

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Intercambio de archivos. Almacenamiento electrónico. Reproducción ilícita.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: China

ORGANISMO: Corte de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong

FECHA: 18-5-2007

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en <http://legalref.judiciary.gov.hk>

TRADUCCIÓN: Melisa Espinal

OTROS DATOS: Apelación Final N° 3 de 2007

SUMARIO:

“... un funcionario del Departamento de Aduanas y Tributos navegaba por un foro de Internet dedicado a películas disponibles a través del sistema BitTorrent, de nombre «bt.movie.hk». Notó que una persona con el nombre de usuario «Big Crook» había colocado un mensaje en el foro junto con un archivo «.torrent» file (es decir, un archivo digital con el sufijo «.torrent» en su nombre) para permitir que otros descarguen una película de nombre «Daredevil» de la computadora de «Big Crook» a través de la tecnología BitTorrent”.

[...]

“... «Big Crook» mantuvo una secuencia de hechos igual a la previa y publicó en el foro mensajes y archivos de tipo .torrent, ante lo cual que funcionario de aduanas logró descargar satisfactoriamente copias enteras de películas con derecho de autor tituladas «Planeta Rojo» y «Miss Agente Especial».”

[...]

“Todo ordenador posee una dirección «IP» o «Protocolo de Internet» y los mensajes del foro contenían una dirección IP que los funcionarios de aduanas rastrearon y los llevó al ordenador del recurrente. La mañana siguiente allanaron su apartamento y lo consiguieron sentado al frente de su ordenador navegando en Internet. Los funcionarios decomisaron su ordenador junto con las copias legítimas de VCD de las tres películas en cuestión al igual que una cámara digital que luego se comprobó que fue utilizada para copiar las imágenes relacionadas con tales películas ...”.

[...]

“Toda persona que desee que su ordenador actúe como semilla debe primero almacenar una copia de los archivos que serán distribuidos desde su ordenador. En la presente causa, el recurrente almacenó en el disco duro de su ordenador copias de los archivos de cada una de las tres películas y se concluye inequívocamente que generó tales copias a partir de tres VCD originales que se encontraron en su apartamento. No se cuestiona que las copias que se encuentran en su disco duro son las copias ilícitas”.

COMENTARIO: El almacenamiento electrónico de una obra, interpretación, producción o emisión, sea efímero o permanente, en este caso con destino a compartir esos archivos con terceros, constituye una modalidad de reproducción, generalmente definida como la fijación de la obra u otra producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, así como la obtención de copias de toda o parte de ella. Y como lo aclara la *“Declaración Concertada”* al artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), *“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. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”*, dispositivo que, *“mutatis mutandis”*, figura en la *“Declaración Concertada”* a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT). El almacenamiento electrónico, como modalidad de reproducción, ya había sido reconocido antes de la existencia de los referidos tratados, por ejemplo, en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos (7-4-1993), donde dijo entre otras cosas que *“... «copia», para los fines del derecho de autor, ocurre cuando un programa de computación es transferido desde un dispositivo de almacenaje permanente a la memoria RAM de un computador”*. Y también por el Tribunal de Gran Instancia de París (14-8-1996), cuando ante las transmisiones efectuadas a través de la Internet de archivos musicales desde las páginas *web* de la Ecole Centrale de Paris (ECP) y de la Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST), expresó que *“... quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva”* y que *“toda reproducción por digitalización de obras musicales protegidas por el derecho de autor susceptible de ponerse a disposición de personas conectadas a Internet requiere de la autorización expresa por parte del titular o del cesionario respectivo derecho”*. En el célebre caso *Napster*, la Corte de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos (12-2-2001) manifestó que *“los usuarios de Napster que descargan ficheros conteniendo música protegida violan los derechos de reproducción de los demandantes”*. Y la Audiencia Provincial de Barcelona (27-6-2002), decidió que *“en la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el artículo 9,1 del Convenio de Berna ... se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”*. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

FACC No. 3 de 2007

CORTE DE APELACIONES DE LA REGIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE HONG KONG

APELACIÓN FINAL NO. 3 DE 2007 (PENAL)
(APELACIÓN A LA SENTENCIA HCMA NO.
1221 DE 2005)

Entre:

CHAN NAI MING Recurrente

- y -

HKSAR Recurrido

Corte: Presidente de la Corte Li,

Magistrado Bokhary PJ,

Magistrado Chan PJ,

Magistrado Ribeiro PJ y

Lor Millett NPJ

Fecha de audiencia: 9 de mayo de 2007

Fecha de sentencia: 18 de mayo de 2007

S E N T E N C I A

Presidente de la corte Li:

- 1. Estoy de acuerdo con el fallo del
Magistrado Ribeiro PJ.**

Magistrado Bokhary PJ:

- 2. Estoy de acuerdo con el fallo del
Magistrado Ribeiro PJ.**

Magistrado Chan PJ:

- 3. Estoy de acuerdo con el fallo del
Magistrado Ribeiro PJ.**

- 4. Magistrado Ribeiro PJ:**

1. La distribución en ciertas circunstancias de una copia ilícita de una obra protegida por el derecho de autor es un delito. En la presente apelación surgen interrogantes con respecto a dos aspectos de dicho delito, a saber, sobre lo que constituye una "copia" que pudiere ser distribuida y sobre los supuestos en los que una conducta determinada pudiere constituir una "distribución". Tales interrogantes se generan en el contexto de la difusión no autorizada de películas protegidas por el derecho de autor a través de Internet mediante la tecnología conocida como "BitTorrent".

A. Los cargos por los cuales el recurrente fue condenado

2. El delito está previsto en el artículo 118(1)(f) de la Ordenanza sobre Derecho de Autor (Capítulo 528), el cual establece lo siguiente:

Incurrir en delito toda persona que, sin autorización por parte del titular de derecho de autor... distribuya una copia ilícita de la obra protegida por el derecho de autor (salvo para los fines de cualquier actividad comercial o durante o con relación a tal actividad) al extremo que perjudique al titular del derecho de autor

El recurrente fue en efecto condenado por intentar perpetrar dicho delito con respecto a tres películas. Sin embargo, la fiscalía insiste en que copias ilícitas de dichas películas fueron distribuidas por el recurrente a través de la Internet. La fiscalía optó por basar su acusación en el intento de delito para evitar dificultades relacionadas con el requisito para la prueba del delito que consiste en demostrar que la distribución perjudicó al titular de derecho de autor. En esta apelación, no se menciona el hecho de que la condena fue por intento de delinquir y no por el delito como tal. Si la pretensión de recurrente tuviere éxito, la condena por el intento de delinquir no procedería.

B. Las interrogantes y las decisiones

B.1 ¿Qué constituye una "copia"?

El primer asunto cuestionado por el Sr. Kevin Pun en representación del recurrente fue la naturaleza de la “copia” en el contexto de los datos transmitidos por Internet. Acepta que la obra protegida por derecho de autor pudiera ser reproducida de forma que resulte en la creación de una copia digital en formato electrónico¹. No obstante, el Sr. Pun alega que tal tipo de copia electrónica sólo puede existir como un elemento almacenado en un objeto físico que funciona como un medio para el almacenamiento de datos digitales, tal como el disco duro de un ordenador, un CD, un DVD, una memoria portátil y otros dispositivos afines. Mantener lo contrario, indica el defensor, sería sugerir que una copia electrónica pudiera de alguna forma ser almacenada en una aspiradora o en el ámbito de la imaginación.

3. Asimismo, señala el Sr. Pun, que una copia digital, obviamente incluyendo una copia digital ilícita, no puede ser distribuida a menos que el dispositivo de almacenamiento sea físicamente traspasado al destinatario de la distribución. Argumenta que lo anterior no se configuró en la presente causa y, por tanto, no se distribuyeron copias ilícitas.

B.2 ¿Se configuraron actos que resultaron en “distribución”?

4. El segundo argumento está estrechamente vinculado con el primero. El Sr. Pun alega que para que se perfeccione la “distribución” de una copia, el distribuidor debe estar primero en posesión de la copia en cuestión y luego la traspasa al destinatario y, a partir de dicho momento, deja de detentar la copia distribuida. Resalta que lo anterior no ocurre en la presente causa. La copia ilícita de cada película, sostiene, sólo se constituye luego de que quien la descargue decida iniciar el proceso de descarga y así obtener la copia ilícita. El recurrente indica que, aunque bien se le pudiera atribuir que puso a disposición las copias ilícitas, su conducta no puede tipificarse como una “distribución” de tales copias.

¹ Estos términos se usan indistintamente a lo largo de la presente sentencia.

B.3 Las decisiones

5. En el juicio ante el juez de Primera Instancia² (en el cual el Sr. Pun no compareció), el enfoque fue en el segundo de los asuntos mencionados aunque de forma un tanto distinta. La premisa principal fue que el recurrente no “distribuyó” las copias ilícitas debido a que su conducta fue sólo pasiva y quienes efectuaron las descargas obtuvieron las copias por sus propios medios. Luego de analizar las pruebas detalladamente y enumerar los pasos tomados por el recurrente, el juez determinó que la “distribución”, en su sentido ordinario, se había perfeccionado³. Se condenó al recurrente a tres meses de prisión por cada cargo en penas de cumplimiento concurrente.

6. En la apelación ante Beeson J,⁴ ambos asuntos surgieron. La juez desestimó la apelación y sostuvo el criterio del juez de Primera Instancia sobre la “distribución” y no admitió el argumento de que la distribución de copias electrónicas requiere de la entrega de los objetos tangibles en los que se encuentran incorporadas. La pena se mantuvo igual.

7. La presente apelación es contra la pena y se interpuso ante esta Corte previa aprobación del Comité de Apelaciones otorgada el 7 de febrero de 2007.

C. Cómo la Fiscalía imputó al recurrente

8. Los grupos de noticias en la Internet contienen foros para conversaciones e intercambio de información entre personas con intereses compartidos. En fecha 10 de enero de 2005, un funcionario del Departamento de Aduanas y Tributos navegaba por un foro de Internet dedicado a películas disponibles a través del sistema BitTorrent, de nombre “bt.movie.hk”. Notó que una persona con el nombre de usuario “Big Crook” había colocado un mensaje en el foro junto con un archivo

² Sr. Colin Mackintosh (en calidad de Juez para dicho momento).

³ [2005] 4 HKLRD 142.

⁴ [2007] 1 HKLRD 95.

“.torrent” file (es decir, un archivo digital con el sufijo “.torrent” en su nombre) para permitir que otros descarguen una película de nombre “Daredevil” de la computadora de “Big Crook” a través de la tecnología BitTorrent. La naturaleza de los archivos .torrent y el funcionamiento del sistema BitTorrent son aspectos sobre los cuales se trata en lo adelante. No se discute si el nombre de usuario del recurrente era “Big Crook” y si éste hubiera publicado el respectivo mensaje.

9. El funcionario de aduanas descargó y activó el archivo tipo .torrent. Logró descargar en su propio ordenador una copia entera de la película “Daredevil” la cual está protegida por derecho de autor. En fecha 11 de enero de 2005, “Big Crook” mantuvo una secuencia de hechos igual a la previa y publicó en el foro mensajes y archivos de tipo .torrent, ante lo cual que funcionario de aduanas logró descargar satisfactoriamente copias enteras de películas con derecho de autor tituladas “Planeta Rojo” y “Miss Agente Especial”.

10. Todo ordenador posee una dirección “IP” o “Protocolo de Internet” y los mensajes del foro contenían una dirección IP que los funcionarios de aduanas rastrearon y los llevó al ordenador del recurrente. La mañana siguiente allanaron su apartamento y lo consiguieron sentado al frente de su ordenador navegando en Internet. Los funcionarios decomisaron su ordenador junto con las copias legítimas de VCD de las tres películas en cuestión al igual que una cámara digital que luego se comprobó que fue utilizada para copiar las imágenes relacionadas con tales películas. El disco duro del ordenador decomisado fue sometido a experticias forenses detalladas y se efectuó una comparación entre los archivos digitales y los archivos que descargó el funcionario de aduanas a su ordenador. Los mensajes y correos electrónicos de “Big Crook” también fueron ubicados en el servidor del foro.

11. Con base en su experticia, el analista determinó que el ordenador del recurrente fue la fuente original (o, en términos de BitTorrent, la “semilla”) desde la cual copias de las películas fueron descargadas por el funcionario

de aduanas (y otros), razón por la cual se imputaron los cargos.

12. Para resolver los puntos señalados por el recurrente es necesario efectuar un análisis más detallado de cómo funciona la tecnología BitTorrent y cómo se aplicó la misma en relación con la presente causa.

D. La tecnología BitTorrent y su aplicación en la presente causa

13. Las pruebas técnicas no fueron impugnadas y se presentaron ante el juez de primera instancia. A continuación se resume la prueba consignada.

14. Toda película, al ser llevada a formato digital, representa un gran volumen de datos. Si se pretendiere que tal película estuviere disponible mediante la tecnología de cliente-servidor tradicional, a través de la cual todo el que deseara descargar la película tendría acceso a ella mediante un servidor centralizado, es altamente probable de que se generaría un embotellamiento en el traslado de datos, lo cual haría que el proceso de descarga fuere tan lento que resultaría irrealizable.

15. Mediante el sistema BitTorrent, el cual es una variante del sistema para compartir archivos de “punto a punto”, se evita dicho embotellamiento. No requiere de un ordenador centralizado y está diseñado para que los ordenadores particulares “compartan” el material descargado desde una fuente mediante una retransmisión a otros “puntos”. El sistema BitTorrent requiere que exista un ordenador que cumpla funciones de “semilla”, es decir, que sea la fuente original de los archivos a ser descargados. También requiere que un ordenador distinto actúe como “servidor de rastreo” para coordinar el flujo de los datos entre la semilla y los ordenadores efectuando las descargas, al igual que de los datos retransmitidos por ordenadores “punto” entre ellos.

16. Para poder participar en la red BitTorrent es obviamente necesario instalar el software de

BitTorrent en el ordenador. Mediante análisis se comprobó que el recurrente había instalado la versión “BitComet” de dicho software.

17. Todo persona que desee que su ordenador actúe como semilla debe primero almacenar una copia de los archivos que serán distribuidos desde su ordenador. En la presente causa, el recurrente almacenó en el disco duro de su ordenador copias de los archivos de cada una de las tres películas y se concluye inequívocamente que generó tales copias a partir de tres VCD originales que se encontraron en su apartamento. No se cuestiona que las copias que se encuentran en su disco duro son las copias ilícitas.

18. Luego se procede a efectuar los preparativos para transferir los datos a quienes los deseen descargar a través de la red BitTorrent. Se debe crear un archivo .torrent con relación a los archivos a ser difundidos. En la presente causa, en cuanto a la película titulada “Daredevil” por ejemplo, se encontró que el recurrente había creado una carpeta denominada “D: \BT upload\MOVIE\01 to publish\Daredevil_by_Big Crook”, mediante la cual se configura para que su ordenador efectúe el traspaso en BitTorrent de los respectivos archivos.

19. La disponibilidad de los respectivos archivos y los medios para obtenerlos de la semilla deben ser publicados para que los interesados los obtengan. Lo anterior generalmente se logra mediante la publicación de un archivo .torrent a un foro. En la presente causa, se comprobó mediante el análisis de su ordenador que el recurrente había publicado archivos .torrent con relación a cada una de las tres películas en seis foros distintos, incluyendo el foro “bt.movie.hk” al cual accedió el funcionario de aduanas. Los archivos .torrent contienen información sobre las direcciones IP del servidor de rastreo y el ordenador semilla del recurrente, al igual que información sobre los archivos a descargar.

20. Asimismo, se encontró que el recurrente utilizó la cámara decomisada en el

allanamiento para tomar fotos digitales del afiches de la película correspondientes a las imágenes de los VCD decomisados y había copiado dichas imágenes a su ordenador. Las había enviado como imágenes adjuntas en sus correos electrónicos publicados en el foro para anunciar la disponibilidad de las películas.

21. El ordenador semilla debe estar conectado al servidor de rastreo, luego de examinar los archivos que se van a estar disponibles, y los registra en el ordenador conectado en calidad de semilla de tales archivos. Quien desee descargar los respectivos archivos pudiera entonces conectarse con el servidor de rastreo, el cual a su vez se dirigiría al ordenador semilla y permitiría que las copias de los archivos seleccionados se puedan descargar. En esta causa, se determinó que el recurrente ha establecido una conexión con el servidor de rastreo denominada “sml.dyndns.org”.

22. Cuando la primera persona que desee obtener los archivos (el usuario A) activa el archivo .torrent (generalmente descargado de un foro) se conecta con un servidor de rastreo que lo dirige al ordenador semilla. Una vez que se accede a éste, el ordenador semilla transfiere los archivos seleccionados al ordenador de A. En este sentido, la copia electrónica propia de la semilla permanece en su disco duro. Lo que se transmite es una reproducción electrónica de dicha copia generada por el ordenador del recurrente mediante paquetes de información digital diseñados para ser transmitidos y reagrupados por los ordenadores que los descarguen en la secuencia correcta para que constituyan (en la presente causa) una copia completa y visible de la película.

23. En el supuesto de que, en el curso del proceso de transmisión, un segundo usuario, “B”, descargue los archivos, el ordenador semilla transmite los paquetes digitales de forma simultánea a tanto A como B. Para acelerar el proceso, el software garantiza que los paquetes de datos enviados al usuario B sean distintos a los que ya hubieren sido enviados al usuario A. El servidor de rastreo

24. *que coordina dicho flujo de datos hace que el usuario A retransmita los datos que ya hubiere recibido al usuario B y así alivia la carga del servidor semilla. Asimismo, ya que B recibe datos que A no ha recibido el servidor de rastreo ordena a B a que retransmita los datos a A. Por consiguiente, los ordenadores de “punto” A y B comparten los datos que han recibido del servidor semilla. Al unirse los usuarios C, D y E, el servidor de rastreo coordina el flujo de datos para que cada integrante de la red de descarga (denominado “enjambre” en el uso de BitTorrent) reciba una copia de la película directa o indirectamente de la semilla inicial.*

25. *Los participantes generalmente comprenden este sistema y, como se desprendió de las pruebas, “se considera una buena práctica entre usuarios de BT que quien descargue un archivo permanezca conectado durante cierto tiempo después de finalizar su descarga para que sus paquetes estén disponibles para otros usuarios y asistir en sus descargas”.*

26. *En la presente causa, con relación a la película “Daredevil”, la lista de usuarios del servidor de rastreo indicó que 40 ordenadores punto se encontraban descargando la película cuando el funcionario de aduanas accedió al servidor de rastreo. En cuanto a las otras dos películas, se detectó la presencia en línea de dos otros puntos. Como se indicó previamente, el funcionado logró descargar copias completas de cada una de las tres películas.*

27. *De lo anterior, se desprende que a través de una red de BitTorrent en la que el ordenador del recurrente actuó como semilla inicial, varios usuarios descargaron copias ilícitas de las películas que son duplicados de las copias ilícitas que residen en el ordenador del recurrente. El asunto se basa en que si ello resulta del proceso que ante el derecho constituye una distribución de copias ilícitas de las películas por parte del recurrente.*

E. Copias electrónicas y la sección 118(1)(f)

E.1 Disposiciones

28. *Tres secciones de la Ordenanza son de alta importancia para determinar el significado del término “copia” conforme a la sección 118(1)(f):*

Sección 23

(1) *La copia de la obra es un acto prohibido por el derecho de autor en toda descripción de obras protegidas por el derecho de autor; y toda mención en la presente Parte del acto de copiar y de copias tendrá el significado que se le atribuye a continuación.*

(2) *Copiar una obra es la reproducción material de cualquier forma de una obra. Esto incluye almacenar la obra en cualquier medio por vía electrónica.*

...

(6) *El acto de copiar en relación con cualquier descripción de una obra incluye la creación de copias que sean temporales o accesorias para algún otro uso de la obra.*

Sección 24

(1) *La distribución de copias de la obra al público constituye un acto prohibido por el derecho de autor en toda descripción de la obra protegida por el derecho de autor.*

...

(4) *Toda referencia en la presente Parte a la distribución de copias de una obra incluye la distribución de la obra original y de copias de la misma en formato electrónico.*

Sección 26

(1) *La distribución de copias de la obra al público constituye un acto prohibido por el derecho de autor en toda descripción de la obra protegida por el derecho de autor.*

(2) *Toda referencia en la presente Parte a la distribución de copias de una obra al público corresponde a la distribución de la obra, mediante medios inalámbricos o no, de manera que el público en general en Hong Kong o en cualquier otra parte pueda acceder a la obra desde la ubicación y en el*

momento que cada individuo decida (como, por ejemplo, la puesta a disposición de copias a través del servicio conocido como INTERNET).

29. Cuando en estas secciones se menciona la “Parte” se hace referencia a la Parte II de la Ordenanza, que incluye la sección 118(1)(f). Esto se suplementa con la sección 35(2) que define una copia de una obra como una copia ilícita “si su creación constituye una violación de derecho de autor de la obra en cuestión”. Asimismo, se complementan con las definiciones del artículo 198:

“‘electrónico’ significa todo aquello accionado por energía eléctrica, electromagnética o electroquímica, y ‘en formato electrónico’ significa en un formato que se pueda utilizar únicamente por medios electrónicos...”

E.2 “Copias electrónicas”

30. Como se indica en lo anterior, el Sr. Pun acepta que de acuerdo con la Ordenanza puede existir una “copia” de una obra en formato electrónico o digital. Eso es totalmente correcto. La sección 24(4) expresamente se refiere a la distribución de copias de una obra en formato electrónico. Cabe destacar que se debe distinguir entre la copia electrónica y el medio físico en el que reside. Por consiguiente, la sección 23(2) se refiere al almacenamiento de una obra “en cualquier medio a través de recursos electrónicos” como la creación de copias. La reproducción que resulta de la obra, es decir, la copia se encuentre “en formato electrónico” y consista de una combinación específica de datos digitales que “pudiera utilizarse únicamente por medios electrónicos”. El artículo físicamente almacenado es por consiguiente conceptual y físicamente distinto de la copia electrónica que contiene. Es obvio que si se genera una reproducción subsiguiente de la obra de dicha copia electrónica, la copia resultante constituiría otra copia electrónica.

31. En la presente causa, cuando el recurrente copió electrónicamente una película de VCD y almacenó la copia en el disco duro de su

ordenador, “reprodujo la obra de forma material” conforme a lo previsto en la sección 23(2). La copia es una copia ilícita porque su creación viola el derecho de autor, según lo previsto en la sección 35(2). Cada copia también es una copia en formato electrónico debido a que sólo se puede usar a través de medios electrónicos. Toda copia electrónica reproducida posteriormente sería una copia violatoria de la obra protegida.

32. El Sr. Pun accede que el recurrente incurrió en responsabilidad civil por crear las copias violatorias en su disco duro y por ponerlas a disposición del público en incumplimiento de la sección 26. No obstante, la Ordenanza no tipifica un delito basado en la “puesta a disposición” de copias ilícitas y el recurrente niega que cometió el delito previsto en la sección 118(1)(f) debido a que, según alega, no distribuyó nada que constituyera una “copia” ilícita.

E.3 Copias “materiales”

33. El argumento del Sr. Pun se basa en el significado del término “material” en la sección 23(2). Señala que los autores del libro *The Modern Law of Copyright and Designs* indican lo siguiente:

“...esta expresión denota dos conceptos distintos. Primero, significa ‘reproducir la obra en cualquier formato material’ (lo cual abarca cambios en la forma de dicha expresión... Además, significa ‘reproducir la obra en cualquier formato material’ (con énfasis sobre el carácter físico de dicha reproducción)...”⁵

34. El primer concepto no tiene relevancia en esta apelación. El Sr. Pun se enfoca en el segundo significado. Pretende que el requisito de que la copia sea una reproducción de una obra “material” significa que una copia digital o electrónica debe estar contenida o guardada en un “objeto físico tangible” que funja de medio

⁵ Laddie et al, *The Modern Law of Copyright and Designs*, Butterworths, 3rd ed (2000), §14.6.

para el almacenamiento de dicha copia. Por consiguiente, alega, la copia electrónica debe obligatoriamente constar de la información digital para reproducir la obra y el disco u otro medio de almacenamiento que guarda dicha data. Esto lo afirma de la siguiente manera en la Causa Incidental intentada por el recurrente:

“... el asunto en esta apelación no es que la ‘copia’ esté en formato digital o electrónico, eso tiene una respuesta claramente afirmativa plasmada en la segunda parte de la sección 23(2), sino que la copia en formato digital o electrónico debe también constituir un objeto físico material al mismo tiempo”.⁶

“... una copia en formato digital o electrónico sólo puede generarse mediante el almacenamiento de su contenido en un medio físico o electrónico... En este sentido, toda copia en formato digital o electrónico es obligatoriamente un objeto físico material”.⁷

“... la ‘distribución de copias’ se refiere únicamente a los actos que impliquen el traspaso físico de objetos materiales. Si el contenido se transmite sin dicho traspaso físico, el acto no constituirá una ‘distribución de copias’, y sólo podrá ser ilícito por motivos distintos...”⁸

35. Es un argumento ingenioso que el Sr. Pun expuso con destreza y elocuencia. Sin embargo, es inadmisibles. Estoy de acuerdo, por supuesto, con que una copia electrónica debe existir en un medio físico o tangible y no en un vacío. No obstante, de las pruebas, al igual que de la cotidianidad, se concluye que los datos electrónicos constituyen una copia digital de una obra que puede ser básicamente transmitida a través de una red de ordenadores

y cables denominada Internet. Las copias electrónicas pueden ser fácilmente transmitidas sin ser almacenadas antes en un dispositivo tangible, como un CD o un DVD, a ser entregado físicamente a un destinatario.

36. Este punto se puede ilustrar mediante dos ejemplos comunes:

(a) Un académico publica una reseña que redactó en su ordenador y que almacenó en su disco duro como un archivo electrónico. Sus amigos A, B y C le piden copias. El académico crea copias electrónicas y envía los documentos digitales como archivos adjuntos a A, B y C. En el sentido ordinario de “distribución”, el académico ha distribuido copias electrónicas de su obra sin la entrega física del dispositivo de almacenamiento a los destinatarios.

(b) Un usuario decide instalar un programa anti-virus en su ordenador y opta por comprar una copia electrónica de dicho programa a través de Internet. Paga con tarjeta de crédito y se le envía una copia del programa por Internet para que lo descargue a su ordenador y lo active para proteger su ordenador de virus. Dicha copia se encuentra en formato electrónico y ha sido adquirida, vendida y entregada a través de Internet sin que nadie entregue un disco u otro medio de almacenamiento que contenga dicho programa. Es un método común adoptado para la distribución de copias de programas de computación. Cada copia electrónica vendida es distinta de cualquier otra copia y cada una requiere de un código determinado o de una “clave” para su activación.

⁶ Causa Incidental §3.

⁷ Causa Incidental §5.

⁸ Causa Incidental §20.

37. Es cierto que la copia electrónica frecuentemente pudiere estar almacenada en un disco o en un objeto tangible similar que pudiera ser entregado físicamente o cuya entrega en formato físico estuviere prevista. Sin embargo, el uso de tal dispositivo de almacenamiento no es una condición indispensable para el traspaso o la distribución de una copia electrónica. Una red de Internet compuesta por ordenadores interconectados es un medio no menos tangible y altamente efectivo para dicha transmisión.

38. El Sr. Pun intenta sustentar su argumento con diversas disposiciones que, a su criterio, establecen que en la Ordenanza se le da un tratamiento a las copias de objetos físicos susceptibles de ser tratados como tales debido a que dicho instrumento prevé que las copias pudieran ser compradas, vendidas, exportadas, importadas y así sucesivamente. Resalta, por ejemplo, los delitos secundarios previstos en la sección 31 referentes a la posesión de una copia ilícita para los fines de, entre otros, cualquier intercambio o actividad comercial, venta o alquiler de dichas copias; y la distribución de las mismas en las circunstancias establecidas.⁹

39. Sin embargo, la insuficiencia de dicho argumento es obvia en ejemplos como el

⁹ Sección 31: (Delito secundario: posesión o tráfico de una copia ilícita)

(1) El derecho de autor sobre una obra es violado por una persona cuando ésta sin autorización del titular de derecho de autor:

(a) posee tal copia para los fines de cualquier transacción o actividad comercial o para el trámite de la misma o con relación a ella;

(b) vende o alquila u ofrece o dispone tal copia para la venta o alquiler;

(c) la exhibe en público o la distribuye para los fines de cualquier transacción o actividad comercial o para el trámite de la misma o con relación a ella; o

(d) distribuye (para fines distintos a los de cualquier transacción o actividad comercial o para el trámite de la misma o con relación a ella), de manera tal que perjudique al titular de derecho de autor, una copia de la obra que sea ilícita o que éste conozca de su ilicitud o tenga razones para ello.

anterior. Básicamente, las copias electrónicas de obras con derecho de autor pueden ser adquiridas, vendidas y entregadas directamente a través de Internet. La mención en la Ordenanza a dichas transacciones comerciales no implica, por lo tanto, que dicha definición es de aplicación exclusiva a transacciones con copias electrónicas, inclusive el manejo físico de dispositivos de almacenamiento.

40. Es igualmente cierto que, en ciertos casos como los alquileres, normalmente se tiene la imagen de personas que alquilan y luego devuelven discos con copias electrónicas de las respectivas obras. No obstante, no es necesario que, porque una forma específica de manejar una copia electrónica requiera la entrega física de un dispositivo de almacenamiento, todas las formas de transacción, específicamente la distribución de dichas copias, deban inevitablemente requerir el manejo físico y excluir la entrega a través de Internet. En efecto, los avances en tecnología constantemente buscan eliminar la necesidad de tal entrega en formato físico. Por consiguiente, una copia electrónica de una película “alquilada” puede ser enviada al destinatario a través de Internet, programada para eliminarse automáticamente después de un tiempo determinado.¹⁰ Es decir, no existe requisito taxativo que limite el traspaso y, específicamente la distribución, de copias electrónicas a la entrega física de dispositivos de almacenamiento.

41. Tampoco existe fundamento jurídico para limitar la distribución de copias a casos en los que la entrega fuere por medios físicos. La “distribución” no se encuentra definida en la Ordenanza y debe atribuírsele su significado ordinario. En la presente causa, se esgrime de

¹⁰ La Sección 25 define el “alquiler” como “poner a disposición para fines de uso una copia de la obra, con la condición de que sea o pueda ser devuelta, para obtener un beneficio económico o comercial”. La norma, por consiguiente, contempla el uso temporal sin la necesidad de la devolución de dicha copia, lo cual (sin pronunciarse sobre el punto) pareciera abarcar la forma de traspaso en cuestión.

las pruebas que una vez que los usuarios accedieron a la copia de la respectiva película con la intención de efectuar una descarga, el ordenador del recurrente reprodujo una copia electrónica ilícita (la cual permaneció en su disco duro) en formato de paquetes de información digital enviados a los usuarios que efectuaron la descarga y son reorganizados por sus ordenadores en la secuencia correcta para que se constituya una copia ilícita completa de dicha película. A mi entender, ese proceso en su totalidad está plenamente descrito como uso de copia del recurrente para la creación de copias ilícitas (pasajeras o no) de la película y su distribución directa o indirecta a cada integrante del enjambre.

42. La sección 26 sirve como fundamento para sustentar que las copias electrónicas pueden ser distribuidas a través de Internet. Abarca la “puesta a disposición” de copias de obras y expresamente reconoce “la puesta a disposición de copias de obras a través del servicio conocido como INTERNET”. Es cierto que la sección 26 aborda “la puesta a disposición” y no “distribución”. Lo anterior no importa para los fines del presente debate. La sección trata sobre la disponibilidad de copias “a través” de Internet. Por consiguiente, reconoce claramente que una copia electrónica puede ser transmitida a través de Internet y no requiere ser puesta a disposición mediante el traspaso físico de un dispositivo de almacenamiento de la copia. El hecho que se admite (correctamente) es que el recurrente incurre en responsabilidad civil, conforme a la sección 26, y ello aminora el argumento de que las “copias” según la sección 118(1)(f) requieren de una entrega en físico.

E.4 Instrumentos internacionales y opiniones doctrinarias

43. El Sr. Pun también intenta sustentar su argumento en el tratamiento que se le concede a la circulación de copias en algunos tratados internacionales. Los signatarios del Tratado de

la OMPI sobre Derecho de Autor¹¹ están de acuerdo de que el alcance del derecho exclusivo de distribución que estaban dispuestos a reconocer a favor de los autores de obras protegidas por el derecho de autor debería estar limitado a los derechos con relación a las “copias fijadas que pudieran ponerse en circulación como objetos tangibles”.¹² Hong Kong no forma parte del Tratado. En todo caso, según se indica en el Artículo 10(1), el Tratado representa un acuerdo sobre los niveles mínimos de protección del derecho de autor que se deben implementar.¹³ No significa que el alcance del delito previsto en la sección 118(1)(f) debe estar confinado si, por su interpretación, tal norma brinda una mayor protección. Esto se observa especialmente en causas como la presente en las que la Corte no tiene interés de determinar el alcance del derecho de distribución del titular de derecho de autor ni la conducta permitida al agotarse tal derecho, lo cual era el verdadero enfoque del Tratado, sino en la diseminación de múltiples copias ilícitas a través de Internet.

44. El Sr. Pun pudiera, no obstante, sustentar su argumento en lo previsto en la obra *The Modern Law of Copyright and Designs*, la cual contiene el siguiente abstracto:¹⁴

“Se alega que el derecho de distribución no aplica normalmente a la transmisión

¹¹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), Tratado sobre Derecho de Autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996.

¹² Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI de 1996, artículo 6, nota 5: “Declaración concertada sobre los Artículos 6 y 7: Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles.”

¹³ 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”.

¹⁴ Punto §34A.21.

de obras a través de Internet. Esto depende en qué se quiere decir al poner copias ‘en circulación’. En sentido metafórico, se pudiera decir, por ejemplo, que una persona que cargue un archivo a Internet pone copias en circulación, pero sería un uso impreciso del idioma. No importa el lugar; la precisión de ideas no es importante. Al inicio del presente capítulo nosotros mismos nos referimos a la descarga de ‘copias’ de obras, pero la precisión no es lo importante en este caso. Lo que en realidad sucede es que el usuario mantiene su copia en la memoria de su ordenador y su máquina envía una serie de instrucciones electrónicas (las cuales no constituyen ‘copias’ en sí) que causan que otras copias sean generadas en las memorias de otros ordenadores”.

45. No queda claro en qué se basa este abstracto en cuanto al asunto de la transmisión de meras “instrucciones electrónicas que causan que otras copias sean generadas” en vez de copias en formato electrónico destinadas a los usuarios que procedan a descargarlas.¹⁵ En cuanto al ejemplo de la compra de una copia de un programa anti-virus por Internet, es difícil concebir un proceso en el que el vendedor gira al ordenador del comprador “instrucciones que causan la creación de una copia” en vez de transmitir al comprador una copia electrónica del programa (acceso que generalmente requiere la entrada de un código o “clave de producto”). En todo caso, las pruebas y los hallazgos en la presente causa no corresponden con el enfoque que se presenta en el texto. Si bien es cierto que la copia ilícita inicial permanece en el disco duro del recurrente, se demostró a través de las pruebas que los archivos, divididos en pequeños paquetes de información digital,

¹⁵ En cuanto al punto §34A.16, el texto sugiere que lo transmitido es “tan sólo un flujo de señales electrónicas que le indican al ordenador que funge como fuente cómo generar una copia; y éstas no pueden considerarse más ‘copias’ que los sonidos emitidos por una persona que toca un piano o pulsa un teclado”.

fueron reproducidos en el ordenador del recurrente y enviados a la red de descargas. En vista de las definiciones y disposiciones de las normas, se debe describir los paquetes creados y transmitidos en su totalidad por el recurrente como copias electrónicas (pasajeras o no) de las obras protegidas.

46. Parece claro que lo expresado en el libro está altamente condicionado por el limitado alcance del derecho de distribución previsto Directiva Europea correspondiente.¹⁶ Por lo tanto, la disposición preliminar número veintiocho (28) de la Directiva establece claramente que el derecho exclusivo de controlar la distribución de una obra que goce de protección armonizada se encuentra limitado a obras “incorporadas a un soporte tangible”. Esto es cónsono con el grado de protección acordado por los signatarios del tratado de la IMPO. No obstante, como se señala arriba, el nivel mínimo de protección aceptado por los Estados en el ámbito internacional o de la Comunidad no limita la debida interpretación de las normas patrias.

47. Es en este contexto que el punto §A34A.21 del libro se basa. Establece lo siguiente:

“Lo que los redactores la Ley (y los de la Directiva Europea a la que se debe adaptar) tenían en mente era que las

¹⁶ Directiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo de 2001 sobre la armonización de ciertos aspectos sobre el derecho de autor y los derechos relacionados en la sociedad de la información (generalmente denominada la Directiva de la Sociedad de la Información). La disposición preliminar número veintiocho (28) establece lo siguiente: “La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible...”. El artículo 4 establece: “Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio. (2) El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento”.

mismas copias viajaran a través de los canales adecuados de intercambio. Pero esto no es lo que ocurre en la Internet. Cabe resaltar que, para que algo constituya una "copia", debe ser un ente material que incorpora el contenido de la obra o al menos una parte sustancial del mismo. Esa obra o parte debe poderse encontrar en tal ente material en un determinado momento... Esto tampoco ocurre en la Internet".

48. Los autores exponían la posición asumida por la disposición preliminar 28 de la Directiva. Buscaban consagrar una interpretación de la legislación del Reino Unido que reflejara el nivel limitado de la protección prevista en la Directiva, la cual era una medida que pretendía armonizar el derecho de autor en la Comunidad Europea. Estos aspectos no conciernen a los tribunales de Hong Kong. Los autores parecen haber anticipado como explicación de por qué la protección conforme al régimen europeo se limitaba a la distribución de obras incorporadas a un soporte tangible, una política de regular únicamente la distribución de obras "a través de los canales adecuados para el intercambio". Sea o no la explicación correcta de la política para la limitación adoptada en la Directiva, me gustaría traer a colación que el volumen en auge de comercio electrónico de obras de todo tipo en formato de copias electrónicas sugiere que la Internet se ha convertido en un canal establecido para tal intercambio. Si, en la medida en que el libro lo indica, tal como pretende sugerir el Sr. Pun, una copia electrónica de una obra que goce del derecho de autor no puede ser, a priori, distribuida a través de Internet, pues yo respetuosamente estoy en desacuerdo.

F. ¿Se produjo una conducta que constituyera una "distribución"?

F.1 El argumento esgrimido ante la corte

49. En Primera Instancia, el recurrente¹⁷ argumentó que el término "distribuir" en la norma se debería interpretar como el requerimiento de conducta activa por parte del distribuidor durante el proceso y que, en este sentido, las copias fueron obtenidas por las acciones de quienes efectuaron las descargas mientras que la conducta del recurrente fue meramente pasiva. El argumento presentado ante esta Corte, aunque estrechamente vinculado con el anterior, guardaba ciertas diferencias que se esgriman a continuación.

50. No aceptaría el anterior argumento como un asunto de mera interpretación de la palabra "distribución" ni como un hecho. El término "distribución" en sentido ordinario abarca claramente un proceso en el que el distribuidor primero toma los pasos necesarios para poner a disposición el objeto y el destinatario entonces toma las medidas por su cuenta para obtenerlo. Un ejemplo sencillo es la distribución de gaseosas u otros artículos de consumo por medio de máquinas expendedoras. En cuanto a los hechos, no consideraría la conducta del recurrente, descrita en el punto D que antecede como "pasiva" en sentido alguno. Luego de tomar las numerosas medidas preparatorias descritas, el recurrente mantuvo su ordenador conectado a la red y siguió con el software en funcionamiento para garantizar que la totalidad de las copias de las películas fueren transmitidas a quienes las descargaren. Sería un error confundir su utilización de medios automatizados (es decir, el software de BitTorrent) para lograr su objetivo como un acto pasivo de su parte.

F.2 El argumento esgrimido ante la Corte

51. Tal como se indica en la sección B que antecede, se alegó ante esta Corte que, para que ocurra la "distribución" de una copia, el distribuidor debe primer estar en posición de la respectiva copia que traspasa al destinatario, luego de que la copia distribuida no se encuentra más en su posesión. Está

¹⁷ Representado por el Sr. Paul Francis del Bufete Tang, Wong & Cheung, instruido por el Servicio de Abogados Ad Litem.

estrechamente vinculado con el argumento de que una copia electrónica sólo puede existir como una incorporación a un dispositivo de almacenamiento que sólo puede distribuirse mediante la entrega en formato físico. Busca la aplicación del paradigma de la entrega física para la diseminación de copias por medios electrónicos.

52. El Sr. Pun se basa en la determinación en Primera Instancia de que el experto de la fiscalía había aceptado que “fue la decisión del operador del ordenador que efectuó la descarga de obtener el archivo en cuestión de la semilla y fue tal acto el que inició el flujo de datos al ordenador solicitante de la descarga”.¹⁸ Según el Sr. Pun esto significa que el recurrente no transfirió ninguna copia electrónica ilícita desde su ordenador. Al contrario, las copias se generaron únicamente debido a las actividades de descarga de los integrantes del enjambre. En otras palabras, no hubo distribución porque el recurrente no traspasó copias previamente en su posición al enjambre para fines de descargas. Solamente permitió que generaran sus propias copias.

53. Este alegato debe rechazarse con base en los hechos. Es cierto mas no relevante que la copia ilícita inicial de cada película permaneció en el disco duro del recurrente. Como se indicó previamente, en primera instancia se aceptó la prueba que establece que las copias electrónicas que duplican tal copia ilícita inicial fueron generadas por el ordenador del recurrente y enviadas a los usuarios como un flujo de paquetes digitales que están destinados a ser reconstruidos en películas. Por consiguiente, aunque se asuma en virtud de dicho argumento que el enfoque del Sr. Pun en cuanto al significado de “distribución” fuere correcto, es decir, que es necesario el traspaso de la copia en posesión del distribuidor al destinatario, los hallazgos indicaron que el recurrente sí creó y tenía posesión de tal copia (pasajera o no) para fines de distribución y descarga por parte del enjambre.

54. Dejaría expresamente abierta la cuestión interpretativa, es decir, si el Sr. Pun tiene derecho a sugerir que la “distribución de una copia” necesariamente requiera el traspaso de una copia que se encontraba primero en posesión del distribuidor. Por tanto, si la prueba hubiera sido distinta y se hubiera demostrado que no se creó ninguna copia electrónica adicional de la película por el ordenador del recurrente y que no se transmitió tal copia para fines de descarga, sino que el recurrente facilitó a los destinatarios los medios electrónicos para crear copias electrónicas de las tres películas en sus propios ordenadores, la cuestión seguiría siendo si su conducta constituye la “distribución de copias ilícitas”. El hecho se mantendría que por su utilización de la tecnología el recurrente ha causado que las reproducciones de las copias ilícitas en su ordenador aparezcan en los ordenadores de quienes efectúen las descargas aunque el proceso no hubiere requerido de la creación previa en su ordenador de una copia electrónica (pasajera o no). Dejo abierta la pregunta sobre su conducta y si ésta pudiera tipificarse conforme a la sección 118(1)(f).

Conclusión

55. Por todo lo anterior, ninguna de las impugnaciones hechas por el recurrente tiene cabida. Básicamente distribuyó copias ilícitas de las películas y correctamente se le condenó en calificación de intento de comisión del delito previsto en la Sección 118(1)(f). Se debe desestimar tal apelación.

56. Es entonces innecesario analizar lo alegado por la parte recurrida, naturalmente opuesto a lo alegado por el recurrente, que si se encontrara con lugar la apelación, la Corte debería sustituir las penas con los cargos alternativos los cuales no fueron decididos por el tribunal de Primera Instancia.¹⁹ Estos cargos no fueron interpuestos antes Beeson J. y, por mi parte, me veo obligado a declarar sin lugar la pretensión de la parte recurrida. Como indica

¹⁸ Declaración de Hallazgos §29.

¹⁹ Los cargos imputados fueron la obtención de acceso doloso a un ordenador, en violación de la sección 161(1)(c) de la Ordenanza Penal, Capítulo 200.

el Sr. Pun, es cuestionable hasta qué extremo se hicieron los hallazgos necesarios en Primera Instancia. Asimismo, resalta aspectos de mero derecho que no fueron previamente explorados y que bien pudieran ser analizados en cuanto a dichos cargos.

Lord Millett, Juez No Permanente:

57. Estoy de acuerdo con el fallo de Sr. Juez Ribeiro.

Presidente de la Corte Li:

58. La Corte unánimemente desestima la apelación.

*(Andrew Li) (Kemal Bokhary)
Presidente de la Corte Juez Permanente*

*(Patrick Chan)
Juez Permanente*

*(R A V Ribeiro) (Lord Millett)
Juez No Permanente Juez Permanente*

Sr. Kevin KH Pun (instruido por los Sres. Chak & Associates) por el recurrente

Sr. RG Turnbull y Sr. Hayson KS Tse (del Departamento de Justicia) por la parte recurrida