



Red Pa Todos

Comentarios jurídicos del texto a presentar en el segundo debate Ley Lleras

www.redpatodos.co

Éstos son los comentarios jurídicos del texto que los senadores ponentes ha propuesto para presentar en el segundo debate del proyecto de ley 241 de 2011 por el cual se regula la responsabilidad de los prestadores de servicio en relación con infracciones al derecho de autor.

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE

PROYECTO DE LEY N° 241 DE 2011 SENADO

ACUMULADO CON EL PROYECTO DE LEY N° 229 DE 2011 SENADO

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA LA RESPONSABILIDAD
POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS
CONEXOS”**

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

CAPÍTULO I

Criterios de Responsabilidad

Artículo 1. Objeto: Regular la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet, de las infracciones cometidas por terceros en sus sistemas o redes; estableciendo un procedimiento eficaz para la protección prejudicial a los derechos de autor y conexos en Internet.

Artículo 2. Definiciones: Para los efectos de esta ley se entenderán por las siguientes definiciones:

A. Proveedores de servicios en Internet. Son los intermediarios tecnológicos

COMENTARIOS A NOMBRE DE REDPATODOS

(octubre 5 de 2011)

El artículo define infractor reincidente. Según el texto, un infractor reincidente es alguien que ha sido condenado por un tribunal penal dos veces o más.

establecidos en Colombia que permiten tanto el acceso, la conexión o interconexión a redes de datos, como la transmisión, almacenamiento, procesamiento o enrutamiento de mensajes de datos a través de las mismas redes; así como los proveedores de servicios que permiten el acceso, alojamiento, publicación, direccionamiento y búsqueda de contenidos e información en forma de mensaje de datos en entornos de redes de datos, como ser la red Internet. Entre otros se consideran proveedores de servicios.

- a) Proveedores de acceso, interconexión, transmisión o enrutamiento de datos: Son aquellos proveedores de servicios que operan una red de datos propia o ajena o que proveen servicios de acceso o interconexión a su red u a otras redes, así como la transmisión o enrutamiento de mensajes de datos generados o provistos por terceros usuarios.
- b) Proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (cache): Son aquellos proveedores de servicios que almacenan en sus sistemas datos de forma automática, provisional y temporal, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dichos datos a otros destinatarios del servicio.
- c) Proveedores de servicios de alojamiento de datos: Son aquellos proveedores que, por si o por intermedio de terceros, almacenan datos a requerimiento de terceros usuarios, o ponen a disposición de terceros usuarios plataformas tecnológicas que permitan el almacenamiento de mensajes de datos para su posterior acceso o transmisión a través de redes de datos.
- d) Proveedores de servicios de enlace, búsqueda y directorios de contenidos o información: Son aquellos proveedores que brindan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a contenidos o información de terceros existente dentro de una red de datos, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos como motores de búsqueda, hipervínculos, enlaces y directorios que remiten a contenidos o información en formato de mensajes de datos o incluyen en sus propios sitios o plataformas enlaces, directorios o instrumentos de búsqueda a éstos efectos.

B. INFRACTOR REINCIDENTE: Es toda aquella persona que ha sido condenada penalmente dos o más veces por la comisión de una infracción

Pros: Condena judicial + seguridad jurídica. El ISP no tiene la carga de decidir quién será considerado un infractor reincidente;

Contras: La ley parece indicar que las infracciones al derechos de autor serán penalizadas, ya que se necesita la decisión de un juez penal para establecer si un determinado usuario es un infractor reincidente;

Éste artículo debería tener una definición de quien es un “proveedor de contenido” pues bien se refiere recurrentemente a él en los artículos sobre la responsabilidad de los ISP en el contenido infractor y en el procedimiento para ordenar y proceder en las medidas cautelares. En vista de la importancia que reviste la naturaleza del infractor debería estar claramente definido.

Ciertamente es mejor tener una definición clara de reincidente, y es preferible que esté determinado por una condena en un proceso penal por una infracción al derecho de autor, definitivamente es mejor tener éste criterio en manos de un juez. Pero sobre esto resultan varias dudas:

- ¿Como se sabrá que una persona es un infractor?, teniendo en cuenta que el criterio está establecido por la calidad de condenado en un proceso penal.
- ¿Será que existirá para ese propósito un registro? y de ser así, ¿quien será en encargado de ese registro?.
- ¿Será que se exigirá el pasado judicial a quien quiera contratar un servicio con un ISP? (ISP en la definición de éste proyecto).
- ¿Donde reposará la información de los Infractores?

El concepto de infractor reincidente implica que las ISP, deben tener una base de datos, en donde repose la dirección IP, nombre del usuario, descarga, etc. Se debe resaltar que en Colombia en virtud de la Constitución Nacional artículo 15, existe el derecho de Habeas Data, el proyecto genera la duda de cómo se va a controlar el uso de estas bases de datos por parte de los proveedores. Así mismo, el proyecto desconoce la Ley 1273 de 2009 y lo mencionado en la ley 1266 de 2008, como la importancia de la nueva ley que se encuentra en control constitucional.

Se debe considerar entonces los propios problemas que implicaría un registro de infractores (mas aún cuando en Colombia ni siquiera existe un registro para los abusadores de menores). Desde ese punto de vista se deberían considerar los problemas, la eficacia y la eficiencia de una medida que

al derecho de autor o derechos conexos.

Artículo 3. Inexistencia de obligación general de supervisión. Los proveedores de servicios en Internet no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o refieran, ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades que constituyan infracciones al derecho de autor y derechos conexos.

Lo establecido en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio que la autoridad judicial competente ordene a los proveedores de servicios de Internet realizar alguna actividad específica y con carácter temporal, dentro del ámbito de su competencia y de acuerdo a las reglas que han de operar para cualquier orden judicial, a efecto de investigar, detectar y perseguir delitos o cualquier infracción al derecho de autor o los derechos conexos.

Artículo 4. Exoneración de la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet. Sin perjuicio de las normas generales sobre responsabilidad civil aplicables, en el caso de aquellas infracciones al derecho de autor y derechos conexos cometidas por terceros, que ocurran a través de sistemas o redes

concrete la aplicabilidad de ese criterio de reincidente.

Si bien los redactores de éste proyecto tienen como propósito implementar mecanismos expeditos para la protección de los derechos de autor y conexos, deben observar el carácter que se le busca dar al acceso a Internet, mas aún cuando se tramita en el congreso el Proyecto de Acuerdo Legislativo 05 de 2011 que ya se encuentra aprobado en primer debate¹, y que busca constituir el acceso a Internet como un derecho fundamental, un asunto de gran importancia y que con seguridad conocen los honorables senadores. Precisamente con este fin conviene repasar la exposición de motivos² y su texto³. Ésta observación se hace necesaria en vista de que una de las posibles sanciones por la infracción a los derechos de autor y conexos que prescribe el actual proyecto es la terminación de cuentas. v.gr. Parágrafos artículos 5, 6, 7, 8, 9, Artículo 13.

A pesar de que se señale en este artículo que no existirá obligación de los proveedores de supervisar datos, los otros artículos del proyecto si hablan de usuarios reincidentes, y apuntan a que se exonera a la ISP derresponsabilidad al no iniciar trasmisión. El no inicio de trasmisión por los ISP, lo entienden como cortar, suspender el contenido.

Para hablar de reincidencia se debe tener un control previo, el control se hace con base de datos y registros de los perfiles de los usuarios.

1 <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-el-cual-se-constituye-el-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental-se-modifica-el-articulo-20-de-la-constitucion-politica-y-se-dictan-otras-disposiciones-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental/6256/#>

2 http://luisfernandovelasco.com/index.php?option=com_content&view=article&id=72:internet-derecho-fundamental&catid=1:ultimas-noticias&Itemid=23

3 http://www.google.com.co/url?sa=t&source=web&cd=6&ved=0CEQQFjAF&url=http%3A%2F%2Fse.larepublica.com.co%2Fcm%2Fuploads%2Fmedia%2Ffiles%2Fal052011.doc&rct=j&q=Por%20el%20cual%20se%20constituye%20el%20acceso%20a%20Internet%20como%20derecho%20fundamental%2C%20se%20modifica%20el%20art%C3%ADculo%2020%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones&ei=2vuLTqWkGInBtgfdNvVAw&usq=AFQjCNFYbMzPewxdfG11uEJcL_ghD0-vQBQ&sig2=KsE3fagtl40BWmnniYiX0A&cad=rja

controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, los proveedores no serán responsables en los términos de la presente ley, en la medida que cumplan con las condiciones previstas en los artículos siguientes para limitar tal responsabilidad, conforme a la naturaleza del servicio prestado.

En estos casos, los proveedores de servicios de Internet sólo podrán ser objeto de las medidas cautelares y judiciales a que se refieren los artículos 12, 13, 14 y 15 de esta Ley.

Artículo 5. Proveedores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones. Los proveedores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones no serán considerados responsables de los datos transmitidos a condición que el prestador:

- a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión. Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;
- b) No inicie la transmisión;
- c) No seleccione a los destinatarios de la información;
- d) Adopte e implemente en forma razonable una política, en la cual establezca las circunstancias, bajo las cuales el proveedor de servicios podrá hacer uso de la facultad prevista en la cláusula de terminación o suspensión del contrato con los proveedores de contenido en el caso de que estos sean infractores reincidentes, en los términos de la presente ley, de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos;
- e) No interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras y prestaciones protegidas.

Dado que la reincidencia también se asocia con la terminación del contrato de Internet en este artículo es fundamental resaltar que en Colombia en virtud constitucional y de la Ley 1273, la única manera para interceptar datos, es por medio de una orden judicial: *El que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses.*

Por esto tiene mucho sentido que la reincidencia sea asociada con una condena judicial como hace el nuevo texto. Sin embargo, si ya no hay flexibilidad para el ISP de definir sobre la reincidencia lo que se debería consagrar en este artículo es que se incluya en la política que la desconexión se hará sólo por condena judicial.

Así mismo se debe unificar el texto del proyecto pues la misma disposición se repite en los artículos 6 (f), 7 (h) y 8 (h) para los diferentes tipos de proveedores de Internet;

Definitivamente si se retira de las manos del ISP el criterio para establecer quien es o no reincidente, lo lógico es que las “políticas” que menciona éste artículo estén claramente definidas, de no ser así, la terminación o suspensión del servicio estará de todos modos en manos del proveedor de servicios, en tanto será éste quien defina, citando el proyecto, “las circunstancias” por las cuales se dará la terminación o suspensión, mas aún considerando que no queda claro cual será el método usado para conocer la condición de reincidente.

Parágrafo. En los casos en que se hayan cumplido los requisitos de este artículo, el juez competente podrá disponer como medida cautelar o mediante sentencia, la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado sitio específico en línea no doméstico o la terminación de cuentas específicas.

Además de extrema, no se compadece con la realidad la sanción que impone la terminación de cuentas de acceso a Internet, porque simplemente en Colombia la mayoría de personas no tienen cuentas propias de acceso a Internet, el común de personas, que no se conectan a Internet usando servicios de acceso en redes celulares, lo hacen compartiendo cuentas de acceso domésticas o empresariales, con la terminación de una cuenta de acceso no solo se evita el acceso al infractor sino a todas aquellas personas que comparten su conexión.

Es de la mas simple de las lógicas entender éste asunto. Y ciertamente muchos de “los contratos previamente pactados de los proveedores de contenido” serán de personas naturales que subieron material infractor de los derechos de autor desde sus casas, o un café Internet.

Además de lo anterior, se debe tener en consideración que no queda claro como la terminación de cuenta a un usuario infractor (en los términos de éste proyecto) evita futuras infracciones, ciertamente quien se lucra con la infracción a los derechos de autor y conexos conoce la posibilidad de la terminación de la cuenta de acceso a Internet y con seguridad no llevará a cabo esa actividad desde su propia cuenta, dejando la terminación a los usuarios torpes como ha ocurrido como ejemplo en las experiencias de otras legislaciones que observan las misma medidas (Hadopi enfrenta críticas por situaciones concretas como estas hoy).

La forma como se proponen las “políticas” de los ISP contradice el artículo de 3 del proyecto pues aunque las ISP no tienen obligación general de supervisión la idea de las políticas parece ser la de que se le está dando a la ISP una **responsabilidad tacita** para que suspendan contenidos y tengan control de los usuarios.

Artículo 6. Proveedores de servicios de almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático. Los proveedores de servicios que temporalmente almacenen datos mediante un proceso automático realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, no serán considerados responsables de los datos almacenados a condición que el proveedor:

- a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión. Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;

- b) No inicie la transmisión;
- c) No seleccione a los destinatarios de la información;
- d) Respete las condiciones de acceso de usuarios y las reglas relativas a la actualización del material almacenado temporalmente (Caching) establecidas por el proveedor del sitio de origen, de conformidad con un protocolo de comunicación estándar generalmente aceptado por la industria para el sistema o red mediante el cual esa persona pone a disposición el material;
- e) No interfiera con la tecnología compatible y estandarizada utilizada en el sitio de origen para obtener información sobre el uso en línea del material almacenado.
- f) No modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios;
- g) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que haya sido retirado o al que se haya inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una solicitud de retiro de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 9 de esta ley.
- h) Adopte e implemente en forma razonable una política, en la cual establezca las circunstancias, bajo las cuales el proveedor de servicios podrá hacer uso de la facultad prevista en la cláusula de terminación o suspensión del contrato con los proveedores de contenido en el caso de que estos sean infractores reincidentes, en los términos de la presente ley, de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos;
- i) No interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras y prestaciones protegidas.

Parágrafo. En los casos en que se hayan cumplido los requisitos de este artículo, el juez competente podrá disponer como medida cautelar o mediante sentencia el retiro o inhabilitación del acceso al material infractor que sea claramente identificado por él; y/o la terminación de cuentas determinadas de infractores de dicho prestador de servicio, que sean claramente identificadas por el solicitante, y cuyo titular esté usando el sistema o red para realizar una actividad infractora al derecho de autor o derechos conexos.

Artículo 7. Proveedores de servicios de almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado

por o para el prestador de servicios. Los proveedores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, no serán responsables del contenido almacenado a condición que el proveedor:

- a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión. Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;
- b) No inicie la transmisión;
- c) No seleccione a los destinatarios de la información;
- d) No tenga conocimiento efectivo del supuesto carácter ilícito de los datos;
- e) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- f) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10 y 11;
- g) Designe públicamente un representante y un medio adecuado para recibir solicitudes de retiro o inhabilitación de material aparentemente infractor establecidas en los artículos 8, 9, 10 y 11;
- h) Adopte e implemente en forma razonable una política, en la cual establezca las circunstancias, bajo las cuales el proveedor de servicios podrá hacer uso de la facultad prevista en la cláusula de terminación o suspensión del contrato con los proveedores de contenido en el caso de que estos sean infractores reincidentes, en los términos de la presente ley, de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos;
- i) No interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras y prestaciones protegidas;

Parágrafo. En los casos en que se hayan cumplido los requisitos de este artículo, el juez competente podrá disponer como medida cautelar o mediante sentencia el retiro o inhabilitación del acceso al material infractor que sea claramente identificado por él; y/o la terminación de cuentas determinadas de infractores de dicho prestador de servicio, que sean claramente identificadas por el solicitante, y cuyo titular esté usando el sistema o red para realizar una actividad

infractora al derecho de autor o derechos conexos.

Artículo 8. Proveedores de servicios consistentes en referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios. Los proveedores de servicios que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, no serán considerados responsables de los datos almacenados o referidos a condición que el proveedor:

- a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión y no seleccione a los destinatarios de la información. (Salvo el evento, en que referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios, involucre en sí mismo alguna forma de selección). Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;
- b) No inicie la transmisión;
- c) No tenga conocimiento efectivo del supuesto carácter ilícito de los datos;
- d) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- e) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10 y 11;
- f) Designe públicamente un representante y un medio adecuado para recibir solicitudes de retiro o inhabilitación de material aparentemente infractor establecidas en los artículos 8, 9, 10 y 11;
- g) Adopte e implemente en forma razonable una política, en la cual establezca las circunstancias, bajo las cuales el proveedor de servicios podrá hacer uso de la facultad prevista en la cláusula de terminación o suspensión del contrato con los proveedores de contenido en el caso de que estos sean infractores reincidentes, en los términos de la presente ley, de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos;
- h) No interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de

derechos de obras y prestaciones protegidas.

Parágrafo. En los casos en que se hayan cumplido los requisitos de este artículo, el juez competente podrá disponer como medida cautelar o mediante sentencia el retiro o inhabilitación del acceso al material infractor que sea claramente identificado por él; y/o la terminación de cuentas determinadas de infractores de dicho prestador de servicio, que sean claramente identificadas por el solicitante, y cuyo titular esté usando el sistema o red para realizar una actividad infractora al derecho de autor o derechos conexos.

CAPITULO II

Procedimientos

Artículo 9. Procedimiento de detección y retiro de contenidos. En los contratos entre los proveedores de servicios en Internet y los usuarios de sus servicios, deberá estipularse la obligación de éstos para abstenerse de realizar conductas infractoras del derecho de autor y los derechos conexos, como términos y condiciones de la prestación del dicho servicio. Así mismo, el prestador de servicios podrá reservarse el derecho de retirar o inhabilitar cualquier material puesto a disposición por dicho usuario a través de su servicio, y que sea objeto de la solicitud de que trata el artículo 9 de esta Ley.

Los proveedores de servicios en Internet podrán incorporar en los contratos de condiciones generales cláusulas de terminación o suspensión de los contratos por infracción al derecho de autor y derechos conexos las cuales deberán ser objeto de control de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor.

Si los proveedores de servicio, adoptan estas estipulaciones en sus contratos de manera que sus usuarios puedan previamente conocerlas y aceptarlas, cumpliendo los demás requisitos establecidos en los artículos 5, 6 y 7, y actuando de buena fe, retiran o inhabilitan el acceso al material basado en una infracción reclamada o aparente, estarán exentos de responsabilidad por cualquier reclamo resultante de una infracción al derecho de autor y los derechos conexos.

El proveedor de servicios, previamente al retiro del material presuntamente infractor, deberá tomar prontamente los pasos razonables para informar de las solicitudes de retiro o inhabilitación al supuesto infractor que pone el material a disposición en su sistema o red, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de esta Ley.

Los autores han re-escrito parte del artículo para afirmar que los ISP pueden incorporar cláusulas de terminación o suspensión de sus contratos como consecuencia de una violación de los derechos de autor. Indicando que éstas cláusulas deben ser aceptadas expresamente por los usuarios de los contratos ya en vigor en la fecha de aprobación de la ley. Mientras que los artículos 5 (d), 6 (f), 7 (h) y 8 (h) mencionan expresamente que las condiciones para la suspensión y terminación de una cuenta de Internet está relacionada con la existencia de un infractor reincidente, este párrafo no establece dicho vínculo, lo que podría dar lugar a interpretaciones equivocadas sobre la posibilidad de terminar o suspender esos contratos. Esto es aún más evidente con expresiones como “infracción reclamada o aparente” que también está en este artículo..

De la actual lectura del artículo puede deducirse que los proveedores de servicios podrán establecer otras condiciones diferentes, pues en éste la reincidencia no es una condición. Insistimos que disposiciones de suspensión y terminación de cuentas de los usuarios por la ISP desconocen derechos fundamentales como el debido proceso, la protección al bien jurídico de la información, el derecho a la defensa que solo se puede ejercitar de manera justa ante una autoridad judicial.

En todo caso este artículo está mal redactado. Éste artículo hace remisión directa al mismo artículo, en el anterior texto éste era el artículo 8, por lo que la solicitud a la que se refiere éste artículo, es a la que actualmente contiene el artículo 10.

Los artículos 5 (d), 6 (f), 7 (h), 8 (h) y 9 hablan indistintamente de

Parágrafo. Sin perjuicio del procedimiento establecido en la presente ley los proveedores podrán incorporar cláusulas de terminación o suspensión de los contratos por infracción al derecho de autor y derechos conexos.

Estas cláusulas deberán ser aceptadas expresamente por el contratante en el caso de los contratos vigentes a la expedición de esta ley.

Artículo 10. Requisitos de las solicitudes de retiro o inhabilitación. Las solicitudes de retiro o inhabilitación de contenidos, que en virtud del artículo anterior realicen los titulares de derecho de autor o derechos conexos, o sus respectivos representantes, deberán como mínimo tener en cuenta los siguientes requisitos:

- a) Se remitan en forma electrónica o de otra forma escrita;
- b) Se incluya la identidad, domicilio, número telefónico, dirección de correo electrónico del titular de derecho de autor o conexos, o sus representantes respectivamente;
- c) El titular de los derechos o su representante deberá tener domicilio o residencia en Colombia y, en su caso, contar con poder suficiente para ser emplazado en juicio, en representación del titular;
- d) Se adjunte información razonablemente suficiente que permita al prestador del servicio identificar la obra o prestación protegida por el derecho de autor o los derechos conexos, que se alega está siendo usada sin la respectiva autorización, e identificando siempre la URL correspondiente al supuesto contenido infractor;
- e) Se identifiquen los derechos supuestamente infringidos, con indicación precisa de la titularidad de estos y la modalidad de la infracción;
- f) Se adjunte la URL y cualquier otra información razonablemente suficiente, que permita al prestador de servicio localizar el material

suspensión temporal y terminación y no hay orientación a los jueces sobre cómo aplicarlas, cuándo una y cuándo la otra, lo que incluso permitiría a las ISP informar correctamente a sus usuarios sobre el tema. Normas expresas de proporcionalidad en la aplicación de estas normas por los jueces es deseable puesto que un juez puede ser más laxo que otro en la aplicación de una sanción que insistimos puede tener consecuencias indeseables y que en otro proyecto de ley se viene planteando como derecho fundamental por los efectos que tiene para las personas hoy.

supuestamente infractor que reside en un sistema o red controlada u operado por este o para este, el cual es reclamado de estar infringiendo o ser el objeto de una actividad infractora y el cual debe ser removido o su acceso debe ser inhabilitado;

- g) Realice el titular de derecho o su representante una declaración en la que exprese que cree de buena fe que el uso que se le está dando al material no cuenta con la autorización de dicho titular del derecho de autor o conexo, su representante, quien esté legitimado para otorgar dicha autorización o de la legislación;
- h) De ser posible, adjuntar información que contenga datos que permitan al prestador de servicios identificar al usuario proveedor del supuesto material infractor;
- i) Se efectúe una declaración en el sentido de que la información contenida en la solicitud de retiro o inhabilitación es precisa;
- j) Se firme por la persona que hace la solicitud de retiro o inhabilitación. A este efecto la firma transmitida como parte de una comunicación electrónica cumple con el requisito descrito.

Parágrafo. El que a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos reconocidos en esta ley, deberá indemnizar los daños causados a cualquier parte interesada, si estos daños son resultado de acciones que el prestador de servicios de red tome con base a dicha información.

Artículo 11. Notificación, Contranotificación y Retiro.

Recibida la solicitud de retiro o inhabilitación y verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior, los proveedores de servicios en internet procederán a comunicar este hecho al proveedor del contenido dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la solicitud, acompañada de los antecedentes proporcionados por el titular del derecho supuestamente infringido o su representante, e informando al proveedor del contenido el término que tiene para responder, así como la posibilidad que le asiste de retirar voluntariamente el contenido presuntamente infractor.

Una vez recibida la comunicación por parte de proveedor de servicio de Internet, el proveedor del contenido supuestamente infractor podrá en los siguientes cinco (5) días calendario, retirar voluntariamente dicho contenido o solicitar al proveedor del servicio de Internet que mantenga el material en su

Proceso Notificación – Contra Notificación – Retirada

Pros: La adopción de un proceso Notificación - Notificación - Retirada es mejor que Notificación – Retirada, da a las partes una oportunidad para resolver el conflicto sin recurrir a los tribunales como dicen los senadores. También evita que cualquier contenido sea bloqueado sin al menos la previa notificación y la respuesta del presunto infractor.

Contras: En todo caso el procedimiento sigue saltándose al juez competente (especialmente preocupante aquellos en que el usuario no responda y se sabe que muchas veces no lo hace por desconocimiento, porque no se entera, etc.), y esto le da competencia a un proveedor de servicio de Internet para bloquear contenido luego de la petición de una persona que se sienta vulnerada en el derecho de autor. Sigue siendo deseable para nosotros que haya una intervención de autoridad para garantizar una mirada más neutra

sistema o red, sin perjuicio de que el titular del derecho de autor o conexos, presente ante el proveedor una orden judicial en virtud de la cual el material objeto de la solicitud deba ser retirado o inhabilitado.

Si el proveedor de servicios recibe una comunicación por parte del proveedor del contenido en los términos enunciados en el artículo siguiente, deberá abstenerse de retirar o inhabilitar el contenido presuntamente infractor, sin que esto implique perder los beneficios de la exoneración de responsabilidad por la infracción al derecho de autor o los derechos conexos.

En el evento en que la solicitud de notificación no cuente con la totalidad de los requisitos y antecedentes establecidos en el artículo precedente. Los proveedores de servicio en ningún momento podrán realizar juicios de valor del material retirado, ni pronunciarse acerca de la legalidad o ilegalidad del mismo.

Artículo 12. Elementos de respuesta a la solicitud de retiro o inhabilitación. Los requisitos para, la respuesta a la solicitud de retiro o inhabilitación deben constar por escrito o mediante comunicación electrónica que incluya los siguientes aspectos:

- a) La identidad, domicilio, número telefónico, dirección de correo electrónico por parte del supuesto infractor;
- b) Identificación del material cuyo retiro o inhabilitación ha sido solicitado;
- c) La ubicación del sitio en el cual se encontraba el material antes de ser removido o antes que su acceso haya sido inhabilitado;
- d) Una declaración en la cual el supuesto infractor acceda a estar sujeto a

a posibles usos permitidos o no infractores que se den en Internet incluso con obras protegidas.

Creemos que la disposición que se encuentra el artículo de medidas cautelares en el sentido de que el retiro no puede referirse sino al contenido identificado debería ser extendido expresamente al procedimiento Notificación- Contra Notificación- Retirada, de modo que quede claro que ese es el alcance del retiro en el caso en que deba ser aplicado por el proveedor de servicios. Esto es además acorde con este tipo de procedimientos que son aplicables exclusivamente a ISPs de alojamiento de contenido y no a los 4 tipos de ISP.

De hecho, cuando se habla en el texto del proyecto de ley de INHABILITACION lo que se busca es bloquear acceso y eso puede ser complicado frente a un contenido específico ya que puede afectar más de lo que se busca detener, por tanto sugerimos revisar el texto integral del proyecto para quitar la expresión “inhabilitación”.

Se indica que la petición se hace por ISP al "proveedor de contenido" que antes era “supuesto infractor” no se entiendo el sentido de ese cambio en la expresión.

La nueva ley dice que “los proveedores de servicio en ningún momento podrán realizar juicios de valor del material retirado, ni pronunciarse” es decir no analizan la legalidad o ilegalidad del uso que el supuesto infractor haga su análisis es formal, lo que reafirmaría que la ISP bloqueará siempre, sólo con la verificación formal de reclamos.

No debe exigirse la autorización de entrega de la información personal al solicitante, en primer lugar porque definitivamente se coacciona al usuario a entregar información personal para que la respuesta a la solicitud sea válida, y en segundo, porque esa exigencia debe autorizarla un juez, bien se trata de información personal. Se entiende que algunos defensores del proyecto afirmen que ésta información es necesaria para contactar al supuesto usuario infractor a efectos de iniciar un proceso, pero es que finalmente ese es el papel de juez, y es el juez quien debe solicitar la información en el proceso guardando las reservas del caso y estableciendo las condiciones en las cuales se entregará esa información.

No se trata de que el usuario supuestamente infractor pueda esconderse, o de que exista impunidad en la reclamación de los perjuicios por parte del

ordenes impuestas por cualquier autoridad judicial de su domicilio, o si el domicilio se encuentra fuera del territorio de la parte, cualquier otra autoridad judicial con jurisdicción en cualquier lugar del territorio de la parte en donde el prestador del servicio pueda ser encontrado, y en la cual una demanda por la alegada infracción al derecho de autor o derechos conexos pueda ser interpuesta;

- e) La firma de la persona que realiza la solicitud de restablecimiento del material retirado o inhabilitado. A este efecto la firma transmitida como parte de una comunicación electrónica cumple con el requisito descrito.
- f) La autorización al proveedor de servicio en Internet para suministrar la información del literal a) al solicitante
- g) En la respuesta se podrán señalar las razones, limitaciones o excepciones que el proveedor del contenido considere pertinentes.

Artículo 13. Medidas Cautelares. El artículo 245 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

“Artículo 245.- Las mismas personas señaladas en el inciso del artículo anterior pueden pedir al juez que interdicte o suspenda la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes, que se van a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor.”

“Así mismo, para las infracciones al derecho de autor o los derechos conexos cometidas en o por medio de redes o sistemas controlados u operados por o para proveedores de servicios, los titulares podrán pedir al juez, como medida cautelar el retiro o inhabilitación del acceso al material infractor que sea claramente identificado por el solicitante, y/o la terminación de cuentas determinadas de infractores reincidentes de dicho prestador de servicio, que sean claramente identificadas por el solicitante, y cuyo titular esté usando el sistema o red para realizar una actividad infractora al derecho de autor y conexos.” Así como cualquier otra medida de carácter provisional encaminada a proteger el derecho, conservar las pruebas y evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de la presunta infracción.

solicitante. Se trata de que el manejo de información personal esté siempre mediado por el juez. No se encuentra justificación alguna para exigir esa autorización que permita evitar el control judicial.

El literal "c" establece que el demandado deberá indicar el lugar donde se encuentra el material supuestamente infractor antes de su retiro o invalidez. Sin embargo, si el nuevo sistema propuesto es un Notificación – Contransnotificación – Retirada, entonces el material de la infracción debe ser retirado sólo después de que una contra notificación haya sido recibida por el ISP o, alternativamente, después de que una orden judicial se ha emitido. Pero en el segundo caso, si hay una orden judicial, el infractor deberá ir directamente a los tribunales para cuestionar la decisión en lugar de enviar un aviso en contra de la ISP. Por lo tanto, no se ve cómo esta carta sería aplicable en el actual sistema que se propone;

El mantenimiento del literal "e" en el artículo 12 también va en contra del nuevo sistema propuesto en el proyecto, ya que solicita la firma de la persona que solicita el restablecimiento del contenido eliminado. Una vez más, en el sistema propuesto actualmente, la respuesta se enviará antes de la retirada de contenidos por lo tanto, esta parte también debe ser reconsiderada;

La lectura del artículo 13 a la luz de las observaciones formuladas por los autores en el artículo 1 literal “b” también es extraña. El artículo 13 establece que la terminación de las cuentas de Internet, a través de una medida cautelar, sólo será ordenada por un juez en caso proporcional y razonable.

Además de insistir en que la terminación de las cuentas de Internet no es una respuesta razonable / proporcional a infracciones de derechos de autor, esta disposición parece indicar que la terminación es posible incluso en una acción civil. Los comentarios sobre el artículo 1 literal “b”, por el contrario, parecen indicar que la terminación sólo ocurre en el caso de los infractores reincidentes dentro de un proceso penal

Los procedimientos de retiro de contenido solo aplican a proveedores de contenido (no a los de cache, búsqueda o acceso) por lo que la disposición es exclusivamente para retiro no se entiende que la medida cautelar se extienda a los 4 tipos de ISP, las otras no podrán retirar el material y por tanto no pueden ser destinatarias de medidas cautelares.

De hecho, cuando se habla en la ley de *inhabilitación* lo que se hace es bloquear acceso y eso puede ser complicado frente a un contenido específico

La terminación de cuentas, como medida cautelar, solo podrá ser ordenada por el juez de acuerdo a la reglas de idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad necesarias, a fin de evitar un posible daño irremediable o la continuidad flagrante y grave de la presunta violación.

“No obstante, cuando la medida cautelar sea ejecutada por proveedores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, el juez competente sólo podrá disponer como medida cautelar la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado contenido infractor que sea claramente identificado por el solicitante y que no implique el bloqueo de otros contenidos legítimos. Para estos efectos, la solicitud de medidas cautelares deberá indicar claramente:”

“1. Los derechos supuestamente infringidos, con indicación precisa de la titularidad de éstos y la modalidad de la infracción;”

“2. El material infractor,”

“3. La localización del material infractor en las redes o sistemas del prestador de servicios respectivos.”

Artículo 14. Requisitos de las medidas cautelares. El artículo 247 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

“Artículo 247.- Las medidas a que se refieren los artículos 244 y 245, se decretarán inmediatamente por el juez siempre que el solicitante preste caución suficiente que garantice los perjuicios que con ella puedan causarse al organizador o empresario del espectáculo teatral, cinematográfico, musical, o prestador de servicios en internet o sus usuarios o suscriptores y presente una prueba sumarial del derecho que lo asiste. Esta medida puede ser decretada por

ya que a diferencia del retiro si puede comprometer otros contenidos.

La lógica de las medidas cautelares que establece la Ley 23 es que durante el trámite del proceso judicial se interrumpan las infracciones a los derechos que se debaten en el proceso durante el tiempo que éste dure, por eso el artículo 245 de la Ley 23 establece que el juez, a solicitud de parte, puede ordenar la terminación de una cuenta. La lógica entonces es que en Internet (redes o sistemas controlados u operados por o para proveedores de servicios) la medida cautelar sea la que se ha hablado todo el tiempo, la suspensión del contenido por parte del proveedor de servicio mientras se define si hay lugar al retiro del mismo en el proceso correspondiente. La terminación de cuentas de usuarios como medida cautelar sería como, si fuera del mundo de lo digital, un juez ordenara como medida cautelar en un proceso por infracción a derechos de autor, la detención del demandando, lo cual es a todas luces absurdo.

No existe ninguna razón que lleve a pensar que la terminación de cuentas de usuarios, aunque sean reincidentes, pueda evitar una lesión al derecho de la parte en el proceso.

La calidad de reincidente no tiene absolutamente nada que ver en criterio que debe tener el juez para ordenar una medida cautelar, el fin de la medida cautelar, como se deduce de su nombre, es evitar un posible daño al bien jurídico que se busca proteger en desarrollo del proceso.

Las reglas de “idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad” que observa el proyecto dan una falsa idea de discrecionalidad para el juez, ya que no existe ningún motivo que lleve a pensar la necesidad de la terminación de cuentas de una parte demandada en un proceso civil.

Otra asunto importante a considerar es que la terminación de cuentas, a diferencia de lo que sería un medida cautelar, no es una medida temporal, la terminación de una cuenta es definitiva.

el juez municipal o del circuito del lugar del espectáculo o del domicilio del prestador de servicios en internet, a prevención, aun cuando no sean competentes para conocer del juicio. En lo demás se dará cumplimiento a las normas pertinentes.”

Artículo 15. Entrega de información sobre supuestos infractores al juez competente. De manera privativa, el juez competente dentro del proceso respectivo, podrá ordenar la entrega de la información del nombre y domicilio del supuesto infractor por el proveedor de servicios respectivo. El tratamiento de los datos así obtenidos se sujetará a la protección y reserva de datos personales conforme con la ley, y sin perjuicio de que operen las sanciones legales por violación a dicha reserva.

Artículo 16. Orden definitiva de retiro o inhabilitación del acceso al material infractor y/o la terminación de cuentas. Las medidas de que trata el artículo 13 tendrán carácter definitivo cuando así lo ordene el juez competente mediante sentencia. Estas medidas se dictarán con la debida consideración de:

1. La carga relativa para el proveedor de servicios en internet, para los usuarios y para los suscriptores;
2. La proporcionalidad con el daño inferido al titular del derecho;
3. La factibilidad técnica y eficacia de la medida; y,
4. La existencia de otras medidas menos gravosas para asegurar el cese de la infracción y el restablecimiento del derecho que se reclama, considerando entre otros aspectos:
 - 4.1. La existencia y garantía de otros derechos que puedan ser gozados y/o realizados mediante la provisión de los diferentes servicios de Internet enumerados en la presente ley, y
 - 4.2. Las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la libertad de expresión y a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

Estas medidas se aplicarán de manera estricta y limitada al acceso de servicios de comunicación al público en línea. Cuando estos servicios sean comprados de acuerdo a ofertas comerciales compuestas, incluyendo otro tipo de servicios tales como servicios de telefonía o de televisión, estas medidas no se aplicarán a estos

últimos.

Artículo 17. El Gobierno Nacional conformará una comisión con la participación de las autoridades públicas competentes, titulares de derecho de autor y derechos conexos, los prestadores de servicios en Internet y los proveedores de contenido para elaborar de manera participativa un proyecto de ley sobre limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital en el marco de los tratados internacionales ratificados por Colombia. Dicho proyecto deberá ser presentado a consideración del Congreso dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley.

La comisión para excepciones y limitaciones es inaceptable pues con esa lógica lo que hay que hacer con el proyecto de ley conocido como Ley Lleras es retirarla y hacer lo mismo. Cuando se establece un procedimiento legal para la reforma al tema de excepciones y limitaciones ¿se crea por ley la única forma de proponerlas? y por tanto ¿se limita la iniciativa legislativa en el tema generando una suerte de mejores derechos que otros? Resulta acaso que la reforma en favor del fortalecimiento del sistema de derecho de autor no tiene que cumplir ese requisito mientras que los mecanismos para su equilibrio en favor de la sociedad civil sí debe pasar por este tipo de trámites.

Adicionalmente cualquier discusión de excepciones y limitaciones que no incluya a grupos de la sociedad civil que son los directamente interesados en este tema sigue siendo insuficiente, ellos deberían ser el eje de estas discusiones puesto que, con una herramienta muy limitada eso sí, las excepciones se consagran es a su favor.

Para nosotros discutir el fortalecimiento del sistema de derecho de autor sin plantear una reflexión y cambios en el esquema de excepciones y limitaciones es inaceptable, como mínimo se deben incluir en la discusión aquellos temas que legal y socialmente ya no tienen discusión: las excepciones y limitaciones que se encuentran en el TLC mismo, las excepciones y limitaciones para discapacitados cuya inclusión en la ley nacional es ya una obligación de derecho internacional que el Estado colombiano está en mora de cumplir, además de una serie de necesidades que frente a posibles aplicaciones de la Ley Lleras son especialmente sentidas por los usuarios: parodia, remezcla y uso de información durante situaciones de emergencia o desastres naturales.

Ahora bien, esto no significa que sean éstas las únicas excepciones necesarias, de hecho bibliotecas, sector educativo, etc., necesitan muchas más pero no hay en este momento un vocero que las represente y movilice con lo cual no podemos nosotros abogar por ellas, éstas deberán ser tratadas con posterioridad.

La importancia de las excepciones y limitaciones en relación con el proyecto de Ley Lleras se refiere a la legitimidad en el uso de contenidos en la red por parte de los usuarios, por ello no es una situación menor y es necesario que no se trate como temas diferentes y aislados. Si no se puede discutir el

Artículo 18. Autorízase al Gobierno Nacional a efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias para que el Registro Nacional del Derecho de Autor sea a través de una plataforma digital que permita el registro, consulta y actualización en tiempo real.

Artículo 19. Estrategias de sensibilización. El Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación con el apoyo de la Dirección Nacional de Derecho de Autor creará espacios de trabajo anuales entre los proveedores de Servicios de Internet, el Gobierno Nacional, los titulares de derecho de autor y derechos conexos y los usuarios, con el objeto de:

- a) Sensibilizar en el respeto al derecho de autor y los derechos conexos a los usuarios y poner en marcha una campaña para combatir la piratería del derecho de autor y los derechos conexos en las redes informáticas.
- b) Crear espacios de concertación entre proveedores de servicios de Internet y titulares de derecho de autor y derechos conexos para favorecer la difusión y la protección de la creación en Internet y el desarrollo de la oferta legal de contenido en Internet.

Artículo 20. Derogatorias. Lo dispuesto en esta Ley, modifica los artículos 245 y 247 de la Ley 23 de 1982, adiciona el artículo 271 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y deroga todas las demás normas que le sean contrarias.

tema de excepciones no deberíamos discutir un procedimiento expedito de ningún tipo que busque el bloqueo del uso de contenidos por los usuarios. Es incomprensible que los Senadores no hayan siquiera aceptado discutir el tema en el foro democracia en línea y que por toda respuesta presenten esta opción en el proyecto de ley. Deberían profundizar y escuchar los motivos que tenemos así como han escuchado y aceptado las tesis de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Debemos reivindicar la doctrina del Uso Justo como lubricante fundamental para la existencia de las nuevas formas de generación de contenidos mediante el libre ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos digitales como los consagrados en los artículos 20,25,26,27 y 28 principalmente.

Si se pueden incluir temas como éste que no está asociado con el eje de la norma que es la responsabilidad de las ISP, ¿por qué no aprovechar para incluir también las excepciones mínimas que se solicitan?

El tema de educación a todos sobre derecho de autor en el respeto por la protección del derecho de los titulares, sugerimos incluir también expresamente la obligación de enseñar y explicar sobre los equilibrios (dominio público y excepciones y limitaciones) que la propia ley establece en su texto y la explicación de las nuevas formas de gestión de derechos de autor en el ambiente digital, concretamente los sistemas de licenciamientos libres que pueden enseñar en forma más natural a las características tecnológicas las posibilidades de uso de los contenidos en la red.

Una educación exclusivamente en las restricciones del derecho de autor (como se ve en cartillas que circulan en la red tanto de la industria como del Estado) no está acorde con el régimen legal y sus posibilidades y genera también en este sentido desequilibrios.

Artículo 21. Vigencia. La presente Ley rige a partir de su promulgación.

Si bien reconocemos los avances en el texto del proyecto de ley es nuestra opinión que éste sigue desconociendo garantías necesarias para la protección de derechos fundamentales, normas del sistema legal colombiano (como las leyes 1341 de 2009 y algunas normas de derecho informático) y también otros proyectos de ley (como el de neutralidad tecnológica y el del derecho fundamental de acceso a Internet). Es nuestra opinión que en una mirada global entre este proyecto y el presentado por el Senador Romero es este último el que mejor aborda nuestras inquietudes, consagra un proceso en el que el juez tiene un posición de garantía e incluye la discusión sobre excepciones y limitaciones, si bien incluso algunos de los comentarios consagrados en este documento aplican también a aquél.

En la preparación de éste texto participaron los abogados:

- Carolina Botero
- Oscar Daniel Gómez P.
- Germán Realpe
- Sergio Augusto Ovalle
- Daniel Salamanca