

El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la ‘Ley Lleras’

Por Carlos Cortés Castillo¹

¹ Abogado y especialista en periodismo de la Universidad de Los Andes. Maestro en Gobernanza de medios y comunicaciones del London School of Economics. Investigador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo, Argentina, y consultor de la Fundación Karisma. Asesor en temas de regulación de medios, Internet y tecnología. email@carloscortes.co.



1. Presentación

El lunes 4 de abril de 2011, el entonces ministro del Interior y de Justicia Germán Vargas Lleras llegó a la Secretaría General del Senado acompañado por un grupo de artistas y con un proyecto de ley bajo el brazo. “A quienes sigan utilizando la piratería, pues que se tengan de atrás, porque de aquí para adelante el tema de prisión y de penas se va aplicar con todo rigor”, declaró.

Según el comunicado oficial, los cantantes Mauricio Palo de Agua y Lucas Arnau le agradecieron al Ministro por la iniciativa, de la cual ellos –como parte del gremio– serían supuestamente los grandes beneficiados.² En la foto de ese día también aparecen los actores Julio César Herrera, Aida Bossa, Susana Torres, y viejas glorias de la música colombiana como Vicky y Fausto.

La mayor parte del proyecto de ley (16 de los 19 artículos) contemplaba la creación de un mecanismo extrajudicial para retirar de Internet aquellos contenidos –videos, música, textos– que suben o transmiten los usuarios y supuestamente violan los derechos de autor.

La amenaza de cárcel para los piratas a la que se refería Vargas Lleras estaba en uno de los artículos finales del proyecto, pero antes que crear un nuevo delito lo que realmente hacía era repetir –si acaso de manera más específica– lo que ya estaba vigente en el Código Penal colombiano.

Al presentar el proyecto de ley rodeado de artistas, Vargas Lleras no sólo estaba tratando de blindar de legitimidad la reforma –que hacía parte de las obligaciones adquiridas en el Tratado de Libre Comercio–, sino que también le daba un enfoque distinto al que realmente tenía. Antes que meterse en la espinosa discusión sobre el equilibrio de derechos fundamentales en Internet, el gobierno quería mantener el debate en términos de la subsistencia de nuestros músicos, actores y productores.

Después de pasar de afán por la Comisión Primera, la ‘Ley Lleras’ –como fue bautizado el proyecto de ley 241 en las redes sociales– fue archivada el 16 de noviembre de 2011 en la plenaria del Senado.

Que ese haya sido el desenlace no implica que los contradictores de la ‘Ley Lleras’ hayan ganado la pelea de fondo, más allá de la importante reacción que tuvo la sociedad civil y del precedente que quedó en la ponencia de archivo. Además de

² Ver, ‘Se regulan los derechos de autor en Internet’. Ministerio del Interior, 4 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/newsdetail/708/1/DerechosdeAutorenInternet>. Consultado el 6 de marzo de 2013.

que subsisten los compromisos del TLC –entre ellos, la obligación de crear un mecanismo de retiro de contenidos–, quienes se opusieron al proyecto no lograron cambiar del todo el enfoque de la discusión en el Congreso. Pero, sobre todo, no pudieron subvertir la narrativa que acuñó Vargas Lleras en el debate público según la cual esta reforma traería un mejor futuro para nuestros artistas.

El objetivo de este documento es contar el debate de la ‘Ley Lleras’ que se dio en el Congreso. En el primer capítulo explicaremos de qué se trataba este proyecto; en el segundo examinaremos las motivaciones de éste, y en el tercero analizaremos de qué manera los proponentes trataron de enmarcarlo de una manera que los favoreciera, aun tomando distancia de su verdadero contenido. Con todo esto, ofreceremos algunas reflexiones finales de cara al futuro.

Este documento se centra en el proyecto de ley y la discusión pública que se dio en el Congreso, tanto en los debates con la sociedad civil como en el trámite formal. No cabe duda de que en otros espacios de deliberación –chats en línea, foros universitarios, reuniones– hubo elementos relevantes para contar la ‘Ley Lleras’. Sin embargo, abarcarlos resultaba difícil en términos metodológicos. Es importante entonces tener en cuenta esta limitación a la hora de analizar las conclusiones que aquí se plantean.

Por último, es importante aclarar que este documento se centra en el debate público sobre la ‘Ley Lleras’ antes que en sus aspectos técnicos. Así, éstos se abordarán solamente en la medida necesaria. En documentos posteriores los desarrollaremos en profundidad (como la responsabilidad de los intermediarios, los derechos de autor en Internet y la piratería en línea).

–casas disqueras, editoriales y productoras de cine y televisión, entre otros– en el interés por controlar el uso de su contenido.

Establecer un vínculo legal entre los PSI y los titulares derechos de autor que les permita a estos últimos controlar el uso de material protegido es, en esencia, el objetivo de normas como la ‘Ley Lleras’. Y la manera de hacerlo es introduciendo un incentivo legal para que los PSI colaboren. Hablar de ‘incentivo legal’ significa, en otras palabras, crear una norma para que los PSI sean responsables por las infracciones de los derechos de autor de sus usuarios a menos que hagan algo determinado.

Por varias razones, ningún PSI puede saber si cada contenido que transmite, aloja o enlaza cumple con las normas de derechos de autor: el volumen de usuarios y datos es enorme, hay restricciones técnicas para identificar el contenido y, sobre todo, las violaciones pueden ser difíciles de determinar. (En un plano diferente, un monitoreo de éstos, además, vulneraría el principio de neutralidad de la red y comprometería la privacidad de lo usuarios).³

Exigirle entonces a los PSI que respondan por la legalidad de todos los contenidos no solo sería inviable, sino que terminaría por imponer unas cargas operativas y financieras exorbitantes, lo cual desencadenaría en la paralización de un sector vital de la economía de Internet.

Teniendo en cuenta esa limitación, la ‘colaboración’ que proponía la ‘Ley Lleras’ –tomada de la legislación norteamericana– consistía en que los PSI debían inhabilitar o retirar el contenido infractor de un usuario en cuanto recibieran una notificación del supuesto propietario de ese material. Solo así los PSI estarían en lo que se conoce como un ‘puerto seguro’, esto es, a salvo de posibles responsabilidades civiles y penales. Una vez retirado o bloqueado el contenido, el usuario afectado recibía una notificación de lo que había sucedido y podía iniciar un reclamo (conocido como contra-notificación).

Según el proyecto de ley, en la solicitud de restablecimiento del material el usuario debía incluir, además de sus datos, una declaración juramentada donde afirmara que aquel había sido retirado por error y que estaba dispuesto ser notificado de cualquier demanda o requerimiento judicial al respecto. Y si en un “plazo razonable” el titular del derechos de autor respectivo no remitía una orden judicial para mantener el material inhabilitado, el PSI debía restablecerlo.

La característica más relevante del sistema de remoción de contenidos de la ‘Ley Lleras’ es que se trata de un mecanismo extra-judicial. Esto quiere decir que no requiere de intervención judicial alguna durante el proceso de remoción de contenidos. Más aún, el

³ Sobre las restricciones técnicas para identificar contenido en Internet, ver: Cortés, C. ‘Vigilancia en la red: ¿qué significa monitorear y detectar contenidos en Internet?’. Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet, Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo, 2012. Disponible en: http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/ilei-investigaciones_realizadas.html. Consultado el 9 de marzo de 2013.

2. La ‘Ley Lleras’

a. La colaboración de los intermediarios

Los prestadores o proveedores de servicios en Internet (PSI) son los intermediarios de todas las actividades que hacemos en línea y, en esa medida, están en una posición inmejorable para monitorearnos. El PSI es la empresa que nos presta el servicio de conexión a la red, el motor de búsqueda que nos ofrece decenas de enlaces o el servicio donde almacenamos vídeos, fotos y archivos.

ETB, Google, YouTube, Dropbox, Facebook y Twitter, son algunos ejemplos de estos intermediarios que, como un ama de llaves o el portero de un edificio, prestan un servicio y a la vez determinan por dónde nos movemos, qué enviamos y qué recibimos en línea. Es por esa razón que los PSI resultan agentes imprescindibles para los titulares de derechos de autor

proceso privado se surte principalmente entre el titular de los derechos de autor y el PSI. Este modelo no es el único disponible: en diversos países se ha optado por mecanismos administrativos (con la intervención de una autoridad administrativa), judiciales o mixtos.

En teoría, un sistema como éste permitiría enfrentar de manera más eficiente y expedita la piratería en Internet. Por ejemplo: una persona monta un portal de películas en línea y cobra una suscripción para verlas o descargarlas. Esa persona no es la propietaria de ese material o no tiene autorización del titular, se está lucrando con éste y le quita diariamente un posible mercado al verdadero dueño del negocio. En ese caso, el titular del material –empresas como Sony, Universal o Fox– puede notificar al PSI sobre la existencia de esa página para que la bloquee o inhabilite el servicio que le permite operar. El PSI tendrá que hacerlo inmediatamente para estar en el ‘puerto seguro’, y el titular del derecho de autor tendrá una protección efectiva sin necesidad de acudir a un juez.

Este ejemplo ilustra la conveniencia y razonabilidad del sistema. Pero la norma también aplicaría en casos donde no se incurre en piratería o donde no parece clara la infracción del derecho de autor. Ilustrémoslo con dos ejemplos. Un usuario sube a su cuenta de YouTube un video personal de sus vacaciones ambientado con una canción de Shakira. Aunque esa persona no es la propietaria del material discográfico, no se está lucrando con él ni parece estarle quitando un mercado al titular. No obstante, en cuanto Sony Music Entertainment –la casa disquera de la artista en Colombia– notifique a YouTube sobre la existencia del material infractor (solo debe afirmar que es el titular e indicar el enlace donde está alojado), éste deberá bajar el contenido para no ser responsable de la eventual violación de derechos de autor en la que incurriría el usuario.

El segundo ejemplo: una periodista hace un documental crítico sobre una figura pública (un alcalde o un congresista) y lo sube a su blog personal. El documental incluye imágenes de esa figura pública que aparecieron en un noticiero de televisión. La periodista no es la propietaria del material, pero únicamente usa algunos fragmentos con el propósito de hacer una crítica sobre un tema de interés general. Y al igual que en el caso anterior, si este noticiero notifica a ETB o a Google sobre la existencia de la página con el material infractor, ambas empresas tendrán que inhabilitar el acceso o el enlace al contenido, y notificar a la periodista. Solo entonces el usuario podrá iniciar un proceso para pedir que el material sea restablecido en un “plazo razonable”.

Es en esos términos que este mecanismo ha sido criticado en diversas partes del mundo.⁴ Como decíamos anteriormente, **los PSI no tienen los elementos de juicio –ni la autoridad– para**

evaluar usos legítimos como el del video de las vacaciones o el del documental de la periodista. En cambio, sí cuentan con un incentivo fuerte para inhabilitar el contenido.

Por otro lado, los titulares del derecho de autor no son una parte imparcial para analizar las zonas grises. Incluso si partimos del supuesto de que usarían la herramienta de buena fe, el mecanismo está diseñado para que no asuman costo alguno por solicitudes de remoción equivocadas o desproporcionadas.

b. El proyecto de ley 241 y las modificaciones

El primer capítulo de la ‘Ley Lleras’ se ocupaba de definir el marco general de este mecanismo según el tipo de servicio que prestan los PSI (en pocas palabras, no es lo mismo ETB que Facebook). Por ejemplo, los PSI que transmiten los datos infractores no debían manipularlos o seleccionarlos, y aquellos que los alojan no debían estar recibiendo ningún beneficio atribuible a la actividad infractora. Son estas las condiciones que, según el proyecto, determinaba que los PSI fueran en realidad simples intermediarios, ajenos a la infracción de derechos de autor del usuario de Internet.

El segundo capítulo del proyecto desarrollaba el proceso de notificación y enumeraba los elementos que debían tener las solicitudes de retiro y de restablecimiento (o contra-notificación). Adicionalmente, facultaba al juez para decretar medidas –cautelares o definitivas– como cancelar el servicio de Internet de un usuario ‘reincidente’, y para entregar al titular del derecho de autor información sobre éste, incluida la confidencial (por ejemplo, el historial de búsquedas o de navegación del usuario).

Por último, y sin tener una relación directa con el mecanismo, este capítulo contemplaba una pena de hasta ocho años de prisión para quienes hicieran accesible al público, a través de una red digital, cualquier material protegido por derechos de autor o derechos conexos con fines comerciales. Esto no era nuevo, ni en términos de pena ni de delitos. El artículo 271 del Código Penal ya prevé ese delito –acaso de manera más general pero igualmente aplicable–, y su pena fue aumentada a un máximo de ocho por la Ley 1032 de 2006.

En el informe de ponencia de 8 de junio, los senadores ponentes (Roy Barreras, del Partido de La U; Juan Manuel Galán, del Partido Liberal; Luis Carlos Avellaneda, del Polo Democrático; Hemel Hurtado, del Partido de Integración Nacional, y Jorge Londoño, del Partido Verde) introdujeron un pliego de modificaciones al proyecto de ley. Estos cambios habían sido anunciados a un grupo de representantes de la sociedad civil poco menos de una semana antes en una reunión convocada por algunos de los ponentes y denominada ‘mesa de concertación’.

⁴ Ver, entre otros: Kreimer, Seth F., *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 155, No. 11, 2006; U of Penn Law School, Public Law Working Paper No. 06-45. Seltzer, W. (2010). *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor. DMCA and First Amendment*. Harvard Journal of Law and Technology, 24. Valenzuela, D. (2011). ‘En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor’. ICTSD. Documento de Política Pública, 22. <http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>. Consultado el 9 de marzo de 2013.

Las modificaciones del articulado se centraron sobre todo en ajustar las definiciones de los PSI (cambiaron la palabra ‘prestadores’ por ‘proveedores’) para darle mayor claridad a los casos en que éstos no son responsables de infracciones a los derechos de autor. La preocupación consistía en que por cuenta de algunos procesos técnicos necesarios –como el copiado de contenidos para su transmisión o el enlazado de contenidos en el caso de motores de búsqueda– los intermediarios podían quedar por fuera del ‘puerto seguro’ de la ley.

Los ponentes también intentaron darle un mayor sustento al proceso de remoción de contenidos, al incluir la obligación de que en los contratos entre los PSI y los usuarios quedara claro que éstos últimos se abstendrían de infringir los derechos de autor, so pena de que en cualquier momento el PSI retirara o inhabilitara el acceso a cualquier material por solicitud del titular de esos derechos. Esto apuntaba a darle una

cautelar (solo para evitar un daño irremediable o para detener una infracción flagrante). Esta sanción seguía siendo inaceptable para los opositores de la ley. Además –y tal vez como único cambio positivo–, se limitó el tipo de información sobre el usuario que el titular de derecho de autor podría recibir en un proceso: de las amplias potestades del proyecto inicial se pasó a únicamente al nombre y el domicilio.

3. ¿Para qué la ‘Ley Lleras’?

a. Para cumplir con el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos

En la exposición de motivos el gobierno fundamentó la necesidad de la ‘Ley Lleras’ en los compromisos adquiridos en el TLC en materia de propiedad intelectual. Aunque esta justificación era previsible, resultó sorprendente que fuera también el único

argumento del gobierno para defender el mecanismo de fondo que se proponía. Este enfoque convertía la discusión del proyecto en una simple diligencia, e imponía el articulado como el único desarrollo posible para cumplir con el tratado.

El gobierno despachó este punto en una hoja. El Artículo 16.11.29 del TLC dispone que las partes están obligadas a tener “incentivos legales

para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por derechos de autor”. (Los ‘incentivos’ que explicamos en la parte anterior).

Adicionalmente, el acuerdo entre los dos países y la carta adjunta de noviembre de 2006 incorporan varios apartes del Digital Millennium Copyright Act (o DMCA, por su nombre en inglés), una ley norteamericana expedida en 1998. No hace falta explicar el mecanismo de remoción de contenidos de la DMCA; era la versión inicial de la ‘Ley Lleras’ y mantuvo su esencia a pesar de las modificaciones de los ponentes en el Senado.

La DMCA estadounidense era en la exposición de motivos el referente directo del mecanismo de remoción de contenidos, y su alusión terminaba siendo circular. **La ley norteamericana se citaba simultáneamente como una experiencia internacional relevante y como la fuente de las obligaciones que debíamos cumplir.**⁵

“Los Estados Unidos han tenido éxito en incluir en los tratados disposiciones que son casi un ‘cortar y pegar’ de su propia legislación interna”, afirman los investigadores Christie, Waller y Weatherall.⁶ Estos académicos, entre otros, han encontrado similitudes

La característica más relevante del sistema de remoción de contenidos de la ‘Ley Lleras’ es que se trata de un mecanismo extra-judicial. Esto quiere decir que no requiere de intervención judicial alguna durante el proceso de remoción de contenidos.

⁵ Valga la pena añadir que, con o sin ‘Ley Lleras’, la DMCA ya afecta a usuarios de Internet de todo el mundo. Al estar vigente en Estados Unidos, aplica para los intermediarios que están domiciliados en ese país, cuyos servicios se usan masivamente en Colombia. Lo que se lograría con una ley similar en otros países es extender su aplicación completa a las nuevas jurisdicciones.

legitimidad al mecanismo como un acuerdo contractual de derecho privado.

Igualmente, se tocó el tema del proceso de contra-notificación para el restablecimiento de material equivocadamente removido. Por un lado, el nuevo articulado disponía que los PSI debían notificar al usuario no solo cuando hubiera retirado o inhabilitado material de éste, sino también cuando el supuesto titular de los derechos hubiera hecho la solicitud de remoción. Es decir, desde el comienzo. Por otro lado, incluyó un plazo de 14 días –en vez del “plazo razonable”– para que los PSI restablecieran el material si el usuario hacía una solicitud de restablecimiento y el titular del derecho de autor no remitía una orden judicial en contrario

Aunque estos cambios en el mecanismo le permitían al usuario saber que existía una reclamación en su contra antes de ‘perder’ el material, y le daban un término concreto para recuperarlo, no podía hacer nada para evitar la remoción inicial. Así, **el mecanismo para el usuario seguía siendo extra-judicial, con un procedimiento muy ágil en su contra y con otro muy lento a su favor.**

Por último, los ponentes restringieron los criterios previstos en el proyecto para que un juez pudiera terminar la cuenta de un usuario mediante una medida

⁶ Christie, A., Waller, S. y Weatherall, K. (2007). *Exporting the DMCA through free trade agreements*. En Heath, C. y Kamperman Sanders, A. (Ed.), *Intellectual Property and Free Trade Agreements* (pp. 211-223). Hart Publishing, Oxford [traducción informal].

entre Colombia, Perú, Chile, Singapur y Australia, donde la DMCA fue incluida en los tratados bilaterales.⁷ Tal vez la única diferencia es que a medida que pasa el tiempo los acuerdos han ido volviéndose cada vez más minuciosos en lo que Estados Unidos espera que la contraparte implemente en su legislación interna.

En esos términos, parecería innecesario que el gobierno hubiera tenido que justificar el proyecto más allá de la obligación comercial de Colombia con Estados Unidos. Para los opositores del proyecto, sin embargo, esta interpretación en términos absolutos desconocía el propio tratado, que establece la necesidad de adaptar los acuerdos al sistema legal de cada una de las partes.⁸

“Un TLC establece parámetros generales con los cuales se supone que la legislación interna debe ser compatible”, explican los investigadores Barbosa y Lozano.⁹ En otras palabras, el TLC no era una manual de instrucciones para pasar la ‘Ley Lleras’ sin discutirla.

b. Para combatir la piratería en línea

Si bien en la exposición de motivos el gobierno se limitó a justificar el mecanismo de remoción de contenidos como una obligación del TLC, públicamente no se quedó en defender el proyecto como un asunto de comercio internacional –que habría sido menos atractivo políticamente pero coherente con su texto–, sino como la tabla de salvación para los artistas colombianos.

Solo uno de los 19 artículos de la ‘Ley Lleras’ se relacionaba directamente con la piratería y estaba motivado alrededor de este problema. Como vimos, este artículo no introducía ningún cambio de fondo en el Código Penal, pero le permitió a los promotores de la ley cimentar ahí la narrativa de todo la ley.

“La situación actual en nuestro país, denota altos índices de infracción al derecho de autor y los derechos conexos. Esto se hace evidente en los informes que realizan los socios comerciales, como el Gobierno de los Estados Unidos a través de la Oficina de su Representante Comercial (...)”, afirmaba la exposición de motivos presentada por el ministro Vargas Lleras.

En seguida, el texto ofrecía un panorama general del problema. Durante el debate, tanto el gobierno como los promotores de la ley usaron estos argumentos de manera indistinta para defender el mecanismo de remoción de contenidos y la reforma del Código Penal:

- Para el gobierno norteamericano, unos de los lugares que más preocupan en materia de infracciones a la propiedad intelectual, “tanto de piratería interactiva como de falsificación”, son los ‘San Andresitos’ en Colombia.

- El International Data Corporation y el Business Software Alliance (BSA) calculan que en el 2010 el 55% del software que se usaba en Colombia era ilegal. Esto significa, según estas organizaciones, US\$244 millones de dólares en pérdidas.
- Según el BSA, reducir la piratería de software en un 10% generaría 1.449 empleos en Colombia y reportaría US\$47 millones en impuestos.
- La Cámara Colombiana del Libro calculaba que en 2005 la piratería ‘offset’ equivalía a US\$8 millones. Adicionalmente, las pérdidas anuales en 2006 para la industria editorial habían sido de US\$73 millones.
- La venta de música en Colombia, según un artículo de la revista Dinero, había caído un 22% en 2009. La piratería física de música se calcula en 72%.
- Según la Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas Musicales, el aumento de la piratería en Internet está atado “a la posibilidad de que hoy en día más colombianos tengan acceso a Internet”.
- Estas cifras también demuestran “el alto grado de vulnerabilidad de nuestros autores y artistas”.

Dejando de lado la discusión sobre la confiabilidad de estas cifras (todas provienen de estudios encargados o elaborados por una de las partes interesadas en el debate), es importante examinar la aproximación del gobierno, que optó por definir el problema mencionando sus supuestas consecuencias.

En ningún momento la exposición de motivos se ocupa de explicar cómo el uso de Internet influye en la infracción de derechos de autor, de qué manera es determinante en la expansión de la piratería en Colombia, o cómo el mecanismo propuesto resulta idóneo para combatirla. El problema estaba resumido en una serie de presunciones. Y aún si se aceptan las consecuencias del problema para caracterizarlo, ninguno de esos efectos se refiere de manera directa a la piratería en Internet.

El libreto no varió mucho en el Senado. En la ponencia para primer debate los ponentes no se ocuparon de las cifras sobre piratería, ni intentaron construir algún puente entre la regulación propuesta y el problema. Simplemente mencionaron varias experiencias comparadas de mecanismos similares al de la DMCA, como la ‘Ley Sinde’ en España, la implementación del TLC en Chile y la ‘Ley Hadopi’ en Francia.

Estos antecedentes en nada cambiaron el enfoque de la ‘Ley Lleras’ propuesto por el gobierno –el cual nunca se tocó– ni sirvió para reexaminar la pertinencia de un mecanismo tan radical como el propuesto. Las

⁷ Ver también: Hiaring, A. (2005). *What's New in the Neighborhood - The Export of the DMCA, en: Post-TRIPS FTAs. Annual Survey of International and Comparative Law.*

⁸ El artículo 16.11.1 del TLC dice: “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 con los fundamentos de su propio sistema legal”.

⁹ Barbosa, M. y Lozano Ortiz, M. ‘¿Cómo leer el Tratado de Libre Comercio Colombia Estados Unidos de América? Resultados preliminares de la línea de investigación Tratado de Libre Comercio Colombia - Estados Unidos.’ En: *International Law: Review. Colombia Derecho Internacional.* 2008, n.13, pp. 255-290. ISSN 1692-8156, p. 265 – 266.

experiencias comparadas se usaron más bien como una justificación de la ‘Ley Lleras’ siguiendo un razonamiento autorreferencial que caracterizó toda la defensa de esta norma: la regulación se necesitaba porque ya existía.

4. Debate sin debate

¹⁰ Congreso de la República, Gaceta 503 de 2011, p. 7.

La ‘Ley Lleras’ no fue discutida previamente entre la sociedad civil, y tuvo pocos espacios de debate cuando llegó al Congreso. Esto influyó para que quienes se oponían al proyecto –en su mayoría, particulares y grupos de usuarios de Internet– hubieran tenido menos tiempo para plantear una oposición estructurada y ordenada. Como si fuera poco, del otro lado de la mesa tenían una voz coordinada e institucional a favor de la iniciativa: las asociaciones de protección de la propiedad intelectual y de productores de software, las productoras de cine, los editores de libros y algunas empresas de tecnología, entre otros.

La contundencia de la narrativa a favor de la ‘Ley Lleras’ quedó clara el 4 de mayo de 2011, cuando el gobierno y la Comisión Primera del Senado citaron a un foro abierto para discutirla. Entre las más de 20 personas que apoyaban el proyecto había actores, cantantes y productores de cine, quienes encuadraban

haga de Colombia un país que siga creciendo en las industrias creativas”.

Un mes después, en el debate en Comisión Primera, el senador Roy Barreras apelaría a esas intervenciones. Según él, la ‘Ley Lleras’ era fundamental “para muchísimos colombianos que entregan su vida, su trabajo, su esfuerzo, para construir una película, para construir una canción, una producción musical, una obra literaria y son robados en las esquinas por los piratas que no respetan su trabajo”.¹⁰

A estas alturas podemos vislumbrar, por un lado, el abismo entre esta narrativa y el contenido del proyecto de ley y, por el otro, el atajo que habían tomado los promotores de la ley. Algunos, sin darse cuenta; otros, siguiendo una estrategia. El mecanismo de remoción contenidos –decía esa historia– reduciría la piratería en Colombia, propiciaría el desarrollo de las industrias creativas y generaría empleo.

Examinar estos presupuestos básicos fue la discusión que no se dio, ni en los espacios con la sociedad civil ni en el breve debate que ocurrió después en el Senado. En una esquina, quienes respaldaban el proyecto evitaron esa confrontación cuerpo a cuerpo y respondieron a las críticas repitiendo su credo. En la otra, aunque dispersa la oposición trató de enviar dos mensajes: uno, la regulación propuesta violaba la libertad de expresión y, dos, las industrias del entretenimiento tenían que adaptarse a la era digital.

El primer punto fue sin duda fundamental y terminó siendo el argumento principal de la ponencia de archivo. Durante las mesa de discusión y en documentos que remitieron al Congreso, varias personas manifestaron que un mecanismo de remoción de contenidos sin la intervención de un juez violaba la Constitución Nacional.

En ningún momento la exposición de motivos se ocupa de explicar cómo el uso de Internet influye en la infracción de derechos de autor, de qué manera es determinante en la expansión de la piratería en Colombia, o cómo el mecanismo propuesto resulta idóneo para combatirla.

la posición oficial con mensajes fácilmente digeribles y muy poderosos.

La productora de cine Paula Jaramillo pasó al estrado con una caja y dijo: “Esto es una película de cine”. Comenzó a sacar varios carretes y a ponerlos, uno sobre otro, para ilustrar el esfuerzo que implica su oficio. En seguida, mostró indignada un CD pirata de esa misma película. Para ella, la ‘Ley Lleras’ se trataba de preservar el derecho al trabajo.

El discurso mantuvo el mismo tono con el escritor Jorge Franco, quien aseguró que había que acabar con esa idea de que en Internet todo debía ser gratis. “Por más que nos parezca caro el precio de un CD tomar lo que no es nuestro siempre se ha llamado robar”, dijo el compositor José Gaviria. Y el actor Juan Sebastián Aragón agregó: “Esta es una oportunidad grandiosa para que todas las parte contribuyamos a algo que

“En esta materia no solamente está en juego un interés legítimo, que es el derecho de autor, un derecho protegido por la Constitución (...), también se encuentran en juego otros derechos fundamentales, como es el debido proceso y el de la libertad de expresión”, dijo en el foro de 4 de mayo el abogado Lorenzo Villegas. También añadió que el TLC no obligaba a que el mecanismo fuera extra-judicial. En términos similares coincidieron con él el director de cine Harold Trompetero; Pedro Less, de Google; Ernesto Luciano, de Yahoo; Carolina Botero, de Karisma, y Héctor Urrea, de Telefónica, entre otros.

A pesar de que atacar la constitucionalidad del mecanismo –tema que desarrollaremos en un documento posterior– le ponía a su vez un signo de interrogación al objetivo de la ley, no cuestionaba sus cimientos. Aceptaba el fin pero reprochaba los medios para alcanzarlo. De

cualquier forma, esta estrategia era razonable para muchos de los opositores, pues era el ángulo más estratégico para oponerse a la norma.

El segundo punto contra la ‘Ley Lleras’ se refería al cambio de paradigma en la creación y distribución de contenidos en Internet. “Lo que ustedes están haciendo en este momento es intentar legislar sobre la creatividad futura, las generaciones que se vienen, no sobre la que ya existe”, dijo Pablo Arrieta (parafraseando al académico norteamericano Lawrence Lessig). En la intervención siguiente Carolina Botero, de Karisma, agregó: “Es muy difícil ya hablar de autores o usuarios, en Internet todos somos creadores”.

Este enfoque llama la atención sobre un asunto vital: más que regular los derechos de autor, la ‘Ley Lleras’ estaba regulando Internet. Más que proteger a los titulares del derecho de autor, la ley estaba modificando el entorno digital y afectando prácticas propias de una generación nueva, que crea, remezcla e innova bajo supuestos diferente a los tradicionales. Antes que proteger el derecho a la propiedad intelectual, la ley estaba coartando la libertad de expresión.

El problema de ese planteamiento es que asumía que los promotores de la ley –el gobierno, los senadores, los actores– entendían este cambio en el paradigma cultural. Por supuesto, muchos lo entienden, pero para nadie fue un secreto que varios de los que participaron en la discusión del proyecto, especialmente los propios senadores y sus asesores, apenas comenzaban a lidiar con aspectos previos y básicos sobre el funcionamiento de Internet. Mucho menos, entonces, podían apreciar en su magnitud los argumentos sobre la incorporación social de esa tecnología.

“Yo firmé obviamente la ponencia y después de la firma empezamos a recibir muchas inquietudes las cuales de una u otra manera lo que han hecho es activar en mí la curiosidad por este tema sobre el cual debo reconocerlo, no soy un experto, ni siquiera soy un principiante, me ocupo de él de una manera y meramente instrumental”,¹¹ dijo el senador Jorge Eduardo Londoño durante el debate en Comisión Primera. Uno de los pocos que se atrevió a hablar abiertamente de su condición de primíparo en el tema.

Por otro lado, plantear aisladamente el argumento sobre la cultura libre en Internet les permitía a los promotores de la ley regresar fácilmente a su narrativa (“es que quieren todo gratis”) y, peor aún, alimentaba la idea tergiversada de que la oposición al proyecto era también una defensa de la piratería en las calles y semáforos.

“No quieren es regulación para los derechos de autor” –afirmó el senador Barreras en Comisión Primera–, “porque no quieren que la propiedad intelectual se respete, porque tienen intereses, muchos de ellos para defender la piratería”.¹² **Quedaba sobre la mesa una disyuntiva perversa: la venta ilegal de**

nuestros libros, nuestra música y nuestro cine es el precio que tenemos que pagar para que florezca la cultura digital.

Algunos opositores de la ley rechazaron esa simplificación. En el debate en Comisión, el senador Camilo Romero –que no hace parte de la Comisión Primera y por lo tanto no votó el proyecto– dijo: “Nosotros lo que vemos es que por supuesto hay un falso dilema planteado, que es quiénes están a favor de los autores y quiénes pueden estar a favor de la piratería, ni más faltaba”.¹³

Lo mismo dijo Carolina Botero en el foro del 4 de mayo. También trató de voltear el argumento diciendo que la oposición a la ‘Ley Lleras’ era en últimas una defensa del interés que en teoría la justificaba: “El derecho de autor es importante, pero el derecho de autor como un sistema completo, no solamente de controles sino también de permisos, donde las excepciones legales, el dominio público, tienen una posición”.

Aunque ese idea no tuvo eco entre los ponentes, uno o dos senadores se animaron a cuestionar –más por intuición que por convicción– la justificación del propósito del proyecto, lo cual de paso tocaba la narrativa que lo alimentaba. “El ejemplo del semáforo y la película pirata no vale aquí, señores Senadores, porque es que eso ya está penado, eso ya es un delito”, afirmó Luis Fernando Velasco.¹⁴

5. Conclusión

La esencia de la ‘Ley Lleras’ no cambió durante el trámite en el Congreso. En una carrera contra el reloj, el proyecto de ley 241 fue aprobado en comisión el 14 de junio de 2011 –cinco días después de que se publicara el informe de ponencia– por siete votos contra tres: votaron por el ‘sí’ Roy Barreras, Juan Manuel Corzo, Eduardo Enríquez Maya, Manuel Enríquez Rosero, Juan Manuel Galán, Juan Carlos Vélez y Karime Mota. Por el ‘no’ votaron Luis Carlos Avellaneda, Jorge Eduardo Londoño y Luis Fernando Velasco.

Los ánimos cambiaron radicalmente para el segundo debate, y el 16 de noviembre, en apenas un par de minutos, la ‘Ley Lleras’ fue archivada. Este hundimiento dejó un antecedente muy importante de cara al futuro. En la ponencia final –elaborada por el senador Luis Carlos Avellaneda– quedó expuesto con lujo de detalles por qué un mecanismo de remoción de contenidos sin control judicial previo sería inconstitucional en Colombia.

Desde el comienzo del debate los críticos del proyecto habían planteado este argumento sin que hubiera influido en el articulado. Por tanto, no parece claro que esa haya sido la razón para enterrar el proyecto, a pesar de que fue usada oportunamente. Más bien,

¹¹ *Idem*, p. 13.

¹² *Idem*, p. 6.

¹³ *Idem*, p. 27.

¹⁴ *Idem*, p. 18.

Quedaba sobre la mesa una disyuntiva perversa: la venta ilegal de nuestros libros, nuestra música y nuestro cine es el precio que tenemos que pagar para que florezca la cultura digital.

¹⁵ Stone, D. (1989). 'Formation of Policy Agendas', en: *Political Science Quarterly*, 104(2), 281-300.

el argumento sobre libertad de expresión se sumó a las consecuencias cuando la 'Ley Lleras' perdió el momento político.

El rechazo de los usuarios de Internet –en las redes sociales y en el Congreso, bajo la sombrilla de 'Redpatodos'– volvieron la 'Ley Lleras' una causa muy impopular. A eso se sumó la descoordinación entre la Dirección Nacional de Derechos de Autor (adscrita al Ministerio del Interior) y el Ministerio de las TIC –en parte debido a visiones encontradas de ambas carteras–, y el cambio de posición de algunos de los ponentes.

Pero más allá de eso, hay que poner en perspectiva lo que sucedió. La lógica subyacente de la 'Ley Lleras' no fue desmontada. Quienes apoyaban la iniciativa dejaron sobre la mesa la idea equivocada –o al menos discutible– de que con el hundimiento del proyecto se favoreció la piratería en Colombia.

En la formación de las agendas de política pública se crean mitos sobre las condiciones, las dificultades o los problemas de una iniciativa en particular. En realidad, se trata de blancos móviles que las partes interesadas tratan de ajustar para recaudar adeptos. De manera deliberada y calculada, los actores políticos "componen historias que describen daños y dificultades, y

las atribuyen a acciones de otros individuos y organizaciones para así reclamar el derecho de invocar el poder gobierno para detener el daño".¹⁵

En el caso de la 'Ley Lleras' los promotores invocaron la ayuda del Congreso para frenar un daño que jamás acreditaron. E incluso suponiendo que el daño existiera, la pertinencia e idoneidad de la solución que propusieron para detenerlo era reprochable a la luz de otros derechos fundamentales. En eso debió centrarse la discusión que tuvo lugar en 2011, y por allí debería empezar cuando la iniciativa vuelva al Congreso.

El debate sobre la protección de los derechos de autor en Internet parte de supuestos que deben examinarse para el caso colombiano, como la piratería y su relación con el uso de Internet, la cuantificación de los daños, los usos permitidos de material protegido y el florecimiento de la cultura libre en el país. Dar este debate no implica, de ninguna manera, hacer una apología a la piratería o desconocer el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de su autor

Financia



Apoya



Proyecto de

FUNDACIÓN KARISMA
CALLE 57 No. 10-24 Of. 402
Telefax 235 38 72
karisma.org.co
[@karismacol](https://twitter.com/karismacol)
contacto@karisma.org.co



La versión digital del documento y del resumen se pueden descargar de:

<http://bit.ly/17oR6zP>

<http://bit.ly/10FdX6s>



Usted puede copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra, incluso si el uso que hace es comercial, siempre y cuando de los créditos correspondientes. Puede hacer obras derivadas si la nueva obra es distribuida con una licencia idéntica a esta. Para conocer el texto completo de la licencia visite <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/co/>