intelectual », los derechos relativos: - a las obras literarias, artísticas y científicas, - a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, - a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, - a los descubrimientos científicos (...).

industriales, las nuevas creaciones (Rengifo, 2003, pág. 9 y ss), entre otros, se denominan propiedad industrial¹⁰.

Particularmente sobre el derecho de autor, según el Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas de 1886 -que nace para unificar criterios sobre la protección de obras literarias y artísticas, y plantear normas obligatorias, mínimas y específicas sobre el tratamiento del autor y sus obras para aquellos países que se hayan adherido a esta (Masouyé, 1978, pág. 5) y con última revisión y enmienda en el año 1971 y 1979 respectivamente-, comprende todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea su forma de expresión tales como libros, obras dramáticas, composiciones musicales, pinturas, fotografías y todas aquellas que las legislaciones de los países decidan (Convenio de Berna, 1886, artículo 2).

Consecuente con lo anterior, el derecho de autor es una modalidad de la propiedad intelectual que protege la facultades de las que goza el autor por la creación de su obra¹¹ (Lipszyc, 2006, pág. 18). En este orden de ideas, para la teoría utilitarista, el derecho de autor tiene como fin incentivar la creación y distribución de trabajos originales, como también permitir la explotación de estos para compensar el valor que tiene el intelecto del autor (Radin, Jonh, Reese, & Silverman, 2006, pág. 460).

En desarrollo de los principios del derecho de autor y en concordancia con el Convenio de Berna, la obra nace por la creación misma sin que medie ninguna formalidad¹² o haya reconocimiento de alguna autoridad (Canaval, 2008, pág. 36). Respecto a lo anterior, la

¹⁰ Canaval (2008, pág. 30) y Tobón & Varela (2010, pág. 21) complementan las definiciones señaladas.

¹¹ Ver también, *Estudios de derechos de autor y derechos afines* de Antequera (2009) sobre el alcance del derecho de autor.

¹² Artículo 5.2 El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

obra, entendida como la manifestación humana original que puede divulgarse o reproducirse por cualquier medio conocido o por conocerse (Tobón & Varela, 2010, pág. 25), será protegida desde que se crea, hasta la muerte del autor y 50 años más desde el fallecimiento de este. Aunque esta es la disposición referida por el Convenio de Berna en el artículo 7¹³, estos requisitos de protección pueden variar en cada país debido a que el convenio establece mínimos estándares de protección.

El alcance de la protección de los derechos de autor estará supeditado a la originalidad de la misma (Ricketson & Ginsburg, 2006, pág. 404), sin importar si la obra ha sido fijada en un soporte físico o su expresión ha sido oral¹⁴. Tal como lo señala el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA)¹⁵ de 1996 en el artículo 2¹⁶, y el numeral segundo del artículo 9¹⁷ del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio (ADPIC)¹⁸ de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁹ de 1994, no importa la forma y el medio de expresión, el derecho de autor protege la obra en donde está contenida una idea pero no la idea en sí.

¹³ Artículo 7. Sobre vigencia de la protección.

¹⁴ Artículo 2 del Convenio de Berna sobre una lista ilustrativa de obras literarias y artísticas.

¹⁵ El Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) nace de la discusión del trato del derecho de autor con la expansión de Internet (Organización mundial de la Propiedad Intelectual, 2003, pág. 11).

¹⁶ Artículo 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

¹⁷ Artículo 9. 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

¹⁸ Se expide como respuesta a las insuficientes medidas que proveía el Convenio de Berna sobre el uso de obras en países extranjeros y las pocas disposiciones para regular el comercio especialmente de software y de productos de entretenimiento (Leaffer, 1991). Será desarrollado con mayor atención más adelante.

¹⁹ “Es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades” (Organización Mundial de Comercio, 2015).

1.2.A.1 Contenido del derecho de autor según sus prerrogativas y facultades

Los derechos de autor están compuestos por dos grandes grupos que integran diferentes clases de prerrogativas que buscan proteger al autor y su obra. Estas son los derechos morales y los derechos patrimoniales.

Las normas internacionales al establecer unos mínimos estándares de protección, proponen una aproximación conceptual sobre el régimen jurídico para cada uno de estos derechos, como se observa a continuación.

1.2.A.1.1 Derechos patrimoniales de autor

De los múltiples desarrollos legales a nivel internacional que han tenido los derechos patrimoniales de autor por medio de los diferentes tratados, como el Convenio de Berna, el ADPIC y el TODA que se estudian a continuación, se pueden inferir que estos se desprenden de la explotación económica de la obra -por el autor o por las personas que él o la ley autoricen (Canaval, 2008, pág. 54)-, nacen desde el mismo momento en que la obra se divulga por cualquier medio o forma de expresión con la finalidad de compensar al autor/titular por el uso de la creación (Tobón & Varela, 2010, pág. 41).

Las características de estos derechos son: primero, es exclusivo y excluyente ya que únicamente el autor o quien él autorice pueden hacer uso de estas facultades, según el numeral 6 del artículo 2 del Convenio de Berna²⁰; segundo, está limitado por un tiempo que corresponde a la vida del autor más un mínimo de 50 años o un plazo mayor, si los países así lo establecen en sus leyes²¹ y tercero, se pueden negociar y comercializar por

²⁰ Artículo 2. 6 Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.

²¹ El artículo 7 en el numeral primero del Convenio de Berna estipula que el tiempo es de 50 años después de la muerte del autor, sin embargo, según el numeral sexto del mismo convenio, este tiempo puede variar según cada país.

acto entre vivos o por causa de muerte (Zea, 2009, pág. 29), es decir, están dotados de un contenido netamente patrimonial o económico.

Los derechos patrimoniales incluyen el derecho de reproducción que es el medio por el cual el autor pone su obra para que sea comunicada y se pueda obtener de ella copias o ejemplares de la misma (Sanchis, 2004, pág. 131). Según el Convenio de Berna²², este derecho implica la libertad del autor de escoger bajo que procedimiento y forma se realiza la reproducción.

El derecho de distribución, reseñado de manera general por el artículo 6 de la OMPI sobre derechos de Autor (TODA)²³, es la puesta a disposición del público en general de la obra o de sus copias mediante cualquier medio o forma de transferir a propiedad parcial o total - como la venta o alquiler- que involucre ganancia al autor (Tobón & Varela, 2010, pág. 39).

Según el artículo 8 del TODA²⁴, el derecho de comunicación pública es la facultad del autor para permitir, o no, el acceso a su obra a un número determinado de personas sin que sus ejemplares hayan sido distribuidos. Del tenor legal se puede deducir que no es necesario que la obra esté fijada en un soporte físico y que es el usuario quien decide el lugar y

²² Artículo 9. 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.

²³ Artículo 6. (1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad. (...)

²⁴ Artículo 8. Sin perjuicio de lo previsto en (...) el Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del 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.

momento para acceder a ella por medio de un acto de difusión o comunicación (Sanchis, 2004, pág. 138).

Finalmente, el derecho de transformación es la facultad del autor de permitir que su obra sea modificada a través de traducciones, compilaciones, revisiones, entre otros, y obtener de ello una recompensa económica (Canaval, 2008, pág. 59). Este derecho se encuentra consagrado en dos artículos del Convenio de Berna; el artículo 8²⁵ sobre el derecho de traducción y el artículo 12²⁶ sobre derecho de adaptación, arreglo y otra transformación que faculta a los autores para gozar de estas prerrogativas exclusivas.

Como se observa, el Convenio de Berna²⁷ y el TODA con la transcripción de los derechos patrimoniales pone en evidencia que los autores al gestionar estos derechos constituyen un verdadero monopolio de explotación y no un simple derecho de impedir el uso de la obra (Ficsor, 2002, pág. 410).

Siguiendo con los derechos patrimoniales en el campo internacional, la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radio difusión que nace con la revolución de la interpretación de obras literarias y musicales, en el ejercicio de las profesiones artísticas para adaptar la protección internacional de los autores a las nuevas técnicas de

²⁵ Artículo 8. Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original.

²⁶ Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.

²⁷ La protección de los derechos de autor, incluyendo los derechos patrimoniales en el Convenio de Berna fueron evolucionando a través de sus enmiendas. Por ejemplo, la revisión de Roma de 1928 incluyó los derechos morales de integridad y paternidad y el derecho sobre emisión de obras protegidas; la revisión de Bruselas de 1948, además de clarificar la protección concedida en las revisiones anteriores, protegió el derecho a autorizar adaptaciones de la obra en lugar de realizar una lista de reproducciones indirectas consideradas ilícitas (Ricketson & Ginsburg, 2006, págs. 118-119).

reproducción y comunicación de las obras (Chesnais, 1986, pág. 9), señala tres de estos derechos.

En el artículo 7²⁸ expresa el derecho de reproducción de artistas intérpretes y ejecutantes, mientras que el artículo 10 el de los productores de fonogramas²⁹. Estos artículos comprenden las mismas facultades del derecho de reproducción de los autores, consagradas en el Convenio de Berna pero aquí recae sobre interpretaciones o ejecuciones por radiodifusión y comunicación al público así como también sobre fonogramas.

Como un nuevo derecho, el artículo 12³⁰ indica los derechos de segunda utilización que consisten en que el utilizador del fonograma deberá pagar a los intérpretes o ejecutantes y/o productores de estos una suma cuando hayan sido reproducidos o publicados con fines comerciales (Canaval, 2008, pág. 61).

Por su parte, el Tratado de la OMPI sobre derechos conexos (TOIEF)³¹ respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas otorga los derechos patrimoniales

²⁸ Artículo 7. 1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir: (a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación; (b) la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada; (c) la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución: (i) si la fijación original se hizo sin su consentimiento; (ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado; (iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 15 que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo (...).

²⁹ Artículo 10. Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.

³⁰ Artículo 12. Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración.

³¹ Conocido con el TODA como "Tratados de Internet de la OMPI".

de reproducción, distribución, derecho de alquiler y puesta a disposición de sus fonogramas³².

Particularmente, el derecho de alquiler permite que el titular autorice el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares del fonograma y el derecho de puesta a disposición, es el derecho de autorizar la puesta a disposición del público -por medios alámbricos o inalámbricos- de un fonograma, de tal modo que el público pueda acceder a ella en el momento que lo desee (Ficsor, 2002, pág. 591 y ss).

Pasando al ADPIC, sobre derechos patrimoniales hace alusión a los que están consignados en el Acuerdo de Berna y establece que los programas de ordenador y la bases de datos son obras protegidas³³; el artículo 11³⁴ hace referencia al derecho de arrendamiento de programas de ordenador y obras cinematográficas que no se encuentran en las disposiciones de Berna y por último, faculta a los autores a autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de las obras amparadas por derechos de autor (Gervais, 2008, pág. 223 y ss).

Para concluir este tema, es importante anunciar que los derechos patrimoniales no son absolutos y han sido limitados por algunas disposiciones internacionales. El Convenio de Berna en el artículo 10³⁵ posibilita con algunas limitaciones a los países a establecer algunas restricciones a esta clase de derechos como son las excepciones y limitaciones.

³² Los artículos referentes a los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes van del 7 al 10, y los de productores de fonogramas del 11 al 14. El artículo 15 señala el derecho de remuneración por radiodifusión del que gozan los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas.

³³ Artículo 10. 1. Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971) (...).

³⁴ Artículo 11. Al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, los Miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor (...). En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí.

³⁵ Artículo 10. 1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se

En el caso de las excepciones y limitaciones, que permiten el uso lícito de las obras sin autorización del autor, el convenio estipula que no es obligatoria su incorporación en las legislaciones nacionales a excepción del derecho de cita. Según el numeral segundo del artículo 9³⁶, se limitan los derechos patrimoniales siempre que estos no atente contra la explotación normal de la obra ni cause perjuicios injustificados a los intereses legítimos del autor.

1.2.A.1.2 Derechos morales de autor

De la interpretación del Convenio de Berna y el TOIEF, como se estudia a continuación, se infiere que estos derechos recaen sobre el autor y los artistas intérpretes o ejecutantes por la realización de un esfuerzo psíquico y de expresión que da como resultado la creación de una obra literaria o artística, o la interpretación y/o ejecución de esa obra (Delgado, 2007, pág. 94), con la finalidad de proteger los intereses intelectuales y la personalidad de estos.

Según el Convenio de Berna en el artículo 6bis³⁷, los Estados contratantes tienen la obligación de conceder al menos los derechos de paternidad e integridad de la obra. Estos derechos son diferentes a los derechos patrimoniales por lo que se conservan, aún si el autor los ha cedido y hasta después de la muerte del mismo³⁸.

persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados. 3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

³⁶ Véase al respecto pie de página 21 sobre la transcripción literal del artículo en mención.

³⁷ Artículo 6bis. 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

³⁸ Artículo 6bis. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la

Según la doctrina, el derecho de paternidad consiste en exigir que se reconozca al autor su obra por su nombre, seudónimo o que esté bajo el anonimato si lo quiere, y sin importar que medie o no cesión de cualquier título de los derechos patrimoniales (Plata, 2010, pág. 28), o sea reconoce al autor un vínculo entre su creación y su obra.

El derecho de integridad, otorga al autor la facultad de que la obra se mantenga en su integridad, se modifique, deforme, destruya o transforme según los deseos de este, así esta se encuentre ya publicada (Pachón, 1988, pág. 55). Este permite al autor determinar la individualización y características de la obra en el momento en que se dé a conocer al público.

El artículo 3³⁹ del TODA exige la aplicación del artículo 6bis del Convenio de Berna y el artículo 5⁴⁰ del TOIEF indica los derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes en los que se destaca el derecho de integridad y paternidad ya estudiados, es decir, no hay ninguna novedad al respecto.

En lo relativo al Convenio de Roma, este no hace mención alguna de los derechos morales debido a que el artículo primero⁴¹ del mismo señala que esta no afecta ni modifica la protección de los derechos de autor que se conceden en el Convenio de Berna.

adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

³⁹ Artículo 3. Las Partes Contratantes aplicarán mutatis mutandis las disposiciones de los Artículos 2 a 6 del Convenio de Berna respecto de la protección contemplada en el presente Tratado.

⁴⁰ Artículo 5. (1) Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación. (..).

⁴¹ Artículo 1. La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

En el caso del ADPIC, el numeral primero del artículo 9⁴², dispone que ningún miembro tiene derechos ni obligaciones en relación a los derechos morales conferidos por el Convenio de Berna. Se deduce que la exclusión del acuerdo se debe a que estos no están relacionados con el comercio y por tanto, los derechos morales no hacen referencia a alguno a los fines por los cuales se estipuló el mismo.

Cabe mencionar que el numeral primero del artículo 9⁴³ del ADPIC contiene una cláusula de salvaguarda que impide que los miembros vayan en detrimento de las obligaciones que han contraído, en virtud de otros convenios lo que incluye el Convenio de Berna, esto permite deducir que los derechos morales deben ser respetados.

1.2.B Sistemas jurídicos establecidos para la protección de los derechos de autor

Los sistemas de protección son dos, el que nace de la concepción jurídica anglosajona o *Common Law* y se denomina *Copyright* y el sistema que emana de la noción jurídica continental europea o latina, que se conoce como derecho de autor⁴⁴.

El sistema de *Copyright* que nació con el *Common Law* del Reino Unido está orientado a la regulación de la actividad de explotación de las obras, por ello tiene alcances más limitados en cuanto a los derechos morales, es decir hace mayor énfasis en los derechos patrimoniales (Conde, 2011, pág. 22). Por otro lado, el derecho de autor nace en Europa con el particular interés de salvaguardar la personalidad del creador, por lo que hay una distinción más clara de los derechos morales y patrimoniales (Belloso, 2011, pág. 70).

⁴² Sobre transcripción literal del artículo, véase pie de página 17.

⁴³ Artículo 9. Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo.

⁴⁴ En efecto, el sistema de derecho de autor y el *Copyright* son dos regímenes de protección de los derechos de autor antagónicos por sus orígenes y características sin embargo tienen unos principios que los conectan hacia un solo fin que es la protección del derecho de autor (Zollinger, 2012, págs. 3-4).

El sistema latino, al considerar que la obra es un reflejo de la personalidad y originalidad del autor, como ya se mencionó, lo protege desde dos frentes: uno, a través de los derechos morales que corresponden exclusivamente a la persona natural autora de la obra y que son personalísimos e irrenunciables (Álvarez & Restrepo, 1997 pág. 51). El segundo frente, el de los derechos patrimoniales, reconoce derechos exclusivos al autor o a quien autorice este para que pueda explotar económicamente la obra (Lipszyc, 2006 pág. 51).

En el sistema del *Copyright* se le da una protección prioritaria al derecho de copia o de reproducción de la obra. En comparación con el derecho de autor, este tiene más alcance respecto al objeto de la protección ya que no se limita a proteger únicamente actividades autorales sino aquellas técnico-organizativas como las que realizan los productores de grabaciones sonoras o los organismos de radio-difusión (Lipszyc, 2006, pág. 40).

Sobre la protección a los derechos morales, el *Copyright* ha trasladado la labor a los tribunales quienes se encargan de hacer este reconocimiento por considerar que sí deben ser protegidos por el *Common Law*, aunque no se encuentra de manera explícita en las leyes (Lipszyc, 2006, pág. 46).

Existen algunas excepciones respecto a la expedición de leyes de derechos morales en el *Copyright*. Por ejemplo, en Estados Unidos existen algunas legislaciones federales y estatales que protegen estos derechos, como el *Visual Artists Rights Act* (1990) que salvaguarda los derechos morales a los artistas visuales y la *California Art Preservation Act* y *New York Artists Authorship Rights Act* que regulan derechos como la difamación o calumnia, deformación y distorsión de la obra (Ríos, 2009, pág. 414).

Depurando otras diferencias entre los dos sistemas, la concepción latina solo reconoce la calidad de autor, es decir que el titular originario será la persona natural que crea la obra

con algunas excepciones, como en las obras colectivas en donde varias personas participan en el proceso de creación intelectual y los derechos radican en quien dirigió la obra (Delgado, 2007, pág. 359). En el *Copyright* pueden ser autores las personas naturales o jurídicas que realizan actividades de explotación de la obra, como productores de obras cinematográficas, órganos de radiodifusión y empresas de distribución de programas por cable (Lipszyc, 2006 pág. 46).

Desde las formas de explotación de las obra, el *Copyright* comprende estos derechos a través de sus disposiciones legales, además admite restricciones a la protección legal de las obras para que estas sean utilizadas libre y gratuitamente cuando su uso es razonable según el *fair use* que se aplica en países como Estados Unidos⁴⁵ o el *fair dealing* de países tales como Canadá y Reino Unido (Borghi & Karapana, 2013 pág. 22). Por el contrario, en el derecho de autor las formas de explotación no están sujetas a una lista cerrada, sino que se extiende a cualquier posible forma de aprovechamiento que el autor y/o titular le puede hacer a la obra siempre y cuando esta sea original y se encuentre fijada. En el caso del uso de la obra por un tercero sin autorización del autor, el legislador ha señalado bajo que contextos es posible a través de una lista cerrada de excepciones y limitaciones (Rengifo, 2003 pág. 169).

Se concluye entonces que el derecho de autor se formula a través de un alto reconocimiento y protección a los autores en cuanto a la realización de su obra, mientras que el *Copyright* parte de una concepción más económica en donde se hace énfasis a su papel dentro del mercado.

⁴⁵ Según el artículo § 107. *Limitations on exclusive rights: Fair use* del *Copyright Act* de Estados Unidos, es lícita la copia de ciertos elementos de una obra protegida por derechos de autor aunque su titular no haya otorgado su conocimiento teniendo en cuenta elementos como el fin del uso, la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada, la naturaleza de la obra y el efecto de la utilización en el mercado (Posner & Landes, 2003, pág. 115).

1.2.C Régimen legal del derecho de autor en Colombia

Colombia se adhirió y mantiene vigentes el Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas de 1886, ratificado por medio de la Ley 33 de 1987 y el Convenio de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 ratificado por la Ley 48 de 1975.

Adicionalmente, es signataria del Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor (TODA) aprobado por la Ley 565 de 2000 y el Tratado de la OMPI sobre derechos conexos (TOIEF) ratificado por medio de la Ley 545 de 1999, conocidos como los “Tratados de la OMPI”. Por último, el Acuerdo sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) fue aprobado en Colombia por la Ley 170 de 1994.

A pesar de la autonomía que tiene Colombia para estipular su propia política de propiedad intelectual y en consecuencia del derecho de autor, está limitada por las obligaciones que se encuentran consagradas en los acuerdos internacionales que procuran garantizar una mínima protección. Además de los compromisos asumidos de índole internacional, Colombia al ser miembro del organismo regional “Comunidad Andina”⁴⁶ también debe asumir las disposiciones sobre el tema que por medio de sus decisiones ahí se estipulan⁴⁷ ya que bajo el principio de “complementariedad” entre el derecho comunitario y el derecho nacional, la norma comunitaria se hace efectiva a través de órganos y

⁴⁶ Comunidad Andina de Naciones (CAN) a la que pertenece Colombia y tiene como función “alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana” (Comunidad Andina, 2016). Los otros países que lo integran son Bolivia, Perú y Ecuador.

⁴⁷ En este orden de ideas los países miembros no pueden regular materias ya reguladas por las decisiones y tampoco pueden obstaculizar, por medio de disposiciones nacionales, la protección de los derechos contenidos en estas (Palacio, 2013, pág. 209).

procedimientos internos del país miembro de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 33-IP-2008).

Según lo anterior, las Decisiones Andinas son de índole sustancial para la protección del derecho de autor y por tanto, Colombia puede establecer sus propias leyes y políticas sobre el tema (Palacio, 2016, pág. 151), siempre y cuando esto no implique contrariar lo estipulado por la Comunidad Andina lo que implica que las regulaciones adoptadas no pueden poner trabas para alcanzar los fines propuestos por esta y que en caso de que lo hagan, prevalezca lo estipulado por la entidad regional.

Particularmente es la Decisión Andina 351 de 17 de diciembre de 1993 la que establece las disposiciones sobre la protección del derecho de autor. Esta decisión, con la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor que trata temas como la protección de los autores, el contenido del derecho de autor, limitaciones y excepciones, entre otros; y la Ley 44 de 1993 que modifica y adiciona la Ley 23 en asuntos como la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos, y el registro de las obras ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, son las que delimitan el régimen legal de los derechos de autor en Colombia.

Antes de la Ley 23 de 1982, el desarrollo legal sobre derechos de autor de Colombia se remonta a la Ley 32 de 1886 que hace el reconocimiento expreso de la protección a la propiedad intelectual y procura su protección por medio de un régimen penal de sanciones y vías civiles para su protección (Zea, 2009, pág. 27). Posteriormente, únicamente hasta la Ley 86 de 1946 se hace un desarrollo legal sobre los derechos autorales que para entonces se consideraban derechos especiales o *sui generis* debido a que su protección jurídica denotaba ciertas particularidades, como que fueran fruto del pensamiento y recayera sobre bienes inmateriales, de igual forma esta ley toma relevancia debido a que se encuentra inspirada en la ya adherida Convención de Berna (Pachón, 1988, pág. 6).

En un plano más general, es pertinente indicar que la protección especial del derecho de autor no emana exclusivamente de leyes, por el contrario, la Constitución Política de Colombia en su artículo 61⁴⁸ aboga por la protección de la propiedad intelectual por el tiempo y según las formalidades que establezca la ley y el Código Civil en el artículo 671⁴⁹ que señala que las producciones del talento y del ingenio pertenecen a sus autores.

Los dos tenores anteriores no son el primer antecedente de la protección de los derechos de autor respecto a normativas de esta índole, pues la Constitución Política de 1858 fue el primer cuerpo normativo que protegió de manera directa la propiedad artística (Zea, 2009, pág. 27) y más tarde, las constituciones de 1883 y la de 1886 resguardaron nuevamente el derecho autoral con el reconocimiento expreso de este, protegiéndolo como un derecho temporal, transferible y sujeto a formalidades (Pachón, 1988, pág. 5), lo que coincide con la Constitución Política de 1991.

De cualquier manera, la consagración constitucional y del Código Civil evidencian que la propiedad intelectual se constituye como un derecho especial y por tanto, debe ser regulado por normas especiales que procuren su protección. Al respecto, la Corte Constitucional menciona que estará en cabeza del legislador desarrollar, concretar y hacer viable el derecho constitucional que se aviene con la propiedad intelectual (Sentencia Corte Constitucional C-334 de 1993).

De igual forma los avances legales de derechos de autor en Colombia ponen en evidencia el carácter proteccionista de la legislación debido a que, tanto la ley actual como las anteriores, independizan la salvaguarda de estos derechos con los que pueden emanar de

⁴⁸ Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

⁴⁹ Artículo 671. Las producciones del talento y del ingenio son de propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.

otras instituciones legales y procura que la protección del Derecho de autor sea catalogada como sustancial.

Sobre el carácter proteccionista, al estudiar su alcance, el artículo 4⁵⁰ de la Decisión 351 indica que se protege cualquier obra original que sea divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o futuro. Al respecto, el Tribunal Andino (Sentencia Tribunal Andino de Interpretación Prejudicial 10-IP-99) confirma que la obra será original cuando el trabajo ha sido hecho por el autor y por tanto es posible individualizarlo.

En el mismo sentido, y de manera muy similar que el artículo 2 de la Ley 23, la Decisión presenta una lista ilustrativa de las obras que son protegidas por el derecho de autor en los que se encuentran obras fijadas en soportes físicos como los libros, folletos, y obras orales como conferencias y discursos.

Al igual que el TODA, el artículo 6⁵¹ de la Ley 23 expresa que las ideas no están sujetas a protección y respecto a la duración de la protección de los derechos de autor el artículo 11⁵² señala que el tiempo es de la vida del autor y durante 80 años después de la muerte de este. Lo anterior, según las facultades otorgadas por la Decisión 351 en el artículo 18⁵³

⁵⁰ Artículo 4. La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) Las composiciones musicales con letra o sin ella; d) Las obras dramáticas y dramático-musicales; (...).

⁵¹ Artículo 6. (...) Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiaciones. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas (...).

⁵² De acuerdo al artículo 35 de la Constitución Nacional "será protegida la propiedad literaria y artística como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la Ley.

⁵³ Artículo 18. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

que impone que la protección no podrá ser inferior a 50 años después de la realización, divulgación o publicación de la obra.

Sobre los derechos patrimoniales de autor, el artículo 18 de la Decisión 351 también expresa que el derecho patrimonial nace desde el momento en que es susceptible de estimación económica y o cualquier otra finalidad que se le desee dar y sin importar la forma o modo de expresión. Es decir, son derechos que están limitados por un lapso y que tienen un contenido económico.

Respecto sobre quién recaen estos derechos, la Decisión Andina 351 en el artículo 9⁵⁴ determina que de estos pueden ser titulares las personas naturales o jurídicas según las disposiciones internas de los países miembros, el artículo 29⁵⁵ señala que estos son transferibles mediante actos entre vivos o sucesión. En desarrollo de las facultades dadas por la Decisión en mención, el párrafo primero de su artículo 30 indica que la transferencia de los derechos patrimoniales concede el goce y disposición de estos a través de contratos.

Por su lado, los artículos 37⁵⁶ sobre los derechos de los productores de fonogramas y 39⁵⁷ sobre los derechos de los organismos de radiodifusión, indican los derechos patrimoniales

Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso.

⁵⁴ Artículo 9. Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

⁵⁵ Artículo 29. El derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.

⁵⁶ Artículo 37. Los productores de fonogramas tienen el derecho de: a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular; c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y, d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

de artistas intérpretes o ejecutantes, como el derecho de prohibir o autorizar la reproducción de sus fonogramas y el derecho de percibir remuneración por la utilización comercial de fonogramas o copias del mismo, además de los que gozan los autores.

Referido a la Ley 23 de 1982, el artículo 12 presenta una lista ilustrativa de los derechos patrimoniales de los autores⁵⁸ que es muy parecida a la contenida en el artículo 13 de la Decisión 351, y el artículo 166⁵⁹ menciona los derechos de los intérpretes y ejecutantes, como el derecho de autorizar la fijación, reproducción y comunicación pública de las interpretaciones o ejecuciones protegidas.

La Corte Constitucional ha detallado que los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas tienen como fin reconocer los derechos de reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones, ejecuciones o producciones cuando no versan sobre una relación contractual pues cuando el artista o productor participa en la interpretación o producción de una obra, está implícitamente aceptando la divulgación de esta (Sentencia Corte Constitucional C-966 de 2012).

Como se observa, la legislación en Colombia ha establecido los derechos patrimoniales que se encuentran en el Convenio de Berna, en el ADPIC y el TODA y adicionalmente incluye todas las formas posibles de utilización de la obra. Según el tribunal constitucional (Sentencia Corte Constitucional C-276 de 1996), estos derechos sólo estarán limitados por las excepciones y limitaciones que deben ser específicas y taxativas.

⁵⁷ Artículo 39. Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y, c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.

⁵⁸ Artículo 12. El derecho de reproducción en el literal (a), el derecho de adaptación en el (b), el de comunicación pública en el (c).

⁵⁹ Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones (...).

En concordancia con la anterior sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina reitera que las excepciones y limitadas están constituidas por una lista exhaustiva y el uso de la obra se permite sin autorización del autor y sin que medie ningún pago⁶⁰ (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso N° 24-IP-98).

Dos ejemplos de excepciones son la de la copia privada⁶¹ que permite la reproducción de un ejemplar de la obra para el goce personal, con fines investigativos y no lucrativos de un tercero; y el derecho de cita⁶² que es la introducción de pasajes textuales de una obra en otra para explicar un argumento, con la obligación de nombrar el título de la obra original y su autor⁶³.

Siguiendo con los derechos morales, la Corte Constitucional indica que estos son derechos que son atribuibles al autor como persona natural ya que constituyen un derecho humano⁶⁴ (Corte Constitucional Sentencia C-276 de 1996).

Según el artículo 11 de la Decisión Andina 351⁶⁵ y el artículo 30 de la Ley 23⁶⁶, los derechos morales son inalienables pues no se pueden comercializar, inembargables porque no tiene

⁶⁰ En algunos países las excepciones y limitaciones requieren una remuneración compensatoria, como sucede en Ecuador y Paraguay con el canon digital por copia privada en donde se cobra un rubro sobre los dispositivos que facilitan la copia como memorias, discos duros, DVD vírgenes (Botero, Cabrera, & Guzmán, 2015).

⁶¹ Ley 23 Artículo 37. Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.

⁶² Ley 23 Artículo 31. Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman (...).

⁶³ La Ley 23 de 1982 en su capítulo III señala las excepciones y limitaciones a los derechos de autor como son el derecho de cita, la utilización de obras para fines educativos la copia para usos privados y sin fines de lucro.

⁶⁴ Sobre la protección de los derechos morales como derechos de rango constitucional revisar las sentencias C-155 de 1998, C-1490 de 2000, C-053 de 2001, todas de la Corte Constitucional.

⁶⁵ Artículo 11. El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Revindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el

un valor en el mercado e irrenunciables debido a que no se pueden ceder ni negar (Bercovitz, 2015, pág. 72). Son imprescriptibles ya que el autor no los pierde con el paso del tiempo (Plata, 2010, pág. 28), sin embargo, después de su muerte y una vez los derechos patrimoniales de los derechohabientes se hayan extinguido, los derechos de paternidad e integridad serán protegidos por el Estado.

Continuando con el artículo 11, este consagra el derecho de paternidad en el literal (b), el derecho de divulgación en el (a), y el de integridad en el (c). En el mismo artículo 30 de la Ley 23 de 1982 están señalados los derechos morales, que además de los enunciados por la Decisión Andina, incluye el derecho de retracto o arrepentimiento en el literal (e) y el derecho a conservar la obra inédita en el (c).

El derecho de retracto permite al autor, en cualquier momento y por convicciones personales, realizar cambios a su obra o retirarla de circulación (Tobón & Varela, 2010, pág. 38), mientras que el derecho a conservar la obra inédita permite que el autor conserve su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento o hasta después, si así lo dispuso en su testamento.

Sobre los intérpretes, el artículo 35⁶⁷ hace referencia a los derechos de estos que incluye el derecho de paternidad e integridad de la interpretación o ejecución. Por su parte, la Ley 23

derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

⁶⁶ Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley. B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto; C. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; D. A modificarla, antes o después de su publicación; E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada (...).

⁶⁷ Artículo 35. Además de los derechos reconocidos por el artículo anterior, los artistas intérpretes tienen el derecho de: a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice;

de 1982 en el artículo 171⁶⁸ indica que los artistas intérpretes y ejecutantes gozan de los mismos derechos que los autores respecto a su obra.

De una interpretación analítica y extensiva de las disposiciones legales contenidas en la Ley 23 y la Decisión 351, es posible argumentar que los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas se concretan en el derecho de respeto a su nombre en relación con la interpretación ejecución o producción o derecho de paternidad y el respeto hacia la obra con el fin de mantener el prestigio del artista o derecho de divulgación.

Es pertinente indicar que según el artículo 257⁶⁹ de la Ley 23, en caso de controversia respecto a la ley aplicable en conflictos de derechos de autor, deberá aplicarse aquella que le sea más favorable al autor.

La anterior descripción de la Ley 23 de 1982 y de la Decisión Andina 351 de 1993, como de los tenores de la Constitución Política y del Código Civil, reafirman que el régimen legal sobre derechos de autor en Colombia tiene un carácter proteccionista en el sentido que la normativa versa sobre la comprensión de la naturaleza de estos derechos, por eso la protección de los derechos morales y derechos patrimoniales de forma separada. De igual forma, el cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales adheridos proporciona a estos derechos el carácter de sustanciales y asegura mecanismos para su protección efectiva.

y, b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.

⁶⁸ Artículo 171. Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen los derechos morales consagrados por el artículo 30 de la presente Ley.

⁶⁹ Artículo 257. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta Ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor.

1.3 El nuevo paradigma del derecho de autor en los entornos digitales: La evolución basada en el soporte

La explotación comercial de las obras supone el derecho que tiene el autor de decidir sobre el destino de estas (Ginsburg, 1991, pág. 176), es así como puede optar por divulgarla para que gran número de personas accedan a ella aun corriendo el riesgo de que sea copiado, deteriorado, enriquecido o criticado; o si desea, conservarla y retenerla con la esperanza de ser reconocido como autor único y creador de la obra hasta el punto de que no sea posible su divulgación (Rogel, 2003, pág. 64).

Cualquiera que sea la decisión del autor, la obra podrá ser dada a conocer a través de medios análogos, cuando la materialización se encuentra en un soporte físico como en un libro o por medios digitales cuando la obra existe en un medio virtual (Sanchis, 2004, pág. 27), como ocurre en portales de descarga de música en donde la explotación es masiva, repetida y con posibilidades infinitas de copia.

La explotación de las obras por medios digitales acarrea una serie de aspectos técnicos que son los que facilitan las relaciones entre los partícipes y permite el intercambio de la información que se encuentra en estos medios (Erdozain, 2002, pág. 17). Estas dinámicas dan nacimiento a un espacio social que debe ser regulado por la ley, en particular por el derecho de autor, con el fin de atender a la innovación y la actividad creativa que son generadores de crecimiento económico y fuentes fundamentales del bienestar de la sociedad.

1.3.A La revolución de la era digital e Internet

Si bien no son objeto de estudio de esta investigación los aspectos técnicos que acompañan el concepto de era digital es importante conocerlos pues permiten entender la problemática jurídica del derecho de autor en estos entornos.

Para empezar, la digitalización consiste en depositar información de forma reducida o convertida a través de una serie de números que configuran un código. Con este cifrado se puede generar la traducción perfecta del mensaje binario y tener la reproducción exacta de la creación (Sanchis, 2004, pág. 101). Esta técnica, que es utilizada desde los años ochenta, toma un mensaje originario y lo fragmenta en intervalos exactamente iguales que leen las secuencias de estas equivalencias y genera una traducción perfecta de este⁷⁰. Tal como ocurre con el disco digital en donde gran cantidad de música se encuentra grabada sobre la lectura del disco y esta lee la música por rayos láser (Abadal , 2001, pág. 25).

Por el modo como opera la digitalización es posible que la información pueda ser fragmentada y transformada para ser utilizada total o parcialmente, lo que implica que se pueda dividir la obra en cuantas partes se desee y las veces que sea posible hasta el punto de crear una nueva (Pauner, 2014, pág. 37). La acción de conservación de la información, además de permitir el almacenamiento de una gran cantidad de esta sobre un soporte o espacio reducido, logra que los contenidos digitalizados puedan ser guardados y clasificados sin ocupar espacio físico y encontrados en muy poco tiempo (Kaplan, 2003, pág. 7).

De esta manera, la tecnología digital, por ejemplo, permite hoy en día publicar un sinnúmero de hojas de un libro en menos de un minuto; para el año 2004, Sanchis, hablaba de más de seiscientas hojas. Por su lado, las librerías *on-line* dicen ya estar en condiciones de ofrecer a sus clientes más libros de los que se pueden tener y almacenar en una librería física (Sanchis, 2004, pág. 115).

⁷⁰ El proceso de digitalización es también conocido como adaptación tecnológica en el sentido que es resultado de la interacción entre las computadoras y las telecomunicaciones (Serrano, Cabrera, Martínez, & Garibay, 2010, pág. 32).

Adicionalmente, la digitalización faculta al usuario para que pueda acceder a la información sin que esto acarree altos costos por la reproducción de la obra, lo que también abre la posibilidad de recuperar contenido original a través de un proceso inverso que reproduce de forma idéntica la información (Sanchis, 2004, pág. 103). Este proceso, compuesto por el sistema denominado Internet, transporta un sinnúmero de información a través de redes informáticas entre ordenadores que están interconectados entre sí (Garrote, 2003, pág. 5).

Profundizando en Internet, este remonta sus orígenes al año 1969 con una red experimental diseñada por investigadores que fueron financiados por Estados Unidos con la finalidad de establecer una red informática de información que permitiera redirigirla automáticamente de forma segura. Con el transcurrir del tiempo, para comienzos de los años ochenta, aparecieron otras redes que facilitaban la comunicación entre universidades, centros de investigación, empresas y particulares hasta que se constituyó una sola inter-red que conecta la mayor parte de estas redes que están repartidas por todo el mundo (De Miguel, 2015, pág. 34).

Para entender cómo funciona, es importante hablar de sus características que son: tiene carácter descentralizado y deslocalizado. Esto significa que ofrece una gran cantidad de servicios que hacen posible la difusión de información y su funcionamiento involucra a una serie de actores que cumplen con diferentes funciones para permitir la participación en la red⁷¹ a través de todo el mundo.

El carácter descentralizado de Internet hace casi que imposible que un organismo lo dirija o gestione debido a que funciona a través de una gran cantidad de operadores de sistemas

⁷¹ Uno de los autores que más ha analizado la historia de Internet, sus características y repercusiones es Manuel Castell que señala que este es un medio de comunicación, interacción y organización social y cultural. Sobre el tema Véase el libro *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de Internet* (Castells, 2012) y las conferencias *Internet y la Sociedad red* (Castells, 2010) e *Internet, libertad y sociedad: Una perspectiva analítica* (Castells, 2005).

informáticos y redes que son los que hacen se pueda transmitir datos entre ordenadores (De Miguel, 2015, pág. 34).

Los operadores de sistemas informáticos y redes funcionan transmitiendo la información a través de dos protocolos, el TCP (*Transmission Control Protocol*) que permite la división de la información en paquetes y números para que posteriormente puedan ser unidos en el orden correcto, y el protocolo Internet o IP que se ocupa de que cada paquete sea etiquetado con las direcciones adecuadas (Lipszyc, 2004, pág. 255). Una vez la información es identificada y convertida a un lenguaje adecuado, esta se copia de manera transitoria y se envía. Al momento de llegar a su destino toda la información es reconstruida y traducida nuevamente a un lenguaje que es comprensible por las personas (Esteve, 2006, pág. 13).

Las redes y procedimientos que contienen los protocolos permiten ofrecer servicios diversos y con características diferentes, lo que posibilita que la información pueda difundirse por varios medios, de forma rápida, en gran cantidad y a cualquier parte del mundo (Garrote, 2003, pág. 23). Algunos ejemplos sobre los servicios ofrecidos son la red mundial *World Wide Web* y los de transmisión digital.

La malla mundial *World Wide Web*⁷², que es uno de los servicios más usados y conocidos, con su interfaz -unido a los programas de navegadores- simplifica el acceso y la utilización de gran cantidad de información. Esta red que aún sigue en crecimiento no ha sido posible controlar y vigilar -y menos regular- ya que cualquier individuo o institución puede crear un sitio *web* con información y enlaces, y entre más información haya en ella más compleja y difícil se vuelve de entender (Réka, Hawoong, & Barabási, 1999, págs. 130 – 131)

Siguiendo con los servicios, otro que revolucionó las comunicaciones entre las personas es el correo electrónico que hace posible que un receptor pueda emitir cualquier tipo de

⁷² Conocido como el servicio “www”.

información susceptible de ser almacenada en un ordenador y que dicha información sea comunicada a una o varias personas en pocos segundos (De Miguel, 2015, pág. 35). En este sentido, la importancia del correo electrónico radica en que la información llega al destinatario de forma inmediata, se puede acceder a ella sin que la persona tenga que estar en el lugar de donde fue remitido, el costo del envío es muy bajo pues solo se necesita acceso a *Internet* y se pueden mandar cualquier clase de información contenida en cualquier clase de archivo.

Por último, están los servicios de transmisión en donde cada vez son más los programas que se ofrecen. Por ejemplo, el *streaming*⁷³ permite visualizar contenidos audiovisuales sin que estos tengan que descargarse en los ordenadores y las redes P2P (*peer to peer*) son plataformas de intercambio de archivos entre usuarios que están conectados a través de una red (Sanchis, 2004, pág. 105). Esos servicios implican la distribución multimedia por medio de una red entre ordenadores en donde los usuarios, de manera simultánea, pueden realizar una copia provisional en su disco duro (Jackson, 2002, pág. 450).

Por su parte, los actores que participan principalmente en las relaciones dentro de Internet son los usuarios que por medio de un ordenador acceden a una página o sitio web, los proveedores de contenido que son los autores, editores y demás titulares de derechos que proveen información -de manera legal- a fin de que pueda ser utilizada por cualquier usuario (Fernández, 2001, pág. 18).

Los proveedores de servicio de Internet son los que prestan el servicio de acceso a Internet. Según Fernández⁷⁴ (2001, pág. 18), se dividen en proveedores de acceso cuando brindan servicio de conexión a Internet y proveedores de alojamiento cuando brindan el servicio de

⁷³ De la palabra transmisión en Castellano.

⁷⁴ Otra clasificación de los proveedores de servicio de Internet es la propuesta por Gamboa (2008, págs. 209-210) que los divide en Proveedores de aplicaciones en línea o ASP por sus siglas en inglés *Application Service Provider*, proveedores de acceso a información ajena en Internet, proveedores que alojan páginas Web y proveedores que direccionan solicitudes de páginas Web.

alojamiento de páginas web en su propio servidor. Por último, los proveedores de red, ofrecen estructura técnica a fin de que el usuario se conecte a través del proveedor de acceso con la página o sitio almacenado.

En síntesis, Internet tiene un carácter descentralizado, pues no se controlan desde ninguna institución o gobierno los contenidos ni la información que se transmite y es interactivo porque permite que todo usuario reciba y envíe datos. Por la digitalización o desmaterialización de la información se puede reproducir y transformar en copias con excelente calidad las obras que pueden ser distribuidas con facilidad. Por último, se constituye en una red sin barreras en la medida que no hay delimitación física para acceder y hacer uso de ella (Esteve, 2006 pág. 15).

1.3.B Cambios y efectos del derecho de autor en la era digital

En casi todas las actividades humanas el Internet ha intervenido y como consecuencia grandes cambios se han concebido en las dinámicas sociales, políticas y económicas de la comunidad. Una clara muestra de ello, son las transacciones comerciales en las que por la intervención del Internet, se han reducido los costes de los productos y servicios y, por tanto, su precio de adquisición. Entre otras cosas, ha ampliado el abanico de ofertas y de la competencia, se ha dado celeridad en el acceso de la información, se ha superado el factor geográfico en los contratos, no hay existencia de horarios en la adquisición de productos y servicios (Menéndez & Santa, 2014, pág. 42).

Estas actividades y transacciones en Internet están inmersas en procesos que involucran compartir información que la mayoría de las veces tiene implicaciones jurídicas para el derecho de autor⁷⁵. Por ejemplo, los entornos digitales y el Internet, hacen que la

⁷⁵ Sobre las actividades y transacciones en Internet, Pérez (2008, pág. 81) señala que estas aumentan en la medida que hay más interacciones que involucran negocios, entretenimiento y asuntos políticos, sociales y culturales.

distribución de las obras pueda hacerse rápida y eficientemente sin necesidad de ceder los derechos a terceros, pues las redes posibilitan que el autor -a costos muy bajos- explote directamente y por sí mismo sus creaciones para obtener la totalidad de beneficios (Plaza, 2002, pág. 27), como consecuencia los usuarios y autores pueden permanentemente acceder y poner a circular obras de manera rápida y fácil.

Fruto de la gestión de la información en Internet, el sistema de protección del derecho de autor se ha visto en la necesidad de participar en los debates sobre las formas legítimas de explotación de las obras en entornos digitales. Si bien estas formas están claras en medios análogos, ahora con la tecnología⁷⁶ surgen algunos cuestionamientos sobre cómo deben abordarse desde el derecho la facilidad para digitalizar las obras, transmitir las y mezclarlas con otras pues estas acciones abren la gran posibilidad para que puedan ser copiadas y alteradas.

Otras controversias en los sistemas de protección del derecho de autor en entornos digitales, es la organización de las industrias culturales⁷⁷ debido a que no existen barreras en la difusión de las obras por la aparición de la digitalización (Pauner, 2014, pág. 43), como también por los nuevos tipos de actividad económica que se vienen desarrollando. Temas como los sistemas de encriptado eficientes para proteger las obras o modelos de licenciamiento⁷⁸ para permitir la divulgación masiva de archivos en donde se logre remunerar equitativamente a los creadores, todavía son controversiales y se encuentran evolucionando.

⁷⁶ Uno de los informes más completos sobre la sociedad global de la información y su desarrollo en Europa es el Informe Bangarmann de 1994 (Menéndez & Santa, 2014, pág. 27 y ss).

⁷⁷ Concepto desarrollado por Theodor Adorno y Max Horkheimer para referirse a la comercialización de bienes y servicios culturales (O'Connor, 2011, pág. 25).

⁷⁸ Modelos de licenciamiento libre como las públicas generales que incluye GNU de *Software Libre*, *Creative Commons* y licencias *Coloriuris*. GNU opera con el objetivo de que el autor o los autores de programas de ordenador pongan a disposición del público el acceso a el programa y el código fuente para que el usuario decida que hacer con él, siempre y cuando lo haga sin ánimo de lucro y reconozca la autoría sobre el trabajo original, por su lado, *Creative Commons* ofrece un sistema flexible sobre los derechos de autor en donde este decide sobre cómo pone a disposición sus obras (Carbajo, 2008, pág. 74 - 76).

Como se observa, las implicaciones de la tecnología digital en el derecho de autor son múltiples, sin embargo se puede destacar, en primer lugar, la imposibilidad de detectar el original de la obra ante la reproducción idéntica de la misma debido a que las copias son de igual calidad que la original (Sanchis, 2004, pág. 23). En segundo lugar, una vez la obra se encuentra en la red es accesible a cualquier persona en cualquier parte del mundo, imposibilitando su total vigilancia y poniendo en riesgo el control o la supervisión sobre la explotación no autorizada de las obras y en consecuencia de los derechos del autor/titular (Esteve, 2006, pág. 14). Como resultado de lo anterior, uno de los derechos morales⁷⁹ que más se ve afectado es el de divulgación ya que el autor pierde la facultad de decidir sobre la forma de publicación de la obra. Adicionalmente, la identificación del infractor se dificulta debido a que la vigilancia y control de las obras en Internet no es posible.

En tercer lugar, la digitalización de la obra permite que pueda ser modificada, transformada, y mezclada. Aquí, no es claro si los fragmentos de las obras que han sido individualizadas tienen el carácter de creación intelectual propia de su autor, o son simple meros datos o elementos fácticos. La discusión versa sobre si la obra fragmentada constituye una obra derivada y si la modificación constituye una violación a los derechos de integridad y paternidad de la misma (Rodríguez, 2009, pág. 12).

Para ilustrar lo anterior, existen *software*⁸⁰ que permiten modificar el formato de los archivos, como sucede con la música con la que, una vez se descarga la canción, ésta se puede mezclar con nuevos sonidos y voces, lo que genera dificultades para determinar si se trata de una obra derivada, de una obra nueva o de una copia parcia, como se verá a continuación.

⁷⁹ Sobre los derechos morales ver aparte 1.2.A.1.2 de esta tesis.

⁸⁰ Se define *Software* a los programas, rutinas, lenguajes simbólicos e instrucciones que controlan el funcionamiento del *hardware* y que determinan su operación en múltiples equipos de tecnología para diversos objetivos y usos (Pombo, 2015, pág. 221).

En cuarto lugar, las transmisiones digitales pueden hacerse a nivel mundial y esto hace que sean múltiples los ordenamientos jurídicos que pueden entrar en juego en el curso de la transmisión de una obra protegida a través de Internet. A modo de ejemplo, dependiendo del sistema de derecho de autor existen diferencias sustanciales en la protección de los derechos morales lo que dificulta la defensa de esta clase de derechos cuando existen controversias judiciales que involucran varios Estados (Plaza, 2002, pág. 27).

En quinto lugar, el uso de información protegida por derechos de autor en medios digitales crea la superposición los derechos de los autores y/o titulares. Lo que involucra la superposición es que de una sola actuación del usuario se desprenden diferentes derechos de autor en donde no es claro si la protección⁸¹ debe hacerse de forma acumulativa o doble, de forma separada según cada derecho, o si uno debe tener mayor protección que otro (Lemley, 1997, pág. 549).

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se reproduce y comparte por una plataforma virtual o red social -sin autorización del titular y/o autor-, información que es protegida por derechos de autor. Este acto en medios análogos implicaría únicamente la vulneración del derecho de reproducción, mientras que en entornos digitales representa infracción de derechos como el de reproducción y comunicación pública, en donde no es claro si un derecho es consecuencia del otro o si la infracción no podría realizarse sin que haya la vulneración de los dos derechos.

Por último, el acceso a la información es mucho más económico si se compara al costo de las obras o sus reproducciones que se encuentran en medios análogos (Esteve, 2006, pág. 18) por lo que se cuestiona cómo deberían operar los derechos de reproducción y

⁸¹ Sobre los sistemas de protección de los derechos de autor, Véase sección 1.2.B

distribución en la explotación económica de la obra⁸² para compensar al autor por su creación.

Dada la rápida difusión de la información y de las prestaciones tuteladas por el derecho de autor y conexos por Internet, las conclusiones sobre la forma de regular el tema no pueden ser absolutas, pues aún la era digital se encuentra en desarrollo. Es por esta razón que lograr una eficacia y eficiencia real en la protección de los derechos de autor en entornos digitales es una tarea difícil.

Si bien ciertas controversias han ido solucionándose a través de la protección legal y judicial de los derechos de autor, muchas de las leyes fueron planteadas para medios operativos de lo físico o análogo (Serrano & Rogel, 2012, pág. 30). Este es el caso del sistema de responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor y particularmente, el de la determinación del monto del daño que, además de ser diseñado bajo las premisas de la propiedad material en sentido tradicional, no tiene en cuenta las dinámicas de la era digital.

1.3.B.1 Algunos avances legislativos sobre la regulación del derecho de autor en la era digital

Con la comercialización internacional de la propiedad intelectual se hizo evidente la necesidad de nuevas normas protectoras para salvaguardarla. La idea de resguardar esta propiedad surge de los países desarrollados, quienes eran los interesados en la incorporación de estas nuevas políticas para comercializar e intercambiar estos bienes y servicios internacionalmente (Correa, 2007, pág. 10).

Particularmente, en materia de derecho de autor, con las nuevas tecnologías y la masificación del uso del Internet, los principios del Convenio de Berna fueron insuficientes

⁸² Sobre los derechos patrimoniales de reproducción y distribución, Véase sección 1.2.A.1.1.

para asegurar estos derechos. Los países con industrias desarrolladas -como Estados Unidos- estaban comenzando a expandir la industria de contenidos, como la de *Software*, por lo que les preocupaba asuntos como la reproducción y distribución de copias por medio de redes en línea (Latorre, 2012, pág. 276) o también llamada piratería.

El problema en torno a la piratería⁸³ se volvió de discusión fundamental debido a que llegó a afectar el comercio de los países en cuanto los derechos de autor de cualquier tipo de obra como música, literatura, cine, programas informáticos, videojuegos, programas y las señales audiovisuales se veían vulnerados cuando eran reproducidas, distribuidas y transmitidas al público copias de estas o eran puestas a disposición en redes de comunicación en línea sin la autorización de los propietarios legítimos (UNESCO, 2007) y no había estándares legales internacionales que permitieran su protección.

Ante el panorama descrito y por otras controversias sobre propiedad intelectual, los países con industrias desarrolladas comenzaron la discusión sobre aumentar los estándares internacionales de protección de la propiedad intelectual. Específicamente, se pretendía que la protección en derechos de autor se concentrara en dos puntos principalmente, uno la ejecución de normas en países diferentes a donde se encontraba el autor y dos, medidas para evitar y atacar la piratería (Correa, 2007, pág. 55).

Dado que la discusión de estos temas no había sido posible en la OMPI debido a que los países con industrias desarrolladas no encontraban en países con menos desarrollo como pares para negociar un acuerdo que involucrara un asunto que empezaba a mover el comercio internacional como es la propiedad intelectual (Deere, 2008, pág. 52), Estados Unidos, la Unión Europea y Japón incorporaron el tema de "aspectos de los derechos de

⁸³ “La piratería digital es un fenómeno muy presente en nuestra sociedad, tanto en el terreno comercial como en el entorno privado. En ninguno de los dos casos el uso de copias o descargas piratas puede estar amparado en alguno de los límites legales a los derechos de propiedad intelectual” (Trapiella & Molina, 2016, pág. 146).

propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluyendo el comercio de mercancías falsificadas" en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de septiembre de 1986, que se realizó en la Ronda de Uruguay⁸⁴.

Los países negociadores del GATT, -que fue conformado para enfrentar las problemáticas del comercio internacional sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas (Gervais, 2008, pág. 10)-, en la Ronda de Uruguay firmaron un texto que tuvo un proceso de revisión jurídica que finalizó en el año 1994 y que fue presentada como acta final en la Conferencia Ministerial realizada en Marrakech el 15 de abril de 1994 (Lipszyc, 2004, pág. 28). Esta acta incluye, entre otras cosas, el reemplazo del GATT por la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que para el momento era el primer acuerdo de propiedad intelectual con fines comerciales.

El ADPIC respetando el lugar relevante que tiene el Convenio de Berna dentro del sistema internacional de protección a los derechos de autor y conectando sus principios con los propósitos de la OMC, en el artículo 7⁸⁵ señala que los derechos de propiedad intelectual deben promover la innovación tecnológica a favor de lograr un balance entre los productores y usuarios del conocimiento de tal forma que contribuyan al bienestar económico y social. Este artículo procura enlazar la propiedad intelectual, lo que incluye los derechos de autor, con las transacciones comerciales que se realizan dentro del entorno digital y que conllevan al intercambio de información que está protegida por estos derechos.

⁸⁴ Sobre el GATT revisar El GATT, sus objetivos, fundamentos y organización (De las Carreras, 1989).

⁸⁵ Artículo 7. Objetivos. 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 particular, el ADPIC incorpora de manera expresa las disposiciones del Convenio de Berna a excepción de las referentes de derechos morales de autor⁸⁶, en este sentido no crea derechos ni obligaciones lo cual no significa que los Estados adscritos no puedan regular dentro de sus ordenamientos internos la reivindicación de los mismos según el Convenio de Berna.

Adicionalmente, dada la finalidad económica del acuerdo, los derechos patrimoniales toman relevancia ya que se busca aclarar su alcance o añadir derechos y obligaciones respecto a estos. De esta forma, se observa que el artículo 10⁸⁷ prevé que los programas de ordenador o *software* deben ser protegidos por la propiedad intelectual en cuanto a las disposiciones del Convenio de Berna.

En esta misma manera, el artículo 11⁸⁸ impone el derecho de alquiler a los programas de ordenador y a las obras cinematográficas. La relevancia del artículo 10 y 11 del Acuerdo radica en que se extiende la protección por derechos de autor a los programas de ordenador y las obras cinematográficas en cuanto a cuestiones patrimoniales.

Del artículo 13, sobre excepciones y limitaciones de derecho de autor, el Acuerdo las restringe en el sentido que las limitaciones que sean circunscritas por los miembros no deben atentar contra la explotación normal de la obra ni causar perjuicio injustificado a los intereses del titular⁸⁹. Por último, incorpora medidas de ejecución que no están en el Convenio de Berna, como lo referente a los procesos civiles y administrativos para la observancia de los derechos de autor, y que quedaban a discreción de la legislación del país miembro (Ricketson & Ginsburg, 2006, pág. 138).

⁸⁶ Artículo 2bis del Convenio de Berna sobre derechos morales.

⁸⁷ Véase pie de página 33 sobre el artículo 10 del ADPIC.

⁸⁸ Véase pie de página 34 para la prescripción textual del artículo 11 del ADPIC.

⁸⁹ Artículo 13. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Si bien este tratado tuvo como finalidad regular avances tecnológicos como el *software* y proteger con medidas de observancia y ejecución los derechos de autor, asunto que el Convenio de Berna no hizo, lo cierto es que para esta época los efectos del Internet sobre los derechos de autor eran inciertos y por tanto, muchas de las problemáticas que estaban suscitándose, como los nuevos procesos de digitalización de las obras y la expansión de las redes de Internet, quedaron por fuera del ADPIC (Alvarado, 2002, pág. 22).

En vista de lo anterior, en diciembre del 1996, en la ciudad de Ginebra se firman el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), para dirigir el accionar de los Estados miembros en aras de que constituyeran leyes que cumplan con las finalidades del derecho de autor. Para direccionar los tratados hacia dicho objetivo se establecieron dos principios que se encuentran en el preámbulo de ambos documentos.

El primer principio es velar por la protección de los autores y/o titulares ante la amenaza de la piratería digital⁹⁰ y, el segundo, que indica que los Estados deben promulgar legislaciones que propendan el balance entre los derechos de los autores y los derechos al acceso de la información⁹¹ (Chelsey, 2010, pág. 5). Como se observa, los tratados procuran proteger los derechos de autor frente a los retos que implica el acceso a la información en Internet y la digitalización de las obras.

⁹⁰ Preámbulo TODA y TOIEF: (...) Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos (...).

⁹¹ Preámbulo TODA y TOIEF: (...) Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas (...).

Entrando al estudio de los tratados, el TODA, respecto al alcance de los derechos patrimoniales, aporta los artículos 4⁹² y 5⁹³ que determinan como objeto de protección a los programas de ordenador y las bases de datos, como lo hace el ADPIC en el artículo 10⁹⁴. Sobre el mismo tema, el artículo 8⁹⁵ reseña el derecho de comunicación pública que señala que puede realizarse por medios alámbricos o inalámbricos, sin incluir el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación ya que no constituyen una comunicación, según la declaración concertada del artículo⁹⁶.

Continuando con estos derechos, el tratado añadió unos diferentes a los consagrados en el Convenio de Berna, por ejemplo el artículo 6⁹⁷ establece el derecho de distribución de objetos intangibles, según el cual, el agotamiento del mismo dependerá de lo que estipulen los Estados⁹⁸. Sobre el derecho de arrendamiento, el artículo 7⁹⁹ dice que este incluye la protección de los programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas.

⁹² Artículo 4. Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.

⁹³ Artículo 5. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

⁹⁴ Véase pie de página 33.

⁹⁵ Véase pie de página 24 para la transcripción del artículo.

⁹⁶ Declaración concertada respecto del artículo 8. Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11bis.2).

⁹⁷ Véase pie de página 23.

⁹⁸ Recuérdese que este artículo faculta a las partes contratantes a determinar las condiciones de las que trata este artículo.

⁹⁹ Artículo 7. (1) Los autores de: (i) programas de ordenador; (ii) obras cinematográficas; y (iii) obras incorporadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes, gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras (...).

También aclara que el derecho de reproducción aplica en el entorno digital y que el derecho de reproducción se constituye cuando hay almacenamiento en un soporte electrónico de una obra protegida¹⁰⁰. También amplió la aplicación de las excepciones y limitaciones al entorno digital¹⁰¹.

Revisten gran importancia los artículos 11¹⁰² y 12¹⁰³ en el sentido de que regulan las medidas tecnológicas y de información sobre la gestión de derechos, como el compromiso de regular efectiva y adecuadamente las medidas tecnológicas de protección utilizadas por los autores (Ficsor, 2002, pág. 14).

A modo de resumen, el TODA incrementó la protección de los derechos de autor respecto a lo estipulado en el Convenio de Berna, enfatizando en los derechos que se pueden aplicar en el entorno digital. También regula asuntos como la ampliación de las excepciones y limitaciones para que los países puedan crearlas y adecuarlas a Internet.

¹⁰⁰ 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 obras en forma digital (...).

¹⁰¹ Artículo 10. (1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor .

¹⁰² Artículo 11. Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.

¹⁰³ Artículo 12. (1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna (...).

Por último, el TOIEF en el artículo 2¹⁰⁴ incluye la transmisión a través de Internet como parte del derecho de publicación y comunicación pública de las obras; excluye de la protección de derecho de reproducción a las copias efímeras o transitorias que son aquellas que se reproducen provisionalmente en la memoria RAM del ordenador (Plaza, 2002, pág. 167).

Los artículos 7 a 10 otorgan protección a los artistas, intérpretes o ejecutantes para que gocen de derechos morales, derechos de radiodifusión y comunicación al público, también confiere derechos patrimoniales sobre las ejecuciones fijadas en fonogramas. A los productores de fonogramas e intérpretes les otorga los derechos de remuneración equitativa y única por los fonogramas publicados con fines comerciales¹⁰⁵.

Sobre la protección jurídica adecuada de elusión de medidas tecnológicas, el TOIEF en el artículo 18¹⁰⁶, al igual que el artículo 11¹⁰⁷ del TODA, estipula la protección a través de medidas tecnológicas efectivas. Similar situación sucede con el artículo 19¹⁰⁸ que establece

¹⁰⁴ Artículo 2. (...) (e) “publicación” de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma, la oferta al público de la interpretación o ejecución fijada o del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente; 3 (f) “radiodifusión”, la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; (g) “comunicación al público” de una interpretación o ejecución o de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. A los fines del Artículo 15, se entenderá que “comunicación al público” incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

¹⁰⁵ Artículo 15.1. Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozaran del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

¹⁰⁶ Artículo 18. Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley.

¹⁰⁷ Véase pie de página 102.

¹⁰⁸ Artículo 19. Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos.

obligaciones a los Estados miembros sobre medidas tecnológicas como lo hace el TODA en el artículo 11¹⁰⁹.

Se pueden destacar entonces como las novedades más significativas de estos tratados que el derecho de alquiler no se aplique en los casos de un programa de ordenador cuando dicho programa no sea el objeto esencial para la utilización de la obra creada (Plaza, 2002, pág. 170). Por otra parte, la imposición de ofrecer protección legal a los controles o medidas tecnológicas que utilizan los titulares de los derechos de autor para proteger sus obras (Lipszyc, 2004, pág. 121). Para finalizar, se logra el reconocimiento de los derechos morales de los artistas, intérpretes y ejecutantes que no estaba contenido en el Convenio de Roma.

Sobre los avances de Colombia en la adecuación de la legislación para los entornos digitales, hasta el momento únicamente la Decisión 351 hace algunos adelantos al otorgar protección a *Software* y bases de datos¹¹⁰. A pesar que Colombia ratificó los Tratados de la OMPI, hasta el momento no hay legislación nacional que regule y desarrolle los temas ahí dispuestos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los derechos patrimoniales consagrados en la Ley 23 y la Decisión 351 son ilustrativos y no una lista cerrada de los mismos, es posible adaptar y proteger estos cuando versen en entornos digitales (Zapata, 1998, pág. 140). Es más, los mismos artículos fueron redactados de forma amplia para permitir la protección de los derechos según la situación o entorno¹¹¹.

¹⁰⁹ Para transcripción textual del artículo, véase pie de página 102.

¹¹⁰ Capítulo VIII sobre los programas de ordenador y bases de datos.

¹¹¹ Por ejemplo, el artículo sobre derecho de reproducción protege la obra por cualquier forma o procedimiento.

Apoyando la anterior posición, la Comunidad Andina reconoce la aplicación de los derechos patrimoniales a cualquier uso conocido o por conocer, lo que incluye las nuevas formas de dar a conocer las obras en entornos digitales (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso No. 24 IP de 1998).

En cuanto a los derechos morales, la protección también cobija a las obras que se encuentran en Internet, ya que estos derechos se encuentran en cabeza del autor sin importar los medios que se utilicen para que la obra se conozca. En relación al tema, también la Comunidad Andina señala que los derechos morales engloban una serie de acciones que le permiten al autor hacer con su obra lo que el disponga, como decidir dónde la divulga (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso No. 177-IP-2013).

1.4 Retos del derecho de autor y la necesidad de una nueva orientación

Como se ha podido evidenciar, la evolución del derecho de autor se ha visto inmersa en las innovaciones de la humanidad y particularmente en las dinámicas de la tecnología. Sin entrar en la discusión si la ley es la herramienta idónea para atajar las situaciones conflictivas que ha traído el entorno digital¹¹², lo cierto es que el derecho de autor ha sido diseñado con la pretensión de balancear los intereses de los usuarios y de los titulares/autores sin importar el medio y la forma como se explote la obra.

Lograr los objetivos que se propone el derecho de autor con la tecnología -que es rápida y cambiante- se convierte en un gran reto pues las disposiciones legales parece que fueran surgiendo de manera tardía a las necesidades de la sociedad digital. A pesar de que los Estados procuran que las nuevas leyes continúen la diseminación del conocimiento, en

¹¹² Autores como Kinsella (2001) y Lessig (2006) cuestionan si las leyes propiedad intelectual son las adecuadas para regular la propiedad inmaterial en la sociedad actual. Estos concluyen que no es posible dictar y aplicar normas que sean eficientes y eficaces para controlar temas como el ciberespacio.

todos los casos, no hay fórmulas exactas que logren sopesar los intereses de los creadores con los de la comunidad en general (Garza, 2015, pág. 45).

En consecuencia de lo anterior, algunos de los retos que enfrenta el derecho de autor son:

- La adaptación del derecho a las nuevas formas de creación y difusión de la obra, de tal forma que se protejan los derechos de los autores y titulares.
- El control idóneo de los contenidos subidos en Internet para evitar conflictos jurídicos sobre vulneración a los derechos de libertad de expresión pero que a la vez se proteja la privacidad.
- La conveniencia de incorporar ciertos componentes del sistema de *Copyright* al derecho de derecho de autor, o viceversa, teniendo en cuenta que el Internet es descentralizado. Esto podría implicar trasplantar jurídicamente un ordenamiento en otro, lo que también se denomina *cross fertilization*.
- Y la fijación de medidas eficaces para evitar la vulneración de los derechos de autor a través de sistemas de responsabilidad civil y de determinación del monto del daño, que es el tema que analiza esta tesis doctoral.

Profundizando en las medidas eficaces para evitar la vulneración de los derechos de autor en entornos digitales, determinar el daño en infracciones a esta clase de derechos incentiva la capacidad creadora de los artistas y a su vez permite el goce de la innovación y la cultura en el contexto de la era digital. Particularmente esta investigación aporta a este reto proponiendo criterios adecuados para determinar el monto del daño material en infracciones por responsabilidad civil extracontractual al derecho de autor especialmente en Internet.

Hoy por hoy la sociedad de la información -a través del desarrollo de la tecnología digital-, ha permitido que la transmisión de obras sea algo común y de creciente difusión en Internet y no cabe duda de que la tecnología seguirá mejorando y ofreciendo mayores oportunidades para transmitir datos. El reto de los sistemas de derecho de autor será ajustar el marco normativo de tal forma que se incentive - aún con los cambios- la creación de trabajos y la difusión de estos para beneficiar a la sociedad.

1.5 Conclusiones del capítulo

La digitalización y el Internet han modificado muchas de las actividades sociales y comerciales que la mayoría de las personas realizan a diario, razón por la cual el derecho se ha visto en la necesidad de regular –con las dificultades que esto acarrea debido a la forma cómo funciona la era digital- las actividades que se desarrollan en estos medios. El derecho de autor no ha podido escaparse de intervenir en la medida que muchas veces las actividades que se realizan involucran el intercambio de información que está protegida por estas prerrogativas.

En los últimos años los Estados han evidenciado las falencias legislativas respecto a la regulación de los derechos de los autores en Internet y por esta razón han expedido -como se estudió en este capítulo- algunos tratados con la finalidad de proteger, no sólo las dinámicas propias de la era digital sino, los derechos de los autores/titulares respecto a sus obras y el de la sociedad de poder disfrutar de ellas. Si bien dichos avances normativos han aportado a la reglamentación del tema, lo cierto es que aún existen varios retos que abordar en la medida que los avances tecnológicos siguen evolucionando de manera rápida y dinámica.

Uno de los retos que actualmente emprende el derecho de autor en la era digital es la elaboración de medidas eficaces que eviten la vulneración de estos derechos, ya que por la

forma cómo funciona la digitalización y el Internet, el sistema de responsabilidad civil y en particular el de determinación de daños patrimoniales por infracciones que ocurran por fuera de la esfera contractual, no es el adecuado.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DAÑO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR

2.1 Introducción

La responsabilidad civil derivada por infracciones al derecho de propiedad sobre bienes tangibles o materiales supone la reparación de un daño cuando se ha cometido una vulneración a un bien jurídico, sea por una conducta ilícita o antijurídica como el incumplimiento de las obligaciones que nacen de una relación contractual o en ausencia de esta. Para que la responsabilidad se materialice, la víctima o quien pretende la reparación del daño causado debe demostrar la existencia de unos elementos que son: La conducta ilícita, el elemento subjetivo que acompaña la conducta como criterio de imputación de responsabilidad (en la mayoría de los casos, aunque en otros se excluye, como se verá más adelante), nexo causal y daño.

Tratándose de propiedad intelectual, y particularmente en derechos de autor, la responsabilidad civil se materializa en la obligación de reparar los daños y perjuicios que se han causado por una conducta que ocasiona un detrimento a los derechos reconocidos a los autores y titulares respecto de sus obras (Vega, 2002, pág. 398). Dicho en otros términos, el daño se concreta en la afectación del patrimonio del autor o los intereses de este, o cuando se afectan las facultades del mismo y/o se ocasiona un daño social.

Tal como el título de esta tesis doctoral lo anuncia, la misma versa sobre los criterios de determinación del daño material en infracciones extracontractuales al derecho de autor en entornos digitales. Para llegar a los fines de investigación propuestos, se hace necesario estudiar aquellos elementos que acompañan el daño para que surja la responsabilidad civil

y entender cómo opera en los derechos de autor, para posteriormente estudiar su valoración en medios materiales y dilucidar la problemática en medios digitales.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo revisa cada uno de los requisitos de la teoría general de la responsabilidad civil. Posteriormente, se desarrollan los elementos de la responsabilidad civil que acompañan al daño desde las infracciones a los derechos de autor con la finalidad de comprender las similitudes y diferencias entre el régimen común y las particularidades o cambios que surgen cuando se trata de bienes intangibles.

2.2 Responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano

Los romanos en el afán de regular las conductas humanas, establecieron tres axiomas que se convirtieron en los principios jurídicos para llevar una vida en sociedad: el primero, vivir honestamente; el segundo, dar a cada uno lo suyo y tercero, no dañar al otro (Ulpiano, 533 d. C.).

De este tercer axioma nace una obligación -en sentido jurídico- de no causar daño a otra persona y si se hace, se debe “responder” o tener “responsabilidad” por el daño que se ha hecho padecer a otro individuo (Gullón & Díez-Picazo, 2015, pág. 238). En este contexto, la palabra responsabilidad¹¹³ plantea la obligación de asumir las consecuencias de los daños producidos por ciertas personas o cosas y la necesidad de afrontar las consecuencias por los propios actos (Corral, 2003, pág. 11).

Dependiendo del sujeto responsable, de la actividad que se le imputa y las consecuencias gravosas que se sufre y el daño, la responsabilidad puede ser de varios tipos. Por ejemplo, puede ser política, moral o jurídica. Particularmente la responsabilidad jurídica surge de la

¹¹³ La palabra responsabilidad etimológicamente viene del Latín *spondere* que significa prometer, más el prefijo “re” (re-espondere) la palabra, torna su significa a reciprocidad o prometer a alguien que espere una respuesta (D'ors, 1999, pág. 36).

violación de deberes jurídicos y produce consecuencias jurídicas (Tamayo, 2004, pág. 3) en el mundo del derecho.

La responsabilidad civil, un tipo de responsabilidad jurídica, implica el deber que tiene alguien de, en primera medida, reparar o compensar un daño con medios equivalentes, cuando se ha ocasionado a una o varias personas (Corral, 2003, pág. 21). Es así como una persona es responsable cuando debe reparar un daño.

En el derecho colombiano, la responsabilidad civil -y particularmente el derecho de no dañar a otro- parte de la premisa de que cualquier persona debe asumir los efectos que se generan de la autonomía de su voluntad. De esta forma, la Carta Constitucional de Colombia¹¹⁴ otorga a todas las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre y cuando tenga en cuenta los derechos de los demás y las leyes.

En conexión con los efectos de esa autonomía de la voluntad, el artículo 58¹¹⁵ de la misma Constitución determina que la responsabilidad civil conecta una serie de obligaciones, cargas y deberes que los individuos están obligados a cumplir en razón de las interacciones que se desarrollan entre ellos. Particularmente, hace referencia a las transacciones que emanan de transferir o negociar, entre otras cosas, la propiedad privada.

¹¹⁴ Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

¹¹⁵ Artículo 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

Por su lado, el artículo 2343¹¹⁶ del Código Civil explica que está obligado a indemnizar por el daño que hizo, aquel que recibe -con intención- provecho de otro. La Corte Constitucional en desarrollo del anterior tenor legal, explican que la regla de indemnizar todo daño que se hace, se materializa en la teoría dualista de la responsabilidad civil¹¹⁷ que se divide en contractual y extracontractual (Sentencia Corte Constitucional C-309 de 1996 & Sentencia Corte Constitucional C-280 de 1996).

La responsabilidad civil contractual emana del incumplimiento de una obligación que nace de un contrato. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual existe cuando hay que hacerse cargo de una obligación por la vulneración a un bien jurídico (Pérez, 2011, pág. 3) sin que exista un vínculo contractual.

Sobre la responsabilidad contractual, según el Código Civil colombiano en el artículo 1604¹¹⁸, el deudor es responsable del cumplimiento de las obligaciones que del contrato¹¹⁹ nacen, al menos que haya subvenido una causa externa y extraña que lo exonere de dicha

¹¹⁶ Artículo 2343. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado.

¹¹⁷ La tesis dualista precisa que la responsabilidad civil contractual y la extracontractual deben estudiarse de forma separada ya que la facultad de reclamar el daño nace de diferentes clases de las obligaciones, mientras que la teoría monista estudia las clases de responsabilidad en forma conjunta debido a que son instituciones jurídicas que emanan de un mismo vínculo legal, en este caso la obligación de resarcir el daño (Tamayo A. , 2004, pág. 23).

¹¹⁸ Artículo. 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

¹¹⁹ Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

obligación. Siguiendo esta idea, el artículo 1613¹²⁰ señala que la indemnización de perjuicios puede originarse de no haberse cumplido una obligación, haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento según lo estipulado en el contrato.

En virtud de los anteriores artículos, para que exista responsabilidad civil contractual es necesario que exista un contrato y que el vínculo jurídico que genera el daño emane de la relación entre las partes (Pérez, 2011, pág. 15). Debe entenderse entonces que la fuente de la obligación no es el contrato, sino el incumplimiento de las obligaciones que nacieron de ese acto jurídico.

Según Pérez (2011, pág. 15), el punto de partida para afirmar que una persona está llamada a responder, en razón de responsabilidad contractual, es el incumplimiento de una obligación o el cumplimiento de la obligación de forma parcial, tardía o defectuosa; la intención del contratante incumplido de no cumplir lo que acordó y un perjuicio o daño¹²¹ que emana de dicho incumplimiento.

Por otra parte, el artículo 2341¹²² del Código Civil -de la responsabilidad extracontractual- preceptúa que el que ha cometido un delito o culpa causando daño a otro, está obligado a indemnizarlo. Es decir, la responsabilidad extracontractual nace a partir de generar un daño a otra persona, sin que exista un vínculo jurídico previo entre ellas (Corral, 2003, pág. 65).

¹²⁰ Artículo 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

¹²¹ La Corte Suprema de Justicia, utiliza indistintamente las palabras daño y perjuicio para referirse a una lesión o menoscabo que sufre una persona respecto de un interés jurídicamente relevante (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC 10297-2014, No. 11001310300320030066001 de 5 de agosto de 2014). Para efectos prácticos de esta investigación doctoral, las palabras se emplearán como sinónimos.

¹²² Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Según Tamayo (2007, pág. 558), esta clase de responsabilidad se origina por haber transgredido una norma que es de observancia general y que causa un daño.

En definitiva, la responsabilidad civil contractual tiene como fin hacer responder al deudor por los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de un contrato, de manera contraria, en materia extracontractual se pretende comprobar la violación a un derecho legalmente protegido para imponer una carga al infractor por los daños que causó (Pérez, 2011, pág. 67).

La Corte Constitucional, siguiendo la misma línea argumentativa, explica que las esferas de la responsabilidad civil, -contractual y extracontractual- son importantes en la medida que en el ejercicio de cada una, repercute la aplicabilidad de preceptos y mecanismos probatorios (Sentencia Corte Constitucional C-1008 de 2010), como se verá a continuación.

2.2.A Elementos de la responsabilidad civil que acompañan el daño

Dentro de las clases de responsabilidad, para que sea posible imputar a una persona, natural o jurídica, y que nazca la obligación de “responder” es necesario la coexistencia de varios elementos: la conducta ilícita, el nexo causal, el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad y el daño.

2.2.A.1 Conducta ilícita

Tanto los hechos como los actos son resultado de la exteriorización, bien sea de un suceso de la naturaleza o de una conducta atribuible al ser humano. Los fenómenos de la naturaleza -o hechos- no son fuente de responsabilidad civil en el derecho aunque pueden generar efectos jurídicos, mientras que los actos son acciones jurídicas que emanan de la voluntad humana que producen un daño en forma ilícita (Ghersí, 2013, pág. 57).

Para que haya responsabilidad es necesario que el acto emane de un humano, es decir, que se ejecute una conducta que puede ser positiva cuando implica una acción, o sea una actividad que termina por producir un daño. De manera contraria, la conducta puede ser negativa o pasiva cuando involucra una omisión que es la no actividad del agente cuanto tiene el deber legal o contractual de actuar (Tamayo, 2007, pág. 41).

Si bien la responsabilidad debe provenir de un acto humano, este por sí solo no es suficiente para que genere un daño, es necesario que el comportamiento sea ilícito. Según Corral (2003, pág. 117) la valoración de la licitud de la conducta se hace a partir de la infracción a un deber legal expreso o en la transgresión de un principio general de derecho en donde se hace un daño a otro sin causa justificada.

La Corte Suprema de Justicia insiste en que la naturaleza de la conducta debe ser ilícita para que sea posible que la víctima pueda reclamar el efecto dañino que se ha derivado de esa conducta (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Exp. No. SC7824-2016 de 15 junio de 2015). De igual manera, el artículo 2342¹²³ del Código Civil reitera que únicamente podrá reclamar responsabilidad la persona lesionada, en otras palabras, sobre quien recae directamente la conducta ilícita.

2.2.A.2 Elemento subjetivo que acompaña la conducta como criterio de imputación de responsabilidad

De manera general, en los sistemas de responsabilidad civil la conducta no solo debe ser ilícita sino también debe estar acompañada por un elemento subjetivo que ocasione un juicio de reproche personal a otro (Corral, 2003, pág. 207).

¹²³ Artículo 2342. Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

Los romanos clasificaron los elementos subjetivos de la conducta en dolo y culpa¹²⁴. El primero, es la intención manifestada de causar un daño a otro (Alessandri, 1943, pág. 163), mientras que la segunda proviene del incumplimiento de una obligación específica, la violación a una obligación de prudencia y diligencia cuando había compromiso de asumirla o simplemente del deber general de conducta de no causar daño a otro en todas las esferas de la vida (Pérez, 2011, pág. 66) que, en términos generales se produce por la imprudencia, impericia, negligencia o por la violación de un reglamento.

Según el artículo 63¹²⁵ del Código Civil, el dolo es la intención de dañar a otra persona o causar daño a la propiedad de otro, mientras que la culpa es sinónimo de descuido, que a su vez puede ser culpa grave, negligencia grave y culpa lata. Conforme al tenor legal, la culpa grave se equipara al dolo.

De la definición del dolo referido en el artículo arriba mencionado, el mismo código ha complementado sus características con el artículo 1516¹²⁶ que señala que este no se presume al menos que la ley así lo indique y su tratamiento no puede ser modificado por la voluntad individual del afectado. Así mismo, el artículo 1616¹²⁷ agrega que la existencia del dolo acarrea sanciones civiles y aún en eventos imprevisibles tendrá que responder quien ha causado el daño.

¹²⁴ De la evolución del derecho civil romano al derecho civil moderno y la transformación de las figuras de dolo y culpa como hechos injustos e ilegales que deben ser reprochables ver Monateri (1998, pág. 133 a 140) La responsabilidad civile. Trattato de Diritto Civile.

¹²⁵ Artículo 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. (...). El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹²⁶ Artículo 1516. El dolo no se presume sino en los casos especialmente previsto por la ley. En los demás debe probarse.

¹²⁷ Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Ospina & Ospina (2000, pág. 464) ha resumido el concepto de dolo como una conducta que se realiza con la certeza e intención del daño que se va a causar, razón por la cual es un acto voluntario. Como se observa, la definición se enfoca en dos elementos que la misma ley resalta que son la intención de causar el daño y la voluntariedad de realizar la conducta.

De las clases de culpa, el artículo 1604¹²⁸ dice que el deudor es responsable de culpa lata cuando el contrato es útil solo para el acreedor, es responsable de culpa leve en los contratos que hay beneficios recíprocos para las partes y de culpa levísima cuando el único con beneficios en el contrato es el deudor.

La Corte Constitucional, en sentencia que agrupa la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, ha destacado que esta clasificación de la culpa solo se refiere a las relaciones contractuales y que sirven también para graduar esta clase de responsabilidad. Para la responsabilidad extracontractual, la clasificación está excluida en tanto no es necesaria para hacer responder al que cometió el daño (Sentencia C-1008 de 2010).

Siguiendo con las formas cómo se materializa la culpa -según el Código Civil- se concreta esta por medio de la negligencia o no diligencia del agente, la imprudencia y cuando el actuar no es como se debe, que también es conocido como impericia. En estos casos no se toman en cuenta las condiciones psicológicas, fisiológicas o morales del causante del daño, simplemente se compara su conducta con la de un hombre prudente y diligente (Pérez, 2011, pág. 16).

¹²⁸ Véase transcripción del artículo en el pie de página 118.

De la negligencia, el artículo 2356¹²⁹ enuncia que el comportamiento negligente que ocasiona un daño a otra persona debe ser reparado. Del texto del artículo se infiere que no es necesario un vínculo contractual para que se genere el daño, por el contrario basta establecer que la conducta fue negligente y que de esta se derivó un perjuicio.

De artículos como el 861¹³⁰ sobre responsabilidad del usufructuario o el 997¹³¹ de perjuicios por derrame de aguas del Código Civil -en donde el agente tiene a su cargo una lista de obligaciones-, la negligencia en su forma más básica se concreta en el descuido de estas tareas u ocupaciones, o la falta de precaución para llevar a cabo las tareas que tiene el agente sobre sus hombros.

Según Fontán (1998, pág. 336), el grado de diligencia será medido respecto al nivel de precaución que requiera la naturaleza de dicho acto en la vida cotidiana o dentro un contexto especial. Ghersi (2013, pág. 147) complementa la anterior premisa concluyendo que la negligencia se materializa entonces cuando la persona hace menos de lo que debía, bien sea obviando un paso de la conducta para que no se ocasionara el daño o no haciendo nada. En este caso el sujeto no reconoce la posibilidad del resultado dañoso.

La imprudencia se precisa cuando se hace más de lo debido y el agente sabe que es inapropiado su acto pero espera que el daño no ocurra. El Código Civil en el artículo

¹²⁹Artículo 2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

¹³⁰ Artículo 861. El usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar (...).

¹³¹Artículo 997. Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darle salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare.

2356¹³² utiliza el término “malicia” para hacer referencia a esta conducta y ejemplifica algunos casos en donde hay la obligación especial de reparar el daño, como cuando alguien dispara un arma sin el debido cuidado.

Con relación a lo anterior, la persona imprudente toma riesgos innecesarios u opta por no adoptar las medidas de seguridad para impedirlos o aminorarlos -sin querer- pero no rechaza la contingencia de la ocurrencia de un daño que puede ocasionar a otro en su persona, derechos o bienes (Gherzi, 2013, pág. 147).

Por último, la impericia es cuando no se actúa con la suficiente capacidad, experiencia o destreza para realizar una actividad aun cuando el arte, la profesión y oficio de esta viene determinada por cierta clase de conocimientos (Santos, 1984, pág. 315). Aunque no hay un artículo del Código Civil que haga referencia a esta conducta, la Corte Suprema de Justicia expresa que la impericia se materializa cuando se pierde el control de la actividad y por tanto, no se logra evitar la consumación del daño (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil No. de Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 de 2001).

De lo anteriormente expresado, se puede deducir que la diferencia entre el dolo y la culpa radica en que en el dolo se realiza con la conducta con intención y se espera el resultado dañino, mientras que en la culpa, se realiza la conducta pero se espera que de esta no se derive el daño. Ahora bien, si todos los daños deben ser reparados -sin importar si son causados con culpa o dolo-, la importancia de esta distinción radica en que la culpa del causante del daño puede compensarse en todo o en parte con la culpa de la víctima y en el caso de dolo, el daño causado no es compensable con la culpa del doliente (Valencia & Ortiz, 2015, pág. 222).

¹³² Véase pie de página 129.

Siguiendo con el elemento subjetivo de la conducta, existe un tipo de responsabilidad civil en el que es indispensable la presencia de dicho elemento y se conoce como responsabilidad subjetiva (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1961, pág. 91). En este escenario, como se verá más adelante al estudiar el caso colombiano, corresponde a la víctima la carga de probar la culpa del causante del daño (culpa probada), excepcionalmente y por expresa disposición legal, existen supuestos en los que la carga de la prueba se invierte y se presume la culpa del causante del daño teniendo este que desvirtuar dicha presunción mediante la prueba de diligencia y cuidado (culpa presunta) (Tamayo, 2004, pág. 21).

Otro tipo de responsabilidad -la objetiva- no tiene en cuenta si el sujeto ha actuado con culpa para obligarlo a reparar el daño, es decir, no establece juicios de valor para condicionar la reparación del daño. El fundamento se centra en la conducta del autor del daño sin que sea necesario que este provenga de un acto doloso o culposo y por tanto, no se hace la verificación de la prudencia y el cuidado (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1961, pág. 74).

Como regla general, el sistema de responsabilidad civil colombiano es de culpa probada, o sea que la víctima o acreedor deben probar -además de la conducta- que esta se cometió con culpa o dolo¹³³. A pesar de esta regla, existen algunos casos en la ley en que la culpa se presume y el deudor o causante del daño podrá exonerarse si prueba diligencia y cuidado al momento que realizó la actividad o por medio de la destrucción del nexo causal a través de una causa extraña.

Algunos casos de culpa presunta en el Código Civil se consagran en los artículos 2349¹³⁴ de los daños causados por los trabajadores, el artículo 2350¹³⁵ de los edificios en ruina y el

¹³³ El artículo 2346 del Código Civil establece la responsabilidad por culpa probada en el entendido que es necesario cualificar la conducta para ver si hubo culpa o no.

¹³⁴ Artículo 2349. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los

artículo 2352¹³⁶ del daño causado por el dependiente. En todos estos artículos, la idea generalizada es que se presume la culpa de quien tiene a su cuidado al que cometió el daño o tiene la guarda de lo que ocasiona el detrimento.

En materia contractual, el régimen es de culpa probada en las obligaciones de medio, dicho de otra forma, es de culpa probada en aquellas conductas en las que el deudor cumple su actividad pero será llamado a responder por negligencia sin que se hable de los resultados (Díaz - Granados, 2006, pág. 60). Lo anterior según el artículo 1604¹³⁷, que impone la carga de la prueba de diligencia y cuidado a quien la alega.

En este escenario, la carga de la prueba recae en la víctima o acreedor de la obligación demostrando la obligación incumplida, el cumplimiento tardío o la generación de un daño. El agente del daño -como lo reitera la Corte Suprema de Justicia- podrá exonerarse por causa extraña o ausencia de culpa (Sentencia Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria de 29 de agosto de 1986).

Cuando subsisten obligaciones de resultado en un contrato, en la que el deudor se compromete a llevar a cabo una actividad con un resultado concreto, habrá culpa presunta según el artículo 1616 del Código Civil¹³⁸ y el acreedor necesitará solo demostrar que el deudor causó un daño o que hay incumplimiento de la obligación y el deudor se exonerará -en casi todos los casos- demostrando la causa extraña (Pérez, 2011, pág. 21).

criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.

¹³⁵ Artículo 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia (...).

¹³⁶ Artículo 2352. Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que causó el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de cometer delito o culpa, según el artículo 2346.

¹³⁷ Ver pie de página 118.

¹³⁸ Sobre transcripción del artículo ver pie de página 127.

En material extracontractual, según el artículo 2341¹³⁹ del Código Civil, la regla general es que haya culpa probada y la carga de la prueba recae en la víctima. Además de los ejemplos arriba mencionados de culpa presunta, cabe mencionar también el artículo 2347¹⁴⁰ sobre responsabilidad por el hecho ajeno y de las personas a cargo.

De manera contraria, la responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, se fundamenta en el hecho que produjo el resultado dañoso sin importar si este es cometido con culpa o dolo (Tamayo, 2004, pág. 21). De esta manera, no se analiza la forma como se realizó la conducta pues que haya intención no determina que se indemnice el daño pues lo que da nacimiento a la responsabilidad es el nexo causal entre la realización de una acción u omisión y la producción y verificación del daño.

En este escenario, hay presunción de responsabilidad y en la mayoría de estos casos el sujeto que generó el daño se libera de la responsabilidad probando un factor extraño que puede ser caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero o de la víctima como se estudia en el aparte siguiente (Tamayo, 2007, pág. 266). Esto quiere decir que será el agente quien deberá acreditar una de estas circunstancias eximente de responsabilidad diferente a la diligencia y cuidado porque aquí no hay estudio de la culpa.

Los casos de responsabilidad objetiva se encuentran determinados por la ley en una lista enunciativa en los que se encuentran, por ejemplo, las actividades peligrosas consagradas en el artículo 2356¹⁴¹. Para ilustrar, en materia contractual se hallan el contrato de transporte en el que, según el Código de Comercio¹⁴², la causa exonerativa de

¹³⁹ Ver pie de página 122 sobre texto del artículo.

¹⁴⁰ Artículo 2347. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado.

¹⁴¹ Véase pie de página 129.

¹⁴² Artículo 992. El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue

responsabilidad por inexecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del acreedor es la prueba de fuerza mayor (Bonivento, 2000, pág. 209).

2.2.A.3 Nexo causal

Para que nazca el deber de indemnizar un daño debe existir un vínculo entre este y la conducta del causante del daño. Sin importar la forma como se realice la conducta, bien sea por acción u omisión, la relación de actividad y la consecuencia, deben concurrir de manera directa y necesaria (Pérez, 2011, pág. 340). En otras palabras, para configurarse la responsabilidad debe haber un perjuicio que se desprende de un acto ilícito directamente realizado por el hombre o de una máquina/cosa que es accionada o dirigida por un humano.

En todas las formas de responsabilidad, la relación causal entre la conducta dañina y el perjuicio causado es un requisito para que nazca el deber de indemnizar. En la responsabilidad objetiva la imputación de la causalidad es la que permite que se atribuya responsabilidad al agente sin recurrir al comportamiento culposo o doloso, al menos que exista una causa extraña (Corral, 2003, pág. 179).

Mientras que en la responsabilidad objetiva no es importante la intención del comportamiento ilícito, en la responsabilidad subjetiva la víctima del daño tendrá que demostrar la relación causal y la culpa, mientras que el agente o causante deberá probar que no existe, que ha sido destruido por una causa extraña o que actuó con diligencia y cuidado (Gherzi, 2013, pág. 91).

extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Existen varias teorías jurídicas de determinación causal que analizan las relaciones de conducta ilícita – daño, como la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa adecuada, o la teoría de la imputación objetiva, que permiten decidir quién debe soportar la reparación del perjuicio (Mojica & Rojas, 2014, pág. 201). Por ejemplo, la teoría de la equivalencia de las condiciones hace un juicio fáctico sobre los hechos para suprimir aquellos eventos que pudieron dar lugar al perjuicio para evaluar si -aún faltando uno de estos- el daño persiste (Yzquierdo, 2001, pág. 187).

La teoría de la causalidad adecuada, adoptada por el legislador¹⁴³ y los jueces en Colombia¹⁴⁴, consiste en que se debe determinar si un suceso era razonable y previsiblemente el más idóneo y adecuado para que se causara el resultado teniendo en cuenta las fuentes de la experiencia, en caso que no sea un asunto especial; o las reglas de la ciencia particular, si se trata de un asunto técnico. Si cuando el juez hace el estudio de las circunstancias del caso verifica que el suceso si da como causa dicho resultado, habrá vínculo causal (Mojica & Rojas, 2014, pág. 211).

Una vez el juez ha hecho la verificación de relación causal conducta – daño, o también llamada imputación jurídica, procede a determinar si dicha conducta –al que se le pretende atribuir el daño- está acompañada de otras condiciones o circunstancias ajenas al agente que excluyen el vínculo de causalidad (Gil-Botero, 2013, pág. 484 y ss). Estas condiciones son: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima.

La fuerza mayor es el hecho imprevisible, irresistible e inevitable que no se deriva de la actuación del agente y que no puede evitarse así se hayan tomado las medidas de

¹⁴³ El artículo 2341 que explica que solo a quien se le atribuye la conducta, le es imputable la responsabilidad.

¹⁴⁴ Sobre la posición de la Corte Suprema de Justicia respecto al tema, se recomienda revisar la Sentencia Sala de Casación Civil Proceso No. 6878 de 26 de septiembre de 2012.

precaución que de manera racional se esperaban (Pérez, 2011, pág. 344). Por su parte el caso fortuito es aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad, es decir que puede ser previsible, o no, pero es irresistible y se imputa como consustancial a la actividad que causó el daño (Patiño, 2008, pág. 206).

Cuando se habla de que un hecho es irresistible se hace referencia a aquel que no puede evitarse que suceda y tampoco pueden superarse sus consecuencias. Por otro lado, será imprevisible, si dentro de las circunstancias normales de la vida del agente a este no le fuera posible contemplar con antelación su ocurrencia. En cualquiera de los casos, será inevitable si no puede ser eludido o detenido por el agente (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de febrero 27 de 1974).

Sobre la regulación normativa en Colombia de la fuerza mayor y el caso fortuito, el artículo 64 del Código civil¹⁴⁵ no hace distinción de estas dos condiciones al definir las, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto y ha concluido que la fuerza mayor es el hecho producido por la naturaleza que es absolutamente imposible de superar por ser irresistible y por tanto, se convierte en un evento externo y puramente objetivo; a diferencia del caso fortuito que además de irresistible proviene del hombre, particularmente de la conducta del agente¹⁴⁶ (Patiño, 2008, pág. 201).

Siguiendo con las condiciones, la intervención o hecho de un tercero será una exclusión del vínculo de causalidad cuando el demandado demuestra que el daño tiene como consecuencia exclusiva e inmediata el hecho de un tercero (Pérez, 2011, pág. 350). En este caso, la responsabilidad se desplaza al tercero si el demandado logra probar la relación

¹⁴⁵ Artículo 64. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

¹⁴⁶ Al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 26 de julio de 2005, Expediente 050013103011-1998-6592-2 y Sala de Casación Civil de 23 de junio de 2000, Expediente 5475.

entre un comportamiento del último y el daño, siempre y cuando el hecho sea constitutivo de la única causa de este daño.

La Corte Suprema ha desarrollado los principios de la intervención del tercero como eximente de responsabilidad desde 1943 con varios fallos, como el de 25 de noviembre del año citado, en el que considera que la causa del perjuicio no recae sobre un conductor de un bus, que por evitar atropellar a una mujer, cambia de marcha abruptamente hacia la acera y termina atropellando a otra. En este fallo el juez exonera al conductor ya que el daño se deriva de una conducta que no dependía del demandado, sino de la intervención de un tercero, en este caso la mujer.

Por último, el hecho de la víctima se configura como excluyente del vínculo cuando la misma participa con su comportamiento a la producción o al agravamiento del daño y por tanto debe asumir las consecuencias de su actuación (Patiño, 2008, pág. 210). El artículo 2357¹⁴⁷ del Código Civil indica que se debe tener en cuenta el grado de participación de la víctima, si su conducta es determinante y causante del daño directo entonces habrá exoneración de culpa del agente por culpa exclusiva de la víctima, si por el contrario - además de la participación de la víctima- subsiste de manera directa la conducta del agente habrá una concurrencia de culpas y la posibilidad de limitar o exonerar a este último (Pérez, 2011, pág. 343).

Del desarrollo legal de la intervención de un tercero, la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁸ ha aclarado que el artículo 2357, al hablar de la reducción del daño cuando quién lo ha sufrido actúa imprudentemente, hace alusión al efecto que tiene la víctima sobre la

¹⁴⁷ Artículo 2357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

¹⁴⁸ Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria No. Exp. 6690 de 6 de abril de 2001 sobre el hecho de la víctima.

responsabilidad del demandado (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Agraria No. Exp. 5260 de 12 de mayo de 2000).

2.3 El daño y su importancia dentro del sistema de responsabilidad civil

El artículo 1613¹⁴⁹ del Código Civil del ordenamiento colombiano ha definido el daño como la indemnización que comprende el lucro cesante y el daño emergente. Como se observa del tenor legal, el daño en materia civil tiene como efecto principal hacer responder al deudor por los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de un contrato en el caso de la responsabilidad contractual.

En materia extracontractual el daño procura comprobar la violación a un derecho legalmente protegido para imponer una carga al infractor por los daños que causó (Pérez, 2011, pág. 288). Tal como se estudió, en los casos de obligaciones de resultado y de actividades peligrosas no es necesario el elemento culpa sino que se basa en una presunción de responsabilidad de daños y por tanto el deber de indemnizar.

En concordancia con los párrafos anteriores, el daño se define como una lesión o menoscabo que sufre una persona -sin obligación de soportar esa carga- respecto de un interés jurídicamente relevante que pueden incluir una pérdida patrimonial o moral (Roca & Navarro, 2011, pág. 195). También se conoce como una aminoración o alteración patrimonial de una situación favorable (De Cupis, 1975).

Con base en lo anterior, la existencia de un bien jurídico vulnerado no necesariamente pone en manifiesto que haya un daño, es por ello, que este debe cumplir con unos requisitos como ser directo, personal, actual y cierto.

¹⁴⁹ Véase pie de página 120.

En este orden de ideas, el daño será directo cuando es efecto necesario de la conducta culposa, como resultado solo podrá repararse un daño, definido como una alteración al mundo exterior, cuando esté causalmente conectado con una conducta (Pérez, 2011, pág. 291). El artículo 1616¹⁵⁰ manifiesta que solo es responsable de los perjuicios quien con intención incumple la obligación contraída en el contrato, es decir, hace referencia al dolo del deudor.

Aunque el artículo únicamente hace referencia a la necesidad del vínculo de causalidad sin fijar más límites, lo cierto es que no es posible imputar un daño sin que resulte este de una actuación que modifica el mundo real.

Sobre el carácter personal, Corte Suprema de Justicia argumenta que la acción de responsabilidad no está limitada a los parientes, sino también a todo aquel que ha sufrido un daño por el mismo delito (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales Exp. No. 20732074 de 1949). Esto en concordancia con el artículo 1341¹⁵¹ del Código Civil -sobre las obligaciones del albacea- que no limita la responsabilidad de este sobre los herederos de la víctima sino, a los demás interesados con la única condición que el perjuicio sea personal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el daño debe ser personal pues únicamente quien lo sufre y sus causahabientes pueden solicitarlo (Henao, 2007, pág. 89). Aquí el juez analiza si el título que sirve de sustento a la indemnización es o no legítimo y si la indemnización que se recibe proviene de dicho título.

¹⁵⁰ Véase pie de página 127 para la transcripción del artículo.

¹⁵¹ Artículo 1341. Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes; hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar de que se proceda a este inventario con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne.

El daño es cierto ya que la existencia del daño dependerá de que quien lo sufra pruebe su existencia y certeza dado que la eventualidad no es indemnizable (Roca & Navarro, 2011, pág. 195). El razonamiento sobre este punto para la Corte Suprema de Justicia es muy sencillo, si no hay una relación de causa y efecto entre la culpa alegada y el perjuicio, o no es posible determinar la relación, se considera que el perjuicio es hipotético y por tanto incierto, lo que no hace posible que se pueda indemnizar (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil No. Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01 de 17 de noviembre de 2011).

Esta misma sentencia expone que por regla general el daño debe ser actual con la finalidad de que haya certeza objetiva sobre su materialidad al momento de su ocurrencia o del fallo (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil No. Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01 de 17 de noviembre de 2011). Pérez (2011, pág. 296) complementa este concepto expresando que el daño es actual cuando se presenta como una consecuencia, cumplida o en desarrollo, del acto culposo. Es decir, cuando el daño existe se espera que exista con un cierto grado de certeza y no sometido a alea, o ha existido al momento de intentar que el agente asuma responsabilidad.

A través del tiempo¹⁵² la naturaleza jurídica del daño en materia civil -como se observa a lo largo de este capítulo- ha evolucionado y se ha visto complementada con jurisprudencia y doctrina. La existencia y regulación legal del daño al pasar de los años no es más que un ejemplo de la importancia que reviste dentro de los sistemas jurídicos. Para explicar esta relevancia, Gherzi (2013), ha desarrollado una teoría de la reparación del daño en donde justifica la naturaleza jurídica del mismo, según diferentes áreas del saber.

¹⁵² El esquema clásico de responsabilidad civil se consolidó para el derecho romano-germánico con el Código de Napoleón, en donde el daño se determina como una solución para evitar conductas ilícitas, y si ocurren resarcir a quien sufrió daño con dicha conducta (Pantoja, 2015, pág. 10).

Según el autor en el ámbito económico, el daño subsiste en la asignación de recursos económicos como condicionamiento de conducta para la distribución de riesgos, es decir, ciertos comportamientos humanos pueden generar una carga económica que ha sido asignada con la finalidad de prevenir o minimizar futuros daños (Gherzi, 2013, pág. 29).

Desde la psicología, la naturaleza jurídica del daño señala la estructura de la conducta convergente aceptada, es así como cuando se genera un perjuicio, por un lado la víctima es impulsada a exigir ser resarcida y por el otro, el agresor es obligado a responder con la finalidad de que recuerde que dicha conducta conduce a un daño. Paralelamente, la sociología justifica el daño en la medida en que brinda un conocimiento sobre cómo deben ser los comportamientos humanos según los espacios de convivencia (Gherzi, 2013, pág. 6 y ss).

Finalmente, la justificación de la existencia del daño, y particularmente su reparación, en el derecho surge de tres elementos: uno, la necesidad de reparar el daño que ha sido causado a otro; dos, la persuasión para que la agresión a un derecho jurídicamente protegido no se repita y por último, que se haga un reproche por el daño ocasionado (Gherzi, 2013, pág. 12). Esta última justificación de la existencia del daño será revisada con mayor detenimiento cuando se estudien las funciones de la responsabilidad civil.

2.3.A Clasificación del daño

En el derecho civil existen dos clases de daños, el material o patrimonial y el moral o extrapatrimonial. El primero hace parte de la esfera económica del daño y el segundo, se relaciona con todos los efectos del detrimento que no tienen referencia con el aspecto económico (Henao, 2007, pág. 233). En su forma más básica los daños materiales afectan la esfera económica o material de quien los sufre, mientras que los daños morales afectan los

bienes jurídicos de la persona que no se relacionan con sus ingresos o gastos, es decir, con su esfera económica (Roca & Navarro, 2011, pág. 200).

El legislador en Colombia ha sido claro sobre la apreciación de los daños materiales al estipularlos en el artículo 1613¹⁵³ del Código Civil. En este apartado no hay lugar a discusión sobre que estos están conformados por el daño emergente y lucro cesante que serán explicados con detalle más adelante.

En el caso de los derechos morales, el Código Civil a pesar de no excluirlos -según el artículo 2341¹⁵⁴ sobre la obligación de reparar cualquier daño sin distinción de su clase- no planteó un precepto legal que los catalogara con precisión. En este sentido y como se estudia posteriormente en esta tesis, el daño moral ha venido siendo estudiado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia y desde el fallo de 21 de julio de 1922, se ha reconocido y definido como aquel daño que causa ofensa en la honra o en la dignidad personal o que causa dolor o molestia por la conducta con maliciosa o negligente del agente¹⁵⁵.

De la clasificación de los daños, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en pronunciar que toda consecuencia de naturaleza económica o no económica debe procurar resarcir en su integridad a la víctima (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009). De hecho, normas como la Ley 446 de 1998¹⁵⁶ de modificación del Código del Proceso, y modificación y expedición de normas del Código Contencioso

¹⁵³ Al respecto, revisar pie de página 120 para la transcripción del artículo 1613.

¹⁵⁴ Al respecto, revisar pie de página 122.

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil No. Exp. SC10297-2014 de 5 de agosto de 2014 sobre el desarrollo del daño moral en la legislación de Colombia.

¹⁵⁶ Ley 446 de 1998. Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Administrativo, señala que la valoración de los daños debe hacerse bajo los principios de reparación integral y equidad.

De acuerdo a lo anterior, en el principio de reparación integral, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, la indemnización debe reponer en su integridad a la víctima, lo cual incluye los daños materiales y morales (Sandoval, 2013, pág. 247). Dado que la reparación integral implica la indemnización de cada uno de los daños -sean o no estimables- se hace necesaria su distinción para efectos de buscar -según su clase- los mecanismos y medios idóneos para alcanzar el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

2.3.A.1 Daño material o patrimonial

Se considera un daño material cuando recae sobre el patrimonio de la persona que lo sufre y le genera una falta de utilidad o beneficio. En otras palabras, corresponde a una disminución o pérdida del patrimonio causado por una conducta dañosa (Roca & Navarro, 2011, pág. 199).

Tanto en asuntos contractuales como extracontractuales, los conceptos objeto de reparación material son el daño emergente y el lucro cesante, en concordancia con el ya nombrado artículo 1613¹⁵⁷ del Código Civil.

En desarrollo del anterior tenor legal del Código Civil, el artículo siguiente, el 1614¹⁵⁸, califica el daño emergente como la pérdida que sufre el acreedor como consecuencia del incumplimiento parcial o total de un contrato o del retardo de su cumplimiento, y el lucro

¹⁵⁷ Ver al respecto pie de página 120.

¹⁵⁸ Artículo 1614. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

cesante a la utilidad o ganancia que deja de percibirse por el incumplimiento de la obligación, su cumplimiento imperfecto o retardo.

De conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la doctrina ha entendido que hay daño emergente cuando un bien económico sale o saldrá del patrimonio de la víctima (Henaó, 2007, pág. 199), lo que produce una disminución de los valores económicos que el perjudicado tenía en su haber. Esto conlleva pérdidas efectivas sufridas (Ghersí, 2013, pág. 77) y la previsión de efectos futuros de un daño presente.

Por lo contrario, Pérez (2011, pág. 310 y ss) deduce que habrá lucro cesante cuando beneficios o ganancias que debieron ingresado en el haber patrimonial del afectado, por el curso normal de los acontecimientos, no lo hicieron ni lo harán como consecuencia directa del hecho que produjo el daño. Esos daños materiales deben ser consecuencia directa de la conducta y por esta razón, debe probarse bajo supuestos reales que no incluye beneficios hipotéticos o imaginarios.

Como conclusión, tal como explica Henaó (2007, pág. 196), la distinción es clara si se piensa en la ganancia perdida o la falta de beneficio resultado del actuar ilícito como daño emergente y ganancia frustrada o lo dejado de percibir a causa del daño en el lucro cesante.

2.3.A.2 Daño moral o extrapatrimonial

El daño moral es aquel que afecta a una persona en cuestiones no patrimoniales como la personalidad, creencias, honor, afectos o integridad física (Henaó, 2007, pág. 233), asuntos que están relacionados con los derechos inherentes a la personalidad o que resultan de calidades civiles como el parentesco (Pérez, 2011, pág. 307). Respecto al tema, la Sentencia del Consejo de Estado añade que los daños morales atañen tanto a la víctima directa, como a aquellas personas que igualmente se han visto afectadas por la lesión en razón del

parentesco o vínculo de afecto (Sentencia Consejo de Estado Sección tercera Exp. 50422-23-31-000-1993-01712-01(15775) de 10 de agosto de 2005).

Sobre la clase de daños morales, según la doctrina, pueden ser moral subjetivo, cuando ocasiona un dolor en los sentimientos de la víctima, o moral objetivo, cuando, a pesar de ser un daño moral, puede ser apreciable económicamente (Henaó, 2007, pág. 252). No obstante esta clasificación, la legislación colombiana ha relegado el daño moral objetivado ya que se considera que hace referencia al daño material, pues si bien lesiona un derecho extrapatrimonial genera consecuencia económica que pueden ser valoradas (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil No. Exp. 3939 de 16 de septiembre de 2011).

Respecto quien puede sufrir el daño moral, Díez-Picazo y Gullón (2015, pág. 248) sostienen que el daño moral es el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico que sufren las personas y por tanto, sólo puede ser reclamado por personas naturales puesto que las personas jurídicas no tienen sentimientos, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han aceptado el daño moral para las personas jurídicas.

Con relación a lo planteado, según la Corte Suprema de Justicia, las personas jurídicas también sufren daños morales cuando se les dificulta o se les impide satisfacer un interés o derecho, si que esto afecte su patrimonio, tal como ocurre cuando se afecta el prestigio o buen nombre de una empresa (Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Primera No. Exp. 00-002184-18 de 5 de octubre de 2006).

Como se observa, tanto la valoración de los derechos morales para personas jurídicas como naturales ofrece mayores dificultades que en el daño material dado que la mayoría de veces no existe evidencia física del perjuicio o consecuencias reales del mismo que permitan hacer su tasación (Roca & Navarro, 2011, pág. 201). Sin importar los

inconvenientes, la valoración debe ser proporcional y equivalente al daño causado, teniendo en cuenta el principio de reparación integral anteriormente nombrado.

2.3.B Definición y tratamiento del daño según el sistema legal

Debido a que esta investigación doctoral hace un estudio comparativo del sistema de determinación de daños en Colombia respecto a España y Estados Unidos en el campo de las infracciones a los derechos de autor en Internet, es pertinente plantear las acepciones que utilizan los sistemas legales del *Common Law* y del derecho romano-germano o continental sobre el daño.

El derecho romano-germano considera el daño como la lesión a un bien jurídico protegido (Pérez, 2011, pág. 288), mientras que en el *Common Law* se utiliza el término *damage* para hacer referencia a la forma como debe compensarse a quien sufrió una pérdida o daño (*loss or harm*) (Kionka, 2010, pág. 38).

El daño en el derecho romano-germánico (casos de Colombia y España) es un elemento de la responsabilidad civil que rige relaciones contractuales y extracontractuales. En el caso del *Common Law*, el *law of torts* (derecho de responsabilidad) refiere generalmente a casos de responsabilidad con culpa y aunque es necesario que exista una pérdida o daño (*loss and harm*) solamente enfatiza en la conducta culposa y la forma como debe indemnizarse (Corbett, 1996, pág. 628). Los costos o pagos que deben indemnizarse por concepto de *tort* o responsabilidad son denominados *damages*¹⁵⁹.

Por ejemplo, Colombia como sistema de derecho romano-germánico, en el Código Civil equipara la palabra daño a pérdida o afectación. Para recrear lo anteriormente dicho, el

¹⁵⁹ Su traducción literal al castellano es daño.

artículo 1494¹⁶⁰ señala que el daño inferido a otra persona constituye una fuente de obligación.

Ejemplificar cómo funciona el daño en el *Common Law* resulta más complicado debido a que en estos sistemas existen normas de diferentes niveles que constituyen fuente de derecho, como las normas federales que emanan de la Constitución y estipulan directrices para que los Estados legislen ciertos temas -como el derecho de daños- y las normas estatales que tienen como finalidad regular asuntos en cada uno de los estados según los principios que determine la Constitución (Furnish, 2001, pág. 78).

A pesar de la diversidad de leyes que podrían llegar a regular el tema, se puede nombrar como exponente de este sistema, la norma sobre productos defectuosos de Estados Unidos, establecida por el *Restatement 2d of Torts*¹⁶¹ de 1965, que adopta la responsabilidad objetiva para probar el daño, en el entendido que los productos defectuosos generan el derecho de compensar a quien sufre pérdidas económicas (o sea daño) a causa de las fallas o problemas que posee el producto¹⁶² (Kinzie & Hart, 2002, págs. 101-102).

¹⁶⁰ Artículo 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

¹⁶¹ Los *Restatements* son publicaciones realizadas por el *American Law Institute* (ALI), entidad de orden privado en donde los miembros -juristas renombrados- compilan la más importante doctrina y jurisprudencia en áreas del derecho -como el derecho de daños- para unificar criterios y estipular directrices que orienten a los magistrados y abogados (Furnish, 2001, pág. 75).

¹⁶² 1965: *Restatements (Second) of Torts* Section 402A: "S. 402A Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer: "(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if: "(a) The seller is engaged in the business of selling such a product, and "(b) It is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. "(2) The rule stated in Subsection (1) applies although: "(a) The seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and "(b) The user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relationship with the seller".*

Como se observa en los ejemplos, la naturaleza jurídica del daño según el sistema legal es diferente en cada uno. El sistema romano-germánico considera como daño a la lesión de un bien jurídico que, acompañado de un nexo causal y una conducta, genera la obligación de reparar el menoscabo, mientras que el *Common Law* considera el daño como la reparación a la lesión del bien jurídico, por lo tanto, la conducta y el nexo causal son menos importantes y el menoscabo únicamente tendrá relevancia en la medida en que debe indemnizarse (Corral, 2003, págs. 93-94).

En otras palabras, el daño en el sistema romano-germánico hace referencia al menoscabo o lesión que sufre un derecho o prerrogativa. Junto a esta afectación es necesario que confluayan otros elementos que constituyen la responsabilidad civil para que sea posible resarcir y reparar el mismo.

En el caso del *law of torts*, los *damages* únicamente se refieren a la forma cómo debe indemnizarse el daño sin entrar en una mayor discusión sobre otros elementos que se necesitan para que confluja dicha obligación. Es decir, enfatiza en la compensación más que en la lesión como tal.

2.4 La ampliación de la concepción tradicional de responsabilidad civil a partir de sus funciones

El artículo 6 del Código Civil¹⁶³ señala que la sanción legal implica la recompensa por el daño causado, dando a dilucidar uno de los aforismos más relevantes de la responsabilidad civil que es que los daños deben ser reparados (Tamayo, 2007, pág. 15). Es decir, la función

¹⁶³ Artículo 6. La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

principal de la responsabilidad civil es retornar a la víctima a la condición de la que gozaba antes de sufrir el perjuicio.

Si bien en el derecho de la responsabilidad civil se prioriza la función compensatoria, esto no quiere decir que no pueda tener otra clase de funciones como son la preventiva y sancionatoria. Complementando el principio de reparación integral del daño ya estudiado¹⁶⁴, este además de establecer la naturaleza reparadora de la responsabilidad, también admite –mediante normas de naturaleza civil– que sea posible generar efectos preventivos o que se deriven consecuencias sancionatorias cuando la ley así lo dispone (Solarte, 2016, pág. 17).

En este orden de ideas, la función preventiva induce a que las personas adopten medidas de precaución y seguridad para evitar causar un perjuicio; la función compensatoria procura que se garantice el adecuado resarcimiento del daño y la función punitiva o sancionatoria que se sancione a quien ha cometido una actuación reprochable (Ordoqui, 2010, pág. 11).

Estos nuevos horizontes de las funciones de la responsabilidad civil se justifican en que los valores actualmente tutelados requieren de una protección especial de la víctima, en la medida que ciertos daños son de trascendencia social y por tanto, necesitan ser garantizados aun cuando la culpabilidad del agente no puede ser probada (Rojas, 2012, pág. 343).

Dos ejemplos claros de derechos de trascendencia social en los que las funciones sancionadora y preventiva cobran gran importancia, son el caso del derecho ambiental y la propiedad intelectual, que acarrear la custodia de derechos esenciales y fundamentales

¹⁶⁴ En concordancia, se sugiere revisar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 5 de noviembre de 1998.

como son los que recaen y se asocian con el medio ambiente y, el acceso a la información, la ciencia, la cultura y el derecho al desarrollo¹⁶⁵ respectivamente (Kandelaft, 2016, pág. 132). Cuando existe una lesión a estos derechos muchas veces el resarcimiento no siempre es posible pero es trascendental prevenir nuevas conductas ilícitas de este tipo y sancionar al agente para que no las repita.

En el caso del derecho de autor, específicamente en los entornos digitales, la responsabilidad debe buscar satisfacer otras necesidades que nacen de la dinámica tecnológica y social que se vive hoy en día y que requieren de mayor protección y seguridad jurídica (Ordoqui, 2010, pág. 3). Piénsese en los cambios que ha traído la era digital y en los retos que aún emprende el derecho de autor para -entre otras cosas- evitar que el autor no corra el riesgo de que sus derechos morales y patrimoniales sean vulnerados al estar su obra circulando por Internet o que sufra daños y no sea claro de donde provienen¹⁶⁶.

Es así como la función preventiva nace de la idea de que es mejor asumir los costos de la prevención que los de reparación del daño, por lo que prevalece la exigencia -en algunos casos- de la responsabilidad objetiva, priorizando el riesgo como factor de atribución (Ordoqui, 2010, pág. 7). Los casos en que el riesgo se convierte en un factor de atribución de responsabilidad civil son dos:

El primero, cuando existe una desproporción del daño, o sea cuando la realización de la conducta puede significar una gran pérdida monetaria (Díez Picazo, 2012, pág. 258), un hecho catastrófico o un gran número de víctimas. En este escenario, la negligencia del daño

¹⁶⁵ La Declaración de Derechos Humanos, que fue suscrita en 1948 y que se considera la fuente primaria de los Derechos Humanos, hace referencia a los arriba mencionados. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptados por la ONU en 1966, reiteran los mismos valores.

¹⁶⁶ El aparte 1.3.B sobre los cambios del derecho de autor en la era digital recrean con mayor detalle esta problemática.

se mide desde el hecho de que efectivamente ocurrió este, pues la ley es clara en mencionar que de haber actuado con negligencia el daño no hubiera ocurrido (Díez Picazo, 2012, pág. 261).

En el segundo caso, la atribución del riesgo recae en quien realiza la conducta cuando tiene a su cargo deberes específicos. Aquí es necesario que la ley sea clara sobre cuáles son los deberes que tiene el demandado y qué derechos quebrantados de la víctima son los que ocasionan el daño (Albaladejo, 2005, pág. 15).

Como se puede apreciar, la responsabilidad por riesgo u objetiva sin culpa, toma relevancia en la función preventiva de la responsabilidad cuando la negligencia del actor puede llegar a generar -con una gran probabilidad- que un daño se produzca. Aquí, cuando la materialización del daño conlleva costos muy elevados, el legislador prefiere asumir los costos de la prevención para evitar que el menoscabo se realice a futuro (Díez Picazo, 2012, pág. 273).

Con la responsabilidad por riesgo la finalidad es, además de prever la ocurrencia de futuros daños, hacer las transacciones comerciales más eficientes sobre todo en las de la industria y la tecnología que permite hacer negocios a una gran velocidad.

En este orden de ideas, la prevención opera ordenando ejecutar una conducta o abstenerse de ella para evitar la realización de un perjuicio o la continuación de la vulneración. En este sentido el carácter preventivo de la responsabilidad se puede dar para hacer cesar el daño, o cuando no ha iniciado, pero ante la situación fáctica de que es inminente que va a ocurrir la lesión (Restrepo, 2008, pág. 222) se imponen medidas o “sacrificios especiales” para las personas que realizan la actividad de riesgo (Díez Picazo, 2012, pág. 278).

Teniendo en cuenta los requisitos de existencia del daño¹⁶⁷, cuando se ordena que haya cesación de la conducta es evidente que el daño es actual y cierto, en otras palabras, la afectación del derecho se efectuó y puede que aún esté en curso (Tamayo , 2007, pág. 675). Cuando se ordena que no se ejecute una conducta cabe la duda de si existe el daño. Al respecto, y acogiendo la postura de Restrepo (2008, pág. 226), no es posible que la función reparadora actúe cuando aún el daño es incierto y futuro ya que en este escenario no habría responsabilidad civil.

Puede ser posible que un daño actual y consumado desencadene en una amenaza de perjuicios que es actual y cierta. En este escenario, ordenar la no ejecución de una conducta es conducente y aquí la condena tiene fines netamente preventivos (Restrepo, 2008, pág. 227).

Como antecedentes en Colombia sobre el tema, el Código Civil ha dispuesto un sinnúmero de acciones que están destinadas a actuar como remedio preventivo a un daño eventual, en estos casos el juez limita la libertad del condenado con el fin de evitar que le haga daño a otro. Un ejemplo es el artículo 988¹⁶⁸ sobre depósitos y plantaciones que faculta al dueño de una casa a impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua que eventualmente puedan dañarla.

La función preventiva desde el restablecimiento del derecho tiene cabida en la responsabilidad civil debido a que funciona como una condena general que tiene como fin

¹⁶⁷ Sobre la existencia del daño se recomienda ver aparte 2.3.B.

¹⁶⁸ Artículo 998. El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla.

Tiene así mismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros.

Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos; el máximo de la distancia señalada por el juez será de cinco metros.

Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas plantadas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes.

eliminar la conducta que causó o está causando un daño (Torres, 2006, pág. 37). En materia extracontractual el Código Civil en el artículo 2359¹⁶⁹ habla del daño contingente para hacer referencia a las acciones que tienen como fin acabar con amenazas ciertas y actuales, mientras que el artículo 1546¹⁷⁰ reseña el cumplimiento de la resolución tácita en cuanto haya incumplimiento de alguna de las partes.

Como conclusión, la función preventiva sirve para prevenir el daño ante una amenaza real a un derecho protegido. Además la misma compensación del daño no podría darse sin paralizar o cesar el daño de donde emana, lo que evidencia que la función es prevenir que la actuación se repita y el daño no quede resarcido por completo.

A diferencia de la función preventiva, la punitiva o sancionatoria tiene como punto de referencia el *Common Law* con los daños punitivos que han sido establecidos con el propósito de sancionar al causante de un daño cuando ha actuado con malicia o dolo, para reafirmar la confianza en la justicia y en los mecanismos legales de conservación del orden público (Aristizábal, 2010, pág. 87).

La idea es sancionar la actividad infractora o conducta ilícita para que la condena -en derecho civil materializada en pagos o compensaciones¹⁷¹- sea un ejemplo ante la sociedad y así evitar que ocurra en el futuro (De Cupis, 1975, pág. 751). Esto en concordancia con los esquemas lógicos de razonabilidad, proporcionalidad y del debido proceso -principios

¹⁶⁹ Artículo 2359. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

¹⁷⁰ Artículo 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

¹⁷¹ En el caso del derecho penal, la función punitiva se materializa a través de medidas de privación de la libertad y pecuniarias. De manera diferente, el derecho civil -y particularmente la responsabilidad civil- concretan esta función por medio de la imposición de pagos en dinero como castigo a la actividad infractora (Kemelmajer, 1993, pág. 59).

constituidos por el Código General del Proceso¹⁷²- que deben ser tenidos en cuenta al momento de la tasación de la indemnización (Aristizábal, 2010, pág. 198).

El Código Civil Colombiano no señala de manera directa el carácter punitivo de la responsabilidad civil, sin embargo, algunos artículos matizan la intención sancionatoria a través de la imposición de indemnizaciones, como ocurre con el artículo 1005¹⁷³ sobre la recompensa que debe recibir el actor a costa de la querrela interpuesta en acciones populares, el artículo 1616¹⁷⁴ que trata de las indemnizaciones mayores que recibe la víctima ante actuaciones dolosas del agente, y el artículo 997¹⁷⁵ sobre el aumento de la indemnización cuando hay reincidencia en el derrame de aguas.

En este sentido, cobra importancia la figura del enriquecimiento sin causa consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio¹⁷⁶ que consiste en que no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista un causa justa para ello (Sentencia

¹⁷² Artículo 2. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

¹⁷³ Artículo 1005. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querrellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

¹⁷⁴ Artículo 1601. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

¹⁷⁵ Artículo 997. Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare.

¹⁷⁶ Artículo 831. Nadie podrá enriquecerse sin causa a expensas del otro.

Consejo de Estado Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera No. Exp. 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026) de 22 de julio de 2009).

En caso que la figura del enriquecimiento sin causa se constituya, se debe restablecer el equilibrio patrimonial roto injustificadamente en aras de primero, corregir posibles situaciones injustas y segundo, reprender a quien se enriqueció para que en el futuro se abstenga de actuar de igual forma (Sentencia Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662) de 30 de marzo de 2006).

Como se muestra en el aparte anterior, el enriquecimiento injusto, si bien es un elemento supletorio de las disposiciones normativas, provee una respuesta de carácter sancionador para solucionar situaciones en donde hay desequilibrios patrimoniales injustos pero que no recaen sobre una relación de responsabilidad.

Las anteriores disposiciones y la figura de enriquecimiento injusto o sin causa evidencian que, si bien la incorporación de orientaciones punitivas o sancionatorias no son propias del derecho romano-germánico, esta tradición sí toma en cuenta -en algunas ocasiones- este carácter como forma de reparar a la víctima y protegerla, pero sobre todo para disuadir conductas del mismo tipo en el futuro (Rojas, 2014, pág. 124). Ahora, lo anterior no significa que aún la función punitiva de la responsabilidad civil se haya desarrollado del todo pues aún no hay reglas claras sobre las consecuencias jurídicas de la imposición de estas indemnizaciones y mucho menos la forma como deben tasarse ya que no existen preceptos legales en la ley sobre los montos máximos y mínimos a pagarse por estos conceptos (Aristizábal, 2010, pág. 199).

Países como Estados Unidos, a través del análisis económico del derecho¹⁷⁷, han justificado la incorporación de medidas punitivas en el *Copyright*. Por ejemplo, el pago de una indemnización por una infracción cometida muchas veces no es suficiente para persuadir al infractor de que deje de cometer la conducta ilícita aún más cuando los costes de dicha actividad son menores a los que debería pagar por negociar el uso legal de la obra (Posner & Landes, 2003, pág. 71).

Teniendo en cuenta lo anterior, los beneficios potenciales por la imposición de una medida punitiva se evidencian en el entendido que no se puede evitar que el infractor vuelva a cometer una infracción si la indemnización a pagar no excede los costes privados que implica para él realizar la actividad vulneradora del derecho.

Asimismo, según esta rama del derecho, las medidas punitivas son ejemplarizantes para la sociedad pues la imposición de estas sirve de precedente para que los demás tengan en cuenta las consecuencias de cometer la infracción y se abstengan de realizarla (Otto & Schaefer, 1991, pág. 98 y ss). El sentido ejemplarizante es pertinente debido a los altos costos que involucra para el Estado judicializar a todos los que cometen infracciones a los derechos de autor, por lo que es mejor imponer la medida punitiva a uno y que este disemine el mensaje de las consecuencias de cometer la conducta ilegal (Posner & Landes, 2003, pág. 116).

Para terminar, dado que la responsabilidad civil es una herramienta de regulación socio-jurídica¹⁷⁸, sus funciones -sea por la variedad de perjuicios o los distintos criterios de imputación- tiene como fin tutelar derechos como son los de la propiedad y la

¹⁷⁷ El análisis económico del derecho es una rama del derecho que examina las normas legales, sus sistemas e instituciones -desde la eficiencia económica- para mejorar la estructura actual del derecho a partir de la utilidad pública y ayudar al juez a fallar de manera racional según los intereses del mercado (Miceli, 2008, pág. 116).

¹⁷⁸ La sociología y el derecho se encuentran en la Sociología jurídica ya que la sociología es un auxiliar relevante para lograr que el derecho logre sus fines (Giraldo, 2002, pág. 24).

personalidad. De hecho, como señala Ordoqui (2010, pág. 31), el sistema de responsabilidad civil tiene que acoplarse a las exigencias que acarrea la protección de esos derechos y es por eso que sus funciones han tenido que evolucionar, de la misma forma que lo hace el sistema legal.

2.5 El trasplante legal de la responsabilidad civil de la propiedad material en sentido tradicional a la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor

De manera general, como primer antecedente de la protección de los derechos de autor en la corriente romano-germánica del derecho se encuentra el “*Droit d’auteur*” en Francia que se centra en los creadores otorgándole a sus derechos una calidad de naturales, sagrados en inviolables (Córdoba, 2015, pág. 22).

En el *droit d’auteur*, a pesar de la fuerte protección a los derechos subjetivos de los autores, también pretendía ser un instrumento jurídico que resguardaba los derechos económicos de estos y procuraba incentivar la transmisión del conocimiento (Córdoba, 2015, pág. 24), lo que evidencia que desde el principio -así no fuera de manera tan clara y expresa- el legislador buscó equilibrar los intereses de los creadores y los de la sociedad a través de la de la protección de las creaciones intelectuales.

Aunque es verdad que este instrumento legal fue determinante para dar el trato diferencial al derecho de autor por sus calidades especiales, en la observancia se aplicaban las reglas y principios propios del derecho civil o del derecho común que toma la propiedad que tiene el creador sobre la obra como el bien a proteger (Plaza, 2002, pág. 36). Con la evolución del derecho de autor y las mismas formas de explotación de las obras, el legislador siguió atendiendo el derecho de autor desde esta perspectiva¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Aunque este trabajo investigativo parte de la idea que el derecho civil -y particularmente la determinación del monto del daño en infracciones al derecho de autor- contribuyen positivamente a las discusiones sobre el equilibrio entre los intereses de los creadores y la sociedad, es pertinente señalar que existen nuevas perspectivas sobre el tema que se basan en derechos humanos.

En el área de propiedad intelectual, y particularmente en derechos de autor, la responsabilidad civil se materializa en la obligación de reparar los daños que se han causado por una conducta que ocasiona un detrimento a los derechos reconocidos a los autores y titulares respecto a sus obras (Antequera, 2009, pág. 676).

Dado que el derecho de autor se basa en los principios que orientan la responsabilidad civil por daños ocasionados o que recaen sobre la propiedad material, que son extraídos del derecho común, se presumen necesarios los elementos comunes¹⁸⁰ para reparar el daño que son provenientes de una conducta reprochable por el ordenamiento jurídico o del deber de no causar daño a otro. Dicho lo anterior, la responsabilidad civil por infracción a derechos de autor puede ser de diferentes tipos dependiendo de quién invoca la acción.

La acción puede ser solicitada por el poseedor de derechos de propiedad intelectual cuando por medio de relaciones contractuales se otorgan licencias de explotación de derechos (Hocsmán, 2013, pág. 10), como ocurre cuando un escritor al terminar su novela, vende sus derechos de reproducción a una editorial para que la obra sea publicada.

También puede ser invocada por el autor a quien, sin tener una relación contractual con otro, se le ocasiona un perjuicio, esto ocurre cuando un usuario utiliza sin autorización el material que ha sido publicado por el primero, como se analiza a continuación. Esta tesis doctoral se enfoca en esta clase de responsabilidad y sus acciones.

Por ejemplo, se habla de la flexibilización de las excepciones y limitaciones al derecho de autor para permitir el acceso a estudiantes, bibliotecarios, investigadores, personas con discapacidad de información para permitir una mayor innovación e intercambio de conocimientos. También se discute sobre la copia, transformación y distribución de las obras cuando se hace sin fines de lucro y cómo incluir condiciones y mecanismos de acceso para que sea posible el flujo de la información y el intercambio libre con aras de contribuir a derechos como el de la educación y la ciencia. Estos temas, a pesar de ser importantes para la discusión, no son parte de este trabajo y exceden los propósitos del mismo.

¹⁸⁰ Sobre los elementos comunes de la responsabilidad civil, se recomienda revisar el aparte 2.2.A.

2.5.A Elementos de la responsabilidad civil que acompañan el daño en infracciones al derecho de autor

En la responsabilidad civil, como ya se estudió, para que sea posible imputar a una persona y nazca la obligación de responder deben emerger unos elementos. En este aparte se hace un estudio de la conducta ilícita, el nexo causal, el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad en infracciones al derecho de autor para comprender de qué manera operan.

2.5.A.1 Conducta ilícita

Teniendo en cuenta que la acción implica el ejecutar una actividad que termina por producir un daño, y de manera contraria, la omisión se desprende de la no actividad del agente cuanto tiene el deber legal o contractual de actuar¹⁸¹ (Tamayo, 2007, pág. 46); en las infracciones al derecho de autor, tomando la teoría general de responsabilidad civil, cualquier persona natural o jurídica puede incurrir en un acto -por vía contractual o extracontractual- que vulnere uno o varios derechos de autor y como consecuencia debe responder por cada uno de los derechos morales y/o patrimoniales que vulnere.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia advierte que la ley de derechos de autor busca tutelar la inviolabilidad de los derechos de los autores sobre sus obras y para llegar a este fin establece la justa indemnización de aquellos daños que se deriven de cualquier tipo de actuación o persona (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena Radicado 2117 de 13 de septiembre de 1990). La anterior decisión pone en manifiesto que la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor puede emanar de la actuación de cualquier persona y bajo cualquier tipo de vínculo.

¹⁸¹ Ver aparte 2.2.A.1. sobre la conducta ilícita como elemento de la responsabilidad civil.

Según el artículo 238 de la Ley 23 el resarcimiento del daño causado por la infracción debe hacerse por medio de una acción civil y por tanto se infiere que esta debe regirse por lo estipulado por el Código Civil¹⁸². De todos modos, el demandante podrá exonerarse si la actuación está amparado por una excepción o limitación (Capítulo 3 de la Ley 23 sobre excepciones y limitaciones), si la obra sobre la que recae la conducta no está protegida por el derecho de autor o no reúne los requisitos para la protección (Artículo 2 de la Ley 23 sobre la protección de los derechos de autor). También cuando se trata de una obra original¹⁸³ que no guarda similitud sustancial con la obra que se reclama infringida, considerando que en este caso no hay nexo causal entre la conducta y el daño, o en su efecto, ocurre una causa extraña que se constituye en un criterio para no imputar la conducta.

Sobre si los derechos morales y patrimoniales pueden ser vulnerados por acción y omisión, la ley de derecho de autor no hace referencia alguna por lo que es necesario aplicar las nociones de la responsabilidad civil.

De los derechos morales se puede deducir que pueden ser infringidos por acción u omisión, tanto en materia contractual como extracontractual, teniendo en cuenta que para que la conducta se considere ilícita debe recaer sobre el derecho mismo, que en este caso afecta de manera directa al autor (Martínez, 1996, pág. 56).

Aterrizando lo anterior a las normas contenidas en la Ley 23, el artículo 5¹⁸⁴ sobre las traducciones, adaptaciones y demás arreglos o modificaciones sobre una obra protegida,

¹⁸² El artículo 2346 del Código Civil establece la responsabilidad por culpa probada en el entendido que es necesario cualificar la conducta para ver si hubo culpa o no.

¹⁸³ De la originalidad de la obra ir al aparte 1.2.C del régimen legal del derecho de autor en Colombia.

¹⁸⁴ Artículo 5. Son protegidos como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original: Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización

consagra que para su publicación es necesario obtener una autorización expresa del autor de la obra original. Como consecuencia, si no se obtiene la autorización se está cometiendo una omisión que genera responsabilidad al vulnerar derechos como el de integridad.

En el caso contrario, habrá infracción por acción a un derecho moral cuando bajo el mismo artículo 5 de la Ley 23, efectivamente la obra se llegase a publicar con autorización del autor de la obra pero se hace bajo otra clase de reproducción, diferente a la acordada en la autorización. Por ejemplo, se autoriza el arreglo una obra musical bajo ciertos parámetros pero el infractor no cumple con las características de dicho arreglo.

En los derechos patrimoniales, no es posible una vulneración por omisión en materia contractual debido a que primero, el incumplimiento –si bien interfiere en los planes que tiene el autor/titular con la obra- no llega a menoscabar o acabar con la misma. Segundo, la omisión no puede originarse en el autor de la obra pues es éste quien decide el destino de la misma, si ocurre este escenario se estará ante un incumplimiento contractual.

En este punto es importante hacer referencia al artículo 1608¹⁸⁵ del Código Civil, sobre la mora del deudor, que hace énfasis en que habrá responsabilidad cuando no se cumple con las obligaciones referidas en el contrato sin que haya posibilidad de reparación cuando se trata de efectos que no están relacionados con las obligaciones contraídas.

Para entender la imposibilidad de que la omisión vulnere un derecho patrimonial debe partirse de la idea de que, al ser estos derechos referidos a aspectos económicos, es

expresa del titular de la obra original. En este caso será considerado como titular del derecho sobre la adaptación, traducción, transporte, etc, el que la ha realizado, salvo convenio en contrato (...).

¹⁸⁵ Artículo 1608. El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

necesario que se deterioren o perjudiquen de manera directa, y esto solo es posible a través de una actividad o acción. Es así como las acciones dentro de una relación contractual pueden afectar derechos patrimoniales, como cuando el autor concede una licencia de reproducción a un tercero y este excede las facultades estipuladas en el contrato, afectando aspectos económicos de la obra en cuestión.

Lo anterior en concordancia con el artículo 73¹⁸⁶ de la Ley 23 que consigna que el autor o las asociaciones de autores pueden celebrar contratos con los usuarios y/u organizaciones para gestionar sus derechos patrimoniales como el uso o explotación de las obras.

Respecto al campo extracontractual, dado que la conducta debe estar conectada directamente con el daño a la obra, las omisiones podrían afectar a la creación, siempre y cuando, según el artículo 2341 del Código Civil, haya un vínculo causal entre esta y el perjuicio causado. Retomando el ejemplo del artículo 5 de la Ley 23, también se configura la violación al derecho patrimonial de transformación si la publicación de la traducción o adaptación de una obra se hace sin la autorización expresa del autor o titular de la obra original por parte de un tercero.

Ahora, si para que se concrete la responsabilidad por infracción al derecho de autor -moral y/o patrimonial- es necesario que se configure una conducta, esta a su vez, debe cumplir con ciertos requisitos. Primero, que recaiga sobre una obra protegida por el derecho de autor y a la que aún no le haya expirado el tiempo de protección legal de derechos patrimoniales. Como ya se estudió para Colombia, según el artículo 11¹⁸⁷ de la Ley 23, la protección de estos derechos es de la vida del autor más 80 años después de su muerte.

¹⁸⁶ Artículo 73. En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.

¹⁸⁷ Véase pie de página 52 sobre el artículo 11 de la Ley 23.

Segundo, que usurpe o viole un derecho moral como podría ser el de paternidad o integridad de la obra, o patrimonial como el derecho de distribución¹⁸⁸ (Plata, 2010, pág. 108) y por último, que dicha conducta no esté consagrada como excepción y limitación al derecho de autor, según, por ejemplo, las estipuladas en la lista contenida en el Capítulo III de la Ley 23¹⁸⁹ en donde se decretan excepciones como la de las bibliotecas públicas en la que estas pueden reproducir -para uso exclusivo de sus lectores y fines de conservación- una obra protegida por derechos de autor.

En el ámbito civil de Colombia, las conductas ilícitas que constituyen infracción a los derechos de autor se encuentran en el Capítulo XVII de la Ley 23 de 1982 -sobre las sanciones- y en donde se consagran como ilícitas la reproducción de la obra sin autorización del titular de los derechos o que exceda lo estipulado en la autorización y el abuso del derecho de citación, entre otros¹⁹⁰. Este listado no es absoluto debido a que pueden crearse nuevas formas de divulgar y distribuir las obras, lo que trae consigo posibles nuevas conductas que vulneren derechos de autor (Plata, 2010, pág. 115 y ss).

2.5.A.2 Nexo causal

En infracciones a derechos de autor, también será necesaria la presencia del vínculo de causalidad cuando el perjuicio es el resultado de todo hecho, acontecimiento, comportamiento o condición exterior y ajena al demandado que puede provenir de un tercero, la propia víctima o la naturaleza (Corral, 2003, pág. 179). Esto teniendo en cuenta que como se evidencia a lo largo de este capítulo, la responsabilidad civil por derechos de

¹⁸⁸ Sobre derechos morales y patrimoniales revisar aparte 1.2.A.1.

¹⁸⁹ Artículo 38. Las bibliotecas públicas pueden reproducir para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas, también públicas, una copia de obras protegidas depositadas en sus colecciones o archivos que se encuentran agotadas en el mercado local. Estas copias pueden ser también reproducidas, en una sola copia, por la biblioteca que las reciba en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores.

¹⁹⁰ El artículo 232 sobre el uso de la obra no autorizada y el artículo 233 sobre el abuso de la cita.

autor se basa en la responsabilidad civil de la propiedad material y por tanto es necesario el vínculo causal para que surja la obligación de reparar el daño.

Teniendo en cuenta lo anteriormente anotado, en el derecho de autor también existen escenarios o supuestos en donde no se imputa responsabilidad por no existir o haber dudas sobre la conexión entre la conducta y el daño (Roca & Navarro, 2011, pág. 195). En infracciones a derechos de autor no habrá vínculo causal, por ejemplo, cuando el demandante no logra probar que el demandado realizó una copia ilegal de la obra o que esta copia fue adquirida de forma ilegal.

Siguiendo con la premisa de que en el derecho de autor el nexo causal opera de la misma forma que en la responsabilidad civil por infracciones al derecho de la propiedad material¹⁹¹, habrá rompimiento del nexo causal -en este caso según fuerza mayor o caso fortuito¹⁹²-, por ejemplo, en escenarios imprevistos y/o impredecibles como cuando una obra que ha sido expuesta con consentimiento del autor en un lugar público y se destruye por algún fenómeno de la naturaleza.

Para concluir, será discrecional al juez teniendo en consideración los principios procesales contenidos en el Código General del Proceso de Colombia en el Título preliminar¹⁹³ y otras herramientas como los elementos probatorios del caso, las reglas de la experiencia y la sana crítica que se decrete o no ausencia del nexo causal.

¹⁹¹ Véase aparte 2.2.A.2 sobre nexo causal en responsabilidad civil de la propiedad material.

¹⁹² Véase pie de página 145 sobre el artículo 64 del Código Civil.

¹⁹³ Artículo 4. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

2.5.A.3 Elemento subjetivo que acompaña la conducta como criterio de imputación de responsabilidad en infracciones al derecho de autor

En el derecho de autor existe una tendencia por adoptar la responsabilidad subjetiva, lo anterior se justifica en que el sistema del derecho de autor se basa en la responsabilidad civil de la propiedad material y por consecuencia, en la prueba del elemento subjetivo de la conducta para determinar el daño. En este orden de ideas, el demandante deberá probar la culpa del agresor del derecho moral y/o patrimonial y este sólo se exonerará demostrando diligencia y cuidado.

Esta tendencia se evidencia en que muchas de las conductas infractoras en derecho de autor son dolosas, especialmente en violaciones a derechos patrimoniales¹⁹⁴ (Antequera, 2009, pág. 680), como las consignadas en el artículo 51 de la Ley 44 de 1993¹⁹⁵ que señalan por ejemplo, que cuando se reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra sin previa autorización de sus titulares y en el soporte material se emplea el nombre del titular legítimo -es decir, el infractor conoce que comete una infracción- las penas se aumentarán hasta en la mitad.

También pueden presentarse situaciones culposas, generalmente por negligencia o imprudencia que en muchos casos tienen que ver con el derecho de paternidad¹⁹⁶, como cuando no se hace el respectivo reconocimiento de la autoría de una obra o se utiliza sin la

¹⁹⁴ Sobre derechos patrimoniales ver sección 1.2.A.1.1

¹⁹⁵ Artículo 51. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales: (...) Quien de cualquier modo o por cualquier medio reproduzca, enajene, compendie, mutile o transforme una obra literaria; científica o artística, sin autorización previa y expresa de sus titulares. (...) Parágrafo.- Si en el soporte material, carátula o presentación de la obra literaria, fonograma, videograma, soporte lógico u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

¹⁹⁶ Sobre derechos morales ver sección 1.2.A.1.2

autorización del autor y se terminan vulnerando derechos como el de divulgación e integridad de la obra, tal como señala el mismo artículo 51¹⁹⁷ de la Ley 44 de 1993.

Podría inferirse que los casos de responsabilidad subjetiva en derechos de autor -que es la regla general en la legislación colombiana- pretenden reparar daños pues se determina el perjuicio cuando se prueba un elemento subjetivo de la conducta (Corral, 2003, pág. 355). En este escenario, el elemento subjetivo es un componente que permite deducir cómo se puede dejar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de que sufriera el perjuicio.

De manera contraria, si la ley contemplara casos de responsabilidad objetiva -caso que no ocurre actualmente en la legislación colombiana vigente-, estarían dirigidas a prevenir los daños en el derecho de autor y a que sean más cuidadosos con las conductas que realizan. Esto en el entendido que para que se impute responsabilidad no es necesario el dolo o la culpa sino el resultado dañoso, que generalmente proviene de actividades peligrosas y por esto la necesidad de prevenir los daños que emanan de estas (Tamayo, 2004, pág. 22).

Siguiendo, en materia extracontractual debe haber conducta y daño para poder determinarse esta responsabilidad en derecho de autor, en este caso el demandante deberá probarlo. Cuando las conductas están determinadas por la ley -en materia contractual- el juez deberá verificar la prudencia y diligencia, pero a la hora de estudiar la causa fáctica debe tener en cuenta aspectos como la relación contractual, la conducta y las consecuencias que el daño ha dejado por la no ejecución, la ejecución tardía o defectuosa del contrato¹⁹⁸ (Martínez, 1996, pág. 35).

¹⁹⁷ Artículo 51. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales: Quien publique una obra literaria o artística inédita, o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho (...).

¹⁹⁸ Sobre cómo opera la responsabilidad civil contractual y extracontractual se recomienda ver el aparte 2.2 sobre responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano.

2.5.B El daño en infracciones al derecho de autor

La existencia del daño en el derecho de autor, y por tanto su determinación, es mucho más compleja que en los derechos de la propiedad material, pues versa sobre casos de responsabilidad en donde se pueden vulnerar varios derechos morales y patrimoniales con una misma conducta.

La naturaleza jurídica del daño en derecho de autor, aunque más compleja respecto a su existencia, tiene la misma justificación que en la responsabilidad civil sobre los daños infringidos en la propiedad material, es así que nace la necesidad de proteger unos bienes tan importantes para la sociedad e incentivar a los autores que sigan creando por medio del respeto y el reconocimiento a sus obras¹⁹⁹.

Como se estudió en el aparte 2.2.A.1 de este capítulo, el daño se clasifica en material o patrimonial que hace referencia a los aspectos económicos del daño y moral o extrapatrimonial que afecta a la víctima en otra clase de asunto no patrimoniales (Roca & Navarro, 2011, pág. 200). La anterior aclaración conceptual es pertinente, debido a que en las próximas líneas se hace una aproximación sobre los daños según su clasificación, en las infracciones al derecho de autor con la idea de identificar cómo estos operan dependiendo qué derecho de autor está siendo vulnerado.

Respecto al daño material, los requisitos que debe reunir la conducta para que se constituya la infracción al derecho de autor son: primero, que recaiga sobre un derecho moral o patrimonial protegido por el derecho de autor. Segundo, que lo realice quien no está autorizado para ello y tercero, que dicho daño afecte el valor de la obra o no permita obtener de él lo que se esperaba (Martínez, 1996, pág. 30).

¹⁹⁹ En referencia a la importancia de la propiedad intelectual el artículo 58 de la Constitución Política sobre los fines de la propiedad privada y el artículo 61 del mismo cuerpo legal sobre la protección de la propiedad intelectual.

Cuando hay una vulneración a un derecho patrimonial de autor, siempre se generará un daño material ya que esta clase de derechos, cuando son transgredidos, se ven afectados en cuanto a su apreciación económica (Plata, 2010, pág. 159), lo que implica la afectación del valor que tienen en el mercado y lo que el autor o titular pretende obtener monetariamente de ella, es decir, el lucro cesante y daño emergente que constituyen el daño material.

En el caso de la vulneración de los derechos morales también es posible que estos acarreen un daño material. Lo anterior, se justifica en que cualquier conducta ilícita que transgreda cualquier tipo de derecho debe ser reparada integralmente (Romero & Santana, 2004, pág. 33). De igual forma, un daño puede afectar un conjunto de derechos que a pesar de ser de diferente naturaleza terminan conectados por la misma conducta ilícita (Rodríguez, 1992, pág. 158).

Para recrear lo anterior, piénsese en los derechos de autor que se ven vulnerados con la transmisión de una película por Internet sin autorización ni mención de los titulares y autores de esta. Algunos de los derechos morales vulnerados son, en este caso, el de paternidad pues no se está reconociendo la autoría (director, productor, guionista) de la obra y también, se estaría vulnerando el derecho de divulgación de esta pues no se está divulgando en el momento y la forma como se esperaba. Por otro lado, derechos patrimoniales como el de comunicación pública y reproducción también se verán transgredidos ya que se está permitiendo el acceso a la obra y reproduciendo sin permiso de los titulares.

En caso de una controversia judicial por un asunto como el señalado anteriormente, el juez para establecer la responsabilidad debe hacer una revisión independiente de los derechos que han sido vulnerados pues esto le permitirá establecer la totalidad de los perjuicios

materiales y, en este orden de ideas, tasar el monto del daño que debe declararse en una única sentencia.

En relación con lo anterior, sobre la reparación integral y la obligación de reparar el daño sin importar la naturaleza de los derechos afectados, la Corte Constitucional ha señalado que la finalidad de esta figura en el derecho de autor, y particularmente dentro de procesos penales, es proteger el interés patrimonial del perjudicado respecto a los derechos vulnerados, es decir que estos podrían ser morales o patrimoniales (Sentencia Corte Constitucional T - 1062 de 2002).

A pesar de este argumento, los derechos morales generalmente se han desligado de los derechos patrimoniales²⁰⁰ (Nilza, 1997, pág. 135). Un ejemplo es el Código Penal de Colombia en su título VIII, sobre delitos contra los derechos de autor, que distingue los delitos que atentan contra los derechos morales y patrimoniales del autor cuando el ideal, como se señaló anteriormente, sería hablar de conductas que atentan contra los derechos de autor sin importar su naturaleza pues el establecimiento de la condena se hace respecto al delito no a la naturaleza de los derechos vulnerados.

Aclarado cómo operan los daños materiales en el derecho de autor, es pertinente ahora hablar de los daños morales. Cuando se hace habla de estos daños, dentro del derecho de autor, se hace referencia a una lesión que menoscaba la naturaleza de la obra pero que repercute en los intereses del autor, afectando su ánimo, imagen, fama o prestigio, y en consecuencia, que perturba la forma en que el artista quería que se viera y conociera su obra (Martínez, 1996, pág. 37).

Considerando que los daños morales, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia, están arraigados a la facultad creadora del hombre y a su capacidad única de expresar las ideas,

²⁰⁰ Sobre el contenido de los derechos de autor se recomienda revisar aparte 1.2.A.1.

(Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Proceso No. 31403 de 2010), los daños que se ocasionan también tienen la misma connotación en el sentido que no están asociados con apreciación económica sino al talento, originalidad e individualización en las obras.

Según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, se entiende que los daños morales siempre estarán ligados a los derechos morales del autor, independientemente del daño patrimonial que simultáneamente produzca esa violación, puesto que el daño moral sólo puede sufrirlo quien ostenta la calidad de autor de la obra, es decir, aquel sobre quien recaen los derechos morales (Antequera, 2009, pág. 685).

En este orden de ideas, el daño moral deberá corresponder a la lesión a un derecho que se encuentre consagrado como derecho moral por la ley, sin que esto no implique que también haya un daño patrimonial. Además debe producir consecuencias en el estado anímico de la persona, pérdida de la confianza del público y daño en la reputación del autor, en concordancia con el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes en Colombia sobre el tema, tal y como se analizó con anterioridad²⁰¹ (Villalba, 1997, pág. 978).

Se deduce entonces de lo antes expuesto, que un daño material puede ser ocasionado por la vulneración a un derecho moral y/o patrimonial pues los perjuicios siempre deberán tasarse de forma conjunta sin importar de dónde emane el daño. De forma contraria, los daños morales sólo pueden emanar de la vulneración a un derecho moral debido a que este último se asocia a prerrogativas que únicamente versan sobre quien los sufre directamente.

2.6 Conclusiones del capítulo

²⁰¹ Se sugiere revisar aparte 1.2.A.1.2 de los derechos morales de autor.

La responsabilidad civil está integrada por ciertos elementos que cuando se configuran permiten reparar los daños que se le han ocasionado a la víctima. Estos elementos emergen de una visión subjetiva en donde es trascendental la culpabilidad del agente que realiza la conducta dañosa.

Actualmente, la concepción tradicional de la responsabilidad civil se ha venido ampliando respecto a sus funciones. En este sentido, dadas las nuevas dinámicas sociales y económicas de la vida cotidiana y para proteger derechos que son trascendentales para la sociedad, no se habla únicamente de medidas de reparación sino también de prevención y sanción, lo que conlleva a una tendencia por adoptar -en ciertos casos- los principios de la responsabilidad objetiva en donde no es relevante el elemento subjetivo de la conducta.

En el caso del derecho de autor, a pesar de que su naturaleza jurídica posee ciertas particularidades, se observa que sigue la misma tendencia de la responsabilidad subjetiva y que por tanto, los elementos de la responsabilidad civil, además de necesitarse, funcionan de manera muy similar a los de la propiedad material de las cosas.

CAPÍTULO TERCERO

DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA Y SU PROBLEMÁTICA EN ENTORNOS DIGITALES

3.1 Introducción

En el capítulo anterior, se observó cómo el daño en infracciones al derecho de autor debe ir acompañado de ciertos elementos para que pueda configurarse la obligación de indemnizar. Se evidenció que, a pesar de que la naturaleza jurídica de los derechos inmateriales posee ciertas diferencias, esta se basa en los principios generales de la responsabilidad civil por daños sobre la propiedad material, que en el derecho colombiano, tiende a ser subjetiva.

Puesto que legalmente existe la obligación de reparar cualquier daño que se ocasione cuando se vulneran derechos de autor, las legislaciones establecen criterios de determinación del daño para que el juez, al momento de verificar la acción u omisión culpable, transformen el daño ocasionado al autor en cantidades perceptibles económicamente (Gullón & Díez-Picazo, 2015, pág. 250).

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo presenta y analiza los criterios que a la luz de los tratados internacionales, como los de la OMPI y el ADPIC, la Decisión Andina 351 y la Ley 44 de 1993, se utilizan para la determinación del daño material en infracciones al derecho de autor. El recién entrado en vigencia, Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado con Estados Unidos obliga al país a implementar medidas sobre el sistema de daños en derecho de autor por daños pre establecidos, basándose en el sistema anglosajón, por lo que se examina la forma en que afectan los criterios de determinación del daño material del derecho de autor que se encuentran en las leyes colombianas.

Posteriormente, se realiza un análisis sobre las dificultades que traen los criterios de determinación del daño de la Ley 44 de 1993 a la hora de tratarse de infracciones al derecho de autor en entornos digitales, para finalmente, estudiar la congruencia y compatibilidad de los diferentes criterios internacionales y los acuerdos en relación a los que se encuentran en la legislación nacional.

La finalidad del capítulo es ilustrar cómo la era digital ha repercutido en el estudio de la responsabilidad civil, toda vez que la concepción de la responsabilidad en sentido material que contiene la legislación en Colombia no es suficiente para asegurar la reparación de los daños en derechos de autor ocasionados en estos contextos por lo que es necesario considerar la aplicación de principios y criterios de otros cuerpos normativos.

3.2 Normas sobre procedimientos civiles y observancia relacionadas con la determinación del daño en infracciones al derecho de autor contenidas en tratados internacionales

De acuerdo con lo estudiado en el capítulo primero y particularmente en la sección sobre los avances legislativos de la regulación del derecho de autor en la era digital²⁰², tanto el ADPIC con los tratados de Internet de la OMPI nacieron para dar respuesta a algunos vacíos jurídicos que había respecto a la protección de los derechos de autor después del Convenio de Berna.

El ADPIC²⁰³ tiene un tinte más económico al proteger la propiedad intelectual -y el derecho de autor- como un insumo que mueve la industria de los países (Musungu & Correa, 2002,

²⁰² Ver al respecto sección 1.3.B.1

²⁰³ El artículo 7 del ADPIC sobre los objetivos del tratado donde se resalta la promoción de la innovación tecnológica a través de la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Sobre el artículo ver pie de página 84.

págs. 6-7). Los Tratados de Internet de la OMPI²⁰⁴, por otra parte, enfocaron sus esfuerzos en proteger los bienes inmateriales que estaban siendo centro de infracciones sobre todo en entornos digitales.

Sobre el ADPIC, como se estudió en el primer capítulo, este nace ante la naturaleza laxa de la OMPI y sus falencias como ente protector de los derechos de los autores cuando a su comercialización se refería (Deere, 2008, pág. 52). A la falta de mecanismos de protección eficientes en el Convenio de Berna, el ADPIC se encarga de proponer normas relativas a procedimientos civiles y de observancia pues vieron en estas medidas la forma de contrarrestar las infracciones a los derechos intelectuales que venían afectando de forma significativa el comercio de los países (Sell, 2011, pág. 458).

Los Tratados de Internet de la OMPI, que son posteriores al ADPIC, -aun actuando con timidez-, enfocaron esfuerzos por regular al advenimiento de las nuevas tecnologías y el intercambio de información protegida por derechos de autor en Internet (Alvarado, 2002, pág. 22) pero no consignaron de manera detallada procedimientos para proteger los derechos de autor, aunque si instan a los países a que consagren normas de este tipo para encarar las infracciones a estos derechos, como se desarrollará a continuación.

3.2.A Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

Referido a la Organización Mundial del Comercio, tal como se mencionó con anterioridad²⁰⁵, esta es una organización internacional que tiene como finalidad ayudar a los países miembros a llevar adelante sus actividades comerciales, a través de acuerdos que

²⁰⁴ El preámbulo de los Tratados de Internet reconociendo la necesidad de introducir normas internacionales y para proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos. Véase pie de página 91.

²⁰⁵ Ver al respecto capítulo primero, en particular sección 1.3.B.1.

han sido negociados y firmados por estos mismos países (Organización Mundial de Comercio, 2015). Entre los asuntos comerciales se encuentra lo relativo a la distribución y uso de información que está protegida por propiedad intelectual.

En desarrollo a lo referente a la propiedad intelectual, el Acuerdo sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) aborda los derechos de propiedad intelectual para instaurar medidas eficaces que permitan el respeto y la solución de las diferencias que pueden nacer en el comercio de estos derechos (Smith, 1996, pág. 561). Al margen de esta labor y particularmente sobre la observancia, el tratado exhorta a los países miembros a disponer de una legislación que regule los derechos intelectuales y de autoridades que se encarguen de su salvaguarda (Correa, 2004, pág. 82).

La invitación a los países miembros se plasma en el artículo primero del acuerdo²⁰⁶ que procura que los países adopten sistemas de protección de derechos de autor eficaces y adecuados, por medio de procedimientos y medidas que hagan respetarlos en pro de un comercio legítimo tal como lo señala el preámbulo del mismo cuerpo legal²⁰⁷. Esta disposición es relevante pues exige la observancia de los derechos de autor pero desde una perspectiva amplia (VanGrasstek, 2013, pág. 50), pues deja a los Estados determinar -en el marco de los propios sistemas jurídicos- el método que les parezca más adecuado para “hacerlos respetar”.

Sobre el concepto de comercio legítimo del artículo enunciado, según la OMC, toma relevancia ya que involucra un comercio no discriminatorio ni que crea obstáculos

²⁰⁶ Artículo 1. Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

²⁰⁷ Preámbulos. Los miembros deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo.

innecesarios dentro de comercio, en este caso en la comercialización de los bienes inmateriales. Reconoce que si bien se pretende facilitar el comercio internacional, no se pueden adoptar medidas que vayan por encima de derechos como la protección de la salud y la seguridad de las personas o la protección del medio ambiente (Organización Mundial del Comercio, 2016).

Teniendo en mente las finalidades del Tratado, y entrando en lo concerniente a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, el artículo 41²⁰⁸ señala que los miembros deben poseer procedimientos judiciales civiles bajo los lineamientos generales del derecho de prueba y debido proceso para asegurar procesos justos y equitativos para las partes. De igual forma, el mismo artículo, indica que las medidas contra las infracciones a los derechos de propiedad intelectual deben -aún sin que esto implique necesariamente cambiar el sistema judicial existente- prevenir nuevas infracciones y constituirse en medios de disuasión de las mismas.

Sobre los anteriores apartes, además de hacerse evidente el interés de la OMPI por condenar las infracciones a la propiedad intelectual, se puede concluir que los países miembros se comprometen a adoptar medidas en pro de la protección de los derechos intelectuales, sin que lo anterior implique que deban acogerse totalmente las disposiciones del tratado (Reinbothe & Lewinski, 2015, pág. 201). Aquí se espera que los Estados

²⁰⁸ Artículo 41. Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso. (...) 5. Queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.

modifiquen, en caso de considerarlo necesario, sus normas de observancia -totalmente o en parte- según las directrices dadas por el tratado y en concordancia con el sistema jurídico que tenga cada país con el fin de lograr la protección de estos derechos.

Si bien los procedimientos y recursos dispuestos contra cualquier actividad infractora de los derechos de propiedad intelectual no son obligatorios, deben seguir el debido proceso y el derecho a prueba pero, sobre todo deben prevenir dichas infracciones y futuras acciones del mismo tipo. Lo anterior indica que la determinación del daño no puede ser simplemente simbólica pues realmente debe desalentar y castigar la comisión de nuevas violaciones y por tanto el Tratado invita a los partes a que hagan una revisión de sus sistemas normativos para verificar si se están logrando los fines en él propuestos.

En lo relativo a la determinación del daño por infracciones a derechos intelectuales, el artículo 45²⁰⁹ del ADPIC tiene dos apartes, el primero está compuesto por la forma básica de indemnizar el daño, que es el pago al daño sufrido cuando el infractor tiene conocimiento o teniendo razones suficientes para saber que está cometiendo una infracción, efectivamente realiza la conducta (Gervais, 2008, pág. 454). El segundo aparte, trata sobre la posibilidad de indemnizar el daño por medio de perjuicios reconocidos previamente sin considerar si el infractor tiene conocimiento o no de que está cometiendo una infracción (Correa & Yusuf, 1998, pág. 19).

De la lectura del artículo 45 se observa que la primera parte hace referencia a la compensación y reparación del daño cuando la víctima ha sufrido una vulneración a uno de

²⁰⁹ Artículo 45. 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que este haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora. 2. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, los miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.

sus derechos intelectuales. En cuanto al infractor que sabe o tiene motivos razonables para saber que su conducta es ilícita, como desarrolla Gervais (2008, pág. 454) en concordancia con el artículo en mención, este debe resarcir el daño causado por lo que el juez debe tener en cuenta el elemento subjetivo del infractor.

La segunda parte, además de prever que las autoridades judiciales ordenen al infractor los gastos en los que incurrió la víctima en el proceso, indica que se debe reparar a la víctima por los perjuicios respecto a los daños ocasionados, teniendo en cuenta no sólo lo que perdió el titular del derecho sino también lo que obtuvo el infractor con independencia de si sabía sobre la ilicitud de su conducta (Gervais, 2008, pág. 455), es decir no se tiene en cuenta el elemento subjetivo.

A modo de resumen del artículo antes señalado, en la indemnización por daños materiales -que incluyen daño emergente y lucro cesante- debe tenerse en cuenta la voluntariedad del sujeto para que el monto en la determinación del daño sea menor o mayor: a mayor conocimiento mayor indemnización. Cuando se toma el criterio de indemnización por los beneficios obtenidos por el infractor no toma relevancia la culpabilidad de este sino si se estaba cometiendo una conducta infractora (Rengifo & Pombo, 2015, pág. 233).

Se puede concluir entonces, que en la primera parte del artículo, sobre daños materiales, el elemento subjetivo de la conducta será determinante al momento de tasar el monto del daño, pues en caso de que la comisión del acto sea realizada con dolo se impondrá la indemnización más alta. De modo contrario, en el segundo fragmento del artículo, el elemento subjetivo pierde relevancia en el sentido que para imputar responsabilidad -y determinar el monto del daño- únicamente se estudian los perjuicios respecto a los beneficios obtenidos por el infractor.

Continuando con el cuerpo normativo del tratado es pertinente mencionar el artículo 50²¹⁰, que faculta a los Estados partes a adoptar medidas provisionales rápidas y eficaces que eviten que se produzca una infracción a cualquier derecho de propiedad intelectual y se preserven las pruebas pertinentes relacionadas con dicha infracción. Aquí las medidas son preventivas con el fin de conservar elementos probatorios que puedan resultar útiles una vez inicie este.

Para finalizar, el artículo 46²¹¹ precisa que las autoridades judiciales para disuadir que se comenten infracciones están facultadas para ordenar que las mercancías que se comercialicen ilegalmente sean apartadas del comercio o se destruyan. También otorga la potestad de alejar al infractor de los materiales e instrumentos que se utilizaron en la producción de bienes ilegales con la finalidad de que se reduzca el riesgo de que se cometa nuevamente la conducta.

Como se observa, el ADPIC dispuso unos principios generales que son aplicables a los procedimientos de observancia de los derechos intelectuales, con el fin de que los países los tengan en cuenta dentro de sus normativas. Además, propone -sin que sea una camisa de fuerza para las partes- disposiciones sobre procedimientos, recursos civiles y criterios de

²¹⁰ Artículo 50. 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a: a) evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana; b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción. (...).

²¹¹ Artículo 46. Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes solicitudes, tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.

determinación del monto del daño en infracciones a derechos de propiedad intelectual para su efectiva protección. Tanto los principios como las disposiciones se constituyen en bases sobre cómo deberían regularse los sistemas de responsabilidad civil por infracciones a los derechos de autor y en particular cómo debería determinarse el monto del daño en estos casos.

De igual forma, el mismo artículo, indica que las medidas contra las infracciones a los derechos de propiedad intelectual deben -aún sin que esto implique necesariamente cambiar el sistema judicial existente- prevenir nuevas infracciones y constituirse en medios de disuasión de las mismas.

3.2.B Tratados de la OMPI sobre Internet

Tal como se anunció con anterioridad la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)²¹² es un organismo de Naciones Unidas²¹³ que tiene como finalidad el desarrollo de un sistema internacional de propiedad intelectual que sea equilibrado y eficaz (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014).

Para llevar a cabo el objetivo de la OMPI, los Estados miembros y los observadores se reúnen de manera periódica para tomar decisiones sobre los cambios y normas necesarias para que el sistema de propiedad intelectual se fortalezca. Estas decisiones se ven materializadas en varios instrumentos jurídicos entre los que se encuentran los tratados (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2000, pág. 9).

²¹² Sobre las funciones de la OMPI. Se sugiere revisar pie de página 8.

²¹³ Véase pie de página 7 sobre funciones de Naciones Unidas.

Particularmente el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA) es un acuerdo especial del Acuerdo de Berna²¹⁴ adoptado en concordancia con las normas de este último que pretende proteger las obras y los derechos de los autores en los entornos digitales. El Tratado de OMPI sobre derechos conexos (TOIEF) por su parte, protege a los intérpretes y ejecutantes respecto a sus derechos intelectuales en el entorno digital (Organización Mundial de Propiedad Intelectual, 2014).

Aunque los Tratados TODA y TOIEF no hacen referencia directa a la forma como deben determinarse los daños en infracciones a los derechos de autor, sí instan -por medio del artículo 14 y 23 respectivamente²¹⁵- a los Estados firmantes a que -mediante sus legislaciones nacionales y según sus sistemas jurídicos- establezcan procedimientos para proteger los derechos de autor donde existan medidas eficaces y recursos ágiles para combatir actividades infractoras contra el derecho de autor y se logre la disuasión de las mismas.

Con este precepto sobre la observancia de los derechos de autor, los Estados se comprometen a que las disposiciones que tienen como fin combatir las actividades infractoras -además de lograr prevenir futuras infracciones- sean un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones (Ficsor, 2002, pág. 580). La disposición da cabida a las medidas de responsabilidad civil preventiva y sancionatoria para determinar el daño en infracciones al derecho de autor, es más, las sugiere como medio para proteger los derechos de autor.

²¹⁴ Según el artículo 1 del mismo Tratado sobre su relación con el Convenio de Berna.

²¹⁵ Artículo 14 TODA y artículo 23 TOIEF: 1. Las partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2. Las partes contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permita la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

Es pertinente resaltar que aunque los tratados no hacen referencia a procedimientos o acciones concretas, si enfatizan en la necesidad de que los Estados miembros incorporen sistemas jurídicos de derechos de autor que procuren la disuasión y prevención de actuaciones infractoras como medidas para protegerlos. Lo anterior si se recuerda que estos tratados fueron expedidos cuando los autores y titulares de derechos vivían en incertidumbre sobre las nuevas formas de difusión de las obras y alrededor de esta situación, se sentían inseguros por los mecanismos de protección de sus derechos en el entorno digital (Di Pietro, 2005, pág. 5).

Sin mayor desarrollo, pero en el mismo sentido que el ADPIC, estos tratados de la OMPI invitan a los países a verificar y cambiar, si es necesario, sus legislaciones para que los sistemas de observancia de los derechos de autor logren proteger las obras y los derechos de los autores en los entornos digitales a través de medidas y recursos ágiles y eficaces.

3.2.C La determinación del daño por infracciones al derecho de autor según el Acuerdo comercial con Estados Unidos (Tratado de libre Comercio)

En el Acuerdo comercial firmado entre Colombia y Estados Unidos²¹⁶, las partes se comprometen a adoptar medidas que incluyen, entre otras cosas, que se regulan temas de derechos de autor como los procedimientos ante infracciones a la propiedad intelectual. Todas las medidas consignadas en el acuerdo, si bien guardan una relación íntima con la política internacional y los tratados públicos, deben ser adoptadas por los países contratantes bajo leyes nacionales, según el trámite interno que cada uno haya constituido para tales efectos (Sentencia Corte Constitucional C-011 de 2013).

²¹⁶ Del Acuerdo y los asuntos negociados, se sugiere revisar *U.S - Colombia Trade Promotion Agreement: Potential Economy-wide and selected Sectorial Effects (United States International Trade Commission, 2006)*

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América²¹⁷, aprobado por la Ley 1143 del 4 de julio de 2007 de Colombia, pretende acordar normas que faciliten en comercio entre ellas, incluye entre sus asuntos comerciales el de propiedad intelectual debido a la incidencia de la innovación y del derecho a la información en el crecimiento y prosperidad económica de las naciones (Pabón, 2007, pág. 101).

El Capítulo 16 sobre temas comunes a la propiedad intelectual busca regular aspectos del derecho de autor y derechos conexos. Sobre el tema que atañe, es relevante anunciar las variaciones que deberán incorporarse a la ley colombiana respecto a la indemnización por infracciones al derecho de autor y los criterios de determinación de daños materiales que se encuentran contenidos en el artículo 16.11.

El primer numeral de este artículo²¹⁸ contempla que los recursos y procedimientos que se establecen se basan en los principios del debido proceso y en los fundamentos de su propio sistema. Esto significa que las partes deberán cumplir las obligaciones que se determinan según el sistema legal por el que se rigen y las disposiciones a implementarse no deben apartarse de sus principios en derecho.

En otras palabras, no se espera que las normas consignadas en el ordenamiento jurídico de unas de las partes sea copia por el otro, por el contrario, se espera que cada uno de los países revise la manera más idónea de incorporar los compromisos legales adoptados según la tradición y sistema jurídico.

Sobre los procedimientos y recursos civiles y administrativos, el TLC en el artículo 16.11.7 obliga a las partes a que otorguen facultades a las autoridades judiciales para ordenar -en

²¹⁷ Sobre las repercusiones del TLC en el tema de propiedad Intelectual revisar Negociaciones de Propiedad Intelectual en el TLC con EEUU: proceso, resultados y algunos mitos (Madrid, 2014).

²¹⁸ Artículo 16.11.1. Cada Parte entiende que los procedimientos y recursos establecidos en este Artículo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, son establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso que cada parte reconoce, así como los fundamentos de su propio sistema legal.

condenas por delitos al derecho de autor- que el infractor pague al titular por los daños sufridos y las ganancias obtenidas por dicho acto ilegal que no fueron tomadas en cuenta al calcular la indemnización²¹⁹. Más adelante, el Tratado fija que los Estados deben tomar medidas para determina el monto del daño en infracciones al derecho teniendo en cuenta el valor del bien o servicio infringido.

Desarrollando lo dispuesto por el Tratado en el numeral 7 del artículo 16.11, es significativo referir que los perjuicios deben ser determinados respecto a los daños que sufre la víctima, o sea la indemnización debe ser acorde y adecuada en relación a la infracción a los derechos de autor que han sido vulnerados. Sobre las ganancias obtenidas, el TLC permite que el monto de la determinación del daño sea computable sobre lo que perdió la víctima como las ganancias atribuidas a la infracción.

Algunas de las conclusiones preliminares que se pueden recoger sobre el artículo 16.11.7 son: en primer lugar, en ninguno de los criterios de determinación del monto del daño se hace referencia a los elementos subjetivos que acompañan la conducta para imputarla al daño, en este caso no se tiene en cuenta si el infractor tenía conocimiento si estaba cometiendo la infracción como ocurre con el ADPIC²²⁰; en segundo lugar, además del lucro cesante y daño emergente, se agrega como criterio para el monto de la indemnización que se paguen a la víctima los beneficios que obtuvo el infractor, en este caso la condena – castigo tiene como finalidad disuadir a este para que no repita la conducta.

²¹⁹ Artículo 16.11.7 (a) En los procedimientos judiciales civiles, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que le pague al titular del derecho: (i) Una indemnización adecuada para compensar al titular del derecho por los daños sufridos como resultado de la infracción. (ii) Por lo menos en el caso de infracciones al derecho de autor o derechos conexos, y en el caso de falsificación de marcas, las ganancias obtenidas por el infractor imputables a la infracción y que no fueron tomadas en cuenta al momento de calcular el monto de la indemnización a que se refiere la cláusula (i).

²²⁰ A excepción de los casos que versan sobre bibliotecas, instituciones educativas y organismos públicos de radiodifusión en donde si se tiene en cuenta el elemento subjetivo para imputar la pena, según el último párrafo del artículo 11.16.15.

Adicionalmente, el TLC en el artículo 16.11.9 dispone que las costas procesales y honorarios deben ir a cargo de la parte perdedora²²¹ y, por último, pero no menos importante, las partes se comprometen a que en procesos civiles por infracciones al derecho de autor se establezcan o mantengan indemnizaciones preestablecidas en donde el demandante, si así lo desea, se acoja a esta modalidad en concordancia con el artículo 12.11.15²²².

En caso de que el demandante opte por la indemnización, el artículo 16.11.8 indica que -según los derechos vulnerados que se prueban dentro del proceso- la ley debe indicar los montos del daño con mínimos y máximos²²³. Dado que el numeral no menciona ninguna otra obligación, el legislador de cada uno de los países firmantes tendrá un margen relativamente amplio para consagrar este criterio de determinación del daño, según su propio sistema de responsabilidad civil.

De manera general los daños preestablecidos son una forma de determinar la indemnización sin que sea necesario que se prueben todos o algunos perjuicios o se establezca el monto de los mismos. Esta clase de valoración que es adoptada por el *Copyright* en Estados Unidos²²⁴ permite que al demandante en cualquier momento o antes del fallo -si así lo decide y ha registrado su obra ante la autoridad encargada- se le

²²¹ Artículo 16.11.9. Cada parte dispondrá que sus autoridades judiciales, salvo en circunstancias excepcionales, estarán facultadas para ordenar, a la conclusión del proceso judicial civil respecto a infracciones a los derechos de autor o derechos conexos e infracciones de marcas, que la parte perdedora le pague a la parte ganadora las costas procesales y los honorarios razonables de los abogados.

²²² Según el artículo 16.11.15 el titular únicamente por una sola de indemnización, bien sea por daños preestablecidos o por tasación de daños reales que puede incluir lo percibido por el infractor.

²²³ Artículo 16.11.8. En los procedimientos civiles, cada parte, al menos con respecto a la infracción a los derechos de autor y derechos conexos, y falsificación de marcas, establecerá o mantendrá indemnizaciones preestablecidas, las cuales deberán estar disponibles a elección del titular del derecho como una alternativa a la indemnización basada en daños reales. Dichas indemnizaciones preestablecidas estarán previstas por la legislación interna y determinadas por las autoridades judiciales, tomando en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, en una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho de autor por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorios frente a futuras infracciones.

²²⁴ Este punto se desarrolla con más detenimiento en el próximo capítulo.

indemnice según los daños reales sufridos según parámetros que contempla la ley para cuantificarlos (Goldstein & Reese, 2012, pág. 513) como se explicará más adelante.

3.3 El régimen de protección de los derechos de autor contenido en las normas nacionales de Colombia

La Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina²²⁵ constituye un acuerdo regional entre los países integrantes sobre derechos de autor y derechos conexos²²⁶. Este acuerdo que fue aprobado el 17 de diciembre de 1993 por medio de la Comisión del Acuerdo de Cartagena –tal como lo señala la Corte Constitucional- es parte del ordenamiento jurídico colombiano y por tanto, es de obligatoriedad y aplicabilidad directa respecto a las normas que se deriven de la misma (Sentencia Corte Constitucional C-227 de 1999).

En concreto, sobre la determinación del daño, la Decisión brinda algunas luces sobre cómo deben ser reparadas las infracciones sobre derechos de autor. Para el tiempo de la expedición de la Decisión, Colombia tenía vigentes la Ley 23 que data de 1982 y la Ley 44 de 1993, siendo la segunda la única que contaba con criterios de determinación del daño por infracciones al derecho de autor (Vela, 2003, pág. 301).

Siguiendo con las leyes de orden nacional, la Ley 23 de 1982 es el mayor referente sobre la regulación de los derechos de autor, pues es el cuerpo legal que normaliza asuntos como el contenido del derecho de autor, la protección de las obras, y excepciones y limitaciones (Pachón, 1988, pág. 6). Al momento de su expedición aun Colombia no era miembro del Convenio de Berna²²⁷, con todo y lo anterior, la ley no es incompatible con el Tratado y

²²⁵ Sobre la Comunidad Andina, se recomienda ver pie de página 46.

²²⁶ Para mayor desarrollo sobre las Decisiones Andinas referentes a derechos de autor y derechos conexos revisar Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: hacia un nuevo régimen común. *Revista Ius et Praxis* 17 (2), 231-282 (Cerde, 2011)

²²⁷ Ver al respecto aparte 1.2.C sobre régimen legal de derechos de autor en Colombia.

hasta compaginó con éste en asuntos como el requisito del registro como instrumento declarativo y la diferenciación entre derechos morales y patrimoniales²²⁸.

En concreto al tema que atañe, la Ley 23 de 1982 anuncia algunos asuntos sobre el tratamiento procedimental ante las controversias sobre infracciones al derecho de autor, pero es la Ley 44 de 1993 -que modifica y adiciona la Ley 23- la que consigna criterios de determinación del monto del daño material.

De aquí que para la expedición de esta última ley, Colombia ya se había adherido al Convenio de Berna y al Convenio de Roma, por lo que se evidencia en esta la incorporación de medidas contenidas en estos dos tratados como la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Vega, 2010, pág. 51).

De todos modos, la Ley 23 y la Ley 44 no previeron los sucesos y transformaciones que se avenían con la era digital y el Internet como se estudió en el capítulo primero de esta tesis, es más para este momento estos acontecimientos estaban pasando y se discutían a nivel internacional²²⁹. Ante este panorama el legislador, a pesar de estar adherido a los principales tratados sobre el tema, no ha expedido nuevas leyes, por lo que Colombia regula sus derechos de autor con normas que tienen más de 20 años que -como se estudió en el capítulo segundo²³⁰- se rigen por el sistema tradicional de responsabilidad civil de la propiedad material.

3.3.A La Decisión Andina 351 de 1993

²²⁸ Sobre las disposiciones contenidas en el Convenio de Berna ir a la sección 1.2.A del derecho de autor en el marco internacional.

²²⁹ Este mismo año, a finales, se expidió el ADPIC y de ahí el posterior surgimiento de los Tratados de Internet de la OMPI.

²³⁰ Ver al respecto, aparte 2.5 sobre responsabilidad por infracciones al derecho de autor.

Profundizando un poco en la constitución y funcionamiento de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) -a la que, como se ha dicho, pertenece Colombia-, esta es una comunidad que nació el 26 de mayo de 1969 con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, que es el tratado constitutivo que fija como objetivo discutir y tomar medidas sobre el desarrollo de la región andina, suramericana y latinoamericana sobre asuntos sociales y económicos (Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, 2016, pág. 3).

La Comunidad Andina está conformada por órganos e instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración en donde cada país integrante –Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador- tiene una representación con la finalidad de que las decisiones sean conjuntas y se asimilen al funcionamiento de un estado. Dentro de este sistema las directrices y normativas se concretan por medio de decisiones y resoluciones (Comunidad Andina, 2016).

De esa forma, hay decisiones en temas económicos como la Decisión 093 de 1975 de Comercialización Agropecuaria o la Decisión 748 de 2007 sobre la Creación del Comité Andino de la micro, pequeña y mediana empresa (CAMIPYME) y en asuntos sociales, la Decisión 287 de 1991 sobre Comercio Intrasubregional con relación a la epidemia del Cólera²³¹. En el régimen de Propiedad Intelectual se encuentra por ejemplo, la Decisión 776 de 2013 de la Agenda andina de ciencia y tecnología y la Decisión 344 de 1993 de propiedad industrial.

Por su parte, la Decisión Andina sobre el Régimen Común de Derechos de Autor y Derechos Conexos -Decisión 351 de 1993-, como se ha venido analizando, además de desarrollar los asuntos generales sobre este tópico, también tiene algunos artículos concernientes a las infracciones a los derechos de autor y la determinación del daño cuando ocurren.

²³¹ Todas las decisiones de la Comunidad Andina se encuentran consignadas en página oficial de la misma: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>.

En su artículo 57²³², faculta a la autoridad nacional competente a que dentro de un juicio por vulneración al derecho de autor, decrete una reparación o indemnización adecuada por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la contravención y determine las sanciones penales equivalentes que se apliquen a delitos de similar magnitud. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto a este artículo, ha señalado que en caso de presentarse una infracción, la tutela resarcitoria persigue la compensación económica de la víctima por la lesión, a través de una restitución o reparación del objeto o de la indemnización (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 33-IP-2008).

Siguiendo la idea consignada por la Comunidad Andina, la anterior disposición pone en manifiesto que las autoridades competentes, en este caso los jueces de la jurisdicción ordinaria, deben disponer una indemnización al titular/autor con el fin de compensarlo y repararlo por los daños que ha sufrido, aunque no llega a determinar exactamente cómo debe hacerse, se reitera la función reparadora que debe cumplir la determinación del daño por infracciones al derecho de autor. Retomando nuevamente lo dicho por el Tribunal, señala que el daño es el presupuesto de la tutela judicial efectiva ya que, regido por el principio de reparación integral²³³, la víctima recibirá una indemnización acorde a la falta del ejercicio del derecho o derechos infringidos (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 33-IP-2008).

Para recrear cómo ha sido interpretado el artículo 57 de la Decisión, es preciso hacer remisión al Fallo No.1-2015-34057 de 19 de agosto de 2016 de la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de autor. Antes de entrar en el

²³² Artículo 57. La autoridad nacional competente podrá asimismo ordenar lo siguiente: a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido; c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción al derecho; d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

²³³ Sobre el principio de reparación integral se sugiere ver la sección 2.3.A sobre la clasificación del daño.

estudio del caso, es pertinente aclarar que esta decisión judicial emana de las facultades otorgadas por el artículo 24 del Código General del Proceso²³⁴ a la Dirección Nacional de Derechos de autor para conocer de procesos jurisdiccionales de carácter civil sobre derechos de autor y derechos conexos.

Ahora, siguiendo con el caso, a grande rasgos, este asunto versa sobre la indemnización de los daños morales sufridos por el maestro Gabriel Antonio Calle Arango a causa de la destrucción su obra artística “tipo mural” que se encontraba ubicada en el Centro Comercial San Diego P.H sobre el costado occidental de la Avenida El Poblado.

El demandante, el maestro Gabriel Calle, reclama que, debido a la destrucción del muro donde se encontraba plasmada la obra de su autoría, esta se vio destruida y por tanto se vulneró su derecho moral a la integridad²³⁵. Al respecto, invoca la acción de responsabilidad civil extracontractual contenida en el artículo 2341²³⁶ y solicita, entre otras cosas, que se condene a la parte demandada, el Centro Comercial San Diego P.H., al pago de una indemnización por concepto de daño moral²³⁷.

En la parte resolutive de la Sentencia, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, declara la vulneración del derecho moral de integridad, en el sentido que, según el literal C del artículo 11 de la Decisión Andina 351²³⁸, al destruirse la obra sin la autorización del autor no se respetó su derecho de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de esta.

²³⁴ Artículo 24. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: (...) 3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual: a) La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial. b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos.

²³⁵ De los derechos morales revisar los apartes 1.2.A.1.1 de los derechos morales y 1.2.A del régimen legal del derecho de autor en Colombia.

²³⁶ Sobre la transcripción del artículo se recomienda ver pie de página 122.

²³⁷ Ver al respecto sección 2.3.A.2 sobre el daño moral.

²³⁸ Véase pie de página 65 para revisar el texto del artículo.

Como consecuencia, se condena al demandado al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de los daños morales causados por la vulneración del derecho moral de integridad. La Subdirección, tomando como referencia el artículo 57 de la Decisión 351 que ordena la reparación adecuada de los perjuicios, indica que -a pesar que el daño moral en la jurisprudencia no estipula parámetros para determinarlo- el valor estipulado se justifica en que el mayor perjuicio que pudo haber sufrido el autor es la destrucción de su obra y que por la destrucción de esta también se vio afectada su reputación y estado emocional.

Sobre otra de las pretensiones del demandante, que consiste en que el demandado reconstruya la obra, la Subdirección señala que no es posible que el Centro Comercial lo haga ya que el muro donde se encontraba esta fue destruido y en todo caso, debido al carácter original y artístico de la obra, únicamente el autor podría volver a plasmarla. Aquí, como se evidencia, no es posible la restitución del bien, es decir de la obra, de la que hace mención en artículo 57 de la Decisión.

Analizando este fallo, es oportuno hacer dos precisiones. Primero, dado que el Código Civil colombiano y las leyes de derecho de autor no tiene parámetros normativos para determinar el monto del daño moral, como se estudia en los siguientes apartes, pero ante la obligación del juez de fallar el caso, la Subdirección -procurando que la sentencia sea razonable y justa- debe abogar a todas las circunstancias que fueron presentadas como pruebas para tasarlo, tales como el derecho moral de autor que fue vulnerado, el vínculo emocional del autor con la obra y las repercusiones negativas que sufrió el demandando sobre su prestigio y decoro al ser destruida la obra.

Como segunda y última precisión, si bien el artículo 57 de la Decisión 351 sirve de principio orientador para determinar el daño, en el sentido que le indica al juzgador que todo

perjuicio ocasionado al derecho de autor debe ser reparado, se evidencia que si existieran criterios de determinación del monto del daño -tanto moral como patrimonial- las indemnizaciones estarían basados sobre estándares razonables respecto al perjuicio sufrido por el demandante.

Continuando con la Decisión 351, el artículo 56²³⁹ señala que las medidas cautelares, además de consistir en el cese de la actividad infractora, pueden implicar la incautación o secuestro preventivo de, entre otros, la mercancía. Sobre estas medidas, el Tribunal Andino las justifica tomando como punto de partida que dentro del proceso civil, entre el momento de la lesión del derecho hasta que es resarcido, pueden existir riesgos que materialicen o consoliden el daño y por esta razón, hay necesidad de prevenir estos riesgos a través de una tutela instrumental y provisional que proviene de la valoración, en términos de probabilidad, del derecho invocado y la lesión (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 165-IP-2004).

Como se observa, las medidas cautelares tienen como fin inhibir el daño y prevenir que siga la vulneración a los derechos y es la autoridad nacional competente la que puede ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita según los procedimientos civiles internos (Sentencia Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 20 IP-2007).

3.3.B Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor

La Ley 23 no hace mención alguna sobre los criterios de determinación del daño en infracciones al derecho de autor, sin embargo, presenta indicaciones sobre el

²³⁹ Artículo 56. La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes: a) El cese inmediato de la actividad ilícita; b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión; - 14 - c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

procedimiento civil que debe llevarse a cabo ante infracciones de este tipo y la clase de juez que tiene que conocer la acción. También cuenta con algunas medidas cautelares que procuran la prevención y terminación de la conducta ilícita cuando esta está ocasionando un daño.

Para comenzar, el artículo 238²⁴⁰ otorga la posibilidad al autor/titular del derecho a solicitar el resarcimiento y reparación del daño causado a través de un proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil. Es decir, que el agotamiento de la acción penal no impide la posibilidad de recurrir a la acción civil y viceversa.

Sobre la responsabilidad civil, que es la que atañe a este trabajo, el Capítulo XVIII del proceso ante la jurisdicción ordinaria, señala un procedimiento para resolver las controversias de este tipo y plantea que los jueces civiles ordinarios tienen competencia para conocer de estos. El artículo 242²⁴¹ remite a la jurisdicción civil ordinaria para dirimir los conflictos en materia de derecho de autor, sin importar si son de responsabilidad contractual o extracontractual y que en caso de subsistir ambos tipos pueden ser acumulables según el artículo 206 del Código General del Proceso²⁴².

En este sentido, sobre la finalidad del artículo 242, la Corte Constitucional señala que es determinar cómo deben abordarse procesalmente los conflictos que tienen motivo en las disposiciones de la ley o en las consecuencias de los actos y hechos jurídicos con derechos

²⁴⁰ Artículo 238. La acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por la infracción de esta Ley puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil competente, a elección del ofendido.

²⁴¹ Artículo 242. Las cuestiones que se susciten con motivo de esta Ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria.

²⁴² Artículo 206. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación (...).

de autor, o que se susciten con motivo del pago de los honorarios, por presentación y ejecución pública de obra y las obligaciones consagradas (Sentencia Corte Constitucional C-1118 de 2005).

Ahora bien, concretamente en los casos de responsabilidad contractual se puede reclamar la indemnización de perjuicios causados -aunque no dice cómo tasarlos- por vía civil por medio de una acción de resolución contractual que está contenida en el artículo 1546 del Código Civil²⁴³ siempre y cuando haya una vulneración efectiva de un derecho de autor. La víctima también puede acudir al proceso verbal sumario previsto en el artículo 243²⁴⁴ que supone una acción más idónea y eficaz pues además de ser un proceso verbal tiene una sola instancia, lo que quiere decir que es más corto.

De la falta de claridad sobre la forma cómo debe tasarse el monto del daño, la Corte Constitucional indica que el juez debe hacer lectura del artículo 242 de la Ley 23 de 1982 según los criterios de equidad, proporcionalidad y racionalidad (Sentencia Corte Constitucional C-523 de 2009) pues así no cuente con más reglas tiene la obligación de fallar.

Más adelante los artículos 245 y 246²⁴⁵ revelan las medidas cautelares que a su disposición las partes pueden solicitar con la finalidad de cesar y prevenir daños. En virtud del principio de eficacia de la justicia, estas tienen la imposición legal de prestar caución para cubrir los

²⁴³ Artículo 1546 del Código Civil. Véase pie de página 170.

²⁴⁴ Artículo 243. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los jueces civiles municipales, conocerán, en una sola instancia y en juicio verbal las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios; por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de esta Ley.

²⁴⁵ En el artículo 245 las partes pueden solicitar al juez para que interdicte o suspenda la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras, que se van a representar, ejecuta o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor; el artículo 246 afirma que para que procedan las medidas cautelares se requiere que quien la solicita afirme que ha demandado o va a demandar a la persona contra la cual dicha medida se impetra por actos y hechos jurídicos vinculados con el derecho de autor.

eventuales perjuicios que se puedan ocasionar con una infracción (Sentencia Corte Constitucional C- 1118 de 2005). Cabe, por ejemplo, la medida para que se decrete el secuestro preventivo de la obra, la producción, ejecución, edición y ejemplares o el producido de la venta y alquiler de esta. También es posible una medida de este tipo en un proceso cautelar sin demanda en el que se le solicita al juez la interdicción o suspensión de la obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes.

En el caso de perjuicios que emanan de responsabilidad extracontractual, el mismo Capítulo XVIII faculta a la víctima a formular procesos ejecutivos para el cumplimiento de una prestación relacionada con un acto o hecho que vulnere alguno de estos derechos. Será necesario contar con una obligación clara, expresa y exigible para que proceda la acción, como una sentencia de condena o un acta de conciliación prejudicial (Plata, 2010, pág. 85).

Si se busca la imposición de una condena de declaración judicial de un derecho o una nueva situación jurídica, deberá adelantarse un proceso sumario en el que tendrá competencia el juez que determine el Código General del Proceso según la cuantía y el trámite de la demanda, en concordancia con los artículos 251 y 252²⁴⁶.

Como señala la Corte Constitucional, la idea del Capítulo XVIII es estipular previsiones normativas de carácter procedimental, que en algunos casos son facultativas para las partes como las medidas cautelares, con el fin de hacerle frente a las controversias que se suscitan en derechos de autor y derechos conexos.

3.3.C Ley 44 de 1993 por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982

²⁴⁶ Los artículos 251 y 252 anuncia que los requisitos de la demanda serán los estipulados en el Código del Proceso y que admitida la demanda correrá el mismo curso del procedimiento verbal.

A diferencia de la Ley 23, la Ley 44 en su artículo 57²⁴⁷ señala los criterios para determinar los daños materiales causados por el hecho infractor. De manera general, estos son: el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.

El primer criterio es el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. Es oportuno mencionar que la valoración se realiza a partir del precio que tienen los ejemplares piratas²⁴⁸ y no el que tienen los ejemplares originales. Además, el monto será medido a partir de la cantidad de ejemplares existentes y no sobre la cantidad de dinero que obtuvo el infractor (Plata, 2010, pág. 171).

La anterior valoración, al tener en cuenta el precio comercial de los ejemplares piratas -que es inferior al precio de las copias legítimamente compradas- desconoce tanto el costo que paga quien obtiene las licencias para poder explotar económicamente la obra, como el valor que tiene la obra en el mercado. Igualmente olvida que no puede equipararse la calidad material de la obra original²⁴⁹ con la ilegal pues generalmente la primera es mejor, sobre todo cuando se habla de soportes materiales de la obra como la copia ilegal de un libro o la réplica de una obra de arte.

Asimismo, la valoración no es sobre el daño real, ya que no se realiza sobre las utilidades o beneficios percibidos por el infractor, sino sobre el valor comercial de los ejemplares reproducidos o producidos ilícitamente (Plata, 2010, págs. 171-172). Esto quiere decir que

²⁴⁷ Artículo 57. para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta: El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.

²⁴⁸ Sobre la definición de piratería, ver al respecto el pie de página 83.

²⁴⁹ Recuérdese que la originalidad es una característica determinante para la protección de la obra. Sobre el alcance de la protección de la obra original ver *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond (2a ed.)* (Ricketson & Ginsburg, 2006, pág. 404).

la valoración del daño no es del todo congruente –según la teoría de la causalidad adecuada²⁵⁰ - pues no hay relación directa entre los beneficios del infractor generados por la conducta ilícita, respecto al daño ocasionado, como podría ocurrir cuando son más las copias que ya han sido vendidas que las que son encontradas en manos del infractor.

Tal vez la justificación del legislador para esta tendencia es que puede existir dificultad para probar la cantidad de copias que se vendieron y que existen al momento del juicio sobre todo si no se decretaron medidas cautelares antes o durante el proceso.

El segundo criterio, es el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado la explotación de la obra. Este criterio hace referencia a los ingresos que dejó de percibir la víctima en caso de que hubiera permitido la explotación de la obra, lo que se refiere al lucro cesante en materia de derecho de autor²⁵¹.

Para que el juez determine el monto del daño deberá tener en cuenta la clase de explotación que fue realizada ilícitamente y a partir de esta, determinar el perjuicio material respecto a los ingresos que habría recibido el autor/titular de haber autorizado dicho uso. Aunque el legislador utiliza el término explotación sin hacer referencia a un derecho en específico, esta clase de tasación del daño no es posible para aquellos derechos morales²⁵² en donde no hay usurpación ilegítima de facultades económicas, como en el derecho de integridad de una obra cuando es mutilada y ya no puede seguir explotándose (Plata, 2010, pág. 172) pues no hay un valor económico que hubiese dejado de percibir el autor/titulares.

²⁵⁰ Sobre la Teoría de la causalidad adecuada se recomienda ver aparte 2.2.A.3.

²⁵¹ Sobre el lucro cesante en derecho de autor ir a la sección 2.4 sobre el daño en infracciones al derecho de autor.

²⁵² Sobre el contenido de los derechos de autor, véase a 1.2.A.1.

El tercer criterio, tiene en cuenta el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, por lo que quien haya explotado la obra por mayor tiempo será castigado con mayor severidad respecto al monto del daño. La dificultad que suscita este criterio es precisar el tiempo durante el cual se llevó a cabo la infracción, sobre todo si es el demandante el que tiene que probar el tiempo de explotación (Matiz, 2002, pág. 15), según las reglas de responsabilidad civil subjetiva²⁵³.

Algunas infracciones, aunque ocurren en un lapso prolongado, no terminan con la obra como la reproducción ilegal de una canción o las copias reproducidas de un libro; mientras que ciertas conductas ilícitas pueden aniquilar o desaparecer a esta por ejemplo la destrucción de una obra de arte sin la autorización del autor²⁵⁴, por lo que este criterio será el adecuado para determinar el monto del daño al momento de indemnizarlo según la clase de infracción que se cometa y el derecho que se vulnere.

Hasta el momento no hay ningún precedente judicial en donde se haga uso de alguno de estos criterios, sin embargo resulta pertinente señalar que el único antecedente judicial en donde se hizo una valoración del lucro cesante y el daño emergente es la Sentencia número 8968 de 1996 del Consejo de Estado²⁵⁵. A *grosso modo*, la sentencia indica que ante toda infracción al derecho de autor se debe indemnizar lo que pudo haber conseguido el titular del derecho de haber explotado la obra en la forma en que lo hizo el infractor o pretendía hacerlo el autor/titular (Botero, 2007, pág. 37).

²⁵³ Sobre la responsabilidad subjetiva, se recomienda revisar la sección 2.2.A.2.

²⁵⁴ Sobre las conductas que constituyen infracciones, se recomienda ver la sección 2.5.A.1 sobre la conducta ilícita en infracciones al derecho de autor.

²⁵⁵ “(...) a falta de prueba en contrario, se parte de que las estampillas fueron vendidas en su totalidad entre la fecha de emisión y la de presentación de la demanda y en consecuencia se estima que desde esta última fecha el actor tenía derecho a recibir la suma así liquidada (...)” Consejo de Estado. Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera 11 de marzo de 1996. Magistrado Ponente. Juan de Dios Montes, expediente No. 8968.

En este caso, el Tribunal decidió sobre la acción de reparación directa por falla en el servicio debido al uso no autorizado, por parte de la Administración Postal Nacional, de una imagen sobre una obra pictórica en las estampillas de correo. Para indemnizar los perjuicios el Consejo tuvo en cuenta el valor de las estampillas vendidas y el monto que hubiera obtenido el titular de la obra en caso de haber pactado un contrato de edición - regulado por la Ley 23 en el Capítulo VIII²⁵⁶- con la entidad desde la fecha de emisión de las estampillas hasta que fue presentada la demanda.

Como última anotación, la valoración del daño no fue totalmente razonable debido a que se realizó sobre el ingreso que pudo recibir el titular de haber autorizado la explotación de la obra bajo la presunción de regalías en un contrato de edición, aun cuando – si se hubiese celebrado un contrato- este no sería de esta naturaleza, además, este no es un caso de incumplimiento contractual sino de daño que emana de una relación extracontractual.

Frente a la falta de sentencias judiciales acerca de la forma cómo deben emplearse los criterios de la Ley 44, no hay claridad sobre si son de aplicación excluyente entre ellos, o si por el contrario, podrían designar dos o tres al tiempo. Si se tiene en cuenta que por la naturaleza de los criterios, algunos de ellos no son viables en todos los casos y que dado que el demandante debe formular de forma clara sus pretensiones – lo cual incluye las pruebas y la estimación de los perjuicios- en la demanda, será éste quien decida cuál de estos es el más conveniente para que se cese y resarza el daño.

3.3.D Los criterios de determinación del daño material en infracciones a los derechos de autor en entornos digitales

²⁵⁶ Artículo 106. En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados.

En estos días, el intercambio de cualquier archivo con información en Internet es mucho más fácil y menos costoso. Los intercambios pueden realizarse a través de programas informáticos -como el P2P (*Peer to Peer*)- que permiten a los usuarios descargar archivos digitales de todo tipo (León & Varela, 2015, pág. 7) que, a su vez, son susceptibles de ser compartidos de un computador a otro por medio de sistemas de mensajería o telefonía instantánea como *Messenger* o *Skype* (Bauwens, 2008, pág. 24).

Los intercambios en Internet y otros escenarios como el desconocimiento sobre la distinción entre los materiales que se encuentran en acceso abierto²⁵⁷ o no, y la exposición de información a través de las redes como *Facebook* o *Instagram* son algunos contextos en los que se pueden vulnerar los derechos de autor de quienes los ostentan²⁵⁸.

Como se estudió en el capítulo primero²⁵⁹, todas las operaciones y contextos explicados conllevan un cambio en el paradigma de la protección del derecho de autor, pues existen diferencias entre la protección de la obra que se encuentra en medios análogos, en relación con aquella que está a disposición en medios digitales. Entre esas diferencias se encuentra la falta de vinculación de la obra a un objeto material para que sea más claro cuando nace la protección jurídica o la vulnerabilidad de los derechos de autor desde el mismo momento en que se hospeda una obra en un servidor de Internet.

Debido a la ausencia que hay en Colombia de un sistema de responsabilidad civil propio para las infracciones al derecho de autor y menos que tenga en cuenta las actividades que

²⁵⁷ “El acceso abierto indica la posibilidad de utilizar recursos digitales tales como datos, resultados de producción científica, material educativo o manifestaciones culturales, sin pago alguno, por instrumentos tecnológicos (interoperables y en formatos estándares que varían según los requerimientos que se van construyendo o desarrollando para cada tipo de recurso) que adicionalmente también cuentan con los permisos o características legales que consienten su publicación y circulación en la red” (Arencibia, 2006, pág. 3).

²⁵⁸ Sobre las infracciones a derechos de autor más comunes que tienen lugar en Internet estudiar *Intellectual Property Law Damages and Remedies (Intellectual Property Series litigation Series)* (Ross, 2016).

²⁵⁹ Se recomienda ver la sección 1.3.B sobre los cambios efectos del derecho de autor en la era digital.

se realizan en Internet, los presupuestos para imputar el daño serán los mismos que se utilizan para los medios análogos, que al mismo tiempo tienden a regularse bajo los presupuestos generales de la responsabilidad civil en el derecho común (Plata, 2010, pág. 159). Se debe demostrar el detrimento, el elemento subjetivo que acompaña a la conducta ilícita y el nexo causal²⁶⁰, componentes sobre los cuales fueron instaurados los criterios de determinación del daño material de la Ley 44 de 1993.

De manera general, los inconvenientes para la imputación de responsabilidad bajo la determinación del monto del daño material en que se basa en la responsabilidad subjetiva emanan de la auto-regulación de las redes y de sus participantes, ya que probar los elementos de esta -y por tanto determinar el daño-, es más difícil cuando una sola conducta ilícita involucra la vulneración de varios derechos de autor que deben ser apreciados separadamente o cuando la delimitación temporal y espacial de dónde se cometió la infracción no es determinable²⁶¹.

Lo anterior se puede recrear recordando por ejemplo, la superposición de los derechos de autor y/o titulares²⁶² en Internet, en donde se vulneran varios derechos de una sola actuación ilegal que puede involucrar una acción en corto lapso o una que se prolonga en el tiempo (Lemley, 1997, pág. 549).

Piénsese, respecto a lo anterior, en los casos en que se reproduce y comparte por una red social, sin autorización del titular y/o autor, información que es protegida por derechos de autor. Este acto en medios análogos implicaría únicamente la vulneración del derecho de reproducción, mientras que en entornos digitales representa infracción de derechos como

²⁶⁰ Al respecto, revisar aparte 2.5 sobre la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor.

²⁶¹ La mayoría de infracciones al derecho de autor que ocurren en entornos digitales se relacionan con la licitud en las difusiones de contenidos protegidos por derecho de autor y las condiciones en que se efectúan; el pago en las remuneraciones originadas por las repetitivas explotaciones de la obra y las responsabilidades en el flujo de la información protegida (Lipszyc, 2004, pág. 246).

²⁶² Sobre la superposición de los derechos de autor, ver secciones 1.3.A sobre la era digital e Internet y 1.3.B de los cambios y efectos del derecho de autor en la era digital.

el de reproducción y comunicación pública, en donde no es claro si un derecho es consecuencia del otro o si la infracción no podría realizarse sin que haya la vulneración de los dos derechos.

Adicionalmente, las interacciones por medios digitales no son simples actos de comunicación, sino que implican el almacenamiento, reproducción y distribución de contenidos que están protegidos por el derecho de autor y, en esta medida, la no autorización de uso de la obra puede desencadenar una serie de conductas ilícitas como la reproducción no autorizada, puesta a disposición de la obra por medios electrónicos (Obón, 2009, pág. 116), hasta romper medidas tecnológicas de protección.

Aterrizando el asunto, en los escenarios de responsabilidad extracontractual²⁶³ -que son los más comunes en infracciones al derecho de autor en Internet- la responsabilidad civil se genera con la distribución de obras por medio de blogs, redes sociales, chats y mensajería sms/mms sin autorización del autor/titular como si fuese práctica común del comercio y dado que tampoco existe ningún vínculo legal entre el usuario y el autor/titular es más difícil determinar el daño (Schuster, 2008, pág. 20).

Específicamente, para la determinación del monto del daño en circunstancias como las anteriores, se tendrá que recurrir al artículo 57²⁶⁴ de la Ley 44 de 1993 que establece los elementos legales con los que actualmente cuenta el juez para determinar el monto del daño en derechos de autor que son el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita. Como

²⁶³ Es también controversial el tema sobre los proveedores de servicios y contenidos en Internet y el régimen de responsabilidad indirecta que debe aplicárseles, sin embargo este tópico rebasa el objeto de la investigación que se refiere al daño material en aquellas infracciones de responsabilidad extracontractual en derechos de autor que ocurren en entornos digitales. Sobre el tema, revisar *Indirect Liability for Copyright Infringement: An economic perspective en Harvard Journal of Law and Technology Vol. 16 No. 2, 395-411 (Lichtman & Landes, 2003)*.

²⁶⁴ Transcripción textual del artículo en pie de página 247.

se verá en las próximas líneas estos criterios presentan algunas dificultades al momento de incorporarlos en medios digitales.

Por ejemplo, el criterio del artículo 57 sobre el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, no es viable para el demandante si la reproducción de la obra se hizo de forma gratuita y el infractor no generó ingresos de la conducta ilícita -lo que es muy común en Internet- debido a que no es posible saber el valor que hubiere derivado el titular de haber autorizado el uso, y por tanto, la imposición de la indemnización no estaría acorde con el daño.

En el caso de que el infractor haya generado ingresos por la conducta ilícita, este monto no se equipara al valor de la comercialización de la obra original si se tiene en cuenta que la digitalización de las obras hace que estas se copien y reproduzcan a muy bajos costos. En este caso, la función disuasiva de la responsabilidad no se cumple.

En el criterio del valor que hubiese obtenido el titular al autorizar la explotación de la obra, es decir, el lucro cesante, la determinación del monto del daño no sería idónea si se considera que en Internet es complicado saber las clases de uso o usos ilegales que se hicieron sobre la obra, y este punto es determinante para tasar los ingresos que habría recibido el autor/titular de haber autorizado dicha utilización. Esto sucede a menudo cuando se comparten archivos musicales o imágenes; en el caso de una canción o fotografía estas pueden ser transformadas, fragmentadas y compartidas sin autorización del autor/titular muchas veces una vez se difunde en Internet (Esteve, 2006, pág. 17).

Lo mismo ocurre con el criterio que considera el tiempo durante el cual se efectuó la explotación luego que las operaciones en Internet son muy rápidas, y en muy poco tiempo se pueden vulnerar varios, de diferentes formas y muchas veces derechos de autor.

Las dificultades antes mencionadas podrían entenderse mejor con un caso por infracciones al derecho de autor a través de los sistemas de P2P (*Peer to Peer*). Estas se presentan generalmente cuando se hace intercambio y montaje de archivos digitales que contienen obras o prestaciones protegidas por derechos de autor y/o derechos conexos, como música, videos, *software*, fotografías y textos, sin la autorización del autor/titular (Ribera, 2009, pág. 38).

Dado que en estas redes de intercambio no existen servidores centrales y los clientes que se conecten entre ellos actúan cada uno como servidor y cliente (Varela, 2009, pág. 32 y ss), es muy difícil rastrear los usos ilegales que se hacen, las veces que se hacen y el lugar geográfico donde se llevan a cabo. Ahora, si bien no todo intercambio que se hace a través de esta red infringe los derechos de autor por estar la obra bajo dominio público, cobijado bajo una excepción o limitación, o incluso estar sujeto el intercambio a el pago de una licencia o precio²⁶⁵, lo cierto es que la mayoría de las descargas e intercambios por P2P se hacen sin ningún reconocimiento del autor y menos pagando una remuneración (Ribera, 2009, pág. 38).

En este caso, las trabas para determinar el monto del daño según el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, estarían en fijar cuantos actos ilícitos de reproducción se hicieron o cuantas copias ilegales se encuentran navegando en Internet. Lo anterior evidencia que la legislación en Colombia únicamente tuvo en cuenta la función reparadora de la responsabilidad civil²⁶⁶ y que, por otro lado, el sistema de responsabilidad civil subjetiva no es idóneo cuando se trata de infracciones al derecho de autor en Internet.

Únicamente a modo de información, existen un sinnúmero de estudios que se han realizado en países con similar sistema de determinación del monto del daño al de

²⁶⁵ Sobre conductas que no generan responsabilidad en el derecho de autor, se sugiere revisar aparte 2.5.A.1 de la conducta ilícita en derechos de autor.

²⁶⁶ Sobre las funciones de la responsabilidad civil, Véase sección 2.4.

Colombia en donde no se ha podido controlar las infracciones al derecho de autor en Internet, por lo contrario, siguen en aumento. Esta situación evidencia que el sistema actual presenta fallas.

Por ejemplo, según la Federación para la defensa de la Propiedad intelectual (FAB) de España en el estudio realizado en el año 2014 por el Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, el acceso ilegal digital -valorado en volúmenes- corresponde a 4.455 millones de contenidos pirateados que equivalen a un aproximado de 23.265 millones de euros (Jimenez, Borja, & Palao, 2015, pág. 12).

El estudio de *American Chamber of Commerce of Mexico* (AMCHAM) y el Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC) del año 2015 titulado “Estudio sobre la piratería: El mercado sombra en México” concluyó que en el año 2014, el mercado sombra de la piratería supuso para el país una pérdida de más de \$2.600 millones de dólares, sin contar el valor de las mercancías confiscadas, las pérdidas de empleo y de ingresos y los impactos en la salud y la seguridad de los consumidores (Organización mundial de la propiedad intelectual, 2015, pág. 3).

La investigación concluye que el impacto por la piratería equivale a más del 28% del presupuesto total de 2015 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), 34 veces más que el presupuesto de 2015 del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) y una pérdida de ingresos de poco más \$363,9 millones de dólares en concepto del impuesto al valor agregado (IVA) (Organización mundial de la propiedad intelectual, 2015, pág. 3).

Por último, la investigación de la Alianza contra la Piratería de Televisión Paga sobre la situación de la piratería de la Televisión en Suramérica de enero de 2016 señala que en el año 2015, durante un mes, aproximadamente 8.7 millones de usuarios de Latinoamérica

realizan un promedio de 30 visitas a los 20 sitios principales de P2P lo que equivaldría a casi 379 millones de horas de TV lo que ocasiona una pérdida de \$4.5 dólares por hora (Alianza contra Piratería de Televisión Paga, 2016, pág. 3).

El estudio colige que a medida que se genera un aumento en los índices de acceso a Internet y en sus velocidades, los titulares de derechos se topan con niveles de uso ilegal aún más elevados, sin que se verifique un cambio significativo en relación a las actitudes del público con respecto a la piratería (Alianza contra Piratería de Televisión Paga, 2016, pág. 44 y ss).

3.4 El ADPIC y el TLC con Estados Unidos y su compatibilidad con los criterios de determinación del monto del daño material de la Ley 44 de 1993

Como se anunció, las leyes que regulan temas sobre infracciones al derecho de autor en Colombia tienen más de 20 años y dada su antigüedad estas no desarrollan algunos temas y directrices referidos en los Tratados sobre Internet de la OMPI o lo consagrado en el ADPIC²⁶⁷, como sucede en lo concerniente a la determinación del daño en infracciones al derecho de autor. Además de lo anterior, el TLC²⁶⁸ que entró en vigor bajo la Ley 1143 de 2007 hasta el momento no ha sido regulado por el Estado colombiano en temas de derechos de autor, a pesar de la obligación que contrajeron las partes de asumir los compromisos que ahí se adquirirían.

Alrededor de los criterios de determinación del monto del daño en propiedad intelectual, tanto el ADPIC²⁶⁹ como el TLC con Estados Unidos contemplan ciertos criterios que no se

²⁶⁷ Sobre la no obligatoriedad del Tratado a los ordenamientos internos, el artículo primero hace la recomendación a los Estados para que procuren sistemas de protección de derechos de autor adecuados y eficaces. Véase al respecto pie de página 206 sobre transcripción del artículo.

²⁶⁸ El artículo 16.1 de las disposiciones generales en propiedad intelectual dice: "Cada parte, como mínimo, aplicará este capítulo (...).

²⁶⁹ Sobre procedimientos civiles y la observancia de los derechos de autor, véanse los artículos 41, 45, 46 y 50.

encuentran en la legislación colombiana por las razones ya mencionadas, por lo que resulta interesante entender qué tan compatibles son estas con las normas de derecho de autor internas en Colombia, teniendo en cuenta que se rigen por la responsabilidad civil tradicional, como se estudió en el capítulo anterior, y que además no se ajustan a la realidad del derecho de autor en el mundo digital.

De los criterios establecidos en los dos instrumentos pueden identificarse los siguientes: primero, el resarcimiento adecuado respecto al daño causado; segundo, determinación del daño según los beneficios obtenidos por el infractor; tercero, el sistema de daños preestablecidos y por último, aunque que no es novedoso en el sistema legal colombiano, el pago de los gastos del titular durante el proceso por parte del infractor.

La pretensión de este parte de la investigación doctoral es tomar los criterios y directrices del ADPIC y del TLC con Estados Unidos antes mencionados sobre la determinación del daño material por infracciones al derecho de autor y observar en que se diferencian con la normatividad interna de Colombia que posee dificultades a la hora de tasarlo cuando se trata de infracciones a los derechos de autor, sobre todo en Internet.

3.4.A Del resarcimiento adecuado

Tanto el ADPIC en el artículo 41²⁷⁰ como el TLC en el numeral 1 del artículo 16.11²⁷¹ señalan que el resarcimiento del daño debe ser adecuado respecto a la violación de los derechos que se infringieron. Lo anterior quiere decir que debe haber una relación directa entre el derecho infringido y la reparación del daño.

²⁷⁰ Transcripción del artículo 41 del ADPIC en pie de página 208.

²⁷¹ Pie de página 218 sobre el artículo 16.11.1 del TLC con Estados Unidos.

Este criterio en el artículo 45 del ADPIC tiene en cuenta el elemento subjetivo de la conducta, pues el artículo prevé que es necesario que el infractor haya sabido o haya tenido razones suficientes para saber que estaba cometiendo una conducta ilícita²⁷². Por su parte el TLC no contempla el conocimiento de que se está realizando una infracción como elemento para imputar la responsabilidad²⁷³ -tal como ocurre en la Decisión 351²⁷⁴ - por lo que el juez deberá valorar únicamente la infracción en relación con el daño para determinar la indemnización.

Sobre lo estipulado en el ADPIC y la Decisión 351 es pertinente señalar que hay un distanciamiento sobre el tratamiento del elemento subjetivo para poder imputar la conducta ilícita. Mientras el elemento subjetivo de la conducta es necesario en los casos de responsabilidad civil de la propiedad material para imputar el daño según el sistema normativo de Colombia, el TLC y la Decisión Andina no lo tienen en cuenta, acercándose más a la responsabilidad objetiva²⁷⁵.

En contraste, el ADPIC en el primer numeral del artículo 45 utiliza el componente subjetivo para la graduación de la pena -en el entendido de que si el infractor tenía conocimiento de que estaba cometiendo una actividad ilícita- mayor será la indemnización. Sin embargo, este elemento no es relevante en cuanto la imputación pues aquí también solo será necesario el nexo entre conducta ilícita y daño para que haya responsabilidad.

3.4.B Beneficios obtenidos por el infractor

²⁷² Primer párrafo del artículo 45. Ver pie de página 209 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁷³ Apartado 16.11.7.i Véase pie de página 219 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁷⁴ Primer numeral del artículo 57. Ver pie de página 232 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁷⁵ Sobre responsabilidad objetiva ir a sección 2.2.A.2.

El artículo 45 del ADPIC en su segunda parte faculta a las partes para que concedan reparación “por concepto de beneficios²⁷⁶” con independencia de si se actuó con buena o mala fe, el TLC señala en el artículo 16.11.7.ii que además de una indemnización adecuada el demandante estará facultado para solicitar las ganancias obtenidas por el infractor que no fueron tenidas en cuenta en el momento de calcular el monto del daño²⁷⁷.

De acuerdo con la transcripción de los artículos inmediatamente señalados, el pago por concepto de los beneficios obtenidos por el juez es una imposición adicional -como forma de castigo- al concepto de indemnización según los criterios establecidos ya que bien señala el artículo del TLC que las ganancias no serán las que se tuvieron en cuenta al momento de calcular los perjuicios y el ADPIC lo reafirma al consagrar que la reparación se hace en razón a los beneficios reconocidos previamente.

Según Solarte (2016, págs. 41, 42 y 43) en la restitución de los beneficios por ocasión del ilícito lucrativo de los artículos del TLC y del ADPIC no hay responsabilidad civil sino enriquecimiento sin causa²⁷⁸ ya que no se estudia la conducta ilícita o el nexo causal, es más, no importa la relación entre el agente y la víctima en la medida que sólo se observa la relación daño - enriquecimiento y su determinación no tiene relación directa con los daños ocasionados al perjudicado.

Esta posición toma relevancia ya que podría ser la forma de incorporarse este criterio dentro del sistema de responsabilidad en Colombia respecto a derechos de autor, pues esta figura fue diseñada para restablecer el equilibrio patrimonial roto injustificadamente, corregir posibles situaciones injustas y reprender a quien se enriqueció para que en el futuro se abstenga de actuar de igual forma (Sentencia Consejo de Estado Sala plena de lo

²⁷⁶ Segundo párrafo del artículo 45. Ver al respecto, pie de página 209 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁷⁷ Apartado 16.11.7.ii Ver al respecto pie de página 219 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁷⁸ Sobre enriquecimiento sin causa, Véase la sección 2.4.

Contencioso Administrativo, sección tercera No. Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662) de 30 de marzo de 2006) lo que concuerda con los fines ADPIC y el TLC con Estados Unidos.

Siguiendo este mismo argumento y compartiendo la posición de los autores Yzquierdo y Árias (2006, pág. 236 y ss), el enriquecimiento sin causa, al igual que la tasación del daño según los beneficios del infractor, se constituye cuando alguien se enriquece a costa de otro sin que el empobrecimiento que sufre la víctima se materialice necesariamente en forma de daño. En el caso de la propiedad intelectual puede que el daño no exista, sin embargo, el infractor obtuvo un enriquecimiento de la utilización indebida de una obra sin que medie una justificación válida para dicho acto.

Teniendo en cuenta que aún no hay fallos en donde se haya sancionado a un infractor a los derechos de autor bajo la figura de enriquecimiento ilícito y este criterio tampoco existe en el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, esta indemnización sobre los beneficios obtenidos por el infractor constituye una novedad dentro del sistema de responsabilidad civil en derecho de autor en Colombia, en la medida en que actualmente para tasar el daño emergente y lucro cesante es determinante el elemento subjetivo del infractor para que la responsabilidad civil se constituya, mientras que en el caso de la tasación de los beneficios obtenidos por el infractor no es relevante si este conocía que cometía un ilícito.

Si se tiene en consideración que estas disposiciones, como se estudiará más adelante, emanan en su mayoría del sistema de *Copyright*²⁷⁹ que tiene tendencia por la responsabilidad objetiva, cobra sentido que no sea necesario el elemento subjetivo de la conducta ilícita ya que el pago por este concepto se hace a modo de castigo correctivo para disuadir al infractor para que no vuelva a cometer la conducta.

²⁷⁹ De las particularidades del *Copyright* como sistema de protección del derecho de autor, se recomienda ver aparte 1.2.B.

Adicionalmente, si se estudiara el elemento subjetivo de la conducta no sería posible imputar el pago bajo esta premisa ya que las ganancias del infractor no están directamente determinadas por la afectación patrimonial del derecho que se vulnera por lo que -según las reglas de la responsabilidad civil que tiene como fin principal la reparación- la indemnización no es acorde con el daño (Woolcott & Flórez, 2015, pág. 165)²⁸⁰.

Por último, la Ley 44 concierta como criterio de determinación del daño el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación²⁸¹ que en muchas ocasiones es menor a lo que obtuvo el infractor por la conducta ilícita. En la medida que la indemnización no afecta en gran medida al patrimonio del infractor, el pago de los beneficios que obtuvo este constituye más que un criterio de indemnización del daño, una pena para que no se vuelva a cometer la conducta.

Aquí se evidencia la función punitiva con finalidad disuasiva-correctiva de la conducta, que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional²⁸², hace parte de la reparación integral a la que tiene derecho la víctima por ocasión del daño a sus prerrogativas intelectuales.

3.4.C Daños preestablecidos

²⁸⁰ Como señala Woolcott & Flórez (2015, pág. 165) “En otras palabras, la ganancia del infractor no hace que la víctima sufra más o la falta de ganancia del infractor del que comete la infracción no determina que el daño sea menor para la víctima”.

²⁸¹ Para ver transcripción textual del artículo, se sugiere revisar pie de página 247.

²⁸² Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002: “Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”.

Tanto el TLC²⁸³ como el ADPIC,²⁸⁴ establecen las indemnizaciones preestablecidas como una alternativa que tiene el titular del derecho para la indemnización de los daños.

El artículo 16.11.8 del TLC siendo más preciso en la forma como debe incorporarse en la legislación de los Estados contratantes, señala que estas indemnizaciones deben ser acordes a los sistemas de propiedad intelectual de las partes y que las cantidades establecidas como indemnización deben ser suficientes para compensar el daño y disuadir al infractor para que no cometa otra vez la conducta ilícita. De igual forma, el artículo del TLC, en nota al pie de página²⁸⁵, indica que la norma no constituye daños punitivos.

Sobre lo anterior es pertinente comentar que el TLC -al igual que el ADPIC- da cierto margen de libertad para que la legislación colombiana incorpore este criterio de tasación que es relativamente nuevo dentro de los principios generales que orientan la responsabilidad civil por infracciones a los derechos de propiedad material, por ejemplo, hasta el momento en temas de marcas se incorporó el sistema de daños preestablecidos para tasar los daños por infracciones a estas²⁸⁶.

En suma, se esperaría que la ley a incorporarse -dado el margen de discrecionalidad-, especifique asuntos como, primero, cuáles serán los montos máximos y mínimos al momento de la determinación del monto del daño; segundo, los momentos procesales en los cuales la víctima podrá escoger esta clase de indemnización; tercero, si es necesario, que la víctima cumpla con ciertos requisitos procedimentales -como el registro de la obra-

²⁸³ Apartado 16.11.8 Ver pie de página 223 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁸⁴ Según párrafo artículo 45. Al respecto ver pie de página 209 sobre la transcripción textual del artículo.

²⁸⁵ “Para mayor certeza, las Partes entienden que las indemnizaciones preestablecidas dispuestas en este párrafo no constituyen daños punitivos”.

²⁸⁶ En materia de marcas se hizo la incorporación de los daños preestablecidos por medio del Decreto 2264 del 11 de noviembre de 2014. Artículo 1. En virtud de lo establecido por el artículo 3° de la Ley 1648 de 2013, la indemnización que se cause como consecuencia de la declaración judicial de infracción marcaria podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del demandante.

para que sea viable la tasación y por último, si habrá agravantes o atenuantes para pasar la pena tales como la intencionalidad de causar el daño.

Respecto a si los daños preestablecidos tienen carácter punitivo, acogiendo la postura de Pombo & Rengifo (2015, pág. 237), no lo tienen, debido a que esta clase de daños únicamente guardan como finalidad facilitar la función del juez para determinar la cuantía. Los efectos reparadores y disuasivos de la determinación del daño, según este criterio, serán consecuencia de la imposición de una indemnización que busca proteger a la víctima que ha sufrido por la vulneración a sus derechos intelectuales.

3.4.D Gastos del titular del derecho

El segundo inciso del artículo 45 del ADPIC y el numeral 16.11.9²⁸⁷ del TLC prevén que las autoridades judiciales pueden ordenarle al infractor que pague los gastos en los que tuvo que incurrir el titular de los derechos durante el proceso.

Aunque este punto no está definido en la legislación sobre derechos de autor, es coherente con la figura de costas y las agencias de derecho con el Código General del Proceso²⁸⁸ en el que el demandado debe pagar los honorarios efectivos a los que tuvo que incurrir la víctima en defensa de sus derechos.

Ante el silencio de las normas sobre derecho de autor, se asume que el procedimiento que se encuentra en el Código General del Proceso es el que debe guiar los fallos que se desarrollan en casos de responsabilidad civil por vulneración a esta clase de derechos

²⁸⁷ Ver al respecto pie de página 221 sobre la transcripción del artículo.

²⁸⁸ Artículo 57. El agente oficioso del demandante deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que se haga a aquel del auto que admita la demanda. Si la parte no la ratifica, dentro de los treinta (30) días siguientes, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente oficioso a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. Si la ratificación se produce antes del vencimiento del término para prestar la caución, el agente oficioso quedará eximido de tal carga procesal.

(Plata, 2010, pág. 180). Partiendo de lo anterior, la obligación de incorporar en la legislación este punto no constituye una modificación que de manera sustancial vaya a afectar lo que hoy se tiene en la ley.

A modo de conclusión de lo desarrollado en el acápite 3.4, hasta el momento no se han presentado iniciativas que de manera directa regulen los compromisos adquiridos en el TLC por Colombia respecto a la determinación del monto del daño²⁸⁹ y tampoco hay normativas o antecedentes judiciales en donde se haga referencia a la regulación de perjuicios que sugiere el ADPIC.

Si se tiene en cuenta que la falta de elementos de prueba en litigios sobre infracción a derechos de autor o los pocos indicios de que se ha sufrido un daño cuando se ha explotado ilícitamente una obra, obligan a los jueces a que determinen el monto del daño con parquedad o a que simplemente rechacen el reclamo indemnizatorio (Bassó, 2011, pág. 177). La incorporación de los criterios aquí estudiados constituye una herramienta que permite la indemnidad y reparación de la víctima que finalmente es el propósito del principio de la indemnización integral y las funciones de la responsabilidad civil.

²⁸⁹ Han existido cuatro iniciativas para regular temas de derecho de autor en el marco del compromiso adquirido con Estados Unidos mediante el TLC. El primer proyecto de ley fue el 241 de 2011, que pretendía crear incentivos legales para que los proveedores de servicio colaboraran con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenamiento y transmisión no autorizados de materiales protegidos por derecho de autor; además, adicionaba algunos apartes sobre la remoción de contenidos en Internet; y por último, ampliaba la pena para quienes hicieran accesible al público, por medio de una red digital, cualquier material protegido por derecho de autor. El proyecto no fue aprobado en el segundo debate por el Congreso de la República (Cortés, 2013, pág. 2).

El segundo proyecto, el 1520 de 2012, buscaba regular aspectos sobre medidas tecnológicas como la retransmisión de contenidos en Internet, sanciones a quien viole las medidas de seguridad de contenidos protegidos, algunas excepciones y limitaciones, como también la facultad de las autoridades administrativas para acceder a datos personales sin una sentencia judicial. En enero de 2013 dicho proyecto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional debido a vicios de forma.

Un tercer proyecto, el 001 de 2012 conocido como ley de parodia que pretendía regular algunas excepciones y limitaciones al derecho de autor, fue retirada en los primeros debates que tuvo en la Cámara de representantes del Congreso. Para finalizar, el 306 del 2013 versaba sobre los mismos ítems del proyecto de ley 201 y también fue archivado cuando se debatía en el Congreso.

Alrededor de la determinación del daño en Internet parecía que las premisas de la responsabilidad objetiva permitieran que -ya que es casi que imposible impedir los usos de la obra cuando esta se encuentra en Internet- que si hay un aprovechamiento ilegal por parte de terceros, la determinación del daño produzca un efecto disuasivo y preventivo para que el reconocimiento de los derechos de autor no sea meramente formal o teórico (Castellanos, 2009, pág. 155).

3.5 Conclusiones del capítulo

El ADPIC y el TLC firmado con Estados Unidos presentan una serie de criterios de determinación del daño que en su mayoría no corresponden a los que se encuentran delimitados en la Ley 44 de 1993. Existe una obligación legal de que estos se incorporen en la legislación nacional cuando se trata del TLC, mientras que en el ADPIC son facultativas para que Colombia los asuma.

De las particularidades de cada uno de los instrumentos legales que presentan criterios de determinación del daño material se puede establecer que sin importar la forma en que se haga, pretenden que al titular del derecho se le asegure la reparación del daño de la manera más amplia posible y que el infractor no goce de ninguna ventaja ilegítima obtenida y repare el daño de tal modo que el costo de la actividad ilegal elimine las ventajas del proceder ilícito.

Respecto a la Ley 44 de 1993, en el estudio de los criterios del monto del daño material, cuando hay infracciones al derecho de autor en entornos digitales se observa que en muchos escenarios no permite generar la reparación del daño y tampoco se logra disuadir al infractor de cometer nuevamente la conducta, es decir, no cumple con las funciones de la responsabilidad civil.

La mayor dificultad que se evidencia en la determinación del daño en derechos de autor en Colombia -que se basa en la responsabilidad subjetiva- es que los criterios que existen no son suficientes para prevenir los ataques a las obras y/o titulares por parte de los usuarios que muchas veces no tienen en cuenta la naturaleza de los bienes que intercambian en Internet.

Lo anterior, implica que los criterios de responsabilidad civil de determinación del daño no generan un riesgo suficiente al infractor para que respete los derechos de autor en Internet, y así es difícil que la indemnización tenga un efecto preventivo ya que el infractor preferirá infringir cuando sabe que es muy poco posible que pueda probarse la conducta ilícita y el elemento subjetivo y por ende, que llegue a pagar algo por la infracción.

El carácter disuasivo y preventivo de los criterios propuestos por el ADPIC y el TLC con Estados Unidos -en donde solo es relevante la relación conducta ilícita y resultado dañino- parecen ser idóneos para las infracciones a los derechos de autor en entornos digitales si se tiene en cuenta las dificultades que acarrea probar el elemento subjetivo de la conducta ilícita, el nexo causal y la totalidad de los perjuicios ocasionados. Esto se observa en los resultados de las investigaciones en el capítulo referenciadas que muestran que a pesar de existir un sistema de determinación del monto del daño basado en la responsabilidad civil subjetiva, las infracciones a los derechos de autor en muchos casos aumentan.

CAPÍTULO CUARTO
ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA COMO EJEMPLOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE
CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN INFRACCIONES AL DERECHO
DE AUTOR

4.1 Introducción

Hasta este punto, en los capítulos anteriores se ha estudiado que determinar el monto del daño en infracciones al derecho de autor aplicando los criterios y principios generales de la responsabilidad civil en el derecho común, que por regla es subjetiva, no es la forma más óptima, ya que teniendo en cuenta las dinámicas de los entornos digitales, demostrar la conducta infractora y el dolo o la culpa del infractor resulta una ardua tarea bajo estos contextos, al igual que determinar exactamente el monto real de los perjuicios sufridos por el autor o titular de los derechos patrimoniales de autor.

En los casos de responsabilidad objetiva, que se encuentran consagradas en algunos instrumentos internacionales ratificados por Colombia y el TLC firmado con Estados Unidos, únicamente debe verificarse la violación al derecho exclusivo del autor, siempre y cuando pueda probarse el daño, lo que facilita que el autor/titular sea suficientemente indemnizado bajo unos requisitos establecidos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la idea principal en este capítulo es detallar, analizar y presentar alternativas frente aquellas características que emanan de los criterios de determinación del daño material al presentarse infracciones al derecho de autor, que han sido adoptadas por la legislación y la jurisprudencia en España y Estados Unidos, con el fin

de conocer de estos las ventajas y desventajas existentes a la hora de emplearse en los entornos digitales²⁹⁰.

En el caso de Estados Unidos, se estudia el *Copyright Act* que establece cómo funciona el sistema de determinación de daños en el *Common Law*. España por su lado, fija sus criterios de determinación del daño en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual y en los preceptos de la Unión Europea como Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo²⁹¹.

Seguido del estudio y análisis de los sistemas de determinación del monto del daño material en España y Estados Unidos, se exponen aquellos aspectos positivos de cada una de estas legislaciones que pueden servir de lección a Colombia para la implementación de criterios de determinación del daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales.

4.2 La determinación del daño en infracciones al derecho de autor según la Ley de propiedad intelectual española

España, al igual que Colombia, tiene una tradición jurídica romano-germánica de la responsabilidad civil²⁹². Esta corriente se basa en la responsabilidad subjetiva en la que la culpabilidad del infractor ejerce un papel fundamental. Dentro de esta estructura jurídica – tal como se analizó en el capítulo segundo-, el daño supone la vulneración de un bien

²⁹⁰ Sobre la escogencia de estos países como parte del estudio revisar el fragmento “justificación de los países de estudio” en la introducción de este documento.

²⁹¹ Otras directivas sobre derechos de autor son: la Directiva Nº 2001/29/CEE del parlamento de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de algunos aspectos del derecho de autor en la sociedad de la información, la 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de septiembre de 2011 por la cual se modifica la directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Por último, la Decisión 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de septiembre de 2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

²⁹² Sobre el sistema romano-germánico de la responsabilidad civil, se recomienda ver el aparte 2.2 de la responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano.

jurídico que necesita de unos elementos para que pueda imputarse el deber legal de resarcir.

En el caso del derecho de autor en este país, la responsabilidad civil también se materializa en la obligación de reparar daños que se han causado en detrimento a derechos de los autores o titulares, sin embargo, como se observará a lo largo de este aparte, existe una tendencia por adoptar medidas con fines correctivos, punitivos, para además de reparar el daño, disuadir que se cometan las infracciones.

4.2.A Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo

España como integrante de la Unión Europea²⁹³ debe cumplir a través de sus propias leyes y bajo los principios de su sistema jurídico con ciertas obligaciones económicas, políticas y sociales que se encuentran detalladas en las directivas. Estas directivas constituyen actos legislativos que tienen como fin alcanzar los objetivos propuestos dentro de esta unión (Unión Europea, 2016).

Específicamente, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo también conocida como Directiva antipiratería, según el considerando 10 del mismo cuerpo normativo²⁹⁴, tiene como fin incentivar a los países a expedir legislaciones que garanticen una protección de la propiedad intelectual para que sea equivalente, homogéneo y elevado en el mercado interior. Exactamente, la Directiva pretende aproximar los sistemas de protección de la

²⁹³ La Unión Europea (UE) es una asociación económica y política única en su género y compuesta por 28 países europeos que abarcan juntos gran parte del continente. El origen de la UE se encuentra en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sus primeros pasos consistieron en impulsar la cooperación económica con la idea de que, a medida que aumentara la interdependencia económica entre los países, disminuirían las posibilidades de conflicto. (...) Lo que comenzó como una unión meramente económica ha evolucionado hasta convertirse en una organización activa en todos los frentes políticos, desde el clima hasta el medio ambiente y desde la salud hasta las relaciones exteriores y la seguridad, pasando por la justicia y la migración (Unión Europea, 2016).

²⁹⁴ Considerando 10. El objetivo de la presente Directiva es aproximar dichas legislaciones para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevada, equivalente y homogénea en el mercado interior.

propiedad intelectual de los diferentes países para que garanticen un nivel de protección alto dentro de los mercados de los mismos (Yzquierdo & Árias, 2006, pág. 171).

Reconociendo la Directiva en el Considerando 3²⁹⁵ que sin medios eficaces de protección de la propiedad intelectual no es posible que esta se constituya en un elemento para el éxito de los mercados de cada países. El numeral 15 del considerando señala que los Estados deben garantizar que los jueces y/o autoridades competentes entreguen las pruebas que tienen en su poder para desentrañar el caso sin vulnerar el derecho a la protección de datos personales²⁹⁶.

Por otra parte, el considerando²⁹⁷ también disponen que los integrantes deberán implementar normas de protección de pruebas e información como medidas cautelares y contra-cautelares, medidas provisionales y cautelares, y medidas y procedimientos derivadas de una sentencia (Pérez, 2008, pág. 118).

Los anteriores fragmentos del considerando ponen en manifiesto que la Unión Europea consideró necesario unificar, entre los países miembros, los medios de protección de los derechos de propiedad intelectual y en ese orden de ideas, pensó que la unificación debía hacerse a partir de normas procesales y sustanciales como las referentes a pruebas y

²⁹⁵ Considerando 3. La realización del mercado interior supone la eliminación de las restricciones a la libre circulación y de las distorsiones de la competencia, al tiempo que se crea un entorno favorable a la innovación y la inversión. En este contexto, la protección de la propiedad intelectual constituye un elemento fundamental para el éxito del mercado interior. La protección de la propiedad intelectual es importante no sólo para la promoción de la innovación y de la creación, sino también para el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad.

²⁹⁶ Considerando 15. La presente Directiva no debe afectar al Derecho sustantivo de propiedad intelectual, a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (...).

²⁹⁷ Lo referente a los principios que rigen las pruebas, información dentro del proceso, medidas provisionales y cautelares; y multas se encuentra de los artículos 7 al 10.

medidas cautelares, como también a partir de apartados referentes a la tasación de daños y perjuicios como se verá a continuación.

Sobre daños y perjuicios materiales y apuntando a los propósitos señalados, la Directiva en el artículo 13²⁹⁸ ordena en el primer numeral, que las autoridades obliguen al infractor a pagar a la víctima una indemnización adecuada, cuando tenga motivos razonables para saber o haya sabido que estaba cometiendo una conducta ilícita.

Señala también el mismo artículo que los criterios de determinación del daño que establezcan los Estados deben tener en cuenta las consecuencias económicas negativas, tales como las pérdidas de beneficios que recaen sobre el titular de los derechos, o los beneficios ilegítimos del infractor, además de todos aquellos elementos distintos de los factores económicos como el daño moral.

El segundo numeral, faculta a los Estados miembros para que establezcan daños preestablecidos cuando el infractor no sabe o no tenía motivos para saber que cometía una infracción, con el fin indemnizar los daños y perjuicios que sufrió la víctima.

²⁹⁸ Artículo 13. 1. Los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción. Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios: a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho; o b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. 2. Cuando el infractor no hubiere intervenido en la actividad infractora a sabiendas ni con motivos razonables para saberlo, los Estados miembros podrán establecer la posibilidad de que las autoridades judiciales ordenen la recuperación de los beneficios o el pago de daños y perjuicios que podrán ser preestablecidos.

Desentrañando el artículo, sobre la primera parte, se observa que la indemnización debe ser adecuada, entendiéndose que esta será determinada respecto a la relación entre conducta ilícita y el daño producido, además si la infracción fue cometida con intención, será mayor (Reinbothe, 2010, pág. 19). Adicionalmente, la Directiva indica que cuando las autoridades judiciales determinen los daños deberán tener en cuenta las consecuencias económicas negativas que sufrió la víctima.

Estas consecuencias económicas negativas hacen referencia a los daños materiales sufridos por la víctima como consecuencia de la infracción (García, 2008, pág. 28) y pueden ser -es decir el legislador podría determinar otras-, la pérdida de los beneficios que sufrió la víctima que puede ser reemplazado por los cánones dejados de percibir o los derechos adeudados si se hubiera autorizado el uso, los beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y hasta los daños con connotación diferente a los económicos como los morales cuando a estos hubiera lugar.

Si se detalla el contenido de este aparte, la Directiva fija como criterios de determinación del daño el lucro cesante y daño emergente cuando se refiere a las pérdidas de la víctima y lo que ésta dejó de percibir, también contempla como medida disuasiva los beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor (Del Olmo, 2009, pág. 146). Adicionalmente, deja abierta la facultad a los países para primero, decidan si en sus legislaciones sobre derechos intelectuales se le otorga a la víctima la facultad de pedir para sí la restitución del beneficio ilícito o que simplemente el juez tenga en cuenta ese dato para tasar los daños y segundo, que cobren los daños morales y que lo hagan según las reglas que ellos dispongan.

El artículo en la segunda parte, indica que los Estados miembros pueden establecer que las autoridades judiciales ordenen la recuperación de los beneficios o el pago de los daños y perjuicios de manera preestablecida cuando el infractor no hubiere intervenido en la actividad ilegal de manera planeada ni con motivos razonables para saberlo (Baylos &

Merino, 2005, pág. 117), es decir, habrá una graduación de la pena, que será discrecional al juez según los parámetros que determine la ley, en donde la sanción será menor por la ausencia de dolo.

En este sentido, la Directiva deja a los países la facultad de cuantificar los daños a partir de los daños sufridos o disponer en sus legislaciones esta forma de tasar el daño como una alternativa para la víctima. De igual forma, la Directiva posibilita a los miembros para que utilicen el criterio de restituir los beneficios obtenidos por el infractor o, que los daños sean preestablecidos según los parámetros que determine cada país en sus leyes internas.

Como resultado, se plantean dos obligaciones a los Estados: La primera, que la indemnización sea adecuada cuando el infractor tenía conocimiento de la conducta ilícita, y la segunda, que los daños sean determinados respecto a todas las consecuencias económicas negativas a la que tuvo lugar la víctima a lo que presenta algunos ejemplos sobre los criterios que logran este fin. Además de estas obligaciones concede la facultad a las partes para que establezcan daños preestablecidos.

Las anteriores determinaciones de la Directiva, a pesar de las obligaciones señaladas, dejan un margen bastante amplio para que cada Estado, al momento de implementarlas, lo haga teniendo en cuenta las necesidades que en la comercialización de los bienes intelectuales tienen pues como lo señala el Considerando 3, la protección de los derechos de propiedad intelectual, a partir de la tasación de daños y perjuicios, es relevante ya que determina el éxito del mercado interno de cada país.

4.2.B Ley de Propiedad Intelectual

En concordancia con la Directiva 2004/48/CE, la Ley de propiedad intelectual de España consagra una normativa que incluye fórmulas reparatorias, preventivas y disuasorias para contrarrestar las infracciones a derechos de autor.

Estas fórmulas se detallan en el artículo 140²⁹⁹ que está conformado por dos numerales. El primer numeral conceptúa el daño material no solo como la pérdida que haya sufrido el titular, sino también como lo que este pudo haber llegado a dejar de obtener a causa del daño realizado por el infractor, es decir, hace distinción entre el lucro cesante y el daño emergente. También señala que la indemnización puede incluir los gastos de investigación en los que incurrió la víctima para probar la infracción dentro del proceso.

A modo de ejemplo, sobre el daño emergente y el lucro cesante, la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid No. 571/2004 de 2004 que versa sobre la emisión de una coreografía que tenía como base musical una canción que fue comunicada públicamente sin la autorización de la titular, para determinar el daño emergente y el lucro cesante, valora el daño material como la remuneración que hubiera obtenido el autor de haber utilizado la obra, lo que incluye las ganancias que dejó de ganar el autor y todos los beneficios e ingresos ilegalmente percibidos por el infractor.

El segundo numeral fija varios criterios de determinación del daño, entre los cuales el perjudicado debe escoger alguno de ellos, es decir, debe escoger por una sola forma de

²⁹⁹ Artículo 140. Indemnización. 1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. 2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme alguno de los criterios siguientes: A) las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. B) la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

tasación del daño (Bercovitz, 2007, pág. 1826). Un criterio hace referencia a las consecuencias económicas negativas o daños materiales como la pérdida de beneficios que haya sufrido la víctima por la conducta ilícita y los beneficios a los que tuvo lugar el infractor por la utilización ilegal.

En el literal (a) del numeral segundo, incluye el daño extrapatrimonial o moral señala que para determinarlo se deben tener en cuenta las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión de la obra. La jurisprudencia española, siguiendo la ley, ha fallado casos en donde valora con independencia el daño moral y el patrimonial.

Uno de esos fallos es la Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona No. 12/2004, de un caso de transformación de una obra musical sin autorización del titular, en donde el juez aceptó la valoración del daño de manera separada. La determinación del monto del daño se hizo respecto al derecho patrimonial de transformación y el derecho moral a la modificación o deformación de la obra (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona No. 12/2004).

El último fragmento, estima la indemnización de los daños materiales a partir del valor comercial de los ejemplares producidos sin autorización o la remuneración que hubiera percibido el titular en caso de haber autorizado la explotación de la obra³⁰⁰.

Como se puntualizó en los párrafos precedentes, el artículo 140 además de determinar el daño a través del daño emergente y el lucro cesante que tiene fines resarcitorios para la víctima, consagra que el monto del daño podrá fijarse sobre los beneficios que obtuvo el infractor por la conducta ilícita sobre la obra (García, 2008, pág. 32). Además de cumplir

³⁰⁰ El artículo 140 fue modificado por la Ley 19 de 2006 de España sobre cambios respecto a las obligaciones que se adquieren por la Directiva 2004/48/EC. Algunas de las modificaciones del artículo 140 sobre indemnización en infracciones a derechos de autor incluyen el concepto de consecuencias negativas y la indemnización de daños morales.

con las obligaciones de la Directiva 2004/48/EC, se infiere que el legislador con este último criterio busca reparar de manera amplia al titular y también evitar que el infractor haga uso de las ganancias que de la actividad ilícita obtuvo.

Dado que la ley ordena que el demandante debe elegir sobre alguno de los criterios, si opta por el lucro cesante, deja por fuera el beneficio realmente obtenido por el infractor y se fija en el ahorro de gastos que para él ha supuesto no tener que pagar la remuneración a los titulares. Si se opta por el criterio de remuneración, la carga probatoria del actor será constatar la explotación ilícita y el precio de la copia en el mercado sin tener en cuenta que tan distante está del precio de la copia original (Fernández, 2006, pág. 2170). Por su parte, el demandado no podrá argumentar que su estrategia de mercado era distinta porque adquirió la obra ilícitamente.

Además de los criterios de determinación del daño en infracciones a derechos intelectuales, la ley presenta una serie de medidas cautelares que se encuentran en cabeza del titular del derecho y que ordena el juez, facultándolo para que cumpla funciones policiales de las que usualmente se encarga la autoridad gubernativa. Estas están repartidas en el artículo 139³⁰¹ sobre la cesación de la actividad ilícita y en el artículo 141³⁰² sobre otras medidas.

³⁰¹ Artículo 139. 1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender: a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162. b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora. c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así. d) La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así. e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160. f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo

El artículo 139, se divide en cuatro numerales: uno que señala cuándo procede la tutela para el cese de una actividad ilícita; el numeral dos que indica los escenarios en los que procede la destrucción o inutilización de ejemplares y material; el numeral tres sobre la entrega de material o ejemplares como parte de la indemnización y el cuarto, acerca de la aplicabilidad del artículo sólo para ejemplares adquiridos de mala fe y para uso comercial.

Según la Sentencia de Audiencia Provincial ante el Juzgado Mercantil de Barcelona IV 1019/2010, el artículo 139 de la Ley de propiedad intelectual permite que los titulares de los derechos reconocidos en dicha ley dirijan su pretensión de cese de vulneración de sus

al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162. g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso. h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 2. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. 3. El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios. 4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.

³⁰² Artículo 141. En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial: 1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. 2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica. 3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública. 4. El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c) y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2. 5. El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios. 6. La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual (...).

prerrogativas intelectuales a través de la medida que más convenga según la conducta ilícita que se realiza y/o se realizó y respecto al derecho vulnerado con el fin de tutelar preventivamente los derechos.

En particular, el numeral uno de la tutela preventiva, que conceptúa la acción cesatoria, pretende la erradicación de una actividad considerada ilícita y la remoción de sus efectos a través de la terminación de la actividad de explotación y la prohibición de reanudarla.

El segundo numeral, que también recae sobre actividades de reproducción, indica que el infractor podrá solicitar la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material -cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades- se efectúe para impedir la explotación ilícita, permite la inutilización y si es necesario, la destrucción de los elementos e implementos utilizados para la reproducción de la obra (Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 Núm. 247/2008). Sobre la distribución y comunicación pública ordena el mismo tenor la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, su destrucción y la remoción de los aparatos que permitan su comunicación pública sin autorización.

El tercer numeral concede la facultad al titular del derecho infringido para pedir la entrega de los ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Por último, este artículo no podrá aplicarse cuando los ejemplares son adquiridos de buena fe o para uso personal.

Como se observa, el artículo puede dividirse en dos pretensiones: la primera, inhibir la conducta infractora, que comprende la cesación de la misma y la prohibición de reanudar y la segunda, la remoción de los elementos empleados en la infracción como la retirada del comercio de los ejemplares (Yzquierdo & Árias, 2006, pág. 54).

Sobre la primera pretensión es importante mencionar que el legislador previó que las conductas infractoras pueden ser cometidas en un único acto o por el contrario pueden ser de tracto sucesivo lo que amplía el espectro de protección de los derechos de autor cuando las conductas ilícitas permanecen durante un tiempo o por el contrario, en un momento generan el daño. Sobre la segunda, la ley prevé una lista de posibles ataques a los derechos de autor y abre la posibilidad al juez para que examine otras, lo que se vuelve pertinente si se tiene en cuenta que las infracciones a los derechos de autor pueden variar en el tiempo.

Analizando el artículo en su totalidad, se observa que el legislador pretende tomar medidas preventivas para hacer cesar la actividad infractora y evitar que el daño sea mayor o se ocasionen nuevos. Teniendo en cuenta los principios de la responsabilidad civil, cualquiera que sea el caso, se necesita la explotación comercial del infractor y un detrimento real de un derecho de autor, pues si no existe no se puede decretar que cese la vulneración.

Siguiendo con el artículo 141, señala la acción de tutela cautelar provisional que pretende de manera transitoria evitar repercusiones negativas producto de dilataciones que se pueden presentar dentro de un proceso. Las acciones se decretan previamente a la decisión del juicio y podrían mantenerse o modificarse durante este.

Este tenor opera ante el temor racional y fundado de que se va producir un daño de forma inminente a la obra para que el juez decrete las medidas cautelares necesarias para proteger los derechos de autor en peligro (Sentencia de Audiencia Provincial ante el Juzgado Mercantil de Barcelona IV 1019/2010). La lista enunciativa de situaciones en las cuales procede esta tutela incluye la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el material empleado para la distribución o comunicación pública; así como el embargo de los equipos, aparatos y materiales que se utilizan para hacer copias privadas.

En este caso, las medidas cautelares también pretenden proteger al autor/titular y a su obra de futuras infracciones, sin embargo, su procedencia no emana de un daño efectivo patrimonial sino la eminente ocurrencia de este en el futuro.

4.2.C Algunos casos de determinación del monto del daño en infracciones al derecho de autor en entornos digitales

La jurisprudencia española, a falta de legislación concreta sobre infracciones al derecho de autor en entornos digitales, utiliza las herramientas otorgadas por las reglas de la responsabilidad civil y del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual para determinar el monto del daño. Los dos casos que se estudian a continuación ilustran cómo estos criterios son utilizados cuando se presentan infracciones a los derechos de autor en estos medios.

4.2.C.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección Novena (15 de junio de 2011)³⁰³

La Sociedad Crea Medicina de la Reproducción SL demanda a Fecundación In Vitro Valencia SLP, por la reproducción de textos e informaciones copiadas literalmente de la página web de la demandante. El Juzgado de lo Mercantil, en primera instancia, entiende que -según la Ley de Propiedad Intelectual- la actora no ha acreditado de manera correcta su condición de autor de los contenidos que dice son de su propiedad, de igual forma, declara que los glosarios no poseen protección alguna, luego que son definiciones habitualmente utilizadas en el campo médico y por tanto, carecen de originalidad.

Al interponer recurso de apelación, la demandante señala que lo que busca proteger es el conjunto que compone la página web y no su contenido, ya que según el artículo 10 de la

³⁰³ Resumen de sentencia extraído de la Revista Pe.i Revista de Propiedad Intelectual No. 40 (Águila, Evangelio, López, & otros, 2012)

Ley de Propiedad Intelectual³⁰⁴ sí es objeto de protección la originalidad en la forma como fueron puestos los textos y organizada la página en Internet. Adicionalmente, indica que cuenta con la presunción de autoría ya que la página fue registrada bajo *Copyright* lo que provoca una inversión de la prueba.

Además de comprobar que la página web sí se encuentra registrada, la Audiencia precisa que ésta si debe considerarse una obra en el entendido de que si, bien no se encuentra en la lista enunciativa del artículo 10 de la ley, sí cumple con los requisitos para que proceda su protección. En la evidencia de las similitudes entre las páginas objeto de la controversia, la Audiencia comprueba que efectivamente sí hay coincidencias estructurales y fundamentales no accesorias entre las dos que constituyen plagio³⁰⁵.

En la demanda la parte actora opta por la tasación del lucro cesante para determinar el monto del daño material y el pago de perjuicios morales sobre la vulneración de derechos morales³⁰⁶. En el caso que incumbe, sobre los daños materiales, la Audiencia sentencia que la pretensión indemnizatoria no procede en cuanto la prueba no evidencia el nexo causal entre la infracción cometida y la cuantificación del beneficio dejado de percibir.

³⁰⁴ Artículo 10. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. i) Los programas de ordenador. 2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

³⁰⁵ Infracción al derecho moral de paternidad en donde hay atribución de la obra por quien no le pertenece. La conducta consiste en copiar la obra creada por otra persona y cuando ya ha sido difundida hacer creer a los lectores que quien aparece en ella es el autor (Agúndez, 2000, pág. 5).

³⁰⁶ En concordancia con el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual. Al respecto, ver pie de página 299 de esta tesis.

La prueba presentada por la parte demandante fue el aumento de las visitas en la página web y la cantidad de clientes que recibe en el año en que se realiza la infracción. Para la estimación el demandante tasó la indemnización por cada cliente que eventualmente hubiera perdido que, según él, fue de 5000 euros y si dichos clientes hubieran tenido tratamientos, el coste por cada uno es de 1000 euros. Como se observa -y tal como lo sentencia la Audiencia- las pruebas no constatan que el plagio de la página haya incidido en la eventual captación de clientes y que por tanto, la demandante haya dejado de percibir beneficios.

Teniendo en cuenta el artículo 140, el lucro cesante puede determinarse respecto a lo que hubiese obtenido el infractor de haber autorizado el uso de la obra y la pérdida de beneficios a los que tuvo la víctima por la infracción; en el caso en concreto, la víctima no evidenció la conexión entre conducta ilícita y daño debido a que simplemente -en este caso- el plagio no constituyó un daño material, sino moral que sí fue indemnizado.

4.2.C.2 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 2 de Barcelona³⁰⁷ (2 de mayo de 2013) y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 8 de Barcelona³⁰⁸ (2 de septiembre de 2013)

La excepción a la ilustración con fines educativos y de investigación científica en España implica la no necesidad de la autorización del autor para que los profesores de la educación formal puedan reproducir, distribuir y comunicar públicamente fragmentos de obras

³⁰⁷ Revisión resumen de sentencia en Revista Pe.i de Propiedad Intelectual No. 46 (Cabedo, González, López, & otros, 2014).

³⁰⁸ Ver texto completo de la sentencia en http://www.institutoautor.org/story/Sentencia-fvorable-a-CEDRO-contra-Universidad-de-Barcelona_3871 (Instituto de derecho de autor, 2016)

divulgadas cuando se haga con la finalidad de ilustración dentro de sus actividades educativas en las aulas (Marín, 2013, pág. 20)³⁰⁹.

Teniendo en cuenta esta excepción, el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), -a pesar de tener acuerdos de licencias con bibliotecas y centros educativos, demanda a varias universidades alegando que se está excediendo el uso de esta excepción al derecho de autor.

Los antecedentes de estos casos se encuentran cuando CEDRO envía notificaciones a las entidades educativas informándoles que están desarrollando actividades infractoras al derecho de autor, pues al usar campus virtuales, se reproducen y comunican obras protegidas por derecho de autor sin que la actividad esté amparada por ninguna excepción y limitación. Como respuesta los centros educativos indican que están pagando licencias, que hay acuerdos firmados sobre el tema y que muchos de los materiales a disposición son de acceso abierto o están amparados bajo una excepción.

Ante la falta de acuerdo de las partes, en el año 2010 CEDRO -por medio de solicitud a la Comisión de Propiedad Intelectual- intenta mediar con la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas sin llegar a ningún resultado positivo por lo que acude a los tribunales. Hasta el momento hay dos sentencias, una contra la Universidad de Barcelona y otra contra la Universidad Autónoma de Barcelona en la que se condena a estas dos instituciones (Espín, 2013, pág. 122) por poner a disposición las copias de las obras en formato accesible y gratuito. Según las sentencias, los demandados actuaron como

³⁰⁹ Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza: (...) 2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

intermediarios y por lo tanto, deben responder por las infracciones cometidas por los profesores y alumnos.

En las sentencias se condena a las universidades a cesar y abstenerse de cometer las conductas infractoras y a eliminar de sus redes de enseñanza virtual y contenidos digitales todas las obras asociadas a CEDRO y que hayan sido puestas a disposición de los estudiantes sin la autorización respectiva (Espín, 2013, pág. 123). Sobre el monto de la indemnización por daños y perjuicios, las universidades deben pagar sumas que exceden los 10.000 euros, aplicando el índice de coeficiente de reproducción sin autorización conocido como CORSA.

El índice CORSA es una cláusula entre CEDRO y los usuarios para el pago de las reproducciones que se hacen de las obras asociadas a este centro sin que medie autorización. Nace en interpretación del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual teniendo en cuenta que el monto de la indemnización se puede fijar respecto a cada reproducción ilícita que se hizo. En medios análogos el monto se hará respecto a cada copia que se haga por medio de fotocopiadoras, en el caso de las sentencias de CEDRO contra la Universidad de Barcelona y Autónoma de Barcelona se hace respecto a cada descarga y visualización del material.

La fórmula corresponde al importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones del 10 % de las obras, multiplicado por 5. Si la indemnización es inferior o superior por un 50% del porcentaje promedio de las obras fotocopiadas, la tarifa deberá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior que no exceda de 10 veces su importe³¹⁰.

³¹⁰ Esta interpretación del artículo 140 es doctrina unificada establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 y Sentencias del 6 y 8 de junio de 2011. Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2012, para determinar el monto de la indemnización el juez "(...) eleva la tarifa normal para igualarla a la tarifa hipotética que se aplicaría a la licencia correspondiente a la

Como se observa en estos casos, el demandante, al escoger entre las opciones del artículo 140, opta por el precepto que indica que el monto del daño se determinará respecto a la remuneración que hubiere percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar dicho derecho de autor. Adicional a la indemnización -como medida punitiva-, se otorga al demandante el rubro correspondiente a los gastos de investigación en los que incurrió la entidad para obtener las pruebas de que se cometieron las infracciones.

De medidas preventivas, en concordancia con el artículo 139, se decreta el cese de la actividad infractora y la no utilización de las obras que se encuentran bajo la controversia legal, en el entendido que hubo mala fe del demandando y que el uso de las obras fue comercial.

La interpretación del artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual a través de índice CORSA se adecuó perfectamente para el caso en controversia en la medida que es posible determinar la cantidad exacta de reproducciones y visualizaciones de la obra. En otros casos, la adecuación del índice en entornos digitales puede ser más tediosa debido a que no siempre es posible equiparar la cantidad de copias fijadas en soportes materiales ilegalmente, al montaje, reproducción y distribución ilegal de obras en Internet.

4.2.D Aspectos a considerar de la Ley de Propiedad Intelectual respecto a la determinación del daño en Internet

intensidad en la utilización del repertorio por el infractor (...). Para mantener la proporcionalidad entre la tarifa hipotética y la intensidad de la infracción procede a rebajar a la mitad el factor multiplicador del índice CORSA que queda limitado a multiplicar la tarifa por el factor cinco. Cabe no obstante la posibilidad de elevar el factor multiplicador, incluso hasta el factor diez, siempre que CEDRO pueda probar que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopiadas es superior al cincuenta por ciento”.

La legislación española con los mecanismos y criterios para la determinación del daño, persigue tres finalidades afines con la responsabilidad civil que son: prevenir que se repita la conducta, reparar el daño para regresar las cosas a su estado anterior y sancionar a quien cometió la conducta por el hecho reprochable. De los artículos 139³¹¹, 140³¹² y 141³¹³ de la Ley de propiedad intelectual se evidencian estas finalidades con acciones como la cesación de la actividad infractora, las acciones indemnizatorias y medidas cautelares sin que se excluyan otras acciones civiles y/o penales.

Tal como se anunció, la Ley de Propiedad Intelectual señala que el demandante al momento de presentar la demanda debe fijar el monto exacto de lo que reclama y las bases para determinar el criterio de determinación (Lobato, 2007, pág. 119). Asimismo la decisión no podrá ser modificada durante el proceso de declaración y la sentencia que estime la indemnización debe ser acorde con el criterio elegido.

De las diferencias entre el artículo 139 de la cesación de la actividad ilícita y el artículo 141 sobre medidas cautelares, el primer artículo contiene una acción que es una medida de tutela preventiva que supone un enjuiciamiento antes de que el daño se produzca, consolide o grave, mientras que el segundo artículo versa sobre una medida cautelar previo a la decisión de un caso que está en curso y que supone un daño que ya se encuentra identificado (Bercovitz, 2007, pág. 1820 y ss).

Analizando la medida de cesación de la actividad ilícita, la acción de destrucción y no utilización de materiales solo puede aplicarse cuando se trate de ejemplares y materiales que se usaron exclusivamente para la reproducción ilícita, de no ser así se estaría ocasionando un detrimento a la víctima que no está vinculado con el daño. En el caso de entornos digitales esta medida tiene utilidad cuando para la digitalización y explotación de

³¹¹ Ver al respecto pie de página 301 para el texto del artículo.

³¹² Para transcripción del artículo se recomienda ver el pie de página 299.

³¹³ Véase pie de página 302 con el texto del artículo.

la obra se hicieron necesarios equipos como computadores que pueden ser destruidos o confiscados para la cesación de la actividad ilícita.

Sobre la acción de cese de la actividad hay que aclarar que esta será únicamente procedente -aunque el artículo no lo aclare³¹⁴-, cuando se trate de derechos de explotación que han sido vulnerados de manera continuada o presente y que esta sigue ocurriendo aún en el momento en que se está alegando la protección. Claramente se pretende cesar el quebrantamiento a los derechos, que se no produzca más daños y no se vuelvan a repetir.

Como se analiza y es de esperarse, en los casos de infracciones al derecho de autor de tracto sucesivo o de un único acto, en las que la explotación tenga valor en fracciones de tiempo y en el tiempo total, las posibilidades de que esta acción se concrete es cero ya que el daño cesó. En este escenario lo único que impedirá que el infractor cometa nuevamente la conducta es la condena.

De manera general, en entornos digitales el monto del daño es marginal si se tiene en cuenta que el demandante no tendrá los medios para perseguir todas las infracciones que recaen sobre la obra y en muchas ocasiones, a pesar de haber una infracción no es posible determinar el daño.

Un ejemplo, es cómo las sociedades de gestión colectiva intentan reducir costos transaccionales en la persecución de una infracción otorgando licencias para el uso lícito de las obras. A pesar de lo anterior, en Internet aún no hay dinámicas claras de gestión que conlleven al disfrute de los contenidos sin temor a cometer delitos, por lo que siguen habiendo muchas fallos de responsabilidad civil por infracciones a los derechos de autor en

³¹⁴ Debe tenerse presente que la transgresión de los derechos patrimoniales de autor únicamente puede emanar de una acción y es esta la razón por la cual la cesación de un actividad ilícita aplica solo para derechos de explotación. Para mayor desarrollo revisar el aparte 2.3.A.1.

donde no es posible la reparación integral del daño o donde el infractor no tenía conocimiento de que estaba actuando ilegalmente³¹⁵.

Sobre las medidas cautelares del artículo 141 -como se mencionó- son utilizadas para proteger de manera rápida los derechos de autor durante un proceso. Se trata de una lista taxativa de acciones que pueden ser empleadas individualmente o en conjunto según las circunstancias del caso. La posibilidad de que las medidas sean empleadas en conjunto brinda garantías en entornos digitales si se tiene en cuenta que la conducta ilícita puede menoscabar varios derechos de autor y por tanto, la adopción de una sola opción no implica que cese la infracción.

Es claro que el artículo 140 tiene una finalidad resarcitoria de los daños materiales. Por un lado, se encuentra la figura de daño emergente y por otro, la de lucro cesante.

Sobre el daño emergente, el artículo lo define como la pérdida de ganancias que haya sufrido la parte perjudicada. En el caso del lucro cesante, el legislador establece dos criterios para determinarlo: uno es la indemnización sobre lo que hubiera percibido el titular/autor de no haberse producido la acción y la otra, es lo que hubiese ganado el titular/autor de haber autorizado la obra.

Sobre el criterio que establece la posibilidad del demandante de ser indemnizado por lo que hubiera percibido de no haberse producido la infracción, debe existir la certeza de la obtención de los beneficios y no la simple posibilidad. Se analiza que la ventaja de este criterio para determinar el daño en el derecho de autor radica en la opción que tiene el juez para hacer la apreciación a la luz del mercado sin necesidad de que haya una actividad probatoria pues en realidad no se puede demostrar lo que no ha sucedido.

³¹⁵ Santiago Schuster (2008, pág. 20) indica que en entornos digitales las dificultades para una óptima gestión se asocian a las pocas facilidades que existen para contratar licencias en entornos digitales y a la identificación inapropiada que se hace de las obras por parte de los operadores en Internet.

En el caso de entornos digitales esta sería la determinación del monto menos práctica de aplicar debido a que es más difícil en Internet probar lo que pudo haberse obtenido por la infracción cuando no se tiene claridad de los usos ilegales que se hicieron de la obra. En el caso que el demandante opte por este criterio es probable que la indemnización sea marginal en comparación con el daño que ocasionó el infractor.

A partir de la teoría del juegos³¹⁶ Yzquierdo & Arias (2006, pág. 124) han definido los supuestos en los que es posible la determinación del daño con este criterio de tal forma que sea ventajoso para el demandante. El primer supuesto es cuando la infracción recae sobre un derecho exclusivo, por ejemplo, una simple licencia en obras de artes en la que se concede a un solo licenciataria la explotación exclusiva de la misma. Aquí el daño que sufre el titular es potencialmente mayor al daño de perder el control sobre una pequeña parte de la explotación.

El segundo caso es el que denominan “piratería campante”, que supone la imitación de una obra en donde no se invierte en la creación y se comercializa a un precio menor que el del mercado debido a la marginalidad de los costos de producción. Al titular del derecho no le interesa la reclamación del beneficio recibido por el infractor y tampoco lo recibido por este, puesto que ambas cantidades son mucho menores que el dinero que le correspondería en la comercialización de los ejemplares (Yzquierdo & Arias, 2006, pág. 128).

A pesar de lo anterior, la ley le permite obtener lo que hubiere percibido de haber autorizado la explotación de la obra. Es decir, la indemnización será el número de

³¹⁶ La teoría del juego es el estudio de tomas de decisiones en donde la solución del mismo radica en la descripción formal de sus posibles soluciones. El juego se basa en estrategias desarrolladas por “jugadores” que estipula previamente una serie de estrategias u opciones (Rumbos, 2010, págs. 148-149).

ejemplares vendidos por el precio en el mercado, menos los costes y gastos de producción que para el infractor son irrisorios y aquí si serán beneficioso para éste.

Aterrizando este escenario en los entornos digitales y analizando el caso en su conjunto, la dificultad para determinar el daño sería la verificación de los ejemplares vendidos y/o existentes. Por ejemplo, el demandado podría demostrar que el número de copias ilícitas no es idéntico ni directamente proporcional al número de copias lícitas que se han dejado de vender.

Lo anterior podría suceder cuando un titular/autor demanda por la utilización de sus obras en las redes de P2P, su reto será probar las copias que fueron compartidas en relación con las que fueron vendidas por el mismo medio. Probar los dos supuestos es complicado si se considera que aún no existe un sistema tecnológico que logre referenciar las copias compartidas por esta clase de sistemas, es más las Sociedades de Gestión Colectiva todavía se encuentran trabajando en ello.

Para probar el segundo criterio del lucro cesante, que consiste en determinar el daño según el precio que hubiere cobrado el titular de los derechos de haber autorizado la explotación, es suficiente demostrar tarifas y contratos idénticos en los que se haya licenciado la explotación en forma similar a la infractora por un precio determinado o determinable, si es que existe. En este criterio no tiene importancia el precio que tuvo que pagar el agresor para la explotación ilícita de la obra, tampoco se tiene en cuenta el dolo del infractor.

Este criterio que también se establece en la Ley 44 de 1993 colombiana –como se estudió previamente³¹⁷–, en entornos digitales presenta como mayor inconveniente que no es

³¹⁷ Sobre el tema se sugiere revisar el aparte 3.3.C sobre la Ley 44 de 1993 y el 3.3.D sobre los criterios de determinación del monto del daño en la Ley 44 de 1993 en infracciones a los derechos de autor en entornos digitales.

posible identificar los usos ilegales que se hicieron de la obra, y por ende, no se puede determinar qué es lo que hubiera autorizado el autor/titular. Es probable que pueda probarse algunos de los usos pero la totalidad de estos no es una tarea fácil.

4.3 Las indemnizaciones punitivas y daños preestablecidos en el Copyright de Estados Unidos

Tal como se estudió³¹⁸, los *damages* son la compensación que se debe pagar a quien sufre una lesión a un bien jurídico sin que sea de gran relevancia el bien jurídico que se lesiona. Teniendo en cuenta lo anterior en la ley de derechos de autor de Estados Unidos –el *Copyright Act*- que contiene disposiciones sobre la determinación del daño no existe una distinción entre daños morales y materiales.

Profundizando en el *Copyright Act*, esta es una ley que data de 1976 y contiene la normatividad referente a los derechos de autor. Entre los asuntos que trata se encuentra la regulación de radio -emisiones (*broadcasting*), la duración de la protección de los derechos patrimoniales de autor y las exenciones y limitaciones para el uso de *fair use* (Patterson & Lindberg, 1991, pág. 23).

Con el propósito de regular los derechos de autor en entornos digitales y atendiendo los tratados de la OMPI³¹⁹, en el año 1998 se expidió la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) que fue incorporada en el *Copyright Act* con la finalidad de unificar criterios legislativos sobre la limitación de la responsabilidad de Proveedores de Internet, medidas tecnológicas de protección, pero sobre todo para legislar en el tema de infracciones a los derechos de reproducción, como también en la producción y distribución de obras en medios tecnológicos (Chelsey, 2010, pág. 2).

³¹⁸ Al respecto, se sugiere revisar numeral 2.2.B.2 sobre el daño según el sistema legal.

³¹⁹ Otra de las leyes que se expidieron con el fin de regular los entornos digitales fueron *The Audio home Recordings Act* de 1992 y *The Digital Performance Right in Sound Recordings Act* de 1995 (Wilson, 2014, pág. 1195).

Entre las disposiciones que se debían incorporar, el *Digital Millennium Copyright Act* plantea las posibles infracciones con los nuevos avances tecnológicos y toma medidas para desalentar que se cometan infracciones. Por ejemplo, tipifica las acciones de eludir medidas tecnológicas efectivas que controlan el acceso a las obras y las excepciones para los cuales es lícito eludir dichas medidas (Lipszyc, 2004, págs. 169-171).

En todo caso, sobre el tema de determinación del monto del daño, el DMCA propuso algunos cambios normativos sobre estos asuntos que ya se encontraban en el *Copyright Act*, por ejemplo, lo referente a los criterios para determinar el daño y los *statutory damages*, -que se estudiarán a profundidad más adelante- que en la DMCA la pena puede reducirse si el infractor demuestra inocencia (Blythe, 2006, pág. 115).

En cuando a las novedades, en la DMCA la valoración del daño tiene en cuenta la reincidencia del infractor, por lo que aquellos que reiteren la conducta en los tres años siguientes tendrán que pagar indemnizaciones más altas. Otra modificación importante es que el *Copyright Act* hace la valoración del daño sobre la obra mientras que el DMCA lo hace sobre el volumen de obras que son vulneradas bajo una misma conducta infractora (Mahony, 1997, pág. 401).

4.3.A Criterios de determinación del daño

El *Copyright Act* en el artículo 1203 sobre *Civil Remedies*, en el literal (a)³²⁰ establece la responsabilidad de quien comete un daño a un derecho de autor, y el literal (c)³²¹ del mismo artículo, abre la posibilidad no acumulativa para la fijación del monto que puede ser

³²⁰ (a) *Civil Actions*. — Any person injured by a violation of section 1201 or 1202 may bring a civil action in an appropriate United States district court for such violation.

³²¹ (c) *Award of Damages*. (1) In general. Except as otherwise provided in this title, a person committing a violation of section 1201 or 1202 is liable for either (A) the actual damages and any additional profits of the violator, as provided in paragraph (2), or (B) statutory damages, as provided in paragraph (3).

por la reparación real del daño, es decir, *actual damages and profits* o por la cuantificación legal del resarcimiento denominado, *statutory damages*. Estos criterios de valoración económica del daño son desarrollados por el artículo 504³²² de los *Remedies for infringement: Damages y profits* del Capítulo 5 del *Copyright Act*.

Los *actual damages y demandant's profits* permiten la determinación del daño a través de los perjuicios que sufre el titular con el propósito de compensarlo por las pérdidas que son consecuencia de la infracción, como también sobre lo que dejó de percibir por el perjuicio con el fin de prevenir que tenga un beneficio ilegítimo (Schechter & Thomas, 2003, pág. 190). A pesar de que cada criterio tiene propósitos diferentes, deben ser calculados de forma conjunta para evitar una doble indemnización.

Por otra parte, los *statutory damages* son una clase de valoración que se realiza a partir de un sistema de daños preestablecidos que compensa el perjuicio así no haya pérdida para el demandante o solamente exista ganancia del infractor (*statutory damages*) (DeBriyn, 2012, pág. 84).

Desarrollando cada uno de los criterios, los *actual damages* otorgan el derecho a los autores de recuperar lo perdido por los daños sufridos como consecuencia de la infracción. En este escenario los perjuicios pueden provenir de las pérdidas que sufrió el titular a causa del infractor cuando las obras se encuentran compitiendo en el mercado, o respecto a las ganancias que pudo obtener el titular por el licenciamiento en la realización de una obra derivada (LaFrance , 2011, pág. 260).

³²²§ 504. *Remedies for infringement: Damages and profits' (a) In General. Except as otherwise provided by this title, an infringer of copyright is liable for either (1) the copyright owner's actual damages and any additional profits of the infringer, as provided by subsection (b); or (2) statutory damages, as provided by subsection (c). (...).*

Como ejemplo, en el caso *Andrew Paul Leonard vs. Defendant Stemtech Health Sciences, Inc./Stemtech International, Inc.*, controversia por el uso, copia y divulgación por Internet de fotografías tomadas por Andrew Paul que no fueron registradas ante la oficina de derecho de autor. El juez estableció una suma de \$1,6 millones de dólares por *actual damages*; sin embargo, el demandante pudo haber obtenido más si hubiera hecho el registro antes, pero en este caso, el Tribunal tomó en consideración lo que hubiera percibido el titular concediendo una licencia (Mezei, 2015, págs. 57 - 66).

En diferente sentido, los *demandant's profits* nacen de la presunción de que si el demandado fabricó y alcanzó a vender la obra que se busca proteger en la demanda, o la divulgó sin autorización alguna, debió recibir alguna ganancia que puede reclamar el titular. En esta ocasión, el demandante también puede buscar la reparación de los daños indirectos con la deducción de los gastos en que incurrió el demandado para producir las copias ilegales y las copias que no se alcanzaron a vender ya que no obtuvo provecho de estas (Chelsey, 2010, pág. 11).

Para que los *profits* procedan es necesario que el titular/autor demuestre los ingresos del infractor y como estos se relacionan con la infracción, y este último compruebe los gastos que se deducen por elementos ajenos a la explotación ilícita de la obra (William, David, & Aplin, 2013, pág. 501 y ss). En este proceso es necesario el ánimo de lucro del infractor y la valoración del daño, también podrá implicar penas de prisión y aumento de la misma en caso de reincidencia.

Es así como se puede concluir que con estos criterios se busca restaurar los derechos de autor cuando se hace la valoración del daño respecto a lo que perdió el autor/titular y de lo que el infractor percibió y creó un beneficio ilícito para él. La finalidad de la determinación de este daño es restituir las cosas a su estado anterior, compensar al autor/titular por lo que perdió a causa de la infracción (Stahl & Tashman, 2014, pág. 11 y ss) y desincentivar al

infractor para que no cometa nuevamente la conducta. Esto se asemeja a las figuras de daño emergente y lucro cesante en los daños materiales por infracciones a derechos de autor en Colombia³²³.

Por último, se encuentran los *statutory damages* que facultan al demandante para que en cualquier momento -antes del fallo-, opte para que la cuantificación del daño se haga sin que sea necesario que se prueben todos los perjuicios o se establezca el monto de los mismos (Stahl & Tashman, 2014, pág. 42). Este criterio sigue ciertos parámetros establecidos por la ley y anula la posibilidad de optar por la acumulación con los *actual damages*.

En los *statutory damages* el titular/autor antes de que se dicte sentencia y habiendo registrado la obra antes de la fecha de la infracción o después de tres meses de publicada la misma, puede optar por que se le indemnice por los daños alegados en la demanda que pueden ir desde \$200 dólares o más de \$150.000 dólares que serán determinados por el tribunal³²⁴. Sobre los límites de los *statutory damages*, en el caso *BMW of North America, Inc. vs. Gore*, el Tribunal señaló que debía medirse el grado de reproche de la conducta del demandado, la razonabilidad entre los daños reales y su posible compensación, además del precedente de las sanciones penales por conductas similares (Nguyen, 1998, págs. 269-270).

En la tasación de los daños preestablecidos o *statutory damages* si el titular/autor -quien tiene la carga de la prueba- demuestra que los actos de elusión o producto elusivo de

³²³ Para estudiar los daños materiales en infracciones al derecho de autor en Colombia se recomienda ver la sección 2.3.A.1.

³²⁴ § 1203. *Civil Remedies. (3) Statutory damages. (A) At any time before final judgment is entered, a complaining party may elect to recover an award of statutory damages for each violation of section 1201 in the sum of not less than \$200 or more than \$2,500 per act of circumvention, device, product, component, offer, or performance of service, as the court considers just. (B) At any time before final judgment is entered, a complaining party may elect to recover an award of statutory damages for each violation of section 1202 in the sum of not less than \$2,500 or more than \$25,000.*

conductas tipificadas en el código se ocasionaron deliberadamente, la indemnización puede aumentar hasta el monto máximo que disponga la ley (Lipszyc, 2004, pág. 175). En caso de que el infractor demuestre que actuó sin consciencia de que estaba violando la ley o tenía motivos razonables para creer que estaba bajo un uso justo y el Tribunal así lo crea, la indemnización se reducirá a una suma menor (Blair & Cotter, 2005, pág. 74).

Como se detalla, esta clase de determinación del daño tiene como finalidad dar alguna clase de compensación al autor/titular de la obra cuando existe un *actual damages* y *defendant's profits* pero son muy difíciles o imposibles de probar por lo que se faculta al tribunal -según los principios de justicia- para determinar la indemnización (Stahl & Tashman, 2014, pág. 82). De esta forma, también se sanciona al infractor y se lo desincentiva a que repita el ilícito.

4.3.B Algunos casos de determinación del monto del daño en infracciones al derecho de autor en entornos digitales

La jurisprudencia norteamericana ha sido pionera en precedentes judiciales sobre infracciones al derecho de autor en entornos digitales. Los casos que se estudian a continuación –a pesar de desarrollarse en tiempos relativamente distantes y sobre actividades ilegales distantes- tienen en común que acarrear la vulneración de más de un derecho de autor que se perpetúan por un grupo mayoritario de personas en espacio de tiempos sucesivos.

Otro punto que se reitera en los procesos es que la puesta a disposición de las herramientas tecnológicas para que se cometa el ilícito está en cabeza de una sola persona, y por tanto, es sobre quien versa la responsabilidad por infracciones a derechos de autor y ante quien recae la obligación de cesar la actividad e indemnizar al titular/es de los derechos de autor. Adicionalmente, las conductas delictivas afectan a más de un titular de

derechos de autor que se ven representados por sociedades de gestión colectiva quienes son los que representan los intereses de los afectados.

4.3.B.1 Caso Sony Corporation of America Vs. Universal City Studios, Inc.³²⁵

En el año 1976, momento en que comienza en auge la era digital con la reducción del tamaño de la información y la copia fácil y gratuita de esta, los titulares de los derechos patrimoniales de autor de películas y programas televisivos -representados por *The studios*- presentaron una demanda contra la empresa Sony que en aquel entonces era la única que distribuía y vendía video-grabadoras Betamax que permitía la grabación de dichas obras sin que estos tuvieran que informar o pedir autorización a los titulares.

Según los demandantes, las video-grabadoras Betamax podrían ser utilizadas para fines poco honestos y acabar con la industria del cine y la televisión en la medida en que los dueños de los aparatos los podían utilizar para sacar copias y venderlas. Por lo anterior, alegaron que Sony debía responder por las infracciones al derecho de autor que pudieran cometer los usuarios que adquirirían grabadoras de video.

El Tribunal del Distrito de California falló a favor de Sony ya que consideró que no se constituye infracción al grabar material que solo va a ser de uso doméstico. Los demandantes apelaron la sentencia ante la Corte de Apelación del Distrito y lograron que se reconociera que la finalidad del Betamax era grabar y por tanto, sí era en parte responsable por las violaciones a los derechos de autor que pudieran ocasionarse.

Finalmente, Sony ganó la batalla legal en el año de 1984 en el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Los magistrados consideraron que el grabador de video podría infringir derechos de autor pero el uso principal del dispositivo era legítimo, teniendo en cuenta el *fair use*. De

³²⁵ Resumen y análisis de sentencia extraído de *Internet Commerce: The Emerging Legal Framework. Second Edition (Radin, Jonh, Reese, & Silverman, 2006, pág. 630 y ss)*.

otro modo, la Corte se rehusó a considerar a los fabricantes y vendedores del producto como responsables por coadyuvar a la reproducción ilegal de los programas de televisión grabados a pesar que las máquinas podían ser usadas para este fin (Lipszyc, 2005, pág. 3).

Una discusión adicional sobre el tema era la forma como se debería tasar el daño en el caso que Sony fuera culpable, al respecto, considerar el requerimiento o compensación no era fácil debido a que la clase de responsabilidad no era determinable aunque para *The Studios* se debía constituir *statutory damages* por cada caso que se llegara a comprobar, sin embargo, no se puede determinar un daño que aún no ha ocurrido.

En algunas sentencias posteriores, la Corte Suprema de Estados Unidos se aleja del precedente sentado en este fallo, como ocurre en el caso *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* de 2005³²⁶ en donde un grupo de compañías cinematográficas y otros titulares de derechos de autor demandan a *Grokster*, empresa que se dedicaba al intercambio de archivos en Internet -muchas veces protegidos por derechos de autor- por medio de la maya mundial *World Wide Web* (www), por reproducir y distribuir material protegido sin las autorizaciones y licencias necesarias (Lee, 2005, pág. 487).

En efecto, la Corte dictamina que más allá de las características de un producto y del conocimiento que se tiene de sus posibles usos para defraudar o no derechos de autor, se debe demostrar si existen acciones dirigidas a promover estos delitos (Feder, 2004, pág. 881). En caso de demostrarse la existencia de estas acciones, no tiene cabida la regla estipulada en el Caso Sony y se configura la responsabilidad. En esta situación en particular, *Grokster* incitaba a los usuarios, a través de publicidad que era enviada por correos electrónicos, a que descargaran música por medio de las páginas de este programa.

³²⁶ Caso obtenido de Lexis Nexis Academic (<http://www.lexisnexis.com.ez.urosario.edu.co>). Sentencia descargada el día 9 de septiembre de 2016.

Sobre la indemnización, la Corte señala que *Grokster*, dado que con la intención de obtener recursos económicos promovía a que los usuarios cometieran infracciones a los derechos de autor, debería pagar el monto de las ganancias pecuniarias que obtuvo por cada uno de las descargas ilegales que hicieron los usuarios una vez accedieron a las páginas (Yeh , 2010, pág. 3).

Después de todo, la Corte Suprema acogiendo las pretensiones de los demandantes, reenvió el fallo a la Corte de Apelaciones para que, respecto a la sentencia del primero, dicte otro fallo. Finalmente, a través de los *statutory damages*, los demandantes obtienen, por mutuo acuerdo de las partes, cincuenta millones de dólares como indemnización por los daños ocasionados a los derechos de autor (Lee, 2005, pág. 487).

4.3.B.2 Caso Napster Vs. Recording Industry association of America (RIAA)³²⁷

Napster era una plataforma que permitía la distribución masiva y gratuita de música protegida por derecho de autor. En el mes de diciembre de 1999 A&M Records y 17 disqueras más, agrupadas en la *Recording Industry Association of America (RIAA)* presentaron, una demanda civil en contra de esta plataforma por infracción contributiva y vicaria de derechos de reproducción y distribución, y por competencia desleal ante la Corte del Distrito Norte de California. Se cree que al momento de la demanda Napster distribuía una cantidad aproximada de diez mil archivos MP3³²⁸ y 100 usuarios trataban de conectarse con la misma frecuencia en el mismo periodo de tiempo.

³²⁷ Resumen de sentencia obtenido de Sistema de transferencia de música por redes P2P. En M. Morales, *Temas actuales de propiedad intelectual Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavla* (Carey & Rodríguez, 2007, págs. 96-120).

³²⁸ Es un formato de codificación digital de audio que se usa de forma muy común para almacenar archivos de audio. Este formato fue diseñado por *Moving Picture Experts Group (MPEG)*, por lo que el nombre formal de MP3 es MPEG-1, que fue el primer estándar de formato específicamente para audio (Castro, 2015).

Los demandantes alegaban que se constituía responsabilidad contributiva y vicaria³²⁹ debido a que Napster tenía conocimiento que la distribución e intercambio de archivos entre los usuarios era ilegal al no contar con autorización de los usuarios, además cobraba por los servicios que ofrecía y sobre los que tenía control absoluto.

A fin de contextualizar, la responsabilidad contributiva o *contributory infringement* consiste en que una parte deliberadamente induce, causa o contribuye a que otra cometa una infracción. Para que prospere la responsabilidad debe haber conocimiento que se está realizando un ilícito; la conducta realizada por otro debe afectar directamente el *Copyright* y generar una contribución material (Ramírez, 2009, pág. 291). La responsabilidad vicaria o *vicarious liability* ocurre cuando existe una violación directa del *Copyright* realizada por alguien diferente a quien se le imputa la infracción pero que tiene control o vigilancia sobre esta persona y se ve beneficiado directamente por las actividades ilegales del otro (Tickle, 1994, pág. 401 y ss).

En el año 2000, la magistrada del caso ordenó a Napster que terminara la facilitación y participación en la transferencia de archivos musicales de los demandantes. Más tarde, en 2001 la Corte de Apelaciones del noveno circuito ordenó a la jueza modificar la medida parcialmente para que Napster sacara de la plataforma todos los archivos que el demandante le notifique. Finalmente, le exigió desaparecer, debido a que no cumplió a cabalidad con la medida cautelar anterior y aunque Napster intentó transformarse en un sistema legítimo de transferencia de música por suscripción, no le fue posible, pues ya existían en el mercado otros *software* que lo hacían.

A grandes rasgos, la sentencia señala que la responsabilidad contributiva de Napster se materializó por crear una red para compartir archivos de manera centralizada y facilitar las

³²⁹ Sobre las clases de responsabilidad en el *Copyright* revisar Nimmer on Copyright (vols. 3-4) (Nimmer & Nimmer, 1998).

descargas de música en formato MP3 sin autorización de los autores/titulares. En el caso de la responsabilidad vicaria, es culpable porque controlaba el directivo colectivo y las operaciones que hacían los usuarios.

En esta instancia Napster es condenado a pagar a las empresas discográficas más de veinticinco millones de dólares por daños y por futuras licencias que son determinadas a partir de los *actual damages and profits* a los que hubo lugar por las pérdidas que sufrieron cada uno de los titulares dentro del mercado y respecto a las ganancias que pudo obtener el titular por el licenciamiento de la misma.

4.3.B.3 Capitol records, INC vs. Thomas - Rasset³³⁰

Jammie Thomas- Rasset, una nativa americana y madre soltera de cuatro hijos, fue condenada, en un segundo proceso, a pagar a *Capital Records* una suma de casi dos millones de dólares por descargar 24 canciones que estaban protegidas por *Copyright* a través de *Capitol* y otras compañías discográficas. Antes de iniciar este segundo proceso, ambas partes trataron de llegar a un acuerdo pero esto no fue posible, por tanto, el juicio siguió su curso y la mujer fue condenada por la suma antes señalada.

En la primera condena, que fue anulada posteriormente por alegaciones del juez de haber errores cometidos al momento de dar instrucciones a los jurados, el Tribunal Federal de Minnesota decidió que la acusada debía pagar 222.000 dólares por reproducir temas musicales sin el pago de los derechos correspondientes.

Los procesos como este - a través de la detección del ilícito y la cuantía de la sanción- buscan dejar precedentes que logren persuadir a los usuarios a no cometer nuevamente la conducta. Generalmente, se deben demostrar todos los daños que por descargas ilegales

³³⁰ Resumen y análisis de sentencia extraído de *Internet Commerce: The Emerging Legal Framework. Second Edition (Radin, Jonh, Reese, & Silverman, 2006, pág. 680 y ss).*

se pueden causar y no sólo los daños reales causados por la misma acción de una sola persona.

Para el demandante optar por los *statutory damages* era una buena opción ya que las canciones se encontraban registradas y acogerse a la ley sin tener que probar los daños también podría ser un precedente contundente ante las consecuencias de descargar ilegalmente música en Internet.

Es importante señalar que este fue el primer caso en el que se condenó a un usuario ante un Tribunal de Justicia en Estados Unidos por compartir archivos a través de redes P2P, a pesar de la gran cantidad de demandas que se presentan por situaciones similares (León & Varela, 2015, pág. 28). Si bien el demandante no alegó *actual damages* para no tener como probar el daño, si había forma de hacerlo, calculando el daño a partir de la cantidad de canciones que habían sido descargadas. La sentencia reitera la intención del legislador de lograr la disuasión del infractor.

Posteriormente, ante otro juez del mismo estado, las mismas partes se encuentran en un proceso judicial en el cual -bajo los mismos presupuestos fácticos y sobre la misma base de determinación del daño- se condena a Thomas a pagar 1.920.000 dólares por concepto de daños punitivos, en donde 80.000 dólares fueron tasados por concepto de daños ocasionados por cada una de las 24 canciones que compartió por Internet (Moseley, 2010, pág. 311). Tan pronto estuvo en firme la sentencia, la demandada se declaró en bancarrota para evitar pagar la indemnización.

4.3.C Aspectos a ser considerados sobre la determinación del daño en el *Copyright* de Estados Unidos para infracciones en entornos digitales

Una de las particularidades de este sistema de determinación de daños es su tendencia por la responsabilidad civil objetiva según la cual –cualquiera que sea el escenario- basta con que se produzca la infracción y que la víctima se haya visto afectada para que sea posible la acción indemnizatoria.

También es pertinente recordar que dado que el *Copyright* se rige por una concepción más económica de los derechos de autor³³¹, los criterios de determinación hacen referencia a los daños materiales, aunque lo anterior no excluye la protección de derechos morales.

A modo de recapitulación, el sistema de daños en el *Copyright* -que se regula por el *Copyright Act*- presenta dos clases de criterios para tasar los daños, uno que corresponde a los perjuicios reales (*actual damages*) y que incluye cualquier beneficio (*profit*) adicional que ha obtenido el infractor, y otro, en el que los perjuicios son indemnizados antes de que se prueben bajo unos montos establecidos por la ley (*statutory damages*), lo que se ha catalogado como daños preestablecidos.

Sobre los *actual damages* y los *profits*, el artículo 504 del *Copyright Act* permite que se acumulen y ante las pruebas presentadas por el demandante será el juez quien decide qué clase de indemnización debe pagar el infractor al titular de los derechos, mientras que en los países de tradición continental, el demandante será quien tenga que probar los ingresos brutos generados por el demandado y demostrar los gastos deducibles y las ganancias que pudieron ser imputadas a diferentes factores.

Siguiendo con los *actual damages* y *profits*, tal como en los sistemas de derecho de autor cuando hace referencia a daño emergente, la indemnización solo será viable ante la prueba real de los daños (Schechter & Thomas, 2003, pág. 191). Las dificultades en entornos

³³¹ Sobre las particularidades del *Copyright*, se recomienda ver a la sección 1.2.B sobre el sistema de protección de los derechos de autor.

digitales que acarrea esta determinación del daño es que es posible que el autor y/o titular no pueda probar cuántas ventas adicionales hubiera obtenido en caso que estas no hubieran estado disponibles para ser descargadas gratuitamente, además que determinar qué otras clases de actividades ilegales se realizaron, es difícil de demostrar cuando la indemnización del daño se hace a través del cálculo de las ganancias dejadas de percibir.

En lo que corresponde a los daños preestablecidos o *statutory damages*, el legislador ante las dificultades que pueden presentarse para probar las veces que se realizó la conducta ilícita, la cantidad de obras que fueron utilizadas indebidamente, el número de personas que accedieron a las obras y los rubros recibidos ilegalmente o esperados, concibió una forma de imputar responsabilidad al infractor sin que sea necesario tasar los daños o la totalidad de los mismos.

La idea es que el juez, con los elementos probatorios que tenga, como el registro de las obras, concluya en la sentencia una indemnización que disuada al infractor de nuevas conductas ilícitas. Se analiza que en entornos digitales esta es una buena opción para poder llegar a resarcir los daños a los derechos de autor de los autores y/o titulares teniendo en cuenta que la idea no es imponer indemnizaciones sin justificación alguna sino que estas se basen en las pruebas que pueda brindar la víctima y que le permitan al juez justamente determinarlo (DeBriyn, 2012, pág. 84).

Cuando el demandante opta como criterio de determinación del daño recibir los beneficios que dejó de percibir o efectivamente recibió -como lo estipulan los criterios de determinación del monto del daño en Colombia³³²-, y el nivel de incertidumbre sobre los derechos vulnerados por infracciones es alto, es posible que no se pueda realizar la

³³² Sobre criterios de determinación del daño en infracciones a los derechos de autor en la legislación colombiana se recomienda ver la sección 2.5.

reparación de los daños reales ya que el juez al fallar no va a tener las herramientas necesarias para tasarlo. En estos casos, el sistema de daños preestablecidos es viable.

Ahora, tal como lo señala Goldstein & Reese (2012, pág. 513) el éxito en la incorporación de los daños preestablecidos está en que la ley sea lo suficientemente clara y precisa para determinarlos estableciendo, entre otras cosas, sobre qué clase de infracciones recae y bajo que montos máximos y mínimos puede imponer el juez la indemnización.

Particularmente en el *Copyright* de Estados Unidos varios autores como Scheuerman (2009, pág. 74) y Samuelson & Wheatland (2009, pág. 457), han señalado que una de las dificultades que resulta de este criterio de determinación del daño es que la ley no incorporó la intencionalidad del infractor para cometer la conducta (*willful*) como requisito para su procedencia y como resultado puede que las indemnizaciones sean arbitrarias, excesivas y desproporcionadas respecto a los daños causados.

En vista de lo anterior, Scheuerman (2009, pág. 74) sugiere que los daños preestablecidos sólo se usen excepcionalmente cuando efectivamente el demandante no tiene como probar los daños reales sufridos o cuando la violación se trata de conductas que de forma mínima vulneran los derechos de autor pues en estos casos el debate probatorio no será lento ni engorroso para las partes. De todas formas, la pena debería ser graduada según la intencionalidad del infractor, es decir que el componente subjetivo no se tiene en cuenta para imputar el daño pero si para determinar la indemnización.

Siguiendo con otra singularidad del *Copyright Act*, se encuentra la obligatoriedad del registro de la obra para optar por los daños preestablecidos. Como se estudió, la obra debe inscribirse antes de que se instaure la acción de infracción a derechos de autor, pero si el autor/titular espera que pase la infracción para registrar la obra tendrá limitadas acciones para hacer respetar sus derechos, por ejemplo, no podrá recuperar los honorarios del

abogado y tampoco alegar indemnización por daños estatutarios aun cuando se ha registrado la obra y la acción infractora siga ocurriendo.

El registro de la obra en este caso acarrea la disminución de costos transaccionales dentro del proceso y provee al juez de una herramienta legal para otorgar seguridad jurídica al autor/titular en la medida que sus derechos por estar registrados van a ser protegidos (Posner & Landes, 2003, pág. 25). Esta disposición en entornos digitales podría también facilitar la identificación de la obra que muchas veces, cuando comienza a transferirse, no es posible porque los usuarios obvian detalles como mencionar la autoría o enunciar de dónde proviene la información.

4.4 Lecciones para la implementación de los criterios de determinación del monto del daño material en infracciones al derecho de autor en Colombia

Recapitulando lo visto hasta el momento, Estados Unidos presenta dos criterios generales de determinación del monto del daño que están basados en la responsabilidad objetiva y en el que el componente económico es más relevante que las connotaciones morales de los daños en infracciones a los derechos de autor.

En el otro extremo se encuentra España, que con base los principios de las Directivas de la Unión Europea, contiene un sistema de determinación del daño con un régimen predominantemente basado en la culpa y que de manera explícita exige la indemnización tanto material como moral del daño.

Específicamente, Estados Unidos repara los daños a partir del lucro cesante y el daño emergente en escenarios que contempla la ley y también provee la facultad al demandante de optar por los daños preestablecidos. Aunque la legislación europea permite la consagración de daños preestablecidos, España no los estipuló en su ley interna y optó por la indemnización de daños materiales a partir del daño emergente y lucro cesante, y los

daños morales que pueden ser tasados por medio de la clase de infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión de la obra (García, 2008, pág. 32 y ss).

Sobre la escogencia del criterio de determinación del daño, el *Copyright Act* permite la acumulación de los criterios materiales, pero una vez se opta por los daños preestablecidos se pierde la oportunidad de requerir a los *actual damages* (Chelsey, 2010, pág. 2 y ss). España, de manera expresa, indica que el demandante debe escoger exclusivamente alguno de los criterios y debe determinar el monto exacto por concepto de indemnización. Los dos sistemas se basan en el concepto de resarcimiento o reparación adecuado por lo que con la comprobación de la conducta ilícita y el daño ocasionado, es decir, con estos dos únicos elementos nace la obligación de indemnizar.

Ahora, entrando en el análisis de estos criterios en contraste con la legislación de derecho de autor Colombia y la posibilidad de incorporar nuevos criterios de determinación de daños materiales en infracciones al derecho de autor, lo primero que es importante anunciar son las diferencias que se presentan entre los tres sistemas. La primera y tal vez más relevante diferencia es que Estados Unidos cuenta con un sistema de determinación de daños preestablecidos que no existe en Colombia y España a pesar de que los dos países tienen directrices internacionales que les permiten su incorporación.

Una justificación posible de la medida de los legisladores para emplear la opción de determinar el monto del daño material a través de daños preestablecidos es el alejamiento de este a la concepción tradicional de la responsabilidad civil en donde la indemnización debe ser acorde con los daños tasados. En los daños preestablecidos comprobar el monto del daño o la totalidad de estos no es necesario para asignar la indemnización y es la ley la que impone los rangos a pagar.

Una de las ventajas del sistema de daños preestablecidos es que abre la posibilidad de que la determinación del monto del daño descansa -no el acatamiento de un precepto legal- sino en una o varias conductas que afectan el mercado en donde la víctima pretendía actuar o actuó.

Este criterio es pertinente en infracciones a los derechos de autor en entornos digitales ya que el estudio de la responsabilidad no se basa en cumplir requisitos estipulados en la ley, sino en que efectivamente se está afectando bajo cualquier forma -enumerada por la ley o no- derechos de autor. La función del legislador será fijar parámetros para que la indemnización sea adecuada aun cuando se otorga cierta discrecionalidad al juez (Samuelson & Wheatland, 2009, pág. 442).

La legislación estadounidense impone como requisito para optar por los daños preestablecidos que la obra se encuentre registrada³³³. En este escenario, el registro opera como un elemento complementario en la determinación de los daños preestablecidos para, además de indicar quien es el titular de la obra, identificar las particularidades de la misma como su singularidad y características, lo cual otorgará herramientas al juez para imponer la indemnización según los parámetros que estipula la ley.

Continuando con las diferencias, si bien los tres sistemas determinan el daño a través del daño emergente y el lucro cesante, el *Copyright Act* permite la acumulación de estos (Schechter & Thomas, 2003, pág. 196). En el caso de España es expresa la obligación de escoger una de las formas de determinación del daño, mientras que el legislador en Colombia optó por el silencio, por lo que el demandante puede decidir por alguna de las opciones o por todas estas siempre y cuando las pueda probar.

³³³ Según el artículo III. 1 de la Convención Universal de Ginebra el registro no es necesario para proteger la obra, lo mismo reitera el artículo 5 del Convenio de Berna.

Una diferencia adicional entre España y Colombia es la incorporación del criterio de valoración del daño a partir de las ganancias obtenidas por el infractor, que cambia el paradigma tradicional de la responsabilidad civil por culpa y permite que la indemnización se aparte del elemento subjetivo de la conducta ilegal con el fin de reparar a la víctima y castigar al infractor de tal forma que no reincida.

Como se estudió en el capítulo tercero -en donde se evidencian las dificultades para determinar el monto del daño según los criterios de la Ley 44 de 93³³⁴-, estos criterios en varios escenarios no conciben una diferencia entre el mercado de la comercialización legal de la obra y la del infractor y por tanto se vuelven ineficientes (Koziol, 2009, pág. 304). Con los daños preestablecidos como criterio, el juez impondrá una indemnización sin que la víctima tenga que probar la totalidad de los daños reales, lo cual disminuirá los costos transaccionales dentro del proceso y también generará una indemnización que sí llegue a ocasionar un detrimento patrimonial al infractor.

El objetivo final de los daños preestablecidos como criterio es por un lado, crear motivos suficientes al infractor para que no vuelva a cometer la conducta ilícita o se abstenga en principio de cometerla y, por el otro, que la víctima no obtenga una indemnización irrisoria en comparación al daño que sufrió.

Como última anotación, en la legislación de España la determinación por medio de las ganancias obtenidas por el infractor -que acompaña a la figura de lucro cesante- excluye los demás criterios para la determinación del daño cuando se hace la valoración de los perjuicios materiales. En el caso del ADPIC y las obligaciones de Colombia con el TLC firmado con Estados Unidos, este puede imponerse como una carga adicional al pago de

³³⁴ Se recomienda revisar apartado 3.3.B y 3.4 sobre Ley 44 de 1993 y los criterios de determinación del monto del daño material en infracciones al derecho de autor en entornos digitales según la legislación en Colombia, respectivamente.

los perjuicios ya tasados por medio, puede ser, de la figura de enriquecimiento sin causa³³⁵, de todos modos, si para determinar la indemnización adecuada fue utilizado, ya no podrá imputarse de nuevo pues se estaría condenando dos veces por un mismo daño.

La desventaja de establecer el pago a la víctima por los beneficios del infractor como único criterio para determinar el monto del daño material, es que esta indemnización no siempre empeorará o empeorará lo suficiente la situación del infractor como para generarle un riesgo que no lo haga reincidir y por tanto, se arriesgará a cometer la conducta ilícita otra vez porque no tiene que invertir un costo adicional para vulnerar el derecho de autor. En estos escenarios el carácter reparador de la responsabilidad es claro pero el disuasivo no alcanza su finalidad.

De modo contrario, será ventajoso que este criterio sea impuesto como castigo debido a que con la indemnización por los daños ya determinados se restituye el mal ocasionado, y con esta carga adicional o multa se crea una pauta al condenado para que cese la conducta pero sobre todo que no la repita. El ADPIC sugiere que la multa sea establecida con mayor severidad para hechos graves y reprochables, mientras que en las conductas ilícitas negligentes esta sea menor.

De las diferencias ya planteadas, se extraen tres grandes lecciones que pueden colaborar en la elaboración de criterios de determinación del daño material en infracciones a los derechos de autor en Colombia. La primera lección es la necesidad de proteger los derechos de autor no sólo desde la función reparadora de la determinación de los daños pues al tasarlos desde lo estrictamente protegido, versus lo producido y explotado ilegalmente, no se cumple con los fines de la responsabilidad civil en esta clase de derechos que por su especial protección, necesitan de un sistema que prevenga infracciones y

³³⁵ Sobre el enriquecimiento sin causa se sugiere revisar a la sección 2.4 sobre las funciones de la responsabilidad civil.

disuada a los infractores de reincidir en estas conductas. En la legislación española se observa cómo medidas disuasivas pueden ser incorporadas en sistemas tradicionales de responsabilidad civil que se basan en la culpa.

La segunda lección para Colombia es que, si ya existe la obligación de adoptar el sistema de daños preestablecidos, no se tome como un obstáculo su incorporación dentro del sistema de observancia de los derechos de autor, sino que se regule de tal forma que cumpla con los fines de la responsabilidad civil. Para lograr estos fines, el TLC con Estados Unidos ha dejado un gran margen de discrecionalidad para que el legislador decida como regularlo, sin que eso signifique que tenga que adoptar lo que consigna el *Copyright Act*, pero si tomando de él lo que pueda ser coherente con el sistema legal del país.

En consecuencia de lo anterior, en Colombia los daños preestablecidos deberían ser regulados, primero, teniendo en cuenta las particularidades del sistema legal de derecho de autor en donde, entre otras cosas, hay fuerte propensión hacia la protección a los derechos morales de autor. Segundo, se tendrán que determinar los montos máximos y mínimos de la indemnización a imponer, como también los requisitos procedimentales para que pueda elegirse como criterio de indemnización, entre otros asuntos³³⁶.

Paralelamente, el legislador en Colombia puede determinar que alguna de las pruebas que se pueden presentar en el proceso para optar por los daños preestablecidos sea que la obra se encuentre registrada. Como se estudió en el aparte anterior -la regulación que hace sobre el tema el *Copyright Act*-, el registro otorga cierta seguridad jurídica a la víctima y le permite probar su titularidad dentro del proceso de forma mucho más fácil.

³³⁶ Se sugiere ver el aparte 3.4 sobre los daños preestablecidos y su compatibilidad con los criterios de determinación del daño material en infracciones al derecho de autor de la Ley 44 de 1993.

Una última lección es la necesidad de crear criterios que aligeren la carga de la prueba por parte del titular del derecho -sobre todo si se trata de infracciones en entornos digitales- para que sea más fácil la reparación de los daños. Esto también implica que los criterios de determinación del daño en infracciones al derecho de autor permitan imputar responsabilidad con el único hecho de la existencia de una violación a esta clase de derechos.

Ante la necesidad de nuevos criterios y la obligatoriedad de adoptar algunos cambios en el sistema de determinación del monto del daño por los compromisos derivados del TLC firmado con Estados Unidos, la idea es que los criterios que se propongan promuevan además de la protección de las obras, la circulación de la información por cualquier medio, sobre todo en los digitales. Teniendo en cuenta que existe un marco de discrecionalidad para los países contratantes del TLC, Colombia tiene la oportunidad de incorporar las obligaciones según su sistema de responsabilidad civil³³⁷.

4.5 Conclusiones del capítulo

Los criterios de determinación del daño en el *Copyright Act* fueron pensados desde un principio desde el ámbito económico por lo que únicamente hacen referencia a los daños materiales. En el campo de lo digital, con la incorporación del *Digital Millennium Copyright Act* -que sigue los principios de los Tratados de Internet-, la ley ha logrado obtener un sistema de observancia de los derechos de autor que toma en cuenta estas problemáticas.

La adhesión de medidas como la de daños preestablecidos, que procuran la protección de derechos de autor en entornos digitales ha consolidado a Estados Unidos como uno de los países pioneros en estos temas. Sus criterios de determinación del daño – aunque con

³³⁷ Sobre las obligaciones contraídas por Estados Unidos y Colombia en el TLC, se sugiere ver sección 3.2.C.2 de esta tesis doctoral.

algunas críticas negativas sobre su incorporación- son sólidos a la hora de presentarse controversias que versan sobre infracciones a derechos de autor.

Con otra perspectiva se encuentra la Ley de Propiedad Intelectual de España, que establece sus criterios según la Directiva Europea 2004/48/CE y su sistema de responsabilidad civil de la propiedad material. La incorporación en la ley de España de las medidas que obliga la Unión Europea ha cambiado de manera discreta el paradigma de la responsabilidad civil en este país para dar espacio a medidas punitivas en donde no es necesario el componente subjetivo para reparar al autor.

Esta ley es un ejemplo de cómo los países van cambiando sus preceptos legales para adaptarse a los compromisos que van adquiriendo internacionalmente y así amoldarse a las realidades sociales y políticas a las que se enfrentan. De igual forma, España ante la facultad de adoptar ciertos criterios también ha sido autónoma y un ejemplo claro es la negación de incorporar en la ley el sistema de daños preestablecidos aunque la Directiva lo permita.

Aterrizando en el caso colombiano, si bien el TLC con Estados Unidos incluye obligaciones para Colombia en el tema de infracciones al derecho de autor que están basadas en su sistema de *Copyright*, esto no quiere decir que Colombia tenga que copiar este modelo de protección. Por el contrario, el legislador puede tener en cuenta las particularidades del sistema legal colombiano así como las dificultades que se vienen presentando en la determinación de los daños materiales para crear sus propios criterios. El modelo de Estados Unidos puede servir, en todo caso, como experiencia para ver qué factores y características son viables.

Aunque las legislaciones y experiencias de España y Estados Unidos dejan lecciones a Colombia para incorporar nuevos criterios de determinación del monto del daño en

infracciones a los derechos de autor en entornos digitales, el reto es que no sean una copia de estas legislaciones sino que se amolden a los fines del derecho de autor en el país. En el siguiente aparte se estudiarán, a partir de las lecciones acá estudiadas, la propuesta que debería adoptar Colombia en la consagración de criterios de determinación del monto del daño.

PROPUESTA PARA COLOMBIA

Para responder la pregunta que motivó esta investigación que es: ¿Cuáles deben ser los criterios aplicables en Colombia para determinar el monto del daño material en infracciones extracontractuales al derecho de autor en entornos digitales?, se proponen tres criterios que han sido determinados a partir de las tres lecciones para Colombia que se detallaron en el capítulo precedente.

La primera de las lecciones es la necesidad de proteger el derecho de autor desde la función reparadora, disuasiva y preventiva de la responsabilidad civil; la segunda, es la pertinencia de la adopción del sistema de daños preestablecidos según los parámetros del sistema legal colombiano y el registro de la obra como una de las opciones probatorias que tiene la víctima y la tercera, la creación de criterios de determinación del daño en donde se aligere la carga de la prueba por parte del titular del derecho.

En este orden de ideas los criterios propuestos son:

1. La inclusión del resarcimiento adecuado como criterio de determinación del daño material

El resarcimiento adecuado hace referencia a que en la indemnización de los perjuicios debe haber relación directa entre el derecho infringido y la reparación del daño. En consecuencia de lo anterior, todos y cada uno de los daños ocasionados deben ser reparados.

El ADPIC, ante la obligatoriedad de resarcir todos los daños, exige el elemento subjetivo de la conducta para imputar la responsabilidad y determinar la indemnización. El TLC con Estados Unidos y la Decisión Andina 351, ante el mismo escenario señalado, contemplan que si el infractor tenía conocimiento de que estaba cometiendo una infracción debe exigirle una indemnización mayor. Como se observa, en la segunda posición, la

intencionalidad del infractor deja de ser un elemento de la responsabilidad civil para imputar el daño.

Para incorporar este criterio, la ley deberá determinar que para imputar responsabilidad es necesario que exista una vulneración real a un derecho de autor que se demuestre dentro del proceso. Ahora, con la transgresión ya se activa el sistema de responsabilidad civil pero si el infractor tenía la intención de cometer la actividad ilícita, mayor deberá ser la indemnización.

La ley también deberá ser clara respecto a cómo deberán ir aumentando las penas según la clase de culpa que tenga el demandado por lo que podría usarse el grado de negligencia y cuidado que se espera de quien realiza esta clase de usos de la obra según los principios consignados en el Código Civil. También la norma deberá regularizar las formas de exoneración que tiene el demandado para la no imputación de la responsabilidad, por ejemplo, que la conducta esté amparada bajo una excepción y limitación o que la conducta sea imputable a un tercero o se constituya por una causa extraña.

Incorporar esta opción puede ser una tarea compleja pues cambia la concepción tradicional de la responsabilidad civil pero su viabilidad se justifica en que el ideal de la determinación del daño en las infracciones al derecho de autor es reparar integralmente a la víctima, por lo que la ley debe proveer de los mecanismos y medios necesarios para llegar a este fin, y la incorporación del resarcimiento adecuado puede ser uno de ellos.

Si se tiene en cuenta la cantidad de derechos de autor que se vulneran en Internet y cómo procesalmente es muy difícil probar y tasar los perjuicios que se ocasionan, este criterio facilita la tarea del juez pues solo tiene que corroborar la relación entre la conducta dañina y el derecho vulnerado sin que el elemento subjetivo de la conducta ilícita sea necesario para imputar responsabilidad. Lo anterior, implica motivar a los jueces para que

comprendan la finalidad reparadora que llega a cumplir este criterio cuando se trata de infracciones a los derechos de autor que ocurren en entornos digitales.

2. Daños preestablecidos y el registro de la obra como prueba dentro del proceso

El criterio de daños preestablecidos otorga cierta discrecionalidad al juez para determinar la indemnización con ocasión de perjuicios reales que se perpetúan a los derechos de autor sin que sea necesario tasar los daños de forma parcial o total. Para que este marco de discrecionalidad sea coherente con los principios de justicia y equidad, el legislador debe proveer de las herramientas necesarias al juez para que cumpla esta finalidad.

Por lo anterior, es necesario que el criterio de daños preestablecidos contemple de manera clara los montos máximos y mínimos entre los que puede moverse el criterio del juez para determinar la indemnización. Cuando se habla de claridad se hace alusión a que los montos no deben ser vagos ni abiertos a ambigüedad para los jueces cuando se trata de determinar los daños en la sentencia.

En este orden de ideas, la ley deberá expresar el tope máximo, medio y mínimo de los cobros a realizarse al infractor por medio otros sistemas resarcitorios o indemnizatorios contemplados en la ley, como los intereses moratorios o a través de valores de dinero fijados en salarios mínimos mensuales vigentes en donde también se mencione la forma como van aumentando en el tiempo. La idea es que el juez al revisar los topes verifique que estos sean congruentes con la capacidad económica de un colombiano promedio pero sobre todo con las condiciones económicas del infractor y el uso o finalidad del uso que se obtuvo con la infracción, pues imponer penas tan altas o desproporcionadas lo que ocasionaría es que no se paguen las indemnizaciones que se ordenan.

Una vez existe claridad sobre el rango monetario en el que puede situarse una indemnización por esta clase de daños, el juez también debe tener a la mano los elementos

que le permitirán establecer si se debe optar por un monto muy alto o por lo contrario, por uno mínimo. En este sentido se sugiere que la ley contemple atenuantes y agravantes para tasar la indemnización.

Estas atenuantes y agravantes deberán ser establecidas según el grado de intencionalidad de la conducta ilícita, si el infractor es reincidente, durante cuánto tiempo cometió la conducta y las clases de derechos de autor que se vieron afectados. Esta sería una lista enunciativa, en este sentido el juez podría utilizar cualquier otro medio para imputar el daño siempre y cuando este se encuentre justificado, dentro de los límites de la ley y el grado de razonabilidad entre la conducta ilícita y el monto a pagar.

Sobre los asuntos procedimentales es preciso que la ley haga claridad sobre el momento judicial en el que se puede optar por la indemnización, para fines de eficiencia de los recursos y evitar el desgaste de las partes y de la justicia. El ideal es que la víctima, para adherirse a esta posibilidad, tenga desde la presentación de la demanda hasta antes que se decreten las pruebas.

Aunque la legislación estadounidense impone como requisito para optar por los daños preestablecidos que la obra se encuentre registrada, para Colombia se sugiere que el registro opere únicamente como un elemento complementario en la determinación de los daños preestablecidos, es decir que sirva como parte del acervo probatorio que puede presentar la víctima en el proceso.

Abrir esta posibilidad es pertinente debido a que facilita la labor del juez para identificar quien es el titular de la obra, sus particularidades y características de esta, por otro lado, el demandante al presentar esta prueba no tendrá que acreditar su legitimidad para demandar sino simplemente el daño. La presentación del registro como prueba en ningún sentido delimita la posibilidad del demandante de demostrar por cualquier otro medio la

titularidad de los derechos de autor y optar por esta clase de determinación del monto del daño tampoco supedita la existencia y protección de la obra.

3. Los beneficios que obtuvo el infractor como medida preventiva dentro del proceso de determinación del daño por infracciones al derecho de autor

Tal como se señaló previamente, este nuevo criterio se encuentra estipulado en el ADPIC y en el TLC firmado con Estados Unidos. Los dos instrumentos legales permiten que esta indemnización sea adicional a los daños ya contemplados previamente.

Esta clase de medida preventiva de futuras infracciones debe aplicarse teniendo en cuenta la intencionalidad del infractor, por tanto, ante una forma dolosa de actuar, mayor será la indemnización a imponer. En este sentido, es razonable pensar que no vale imponer un monto a pagar muy alto si el daño se ha procedido sin intención de dañar o negligencia pues con una indemnización mínima se cumple el efecto preventivo.

También es aconsejable que el legislador señale qué se entiende por ganancias obtenidas por el infractor y especifique que dichas ganancias deben estar directamente relacionadas con los daños ocasionados y por los cuales se adelanta el proceso.

Sobre qué se entiende por beneficios obtenidos por el infractor, el legislador podría establecer una forma aritmética como lo hace el índice CORSA en España o concertando que los beneficios se entienden como montos en dinero que recibió el infractor sin que estos excedan un tope que disponga la ley.

Finalmente, el legislador deberá contemplar de manera clara que este criterio no puede utilizarse de manera concurrente como criterio de determinación de los daños cuando estos ya han sido tasados. Es decir, o sirve como criterio para determinar el monto del daño o como multa - sanción.

CONCLUSIONES

Las reglas de protección y regulación del derecho de autor han tenido que intervenir en las dinámicas y actividades que se ven inmersas en los procesos de la digitalización y el Internet debido a que mucha de la información y contenidos que allí se almacenan y reproducen se encuentran protegidos por esta clase de prerrogativas.

Lograr la protección de los derechos de autor en la era digital acarrea ciertas dificultades debido a que obras protegidas están reproduciéndose, transformándose y divulgándose constantemente en un medio rápido, dinámico y cambiante como es el Internet. Lo anterior, se ha convertido en un reto para los legisladores pues más allá de la protección de la obra, se busca encontrar equilibrio entre la formulación de incentivos para que el autor siga produciendo la creación de herramientas que permitan el acceso a la información y conocimiento como medios para lograr avances sociales y económicos en la sociedad.

Una de las mayores dificultades que enfrenta el derecho de autor desde sus inicios, es evitar que se vulneren estas prerrogativas por lo que existe un sistema de responsabilidad civil que se ocupa de sancionar a quienes cometen estas conductas. Este mismo sistema también es utilizado para las infracciones en entornos digitales.

De manera general, este sistema de responsabilidad civil tiene como primera finalidad reparar el daño de tal forma que pueda dejarse a la víctima en estado de indemnidad, esto es, como se encontraba antes de que ocurriera la vulneración de sus derechos. Para que exista responsabilidad deben verificarse unos requisitos que son la conducta ilícita, acompañada por regla general de un elemento subjetivo que acompaña la conducta para atribuir la responsabilidad, el nexo casual y el daño.

Adicionalmente, para atender nuevas dinámicas sociales y económicas pero sobre todo para proteger derechos que son trascendentales para la sociedad -como el derecho de autor-, la responsabilidad civil también busca prevenir la vulneración de estos y disuadir a los potenciales infractores para que se abstengan de incurrir en dichas conductas.

A pesar de lo anterior, Colombia no posee un sistema de responsabilidad civil que cumpla con todas las funciones de esta (reparar, disuadir y prevenir) y por tanto no es adecuado para la integral protección de los derechos de autor, además no tiene en cuenta las particularidades que implica la protección de estos bienes, sobre todo cuando se divulgan por Internet.

Una de las dificultades para imputar responsabilidad por infracciones a los derechos de autor es que este sistema tiene una visión subjetiva en la que es trascendental la culpabilidad del agente que realiza la conducta dañosa y muchas veces -sobre todo en entornos digitales- demostrar este componente no es fácil, por lo cual muchas víctimas no reciben la reparación por los daños que sufren.

Respecto al daño, el único elemento necesario para activar la responsabilidad sin importar si es objetiva o subjetiva, la Ley 44 de 1993 dispone una serie de criterios para determinarlo materialmente cuando se trata de infracciones a los derechos de autor. Estos criterios son el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el tiempo que duró la explotación ilícita.

A grandes rasgos, algunas de las conflictos en la determinación del daño por medio de estos criterios son, en el caso del valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización, que se desconoce el costo de obtener una licencia para explotar legalmente la obra y el del valor comercial de esta por lo que la valoración no es

sobre el daño real, sobre todo si se equipara la copia ilegal con la original, cuando la última generalmente es mejor. Del valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado la explotación de la obra, el inconveniente radica en que únicamente es aplicable para los derechos patrimoniales pues en los morales no es posible tasar -través de un valor económico- lo que hubiese dejado de percibir el autor/titulares.

Del último criterio que tiene en cuenta el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, precisar durante cuánto tiempo se realizó la infracción se puede convertir en un obstáculo para la determinación del daño, sobre todo cuando es el demandante quien tiene que probar el tiempo de explotación.

De las anteriores circunstancias, se entiende que los criterios pretenden que el infractor no obtenga ninguna ventaja de su actuar ilegal y a la vez que la indemnización repare el daño de tal forma que la víctima recobre el estado en el que estaba antes de que ocurriera la infracción. Esto reitera la función resarcitoria de la responsabilidad, sin embargo deja por fuera los otros fines de la responsabilidad civil que buscan disuadir al infractor de cometer nuevamente la conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior, es justo decir que la concurrencia de todos los fines de la responsabilidad civil es importante para el derecho de autor, pues el resarcimiento solo es insuficiente cuando se trata de prevenir los ataques a las obras y/o titulares en Internet o impedir que los daños ocasionados persistan o aumenten en el tiempo.

Dado que los criterios de responsabilidad civil para la determinación del daño no generan un incentivo suficiente al infractor para que respete los derechos de autor en Internet, las disposiciones sobre la observancia de estos derechos que presenta el ADPIC, al que está adherida Colombia, y el TLC firmado con Estados Unidos podrían ser una solución al respecto.

Estas disposiciones se alejan de las delimitadas en la Ley 44 de 1993, en cuanto el ADPIC agrega como criterio correctivo-sancionador -aparte del resarcimiento de los daños ya reconocidos-, el pago de las ganancias que obtuvo el infractor. Otra de las novedades para los criterios establecidos en Colombia que se encuentra en el ADPIC y también en el TLC con Estados Unidos, es el sistema de determinación de los daños preestablecidos en donde no es necesario tasarlos parcialmente o tasarlos en su totalidad. Por último, se encuentra el resarcimiento adecuado que deja por fuera el elemento subjetivo de la conducta para darle relevancia a la relación que hay entre la conducta ilícita y resultado dañino.

La idoneidad de estos criterios para ser utilizados para infracciones en Internet reside en que así no se prueben todos los daños o la culpabilidad del infractor, la víctima será reparada por la vulneración de sus derechos cuando se verifique que realmente existen. Es decir, la base de esta responsabilidad implica la reparación de un daño con base en unos perjuicios que se la ha causado efectivamente a otro y en caso de haya intencionalidad al hacer la conducta por parte del infractor, la indemnización será mayor.

Sobre ejemplos de legislaciones que han incorporado estos criterios de determinación del daño, se encuentran España, que sigue la misma corriente normativa que Colombia y de igual forma ha tenido que establecer normas para cumplir con las exigencias que le impone la Unión Europea, a la que está vinculada en relación con las decisiones que adopte sobre este tema. Por su parte, Estados Unidos tiene una corriente normativa diferente a Colombia pero debe ser tenida en cuenta debido a las obligaciones derivadas del Tratado de Libre Comercio que hay entre las dos partes, que las obliga a hacer algunos cambios relacionados con la observancia de estos derechos.

Una de las enseñanzas que deja España al respecto, es la posibilidad que tienen los países que se rigen por la responsabilidad subjetiva de incorporar medidas orientadas a corregir y

disuadir, como ocurre con la facultad que tiene la víctima de pedir que se determine el daño según las ganancias que obtuvo el infractor por la vulneración a sus derechos de autor. En el caso de Estados Unidos, el criterio de determinación de daños preestablecidos ha servido de ejemplo para demostrar cómo es viable imputar responsabilidad en infracciones contra derechos de autor en Internet cuando no se tasan la totalidad de los daños.

Las medidas sobre infracciones al derecho de autor que deben incorporarse en Colombia en aras de cumplir con las obligaciones contraídas en el TLC -que muchas de ellas también se encuentran en el ADPIC-, no implican la obligación del país de copiar el modelo de *Copyright*, por el contrario, el legislador puede tener en cuenta las particularidades del sistema estadounidense para tomar de él los aspectos que mejor se amolden y adecuen a la normativa colombiana.

De esta forma, los tres criterios de determinación del monto del daño material aquí propuestos procuran aprovechar el marco de discrecionalidad que le da el TLC a Colombia. De igual forma, a partir de las lecciones que han dejado las legislaciones sobre observancia de los derechos de España y Estados Unidos estudiados, se espera que los criterios cubran las necesidades del sistema de protección de los derechos de autor en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abadal , E. (2001). *Sistemas y servicios de información digital*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Águila, P., Evangelio, R., López, S., & otros, &. (2012). Reseñas judiciales. *Pe.i Revista de propiedad intelectual No. 40*, 135-136.
- Agúndez, A. (2000). El plagio: entre la literatura y el derecho. *Lex nova: La revista N.º. 20*, 4-7.
- Albaladejo, M. (2005). Sobre si la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 del CC es o no aplicable a culpa extracontractual. *Actualidad civil No. 1*, 5-24.
- Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- Alianza contra Piratería de Televisión Paga. (25 de 1 de 2016). *Situación de la piratería de la Televisión en Suramérica*. Obtenido de <http://www.alianza.tv>: <http://www.alianza.tv/files/NetnamesAlianzaReport012016ES.pdf>
- Alvarado, V. (2002). El derecho de autor en los Tratados administrados por la OMPI y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. En OMPI, *Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en frontera* (págs. 2-30). Bogotá: OMPI.
- Álvarez, M., & Restrepo, L. (1997). *El derecho de autor y el Software*. Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana - Biblioteca Jurídica Dike.
- Antequera, R. (2009). *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Temis SA.
- Arencibia, J. (2006). Las iniciativas para el acceso abierto a la información científica en el contexto de la web semántica. *Biblios: Revista electrónica de bibliotecología, archivología y museología No7* , 1-14.
- Aristizábal, D. (2010). Apuntes sobre el Daño Punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana. *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas Vol. 40, No. 112*, 175-201.
- Bassó, S. (2011). La presunción jurisprudencial de responsabilidad por daños a la propiedad intelectual. En Colección de ASIP, *Derechos intelectuales 16* (págs. 159 -181). Bogotá: Legis.

- Bauwens, M. (2008). Las implicaciones políticas de la revolución P2P. En I. Sádaba, M. Bauwens, G. Lovink, F. Carbajo, C. Rendueles, & R. Blanco, *Dominio abierto. Conocimiento libre y cooperación* (págs. 15-54). Madrid: Ediciones Ciencias jurídicas.
- Baylos, M., & Merino, P. (2005). Doctrina jurisprudencial sobre indemnización de daños y perjuicios en Propiedad Industrial e Intelectual. En Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano* (págs. 111-124). Madrid: Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial.
- Belloso, N. (2011). Los derechos de autor en la sociedad tecnológica. En R. Mata, & A. Javato, *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet* (págs. 61-171). Madrid: La ley.
- Bercovitz, R. (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Bercovitz, R. (2015). *Manual de propiedad intelectual. Sexta edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Blair, R., & Cotter, T. (2005). *Intellectual Property. Economic and Legal dimensions of rights and remedies*. New York: Cambridge University Express.
- Blythe, S. (2006). The U.S. Digital Millennium Copyright Act and the E.U Copyright directive: Comparative Impact on Fair Use Rights. *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property No. 8*, 111-128.
- Bonivento, J. (2000). *Contratos comerciales Tomo II*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Botero, C., Cabrera, K., & Guzmán, L. (2015). *La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Fundación Karisma.
- Botero, L. (2007). La indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual. *Revista de propiedad inmaterial No. 11*, 23-44.
- Cabedo, L., González, J., López, S., & otros, &. (2014). Reseñas judiciales. *Revista Pe.i de Propiedad intelectual No. 46*, 116-118.
- Canaval, J. P. (2008). *Manual de propiedad Intelectual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Carbajo, F. (2008). Aspectos jurídicos del conocimiento libre. Propiedad intelectual y acceso abierto a la información. En I. Sádaba, M. Bauwens, G. Lovink, F. Carbajo, C.

- Rendueles, & R. Blanco, *Dominio Abierto. Conocimiento libre e información* (págs. 55-102). Madrid: Círculo de Bellas Artes.
- Carey, G., & Rodríguez, M. (2007). Sistema de transferencia de música por redes P2P. En M. Morales, *Temas actuales de propiedad intelectual. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavla* (págs. 96-120). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Castellanos, C. (2009). Responsabilidad Extracontractual de los ISP por las infracciones que sus proveedores de contenidos cometen contra el derecho de autor y los derechos conexos de terceras personas en Colombia. *Revista Iberoamericana de derecho de autor Año III No.6*, 132-182.
- Castells, M. (2005). Internet, libertad y sociedad: Una perspectiva analítica. *Revista Tareas Nro. 121.* , 5-34. .
- Castells, M. (2010). Internet y la Sociedad red. *Conferencia de Presentación del Programa de Doctorado sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Universitat Oberta de Catalunya* (págs. 1-19). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- Castells, M. (2012). *Redes de indignación y esperanza: Los movimientos sociales en la era de Internet*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castro, L. (14 de agosto de 2015). *¿Qué es MP3?* Obtenido de about.com: <http://aprenderinternet.about.com/od/Glosario/g/Que-Es-Mp3.htm>
- Cerda, A. (2011). Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: hacia un nuevo régimen común. *Revista Ius et Praxis 17 (2)*, 231-282.
- Chelsey, K. (2010). Calculating damages under the Digital Millennium Copyright Act: How far should courts go when multiplying statutory awards? *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1-36.
- Chesnais, P. (1986). La Convención de Roma 25 años después. *Boletín de derecho de autor Vol. XX No. 4*, 9-14.
- Comunidad Andina. (19 de mayo de 2016). <http://www.comunidadandina.org>. Obtenido de ¿Qué es la CAN?: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?tipo=QU>
- Conde, C. (2011). Copyrights y derechos morales de autor: la experiencia del common law en el Reino Unido. *Revista La propiedad inmaterial No. 15*, 19-29.
- Corbett, A. (1996). The (Self) Regulation of Law: A Synergistic Model of Tort Law and Regulation. *University of New South Wales Law Journal No. 25.3*, 616-650.

- Córdoba, J. F. (2015). *El derecho de autor y sus límites*. Bogotá: Editorial Temis SA - Universidad de La Sabana.
- Corral, H. (2003). *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Correa, C. (2004). Bilateralism in intellectual property: defeating the WTO system for access to medicines. *Case Western Reserve Journal of International Law Vol 36*, 79-94.
- Correa, C. (2007). *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*. Nueva York: Oxford University Press.
- Correa, C., & Yusuf, A. (1998). TRIPS: Background, principles and general provisions. En A. Yusuf, *Intellectual Property and International Trade : the TRIPS Agreement* (págs. 3-21). London: Klomer Law International.
- Cortés, C. (6 de marzo de 2013). *El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la "Ley Lleras*. Obtenido de Fundación Karisma, Documentos 1: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Paper1ElCasoLe>
- Courtis, C. (2006). Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho. En C. Courtis, *Observar la ley : ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 349-392). Madrid: Editorial Trotta.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 105-156). Madrid: Editorial Trotta.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Casa editorial Bosch.
- De La Maza, I. (2007). Propiedad intelectual, teorías y alternativas. En M. Morales, *Temas actuales de propiedad intelectual. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavla* (págs. 54-79). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- De las Carreras, A. (1989). *El GATT, sus objetivos, fundamentos y organización* . Buenos Aires: Bolsa de Comercio de Buenos Aires.
- De Miguel , P. (2015). *Derecho Privado de Internet. Cuarta edición*. Navarra: Civitas.
- DeBriyn, J. (2012). Shedding Light on Copyright Trolls: An Analysis of Mass Copyright Litigation in the Age of Statutory Damages. *UCLA Entertainment Law Review*, 19-1, 80-110.

- Deere, C. (2008). *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*. Oxford : Oxford University Press.
- Del Olmo, P. (2009). Punitive damages in Spain. En H. Koziol, & V. Wilcox, *Punitive damages: Common law and civil law perspectives* (págs. 137-154). Vienna: Springer.
- Delgado, A. (2007). El "Derecho moral" en un tiempo de transición. En A. Delgado, *Derecho de autor y derechos afines al de autor. Recopilación de artículos de Antonio Delgado Salgado. Tomo II* (págs. 91-105). Madrid: Instituto de Derecho de autor.
- Di Pietro, M. (2005). Protección de las obras y presentaciones en Internet. Los tratados de la OMPI: La "Agenda digital" de los tratados, Derechos involucrados y tratamiento de las medidas tecnológicas. *XI Curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital"* (págs. 1-24). Asunción: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Díaz- Granados, J. (2006). *El seguro de responsabilidad: Colección textos de jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Díez Picazo, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomos I a VI*. Madrid: Civitas Ediciones.
- D'ors, Á. (1999). *Nueva introducción al estudio del derecho*. Madrid: SL Civitas Ediciones.
- Encinas, C. (2013). *Principios de Economía Política*. Washington DC: Biblioteca del Congreso de Estados Unidos.
- Erdozain, J. (2002). *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos.
- Espín, I. (2013). Límite de ilustración con fines educativos o de investigación científica: antecedentes y perspectivas. *Actas de derecho industrial y derecho de autor Tomo 34*, 111-136.
- Esteve, L. (2006). *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. Granada: Editorial Comares SL.
- Feder, J. (2004). Is Betamax Obsolete: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster. *Creighton Law Review No. 37*, 859- 905.
- Fernández, H. (2001). *Internet: Su problemática jurídica*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Fernández, M. (2006). Responsabilidad civil por el uso indebido de las marcas. *Actualidad civil No. 18*, 2164-2174.

- Ficsor, M. (2002). *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. New York: Oxford University Press.
- Fontán, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte general*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot.
- Furnish, D. (2001). Fuentes de derecho en Estados Unidos. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM No. 75*, 75-110.
- Gamboa, R. (2008). Responsabilidad de los Proveedores de Servicio en línea en Colombia. En G. d. (GECTI), *Derecho de las Telecomunicaciones* (págs. 207-235). Bogotá: Editorial Temis SA.
- García, Á. (2008). Cuestiones actuales en materia de indemnización de daños y perjuicios por la infracción de un derecho de propiedad industrial. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia No. 52*, 21-48.
- Garrote, I. (2003). *El derecho de autor en Internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE. Segunda Edición*. Granada: Editorial Comares.
- Garza, R. (2015). El derecho de autor, las nuevas tecnologías y el derecho comparado. Una reflexión para la legislación nacional y sus desarrollos jurisprudenciales. *Boletín Mexicano de derecho comparado No. 142*, 41-89.
- Gervais, D. (2008). *The TRIPS Agreement. Drafting history and analysis. Third Edition*. North Yorkshire: Sweet & Maxwell.
- Gherzi, C. (2013). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea - Universidad del Rosario.
- Gil-Botero, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En C. Bernal, & J. Fabra, *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (págs. 472-511). Bogotá: Universidad Externado de Colombi.
- Ginsburg, J. (1991). Historia de dos derechos de autor: la propiedad literaria y artística en la Francia y la América revolucionarias. *Revue Inernational du Droit d'Auteur No, 147*, 124-167.
- Giraldo, J. (2002). *Los supuestos teóricos de la investigación socio-jurídica Tercera Edición*. Bogotá: Ediciones Librería Profesional.

- Goldstein, P., & Reese, R. (2012). *Copyright, patent, trademark and related state doctrines: cases and materials on the the Law of Intellectual Property 7th Edition*. New York: Foundation Press.
- Guerrero, Á. (2007). *Monografía de grado para optar al título de abogada: TLC ¿Un nuevo estatuto legal para la propiedad intelectual?* Medellín : Universidad EAFIT.
- Gullón, A., & Díez-Picazo, L. (2015). *Sistema de derecho civil Vol II Tomo II*. Madrid: Tecnos.
- Henao, J. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hocsman, H. (2013). *Negocios en Internet*. Bogotá: Editorial Astrea.
- Instituto de derecho de autor. (16 de junio de 2016). *Instituto de derecho de autor*. Obtenido de <http://www.institutoautor.org>: http://www.institutoautor.org/story/Sentencia-fvorable-a-CEDRO-contra-Universidad-de-Barcelona_3871
- Jackson, M. (2002). From Broadcast to Webcast: Copyright Law and Streaming Media. *Tex. Intell. Prop. LJ*, 447- 479.
- Jimenez, H., Borja, M., & Palao, I. (2 de marzo de 2015). *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2014*. Obtenido de Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual: <http://www.fap.org.es/images/observatorios/pdf/Observatorio%20pirateria%202014.pdf>
- Kandelaft, L. (2016). Responsabilidad civil por infracción marcaria propuesta para otorgar una función disuasiva a la infracción marcaria. *Responsabilidad civil y del Estado No. 37*, 131-150.
- Kaplan, L. (2003). Copyright and the Internet. *Temple Environmental Law & Technology Journal*, Vol. 22, Issue 1, 1-14.
- Kemelmajer, A. (1993). ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino? *Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires Año XXXVIII, Nº 31*, 31- 85.
- Kinsella, S. (2001). Contra la Propiedad Intelectual. *Revista Estudios Libertarios vol 15, no. 2*, 4-71.
- Kinzie, M., & Hart, C. (2002). *Product Liability Litigation*. New York: Thomson Delmar Learning.

- Kionka, E. (2010). *Torts in a Nutshell 5th Edition*. Toronto: Thomson Reuters.
- Koziol, H. (2009). Punitive Damage: Admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusions. En H. Koziol, & V. Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives* (págs. 303-308). Vienna: Springer.
- LaFrance, M. (2011). *Copyright Law in a Nutshell 2nd Edition*. New York: West Academic Publishing.
- Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Leaffer, M. (1991). Protecting United States Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism. *Iowa Law Review No. 76*, 273-308.
- Lee, A. (2005). MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. & In re Aimster Litigation: A Study of Secondary Copyright Liability in the Peer-to-Peer Context. *Berkeley Technology Law Journal Vol. 20 No. 2*, 485-508.
- Lemley, M. (1997). Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet. *University of Dayton Law Review Vol. 22*, 547-585.
- León, É., & Varela, E. (2015). *Ilegalidad aparente o violación permanente: los derechos de autor y las tecnologías P2P*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- León, É., & Varela, E. (2011). Naturaleza jurídica de la protección que otorga el derecho de autor. En I. León, R. Metke, & E. Varela, *Estudios de propiedad intelectual* (págs. 69-88). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Lessig, L. (2006). *El código 2.0*. Traficante de Sueños: Madrid.
- Lichtman, D., & Landes, W. (2003). Indirect Liability for Copyright Infringement: An economic perspective. *Harvard Journal of Law & Technology Volume 16, Number 2*, 395-411.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá: CERLALC.
- Lipszyc, D. (2005). El intercambio en línea de ficheros musicales y audiovisuales musicales. *Jornadas de Derecho de autor* (págs. 2-6). México: Indautor - OMPI.
- Lipszyc, D. (2006). *Derechos de autor y derechos conexos*. Bogotá: Centro Regional para el Fomento del Libro (CERLALC).
- Lobato, M. (2007). La protección de los derechos de propiedad intelectual en la jurisprudencia civil. *Estudios de derecho civil No. 129*, 111-134.

- Madrid, L. (2014). *Negociaciones de Propiedad Intelectual en el TLC con EEUU: proceso, resultados y algunos mitos*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Mahony, I. (1997). United States. En D. Campbel, *Copyright infringement: Comparative Law. Yearbook of International Business* (págs. 393-441). Boston: Kluwer Law.
- Marín, J. (2013). Universidades y Derecho de Autor. *Revista Ars Iuris Salmanticensis Vol I, Nº 2*, 19-26.
- Martínez, M. (2013). *De la consignación en derecho romano a su proyección en el derecho civil*. Madrid: Dykinson.
- Martínez, P. (1996). *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Masouyé, C. (1978). *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literacy and Artistic Works*. Ginebra: WIPO Publication. Obtenido de <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipublications/Guide-Berne-Convention-wipopub615E.pdf>
- Matiz, C. (2002). Delitos contra los derechos de autor en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2001). *Revista la propiedad inmaterial No. 6*, 3-16.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ejea.
- Menéndez, J., & Santa, G. (2014). *Derecho e informática. Ética y legislación*. Madrid: Bosch Editor.
- Mezei, P. (2015). Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment. *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law Vol 6*, 23-71.
- Miceli, T. (2008). *The Economic Approach to Law, Second Edition*. Redwood City: Stanford University Pres.
- Ministerio de Industria y Comercio. (10 de Noviembre de 2015). <http://www.tlc.gov.co/>. Obtenido de Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853>
- Mojica, J., & Rojas, S. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Vniversitas Nº 129*, 187-235.
- Monateri, P. (1998). *La responsabilitá civile. Tratado de Diritto Civile*. Torino: Utet.

- Moore, A. (2001). *Intellectual property and information control. Philosophic Foundations and Contemporary Issues*. New Brunswick: : Transaction publishers.
- Morales, M. (2007). Elementos de responsabilidad extracontractual en materia de marcas comerciales. En M. Morales, *Temas actuales de propiedad intelectual. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Santiago Larraguibel Zavala* (págs. 357-384). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Moseley, W. (2010). A New (Old) Solution for Online Copyright Enforcement After Thomas and Tenenbaum. *Berkeley Technology Law Journal Vol. 25 No. 1*, 311-346.
- Musungu, S., & Correa, C. (2002). WIPO Patent Agenda: The risks for developing countries. *South Centre, T.R.A.D.E. Working Paper 12*, 6-7.
- Nguyen, S. (1998). BMW of North America, Inc. v. Gore: Elevating Reasonableness in Punitive Damages to a Doctrine of Substantive Due Process. *Maryland Law Review Vol. 57 Issue 1*, 251- 272.
- Nilza, S. (1997). Infracciones y sanciones civiles en derecho de autor y derechos conexos. *110 años de protección internacional del derecho de autor. Berna 1886-Ginebra 1996. III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos* (págs. 933-940). Montevideo: OMPI.
- Nimmer, M., & Nimmer, D. (1998). (1998). *Nimmer on Copyright (vols. 3-4)*. United States: Matthew Bender. Albany: Matthew Bender.
- Obón, J. (2009). Infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital Año. *Revista iberoamericana de derecho de autor Año III No. 6*, 110-129.
- O'Connor, J. (2011). Las industrias culturales y creativas. Una historia crítica. *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía, Nº78*, 24-47.
- Ordoqui, G. (2010). Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado Tomo IV* (págs. 3-32). Bogotá: Editorial Temis - Pontificia Universidad Javeriana.
- Organización de Naciones Unidas . (3 de agosto de 2016). <http://www.un.org>. Obtenido de Información general : <http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>
- Organización Mundial de Comercio. (10 de marzo de 2015). <https://www.wto.org>. Obtenido de Acerca de la OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2000). *WIPO guide to intellectual property worldwide*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Organización mundial de la Propiedad Intelectual. (2003). *Guide to the Copyright and related rights treaties administered by WIPO*. Ginebra: Organización mundial de la Propiedad Intelectual.
- Organización mundial de la propiedad intelectual. (25 de octubre de 2015). *Estudio sobre la piratería: "El mercado sobrante en México"*. Obtenido de <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>:
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/es/wipo_ace_10/wipo_ace_10_12.pdf
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (10 de marzo de 2014). <http://www.wipo.int>. Obtenido de ¿Qué es la OMPI?: http://www.wipo.int/about-wipo/es/what_is_wipo.html
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (20 de julio de 2014). <http://www.wipo.int>. Obtenido de Tratados administrados por la OMPI: <http://www.wipo.int/treaties/es/>
- Organización Mundial del Comercio. (20 de julio de 2016). <https://www.wto.org>. Obtenido de Obstáculos técnicos del comercio: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_s.htm
- Ospina, G., & Ospina, E. (2000). *Teoría general de contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Otto, C., & Schaefer, H.-B. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- Pabón, J. (2007). Medidas tecnológicas de protección en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista la propiedad inmaterial No. 10-11*, 93-116.
- Pachón, M. (1988). *Manual de Derechos de autor*. Bogotá: Editorial Temis SA.
- Palacio, M. (2013). Conflicto de leyes al interior del régimen común de derechos de autor y de derechos conexos de la Comunidad Andina de Naciones. *La Propiedad Inmaterial No. 17*, 205-222.
- Palacio, M. (2016). *Derechos de autor, tecnología y educación para el siglo XXI : el tratado de libre comercio entre*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Pantoja, J. (2015). *Derecho de daños Tomo I*. Bogotá: Leyer.

- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. *Revista de derecho privado No. 14*, 193-218.
- Patterson, L., & Lindberg, S. (1991). *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*. Atenas: University of Georgia Press.
- Pauner, C. (2014). *Manuales: Derecho de la información*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña, D. (2013). *Responsabilidad de los proveedores de servicio de internet en relación con la propiedad intelectual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, Á. (2011). *Teoría general de las obligaciones Vol II Primera parte. Cuarta Edición*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Pérez, J. (2008). *La gobernanza en Internet. Contribución al debate mundial sobre la gestión y el control de la red*. Madrid: Grupo Planeta.
- Plata, L. (2010). *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*. Barranquilla: Ediciones Uninorte - Grupo Editorial Ibañez.
- Plaza, J. (2002). *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*. Navarra: Editorial Aranzadi SA.
- Plazas, A. (1984). *Estudios sobre derechos de autor*. Bogotá: Temis Librería.
- Pombo, L. (2015). *Estándares de valuación de activos intangibles de propiedad intelectual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posner, R., & Landes, W. (2003). *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Radin, M., Jonh, R., Reese, R. A., & Silverman, G. (2006). *Internet Commerce: The Emerging Legal Framework. Second Edition*. New York: Foundation Press.
- Ramírez, M. (2009). La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los contenidos. *Revista la Propiedad Inmaterial No. 13*, 283-302.
- Reinbothe, J. (2010). The EU Enforcement Directive 2004/48/EC as a Tool for Copyright Enforcement. En I. Stamatoudi, *Copyright Enforcement and the Internet* (págs. 3-28). New York: Kluwer Law International.
- Reinbothe, J., & Lewinski, S. (2015). *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*. Oxford: Oxford University Express.

- Réka, A., Hawoong, J., & Barabási, A.-L. (1999). Internet: Diameter of the World-Wide Web. *International Weekly Journal of science Nature No. 401*, 130-131.
- Rengifo, E. (2003). *Propiedad Intelectual, el moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rengifo, E. (2008). Un nuevo reto del Derecho en la edad de la información. *Revista la Propiedad Inmaterial No. 12*, 1-20.
- Rengifo, E. (2014). Toward the Extension of Obligations to other Intermediaries in the Internet. *Revista la Propiedad Inmaterial*, 167-189.
- Rengifo, E., & Pombo, L. (2015). *Valuación de activos intangibles de Propiedad intelectual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, T. (2008). El remedio preventivo en la responsabilidad civil. *Revista de derecho privado No. 14*, 219-237.
- Ribera, B. (2009). La infracción de derechos de autor a través de los sistemas peer to peer y peer to mail. *Revista Iberoamericana de derecho de autor Año III No. 6*, 38-61.
- Richard, E. (2004). Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law. *Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 204*, 1-47.
- Ricketson, S., & Ginsburg, J. (2006). *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond (2a ed.)*. Oxford: Oxford University Press.
- Ríos, W. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Roca, E. & Navarro, M. (2011). *Derecho de daños. Textos y materiales XI Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, J. (1992). *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Rodríguez, M. (2009). Observancia del derecho de autor y de los derechos conexos en el entorno digital. Especial referencia a las medidas tecnológicas. *Revista Iberoamericana de derecho de autor Año III No. 6*, 12-37.
- Rogel, C. (2003). *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen cuatro*. Madrid: Reus SA.
- Rojas, S. (2012). Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: Desmitificación de la sanción en la sede indemnizatoria. *Vniversitas N° 125*, 339-375.

- Rojas, S. (2014). *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su repercusión en las instituciones tradicionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Romero, A. & Santana, M. (2004). Consideraciones sobre la valoración del daño moral en el derecho de autor. *Revista Cubana de Derecho*, 23-24, 20-45.
- Ross, T. (2016). *Intellectual Property Law Damages and Remedies (Intellectual Property Series litigation Series)*. New York: Law Journal Press; Lslf edition.
- Rumbos, B. (2010). *Pensando antes de actuar. Fundamentos de elección racional*. Ciudad de México: ITAM - Miguel Ángel Porrúa.
- Samuelson, P., & Wheatland, T. (2009). Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform. *William & Mary Law Review*, Vol. 51, 439-467.
- Sanchis, M. T. (2004). *Derechos de autor, digitalización e Internet*. Madrid: Editorial Universitas SA.
- Sandoval, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado No. 25*, 235-271.
- Santos, J. (1984). Consideraciones acerca de la culpa en la responsabilidad civil. *Vniversitas Vol. 67*, 379 - 395.
- Schechter, R., & Thomas, J. (2003). *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks (Hornbook) 1st Edition*. New York: Thomson West.
- Scheuerman, S. (2009). Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions. *Missouri Law Review Vol 74*, 1-51.
- Schmitz, C. (2005). *La propiedad intelectual a la luz de los tratados de libre comercio*. Santiago de Chile: Lexis Nevis.
- Schuster, S. (2008). Los presupuestos necesarios para una gestión colectiva en el ámbito digital. *Revista Iberoamericana de derecho de autor Año II No. 3, enero - junio*, 13-35.
- Secretaria General de la Comunidad Andina de Naciones. (2016). *Folleto Somos Can*. Lima: Comunidad Andina de Naciones.
- Sell, S. (2011). TRIPS was never enough: Vertical forum Shifting, FTAS, ACTA and TPP. *Journal of Intellectual property Law No. 18*, 447-478.

- Senftleben, M. (2004). *Copyright, limitations, and the Three-Step test: an analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- Serrano, A., Cabrera, M., Martínez, E., & Garibay, J. (2010). *Digitalización y Convergencia Global*. Baja California: Editorial Convergente.
- Serrano, E., & Rogel, C. (2012). *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Smith, E. (1996). Worldwide Copyright Protection Under the TRIPS Agreement. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* No. 29 (3), 559-578.
- Solarte, A. (2016). Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable. *Responsabilidad civil y del Estado* No. 37, 15-48.
- Spinello, R., & Tavani, H. (2005). Intellectual Property Rights: From Theory to Practical Implementation. En R. Spinello, & H. Tavani, *Intellectual property rights in a Networked world: Theory and practice* (págs. 1-66). London: Information Science Publishing .
- Stahl, E., & Tashman, H. (2014). *Copyright Remedies: A Litigator's Guide to Damages and Other Relief*. Chicago: ABA Book Publishing.
- Stuart, J. (1967). *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume V - Essays on Economics and Society Part II*. Toronto: University of Toronto Press.
- Tamayo, A. (2004). *Manual de obligaciones. Fuente de las obligaciones*. Bogotá: Temis SA.
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil II*. Bogotá: Legis.
- Tarello, G. (2003). *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura económica.
- Tickle, K. (1994). The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on Their Bulletin Boards. *Iowa Law School* 391, 391-418.
- Tobón, N., & Varela, E. (2010). *Derechos de autor para creativos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Torres, S. (2006). El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. *Responsabilidad civil y del Estado* No. 37, 151-189.

- Trapiella, B., & Molina, M. (2016). Piratería y copia privada ¿Dos enemigos condenados a entenderse? *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid No.29*, 145-170.
- Ulpiano. (533 d. C.). *Digesto, Libro IX*.
- UNESCO. (14 de marzo de 2007). *¿Qué es la piratería?* Obtenido de Unesco, sección Observatorio Mundial de la Lucha contra la Piratería : http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39397&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Unión Europea. (15 de junio de 2016). *¿Qué es la Unión Europea?* Obtenido de <http://europa.eu>: http://europa.eu/about-eu/basic-information/about/index_es.htm
- Unión Europea. (15 de junio de 2016). *Reglamentos, directivas y otros actos legislativos*. Obtenido de <http://europa.eu>: http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_es.htm
- United States International Trade Commission. (2006). *U.S - Colombia Trade Promotion Agreement: Potential Economy-wide and selected Sectorial Effects*. Washington: United States International Trade Commission.
- Valencia, A., & Ortiz, Á. (2015). *Derecho Civil Tomo III de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis SA.
- VanGrasstek, C. (2013). *Historia y futuro de la Organización Mundial del Comercio* . Ginebra: Organización Mundial del Comercio .
- Varela, E. (2009). *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y Copyright*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Vega, A. (2010). *Manual de derechos de autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de autor.
- Vega, J. (2002). *Protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Reus S.A.
- Vela, B. (2003). La Integración Regional como un Factor de Desarrollo Nacional, en Reformas y Políticas en Colombia y América Latina. *Revista Opera Vol. 3, No. 3*, 289-308.
- Villalba, C. (1997). Infracciones y sanciones en el derecho de autor y derechos conexos. La evaluación del daño. *110 años de protección internacional del derecho de autor. Berna 1886-Ginebra 1996. III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, 949-986.

- William, C., David, L., & Aplin, T. (2013). *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights 8th Edition*. New York: Sweet & Maxwell.
- Wilson, D. (2014). Copyright's Compilation Conundrum: Modernizing Statutory Damage Awards for the Digital Music Marketplace. *St. John's Law Review: Vol. 85: Iss. 3, Article 7.*, 1189-1220.
- Woolcott, O. & Flórez, G. (2015). *Protección del derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos*. Buenos Aires: Astrea.
- Yeh, B. (2010). *Statutory damage awards in peer-to-peer file sharing cases involving copyrighted sound recordings: Recent legal developments*. Washington: Congressional Research Service.
- Yzquierdo, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid : Editorial Dykinson.
- Yzquierdo, M., & Árias, V. (2006). *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*. Madrid: Trama Editorial.
- Zapata, F. (1998). Las nuevas tecnologías. Desafíos para el derecho de Autor. *Dikaion No. 7*, 137-145.
- Zea, G. (2009). *Derechos de autor y Derechos conexos. Ensayos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zollinger, A. (2012). Derecho de autor francés y Copyright estadounidense. Pluralismo y modelos de influencia cultural. *RIDA No. 3*, 3-37.

LEYES, TRATADOS Y SENTENCIAS

Internacionales y regionales

Declaración de Derechos Humanos (1948).

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual con el Comercio (1994).

Convenio de Berna (1886) .

Convenio de la OMPI (1967).

Convención de Roma (1980).

Convención Universal de Ginebra (1952).

Convenio bilateral sobre Propiedad Intelectual entre Colombia y España (1885).
Decisión 093 de la Comunidad Andina (1975).
Decisión 287 de la Comunidad Andina (1991).
Decisión 344 de la Comunidad Andina (1993).
Decisión 351 de la Comunidad Andina (1993).
Decisión 776 de la Comunidad Andina (2013).
Decisión 748 de la Comunidad Andina (2007).
Directiva 2004/48 CE del Parlamento Europeo (2004).
Directiva 2001/29/CE de La Unión Europea (2001).
Directiva 2011/77 UE del Parlamento Europeo (2011).
Directiva 2006/116 UE del Parlamento Europeo (2006).
Informe Bangarmann (1994).
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1996).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996).
Sentencia del Proceso No. 20 IP-2007 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2007).
Sentencia del Proceso No. 24-IP-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1998).
Sentencia del Proceso No. 33-IP-2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2008)
Sentencia de Interpretación Prejudicial No. 10-IP-99 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2009).
Sentencia del Proceso No. 177-IP-2013 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2013).
Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos (2011).
Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (1996).
Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (1996).

Colombia

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Civil de Colombia.

Código Penal - Ley 599 de Colombia de 2002.

Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012.

Superintendencia de Industria y comercio. Decreto 2264 de 2014. *“Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaría”*.

Dirección Nacional de Derechos de autor. Informe de Relatoría sobre el proceso verbal iniciado por el señor Gabriel Antonio Calle contra el centro Comercial San Diego P.H ante la subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la DNDA No. 1-2015-34057 de 19 de agosto de 2016.

Congreso de la República. Ley 565 de 2000. *“Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de la OMPI –Organización Mundial de la Propiedad Intelectual– sobre Derechos de Autor (WCT)”, adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996)”*

Congreso de la República. Ley 23 de 1982. *“Sobre derechos de autor”*.

Congreso de la República. Ley 44 de 1993. *“Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944”*.

Congreso de la República. Ley 48 de 1975. *“Por medio de la cual se autoriza la adhesión de Colombia a los siguientes Instrumentos Internacionales: ‘Convención Universal sobre Derecho de Autor’, sus Protocolos I y II, revisa en París el 24 de julio de 1971 y se aprueba la ‘Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión’, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961”*.

Congreso de la República. Ley 1648 de 2013. *“Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial”*.

Congreso de la República. Ley 1143 de 2007. *“Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”,*

sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006".

Congreso de la República. Ley 545 de 1999. *"Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)", adoptado en Ginebra el veinte|(20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996)".*

Congreso de la República. Ley 446 de 1998. *"Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".*

Congreso de la República. Ley 33 de 1987. *"Por medio de la cual se aprueba el 'Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas', del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971".*

Congreso de la República. Ley 170 de 1994. *"Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino".*

Congreso de la República. Proyecto de Ley 241 de 2011. *"Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet".*

Congreso de la República. Proyecto de Ley 1520 de 2012. *"Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del "Acuerdo de Promoción Comercial", suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su "Protocolo Modificador, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica"".*

Congreso de la República. Proyecto de Ley 001 de 2012. *“Por medio de la cual se establecen limitaciones y excepciones al Derecho de Autor”*.

Congreso de la República. Proyecto de Ley 306 de 2013. *“Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos”*.

Consejo de Estado. Sentencia de la Sección tercera de 10 de agosto de 2005, Exp. 50422-23-31-000-1993-01712-01(15775).

Consejo de Estado. Sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera de 11 de marzo de 1996, Exp. 8968.

Consejo de Estado. Sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera de 30 de marzo de 2006, Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662).

Consejo de Estado. Sentencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sección tercera de 22 de julio de 2009, Exp. 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 21 de julio de 1922.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de noviembre 25 de 1943.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Negocios Generales 15 de julio de 1949, Exp. 20732074.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de febrero 27 de 1974.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de 29 de agosto de 1986.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala plena de 13 de septiembre de 1990 Radicado 2117.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 16 de septiembre, Exp. 3939.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 5 de noviembre de 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 23 de junio de 2000, Exp. 5475.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de 12 de mayo de 2000, Exp. 5260.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria de 6 de abril de 2001 Exp. 6690

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Penal de 2010, Proceso No. 31403.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 26 de julio de 2005, Exp. 050013103011-1998-6592-2.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala Primera de 5 de octubre de 2006, Exp. 00-002184-18.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil, 18 de septiembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de agosto de 2009, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 17 de noviembre de 2011, Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 26 de septiembre de 2012, Proceso No. 6878.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Exp. SC10297-2014.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Sala de Casación Civil de 15 junio de 2015, Exp. SC7824-2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 334 de 1993. Exp. N° L.A.T.-010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-309 de 1996. Exp. D-1158.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-280 de 1996. Demandas D-1067 y D-1076 acumulados.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-276 de 1996. Exp. D-1163.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-155 de 1998. Exp. D-1797, D-1809, D-1813 y D-1818.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-227 de 1999. Revisión LAT-126.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1490 de 2000. Exp. D-2987.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-053 de 2001. Exp. D-3099.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 1062 de 2002. Exp. T-643989.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-916 de 2002. Exp. D-3099.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1118 de 2005. Exp. D-5752

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 523 de 2009. Exp. D-7612

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-966 de 2012. Exp. D-9137.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 1008 de 2010. Exp. D-8146.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-011 de 2013. Exp. D- 9107.

España

Ley 19 de 2006.

Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, España Núm. 571/2004.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, España Núm. 12/2004.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 Núm. 247/2008.

Sentencia Audiencia Provincial del Juzgado Mercantil de Barcelona Núm. IV 1019/2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. Sección novena de 15 de junio de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, España Núm. 89/2001.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, España Núm. 2/2013 .

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, España Núm. 8/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 17 de mayo de 2010.

Estados Unidos

Audio home Recordings Act of the United States de 1992.

Caso Sony Corporation of America Vs. Universal City Studios, Inc.

Caso BMW of North America, Inc. vs. Gore.

Caso Capital records, INC vs. Thomas – Rasset.

Caso Napster Vs. Recording Industry association of America (RIAA).

Caso Andrew Paul Leonard vs. Defendant Stemtech Health Sciences, Inc./Stemtech International, Inc.

Caso MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.

California Art Preservation Act of the United States de 1979.

Copyright Act of the United States de 1976.

Digital Millennium Copyright Act of the United States de 1998.

Digital Performance Right in Sound Recordings Act of the United States de 1995.

New York Artists Authorship Rights Act of the United States de 1984.

Restatement 2d of Torts de 1965.

Visual Artists Act of the United States de 1990.