



AMERICAN UNIVERSITY

W A S H I N G T O N , D C

Program on Information Justice and Intellectual Property

Traducción no oficial por colaboradores del colectivo [RedPaTodos](#) con fin de ilustrar el contenido de la carta original en inglés publicada el 3 de Abril de 2012, disponible en:

<http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/04/Colombia-Sign-On-Letter-April-2012.pdf>

Honorables Presidentes del Senado y la Cámara de Representantes de Colombia:

Les escribimos como un grupo internacional de académicos y expertos en propiedad intelectual en respuesta para lo que percibimos como un proceso de afán para implementar las obligaciones del TLC entre EEUU y Colombia a través de una serie de reformas a las normas colombianas que podrían no estar teniendo en cuenta de manera integral la importancia del equilibrio para un sistema de derecho de autor saludable. Es universalmente aceptado por los estudiosos y académicos del derecho de autor que los regímenes de propiedad intelectual sólo pueden servir al interés público social en el fomento de la creación, la innovación y el acceso a la producción cultural a través de un cuidadoso equilibrio. Las leyes que ofrecen recompensas a los propietarios a través de la exclusividad en el mercado deben ser compatibles con las limitaciones y excepciones al derecho exclusivo que sirve a las necesidades e intereses de los creadores e innovadores posteriores, los competidores del mercado y los consumidores finales de productos del mercado - incluyendo maestros, estudiantes y académicos -. Esto es particularmente importante en países en desarrollo con gran desigualdad de ingresos, donde el comportamiento de maximización de beneficios de muchos monopolistas será fijar el precio de los productos exclusivos que sólo llegan a la franja más próspera del mercado.

Particularmente cuando revisamos el Proyecto de ley 201 de 2012¹, encontramos que muchos de los cambios que actualizan la protección de los derechos de autor van más allá de lo que el TLC requiere, y de hecho son más restrictivos que la misma ley de EE.UU. Por otra parte, los legisladores de Colombia están perdiendo una oportunidad para recalibrar el equilibrio entre los titulares de derechos y otros ciudadanos mediante la introducción de limitaciones y excepciones flexibles a la legislación nacional,

¹ La versión oficial del texto en español y la versión no oficial en inglés se encuentran disponibles en <http://tinyurl.com/colomcopyrightbill>. Recibimos comentarios de la versión en inglés.

WASHINGTON COLLEGE OF LAW

4801 MASSACHUSETTS AVENUE, NW WASHINGTON, DC 20016-8192 202-274-4157 FAX: 202-274-0659

[HTTP://WWW.WCL.AMERICAN.EDU/PIJIP](http://www.wcl.american.edu/pijip)

junto con mayores garantías para la propiedad. Implementar una reforma legal desbalanceada puede reducir el acceso público a la información importante y, al ahogar la innovación legítima, estas reformas pondrían a Colombia y a sus ciudadanos en desventaja cultural y competitiva. Hemos visto que la sociedad civil colombiana ha instado al Congreso a frenar este proceso y aprovechar esta oportunidad para poner en marcha una gama más completa y equilibrada de reformas consultando con un rango más amplio de partes y grupos interesados.

No somos expertos en la ley colombiana y no hemos revisado completamente su derecho local. Sin embargo, incluso en un examen relativamente superficial, por una parte está claro que el proyecto de ley de implementación del TLC va más allá de lo que el TLC requiere, y por otra, no toma ventaja de la opción de introducir flexibilidades adicionales y equilibrar características según lo permitido por el TLC.

Observamos, en general, que existen una serie de áreas en las que el proyecto de ley no vincula el fortalecimiento del derecho de un titular con un correlativo principio de limitación, o para hacer que el nuevo derecho esté sujeto a las limitaciones y excepciones aplicables de manera general. El resto de esta carta está diseñada para destacar algunas áreas específicamente escogidas a las que un proceso de deliberación podría prestar una atención renovada. En particular, nos centramos en las disposiciones que aplican los derechos de los titulares más allá de las exigencias del TLC, así como a aspectos del proyecto de ley que podrían ser modificados para aplicar limitaciones y excepciones más robustas como lo permite el TLC. Por ejemplo:

- En la definición de los derechos exclusivos del autor, el proyecto de ley repite el lenguaje del TLC extendiendo los derechos de autor a "cualquier forma de reproducción de la obra, permanente o temporal, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo su almacenamiento electrónico temporal".² El proyecto ignora un importante principio de limitación desarrollado en la jurisprudencia de EE.UU. que interpreta la ley de derechos de autor: este derecho se ha limitado a situaciones en las que "[la copia] es suficientemente permanente o estable para permitir... que sea... reproducida... por un período mayor a una duración transitoria".³ En otras palabras, Colombia, aparentemente tiene la intención de prohibir una variedad de formas tecnológicamente dirigidas de reproducción transitoria, como almacenamiento de corto plazo en caché, permitida por la ley de EE.UU. El fracaso de los ponentes del proyecto de ley para reconocer este hecho pone a las industrias de información y tecnología colombianas, así como a los consumidores, en una desventaja comparativa innecesaria. Como mínimo, la ley colombiana puede y debe especificar que "almacenamiento", bajo el proyecto de ley, no incluye "actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y una parte integral y esencial de un proceso tecnológico", como se sugiere en una reciente propuesta realizada por la Asociación para la

2 Tratado de Libre Comercio Colombia – EE.UU. art. 16.5(2), Oct. 21 de 2011, disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>.

3 *The Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121, 127-30 (2d Cir. 2008) (cert. denied June 2009).

Industria de las Comunicaciones y las Computadoras (Computers and Communications Industry Association - CCIA) en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (Trans-Pacific Partnership Agreement).⁴

- El artículo 13 del proyecto de ley impide la "retransmisión a través de Internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o por satélite" sin el permiso del propietario del copyright de la señal o de su contenido "no obstante de" las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos en la legislación de Colombia. En la ley de EE.UU., por el contrario, ningún derecho exclusivo es categóricamente inmune a las limitaciones y excepciones generales, incluyendo el "uso justo", que prevé la ley. Así, por ejemplo, una retransmisión por Internet de las partes de una emisión terrestre para el uso educativo puede considerarse como un uso no fraudulento. En Colombia, en el marco del proyecto de ley, esto sí se considera como tal. Estudiantes colombianos y profesores por lo tanto serían menos libres para participar en el uso efectivo de la educación de la Internet que sus contrapartes de EE.UU. Por supuesto, el TLC no exige este resultado anómalo, y la constitución de los EE.UU. seguramente impediría la promulgación de una ley similar en EEUU.

- El artículo 14 amplía los derechos de los titulares de los derechos de autor más allá de lo que se requiere en el TLC, y mucho más allá de la legislación existente en EE.UU., mediante la imposición de la responsabilidad por eludir las medidas tecnológicas eficaces impuestas para controlar "el acceso y la utilización no autorizada de obras". La Ley de EE.UU. y el TLC aplican sanciones contra la elusión sólo en aquellos que *hackean* las restricciones de "acceso".⁵ En los EE.UU., por ejemplo, un individuo que compró un libro electrónico con características diseñadas para desactivar la función de texto a voz en la lectura de los dispositivos sería libre para evitar este "bloqueo" tecnológico si tuvieran los medios para hacerlo, lo mismo, presumiblemente sería el caso de "codificación regional" en los DVD comerciales. Este fue un compromiso arduamente ganado por los consumidores de información de EE.UU. en 1998, cuando una ley anti-evasión se promulgó por primera vez. No está claro por qué el proyecto coloca a los consumidores colombianos en una desventaja totalmente innecesaria. El Artículo 15(g) también va mucho más allá del TLC y la ley de EE.UU. en su enfoque del proceso por el cual serán identificadas nuevas excepciones a las disposiciones contra la elusión, destinadas a preservar los derechos e intereses legítimos de los creadores e innovadores. Medidas contra la elusión están diseñadas para proporcionar nuevos niveles de protección de los propietarios, pero - a la medida de lo posible - que no tienen la intención de hacerlo a costa de los ciudadanos respetuosos de la ley. Por lo tanto, es importante que exista un proceso mediante el cual aquellas actividades que de otra forma serían legales se encuentran restringidas por las medidas tecnológicas eficaces puedan solicitar amparo. El TLC, en términos generales, prevé que ese mecanismo debe estar en la legislación nacional, pero el proyecto de ley pone significativas e innecesarias barreras procesales y sustantivas en el camino. En los EE.UU., por ejemplo, sec. 1201(a)(1)(c) establece un proceso de carácter no político, llevado a cabo por los organismos de expertos neutrales. En el proyecto de ley, por el contrario, sólo el legislador tiene

4 Reporte de Prensa de la Computer Comm'n Industry & Association, Internet Indus., propuesta para la TPP (Feb. 28 de 2012).

5 17 USC 1201(a)(1); TLC Colombia EE.UU., art. 16.7(4).

el poder final de actuar. Del mismo modo, la ley de EE.UU. contempla la realización de nuevas excepciones cada vez que estos organismos encuentran un efecto sustancial adverso sobre los usos no infractores; sin embargo, no existe ningún condicionamiento de que esto se demuestre con "pruebas sustanciales", como los dispone el proyecto de ley. Una vez más, los consumidores e innovadores colombianos quedarían en desventaja respecto de sus contrapartes de EE.UU., por ninguna razón obvia o incluso aparente.

- Las disposiciones del proyecto en relación con las sanciones penales, en el artículo 16, son quizás el ejemplo más dramático de cómo la legislación excede las normas internacionales y de EE.UU., en detrimento de todos los ciudadanos colombianos. El TLC sólo requiere que los infractores "voluntarios" sean castigados de una manera que va a generar un efecto disuasorio. El proyecto de ley, por el contrario, impone sanciones penales a una gama más amplia de los infractores, incluyendo a quienes no sabían que estaban infringiendo la ley. Mientras el enfoque *in terrorem* quizá puede disuadir a la infracción dando ejemplo con individuos mal informados (incluidos los jóvenes), así como los "piratas" con ánimo comercial, esto es inherentemente injusto y está en desacuerdo con la práctica de otras naciones civilizadas, incluyendo los EE.UU.. Tampoco hay ningún nivel de umbral para la imposición de las sanciones penales más graves en los infractores no comerciales; en los EE.UU., por el contrario, el infractor ordinario debe hacer por lo menos 10 copias de un valor de al menos US\$2.500 dólares en un plazo de 180 días. Por otra parte, las disposiciones del proyecto de ley de penalización son extremas. Penas mínimas de prisión de cuatro años para violaciones relativamente de menor importancia son desconocidas - en los EE.UU., por ejemplo, una sentencia de cinco años es el máximo permitido para una primera infracción - . Del mismo modo, las multas de 26,66 a 1000 veces el salario mensual, incluso para los delitos menores no relacionados con los daños reales causados estas o las ganancias obtenidas, parecen hacer caso omiso del principio fundamental de la proporcionalidad de la pena. Según esta norma, incluso un infractor no comercial que gana US\$12.000 dólares por año, podría ser multado con más de US\$25.000 dólares en un proceso penal que podría ser llevado a discreción del gobierno. El proyecto de ley parece aplicarse a cualquier copia de un producto con el propósito de "distribuirlo". Incluso un individuo que duplica un CD de un amigo puede ser empujado a la red de la presente ley penal draconiana. Aunque este enfoque draconiano de derechos de autor de los daños criminales en Colombia se había previsto en el artículo 2 de la Ley 1032 de 2006, que modificó el Código Penal colombiano (artículo 271 de la Ley 599 de 2000), el proyecto de ley actual representa una oportunidad perdida para restaurar un poco el nivel de equilibrio en el sistema de sanciones, incluso, la gama de posibles infracciones penales se expande.

- Del mismo modo, la asignación de las sanciones penales más severas para la elusión no autorizada a los actos realizados con el fin de lograr una "ventaja comercial o ganancia económica privada" contemplada en el artículo 17 debe estar lejos de tranquilizar a los ciudadanos colombianos y los consumidores, ya que la propia definición de "lucro" en el proyecto de ley es abierta.

Las decisiones sobre este tipo de asuntos no deben ser tomadas sin un cuidadoso análisis, amplia consulta y gran consideración de las diversas opciones. El balance alcanzado en las existentes leyes de otros países ciertamente no es perfecto, pero puede ser muy ilustrativo. Claramente, el derecho de los EE.UU. no es necesariamente el modelo que otros países deberían seguir al modernizar sus normas de derechos de autor, sino en la legislación diseñada para implementar un acuerdo con los EE.UU., algunos de sus aspectos valen la pena de ser considerados. Como expertos en derechos de autor, estamos también conscientes que limitaciones y excepciones flexibles a los derechos de autor son un parte importante de la historia de éxito del sector creativo, de las industrias de derechos de autor y del sistema educativo de los EE.UU., un hecho que los negociadores de los EE.UU. no siempre deciden enfatizar. Igualmente, estamos conscientes que los TLC de EE.UU. son documentos notoriamente desequilibrados - éstos armonizan los derechos de los titulares de derechos de autor y los recursos ante las instancias de EE.UU., pero no buscan la armonización con las limitaciones y excepciones establecidas en el derecho de los EE.UU. En su lugar, se dejan como alternativas opcionales para la legislación nacional. Sin embargo, las alternativas nacionales acerca de estas limitaciones a los derechos de autor no se encuentran ni prohibidas, ni siquiera reguladas por los TLC.

Colombia tiene ahora una oportunidad para asegurar el equilibrio en los derechos de autor en los próximos años. Como parte de ese ejercicio, es apropiado hacer una consideración general sobre la posibilidad de emular uno de los aspectos del derecho de los EE.UU. – “la flexibilidad incorporada en la doctrina del "uso justo". En el contexto de un crecimiento sin precedentes y el cambio en las tecnologías de la información y las comunicaciones, una cuestión fundamental que cualquier reforma de los derechos de autor debe tener en cuenta es la aplicación de la flexibilidad en las limitaciones y excepciones necesarias para responder al cambio. En los EE.UU., algunas limitaciones y excepciones se encuentran expresadas en relación con un derecho exclusivo particular que modifica (como se discutió arriba); el uso justo, por el otro lado, es un estándar dinámico que aplica a un amplio grupo de derechos exclusivos permitiendo a las cortes de actualizar el derecho de limitaciones y excepciones de manera continua, aplicando principios legales generales.

En este sentido, lo cual notamos que hace parte de la implementación del TLC Corea-EE.UU., la República de Corea adoptó recientemente un estándar abierto basado en uso justo para limitaciones y excepciones en el artículo 35-3 de su ley de derechos de autor. Obviamente, reconocemos que los contornos precisos de uso justo pueden ser o no apropiados para el sistema jurídico de Colombia. Otra forma de conseguir el objetivo de flexibilidad a través de la legislación sería adoptando un principio que favoreciera "uso transformador" de una obra con derechos de autor, otros sería mediante un test que específicamente sopesa el interés del titular del derecho de autor con el derecho a la libre expresión y los intereses de innovación tecnológica de los usuarios y la sociedad en general

No tenemos suficiente conocimiento o experiencia para saber cuál es la mejor forma de alcanzar el objetivo de equilibrio al reformar la ley de derechos de autor colombiana. Sin embargo, hay muchas posibilidades que merecen seria consideración. Nuestra experiencia nos lleva a sugerir, sin embargo, que el asunto es uno de los temas de mayor y permanente importancia. Esperamos que usted tenga en cuenta las diversas opciones en la medida en que crea un proceso de discusión en el cual todos los intereses nacionales se encuentran plenamente comprometidos.

Cordialmente,

[Lista]

CC:

Sen. Antonio del Cristo Guerra de la Espriella

Sen. Alexander López Maya

Sen. Carlos Ramiro Chávarro Cuéllar

Rep. Albeiro Vanegas Osorio

Rep. Bayardo Gilberto Betancourt Pérez

Rep. Augusto Posada Sánchez