

Bogotá, marzo 24 de 2012

Señores

Congresistas, gobierno nacional, periodistas y demás interesados

Ciudad

Respetados señores

La presente tiene como objeto presentar un documento con nuestros principales comentarios, objeciones y sugerencias jurídicas al proyecto de ley 201 de 2012 presentado por el gobierno nacional para surtir el trámite ante el Congreso. El dicho documento se encuentra disponible para descarga en <http://bit.ly/GFbUqQ>.

El documento recoge las observaciones y sugerencias de modificaciones que han sido recogidas a través del colectivo RedPaTodos y las traslada al texto del proyecto de ley. RedPaTodos ha convocado a través de la red a diferentes actores sociales (comunidades de software libre y librecultura, artistas, académicos, abogados, etc.) cuyos esfuerzos se están concentrando en un esfuerzo de información y visibilización de nuestra posición en el sitio www.redpatodos.co y en las redes sociales más importantes: [youtube](#), [vimeo](#), [facebook](#), [identica](#), [twitter](#), [flickr](#), etc.

Es nuestro interés participar activamente en el trámite de la ley y visibilizar nuestros intereses y preocupaciones activamente con quienes hoy tienen en sus manos la decisión legislativa, es decir, con los congresistas. Con fundamento en lo anterior esperamos que además de recibir y dar trámite a nuestro documento para identificar los ajustes necesarios a este proyecto de ley, el Congreso establezca la necesidad de ampliar la discusión involucrando más actores a la misma.

En contenido el Proyecto de Ley 201 no es la Ley Lleras, esa se ocupaba de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por las posibles infracciones de sus usuarios, responsabilidad por hechos de terceros, mientras éste es una reforma al derecho de autor, toca plazo de protección, excepciones, definiciones, derechos conexos, reforma los delitos, habla de Medidas de Protección Tecnológicas, etc.

Sin embargo, se parece a la Ley Lleras porque como ella su marco es derecho de autor, responde a obligaciones TLC y por eso nos dicen que toca aprobarla sin mirarla, es decir, no se socializa. Cuando se implementa un Tratado hay un margen para hacerlo, son obligaciones que deben ajustarse a la norma nacional y por tanto se pueden discutir.

Para intentar abrir el diálogo y para que los Congresistas vean la importancia de no trabajar “de urgencia” acá está la versión 1.0 de los comentarios de los abogados voluntarios de RedPaTodos en que se hace un análisis jurídico “de urgencia” y algunas sugerencias para el Congreso (si se pueden hacer ajustes a este documento se irán publicando las nuevas versiones).

Un resumen de nuestras preocupaciones

Estamos preparando un documento más completo para explicar y entender los alcances de este proyecto pero mientras tanto las siguientes son las preocupaciones principales:

1. Al implementar las Medidas Tecnológicas de Protección (MPT) como una protección independiente del derecho de autor se puede violar normas internas. La implementación debe hacerse de modo que la protección de las MPT no sea independiente sino vinculada a la protección del derecho de autor que se da en Colombia. El tema se ha discutido en foros como la Australia, http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf y Chile https://www.eff.org/files/filenode/FTAA/20040830_uschile_fta.pdf o <http://ictsd.org/i/publications/120934/>. El problema central es que si esto no se hace así se puede estar generando responsabilidad civil y penal a los usuarios por usos en ejercicio de excepciones y limitaciones que sí permite nuestra ley, es decir, que me pueden condenar a la cárcel por eludir una MPT para hacer una copia privada a la que tengo derecho.
2. También podría violar derechos de usuarios si, como sucede en esta versión, no se consagra el procedimiento administrativo que el propio TLC contempla para ajustar cada 4 años esas excepciones. En el proyecto no se desarrolla el procedimiento sino sólo una facultad general para el gobierno de proponer cambios. Nos preguntamos entonces, para qué el afán? Tampoco se están cumpliendo con todas las obligaciones del TLC, falta esta.
3. El proyecto define lucro en forma muy amplia para incluir cualquier provecho. Hay excepciones y limitaciones como la de copia privada, que dependen de esa definición. Sin embargo el propio TLC cuando la usa habla de ventaja comercial o ganancia financiera. Esa definición no es obligación del TLC ni coincide con su texto y puede vulnerar intereses de los usuarios.
4. Si no se redacta correctamente el artículo que prohíbe la retransmisión de señal de TV por Internet también puede comprometer los intereses de los usuarios, porque como está evita que en forma generalizada se apliquen excepciones y limitaciones a la retransmisión de señales de TV por Internet. Ese no es el alcance de la obligación del TLC, va en contra de nuestras normas nacionales y raya con la censura pues acaso prohíbe hasta la cita?
5. Existe una gran preocupación al delegar funciones judiciales, como lo es la entrega de información personal, a una autoridad administrativa. Como ya lo dijimos en el debate de la Ley Lleras, en el Estado Social de Derecho son los jueces los únicos que tienen potestades de restringir derechos y libertades fundamentales y por tanto los únicos que pueden entregar información personal

RedPaTodos como colectivo está compuesto de una multiplicidad de actores sociales, personas naturales y jurídicas, para los efectos de este documento los abogados que lo elaboraron son quienes están al frente del mismo y reciben notificaciones o solicitudes a través de Fundación Karisma.

Cordialmente,

CAROLINA BOTERO CABRERA

FUNDACION KARISMA

Calle 57 N. 10-24 of. 406

Teléfono 2353872

Comentarios jurídicos al proyecto de ley 201 de 2012

Marzo 23 de 2012

El presente documento fue elaborado por los abogados:

Carolina Botero Cabrera, Germán Realpe Delgado, Iván Vargas Chaves, Oscar Daniel Gómez, Karen Cabrera Peña, Sergio Ovalle Pérez y Daniel Salamanca Pérez, en nombre del Colectivo RedPaTodos

www.redpatodos.co

Señores Congresistas

La implementación de las exigencias del gobierno norteamericano para la firma del Tratado de Libre Comercio con EE.UU. se ha dado en un escenario de celeridad. Esta celeridad, ajena a un análisis juicioso y detallado de los efectos que pueda tener sobre nuestro sistema normativo, nos plantea gran preocupación, pues al estabilizar nuestro actual régimen de propiedad intelectual con el de dicho país, estamos desconociendo una tradición jurídica que nos antecede desde que Diderot, en su manifiesto sobre el comercio de libros, quiso resaltar la importancia del rol de los derechos de autor en una sociedad justa y equitativa, y no, en un modelo de excesiva protección a la explotación de los derechos patrimoniales de autor. Ello se puede evidenciar en la gran tensión existente entre el copyright y el derecho de autor de tradición jurídica continental.

Y es que tratar de acompasar los dos regímenes, de la forma como el TLC nos lo exige, es someterse a una normativa que favorece los intereses de la gran industria cultural, cediendo ante ésta y pasando por encima de una política de acceso universal al conocimiento y la información, claro está, en una etapa posterior a que los autores/titulares hubiesen recuperado su inversión a través de una explotación controlada y limitada de las obras. No por ello queremos desconocer el hecho que antecede la ampliación de la protección de los derechos patrimoniales en EE.UU. justamente en el momento en que The Walt Disney Company estaba a punto de dejar muchas de sus creaciones en un dominio público que, enfatizamos, no es otra cosa sino una justa retribución a la sociedad misma.

A esta altura del debate conviene preguntarnos si como Estado Social de Derecho, tema que abordaremos más adelante, Colombia esta dispuesta a anteponer los intereses de unos pocos frente a un interés general. De hecho, cuando se inició la discusión de este Tratado, era claro que estábamos inmersos en un supuesto en el que Internet era básicamente un sueño y, por tanto, las capacidades de acceso y uso de los contenidos más allá del mercado en ambientes de educación, cultura y ciencia tenían presupuestos muy diversos, lo cual nos lleva a razonar que hoy en día regular derecho de autor tiene un alcance e impacto muy diferente, ya que la intención misma, del gobierno colombiano de tramitar este proyecto de ley en un llamado de urgencia y en escasas tres semanas va en contravía del necesario, importante y debido debate que la norma debe propiciar entre tres sectores, a saber, gobierno, legislativo y los sectores interesados que no son solamente los de la industria del entretenimiento.

Queremos también resaltar la no infalibilidad del Congreso de los EE.UU., el cual en su momento aprobó la DMCA, luego de contar con dos importantes antecedentes jurisprudenciales, como lo fueron



los casos *Cubby v. Compuserve* y *Stratton Oakmont v. Prodigy* y uno legislativo, la Communications Decency Act, y de debatir ampliamente los alcances de la responsabilidad de los intermediarios en Internet. Esta infalibilidad se traduce en que muy a pesar de contar con un sustento sólido, y de no haber estado sometido en ese momento a algún tipo de presión, emitió una serie de disposiciones que buscaban detener infracciones a los derechos de autor a través de mecanismos antipiratería (incluimos la inclusión de la denominado "black box") que se esperaban fueran sólidos, pero, que como lo señala el U.S. - *Chile Free Trade Agreement Analysis of Implementation of Exceptions and Limitations and Technological Protection Measure Provisions* (Cfr. p. 6) fueron disposiciones ineficientes pues en la práctica, las elusión demasiado amplias, quedando relegadas éstas a la mera tarea de sofocar cualquier otro tipo de actividades, que un ciudadano puede ejercer legítimamente, menos aquellas infractoras de los derechos de autor, lo cual se traduciría hoy en día en una peligrosa herramienta de control.

Es por ello que insistimos que adecuar nuestra normativa a un compromiso, no debe implicar un sometimiento, pues acá no se trata sólo de hacer el reglamento de una ley ya aprobada, esta norma define la política pública sobre su implementación que, como en cualquier tratado, tiene un margen en el que es posible definir y moldear espacios. De hecho, la propuesta del Gobierno propone un alcance superior en algunos temas bien sea por su aproximación conceptual o por su mecanismo de reforzamiento al esquema de observancia. Esto debe ser objeto de análisis por el congreso considerando que el propio tratado admite que la implementación debe hacerse con base en el régimen jurídico local.

Lamentamos profundamente la decisión del gobierno de evitar la discusión pública e incluso no ofrecer la necesaria y oportuna información para una discusión apropiada y creemos firmemente que la no tramitación del proyecto de ley como solución efectiva está en manos del Congreso de la República, el cual, representa a todos sus electores y no a un puñado de empresas que pretenden subsistir en un nuevo mercado con sus obsoletos modelos de negocio, ello a costa de derechos y garantías fundamentales que como lo analizaremos a continuación se verán seriamente afectados. Por último, resaltamos que a través de todas las movilizaciones que hoy en día la sociedad realiza, deben llevar a nuestros legisladores a que éstos sean obligados a pensar que todo esto se trata de momento crucial que definirá las pautas y reglas de juego de nuestra sociedad de la información y el conocimiento Así, pues, en atención a las anteriores consideraciones procedemos a exponer nuestros comentarios y contra-propuestas del articulado sobre el proyecto de ley.

Comentarios y sugerencias de RedPaTodos

ARTICULO 1.

Este artículo menciona las leyes 44 y 23 cuando la última ley que se ocupa del tema es la Decisión 351 de 1993. El silencio se debe seguramente a que no podemos por esta vía modificar una norma comunitaria, valdría la pena que se explicara cómo se integrará esta norma entonces al sistema nacional, particularmente si llegara a haber un conflicto entre ellas. En todo caso el art. 61 de la ley 44



no es el que modifica el 8 de la Ley 23 y en consecuencia hay un error allí evidente.

En lo de fondo el artículo incluye definiciones ya presentes en la ley colombiana aunque no todas, hay definiciones provenientes del TLC y otras nuevas. Extrañamos la explicación sobre porqué se incluyen unas, otras no y también la forma como las definiciones nuevas del TLC se han implementado en otros países **PROPONEMOS** analizar el alcance de algunos términos nuevos a la luz de la ley local y retirar de este artículo las definiciones nuevas específicamente "lucro".

DEFINICION DE LUCRO. PROPONEMOS suprimir esta definición que no forma parte de las obligaciones TLC. Se trata de un término que genera una gran controversia en el sector actualmente. La forma como se defina y la intención de la misma debe ser explicada. De hecho cuando surge en el TLC la idea del lucro se habla de "ventaja comercial o ganancia financiera privada" (art 16.7.4.(a) ult párrafo) no es una simple ganancia o provecho. Abordar este tema es comprometer discusiones mucho más amplias como las de excepciones y limitaciones en general y referidas sobre todo aquellas que se sustentan en ese tipo de conceptos como la que se discute en Canadá (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/6375/125/>) y UK (<http://www.ipo.gov.uk/pro-policy/consult/consult-live/consult-2011-copyright.htm>) sobre "contenido generado por usuarios"-

ARTICULO 3.

La presunción de titularidad que se argumenta en la expresión "manera usual" acorde a la redacción del proyecto de ley no es clara a la luz de la nueva problemática de distribución de contenidos en internet. El contenido muchas veces subido por el mismo usuario de las plataformas de distribución puede no contar con la relación necesaria de titular - obra y puede ser compartida con diferentes nombres lo cual conlleva a analizar que no es un procedimiento muy práctico ni realista con la dinámica de contenidos en internet. Además dentro de las situaciones propias de los usuarios de internet y bajo la doctrina del uso justo enquistada favorablemente para los ciudadanos en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos y a la cual no se hace mención dentro de los proyectos de ley propuestos para cumplir con los compromisos adquiridos con Estados Unidos en el marco de la negociación del TLC. En consecuencia las obras pueden ser remezcladas o modificadas bajo los criterios de esta doctrina que a nuestro juicio son fundamentales para el bienestar de la creatividad. Estas dinámicas permiten cambiar de titular fácilmente, potenciando a la multiplicación exponencial de creadores y obras, por lo cual una acción por parte de los titulares de las obras originales a esta transformación y dinamismo de contenidos puede minar la libertad de creación de los usuarios en la red que se puede considerar como una conquista humana gracias a las actuales posibilidades. **PROPONEMOS** Analizar los esquemas de flexibilidad que existen en ordenamientos actuales como la excepción de "contenido generado por usuario" que se discute en Canadá e Inglaterra para generar equilibrios con estos temas, pero adicionalmente se deberá trabajar también temas como el de obras huérfanas

ARTICULO 6.

Se extiende por 20 años mas el monopolio de la explotación de los derechos patrimoniales. Claramente ésta extensión solo favorece a las compañías que detentan la explotación de obras que son plausibles de explotar en virtud de su carácter de populares, y que por lo tanto el ingreso al dominio público



conlleva una reducción de sus beneficios. A pesar de lo anterior ésta extensión es de esperarse en tanto que es común que los TLC homogenicen la legislación de la parte fuerte del tratado sobre lo que exista anteriormente. En Colombia esto debe interpretarse como el cambio de 50 a 70 años para la protección de los derechos patrimoniales de autor para las obras cuyos titulares sean personas jurídicas, como es en la inmensa mayoría las grandes editoriales, pero también la producción del Estado que es pagada con los recursos de todos.

PROPONEMOS, en el marco del artículo 16.1.13 debe ser expreso que este plazo sólo afecta a las obras nuevas, es decir aquellas que se creen con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley y así al menos evitamos su efecto retroactivo, proponemos entonces que se consagre con efecto ultractivo expresamente.

ARTICULO 12.

Esta es efectivamente una obligación TLC en el art. 16.7.8. pero está limitada a la forma como se establezca por el Estado las limitaciones previstas en los artículos 16.5 y 16.7, no esta prevista para ser llevada a la legislación nacional. **PROPONEMOS** que la retiren. Sería tanto como incluir también el numeral 16.7.10, son obligaciones para respetar por el Estado en su implementación, más contradictorio si ni siquiera está incluyendo nuevas excepciones a pesar de que el propio TLC propone que las haya. El proyecto incluye las básicas pero no aborda ni las extras que el tratado sugiere, ni el proceso administrativo que debería actualizarlas. En este punto recordamos el análisis que en su momento (durante la discusión de la Ley Lleras) presentamos para la consideración del congreso en el sentido de que hoy por hoy no se justifica ninguna reforma legislativa en materia de derecho de autor que refuerce los derechos de los titulares sin que paralelamente se analice el sistema de equilibrios. No es decente decir que esto no se hace porque exige una conciliación de intereses con los titulares, porqué entonces no se hace con los sectores interesados en general cuando se modifican estas normas?

ARTICULO 13

Esta norma debe ser totalmente ajustada. Los términos del texto son incorrectos, se toma la disposición 16.7.9 del TLC pero la forma como se redacta el tema de las excepciones, por una parte, es incorrecta extendiendo el alcance quizá no intencionadamente pero en forma generalizada y no como lo indica el TLC (limitado a dos supuestos). la redacción hace pensar que no hay excepciones aplicables en este caso, lo que es un despropósito.

De otro lado, la norma incluye un derecho de retransmisión que no tiene sentido en el mundo actual y que obliga a establecer cómo lo tiene planteado EEUU y determinar cuáles son nuestras opciones.

PROPONEMOS. El gobierno debe replantear y justificar este artículo pues no tiene sentido como está, si se mantiene está estableciendo un alcance diferente al pretendido por el TLC y en contravía con las normas internas.



ARTICULO 14 y siguientes

La forma como los TLC con EEUU abordan el tema de protección a las Medidas Tecnológicas de Protección independientes de la protección del Derecho de Autor es como mínimo polémico. Incluso en EEUU existen decisiones judiciales encontradas sobre esta disposición. Se señala que esta obligación del TLC viola las excepciones y limitaciones y garantías del derecho de competencia ya existentes en otros países por lo que no es exigible. Adicionalmente va en contra del consenso mundial de organismos internacionales que han investigado el impacto de estas medidas en los sistemas jurídicos.

PROPONEMOS Que esta obligación se restrinja al alcance de las normas legales de protección al derecho de autor en Colombia pues no es posible que nos marginemos de esta discusión y de lo que ella representa para el desarrollo de la cultura digital en Internet.

Se deben revisar todas las disposiciones en esta materia que están contenidas en el proyecto de ley, Las disposiciones de los TLC sobre Medidas Tecnológicas de Protección como protecciones independientes del derecho de autor son problemáticas por cuanto su infracción se plantea como independientes de las infracciones al derecho de autor, en el contexto colombiano profesores como [el doctor Rengifo ya lo habían anotado](#). Su implementación internacional enfrenta el argumento de ir en contra de las leyes nacionales que se ocupan de excepciones y limitaciones y derecho de competencia. Con objeto de discusión en EEUU (1) actualmente y existe la tendencia internacional a considerar que deben estar limitadas al alcance de las normas de derecho local que corresponda. Se pueden revisar análisis como estos de [Australia](#) y de [Chile](#), Para Chile también el International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) [publicó uno](#).

PROPONEMOS que se revise legislación internacional, estudios, impactos y que se ajuste a las normas colombianas para salvaguardar nuestro régimen jurídico, utilizando incluso la opción que da el propio TLC de incluir otras excepciones como es corriente en los procesos de implementación de otros países. Si el diálogo se abre estamos dispuestos a apoyar y proponer ajustes en ese sentido.

ARTICULO 15

literal c) se encuentra de conformidad con la ley de pornografía infantil,
literal d) es pertinente, ya que facilita el tema de Etica Hacking, el tema de seguridad de la información y está acorde con la Ley 1273.

literal f) puede ir en contra de la intimidad de las personas como de las normas de protección de datos. No se debe permitir de ninguna manera la recolección o difusión de datos personales, por más que no sean infractoras de una ley o procedimiento. Este numeral no es claro, y puede dar para múltiples interpretaciones, en primer lugar por que puede entenderse como la limitación a no tener derecho a las cookies pero también para identificar la difusión de datos. **PROPONEMOS** que debido a su ambigüedad y no correcta descripción se privilegie el respeto a la privacidad del usuario, y que solo se tengan en cuenta las leyes colombianas para protección de datos

literal g) No se entiende el literal g) pues menciona obras particulares sin identificarlas y habla de una evidencia de impacto sin establecer cómo hacerlo. El problema es que deja muy abierto para no comprometerse en la obligación de plantear esta excepción y la actualización del sistema a través de un procedimiento que es mucho más detallado en el TLC que la propuesta periódica del gobierno. Este

tema está incorrectamente manejado y no desarrolla el compromiso de TLC en relación con la actualización periódica de excepciones y limitaciones a las TPM, esto se desarrollará más adelante. literal h) es interesante pues no responde a una obligación del TLC identificada. La excepción es conveniente con lo que pasa en la actualidad, es una excepción que se pedía hace varios años, ya que en ocasiones el buscar vulnerabilidades podía ser considerado como un acceso abusivo a sistema informático, esto en temas de investigación forense, seguridad es bueno. El problema es que solo lo limita al tema de gobierno o contratistas del gobierno, puede generar la duda de por que solo se da la excepción para estas personas. Se debe tener en cuenta que esto se complementa con lo señalado en la Ley 1273 de 2009. Considerando la amplitud del TLC en relación con abordar nuevas normas sobre excepciones y limitaciones vemos que el gobierno es abierto a intentarlo, porqué entonces no se abordaron otras? **PROPONEMOS** extenderlo no sólo al tema de gobierno, para incluir al tema académico e incluso el de seguridad de la información de empresas privadas.

ARTICULO 16

En un mundo como el actual el tema de la autorización expresa debe ser revaluado, es complicado tener para todas las reproducciones la autorización del titular. **PROPONEMOS** identificar cómo se aplica esta disposición a nivel internacional.

El artículo está redactado de tal forma que castiga la reproducción de cualquier obra, y podría entenderse que lo hace incluso sin contar con el concepto de animo de lucro. El lucro lo menciona hasta el segundo párrafo pero no es el criterio diferenciador. **PROPONEMOS** incluir el lucro como criterio diferenciador

El concepto de alquiler es demasiado amplio en la forma como se prevé en este artículo, **PROPONEMOS** revisarlo

ARTICULO 17

En el párrafo la órbita de acción se queda corta para más entidades que pueden llegar a verse beneficiadas. **PROPONEMOS** ampliar esta órbita de acción

ARTICULO 18

Este punto de ampliación del término legal fue comentado ya **PROPONEMOS** que se haga una aplicación ultractiva del nuevo plazo de protección

ARTICULO 19

La entrega de información personal debe ser restringida a jueces en el contexto de un proceso judicial como lo mantuvimos durante la discusión de la Ley Lleras. Creemos que otorgar esta facultad a entes administrativos pone en peligro además normas de protección de datos y el derecho a la intimidad. **PROPONEMOS** eliminar la referencia a las autoridades administrativas

ARTICULO 21 Este tema no tiene nada que ver con el TLC ni tampoco está justificado en la exposición de motivos **PROPONEMOS** eliminarlo

Otros Comentarios

Resaltamos en forma expresa que el TLC incluye disposiciones sobre la creación de un procedimiento administrativo para actualizar periódicamente las excepciones a las Medidas Tecnológicas de Protección, la disposición en el artículo 15 g no es suficiente. De hecho el texto del TLC trae disposiciones de procedimiento, no basta con la voluntad del gobierno.

Este procedimiento no se aborda en el proyecto de ley y en consecuencia no estaría haciendo una completa y correcta implementación en esta tema. **PROPONEMOS** agregar el procedimiento, en el proyecto de ley alternativo a la Ley Lleras que presentó el senador Romero había una propuesta en ese sentido que puede retomarse.

(1) Como lo explicaba en una lista de especialistas (IP-ENFORCEMENT@roster.wcl.american.edu) la experta Gwen Hinze de la EFF "In the U.S., courts are split as to whether there must be an underlying infringement, and the DMCA, which forms part of the U.S. Copyright Act, does not establish circumvention of TPMs as a separate cause of action. (See *Storage Technology Corporation v. Custom Hardware Engineering*, unreported decision July 2, 2004, 2004 WL 1497688 (D.Mass), vacated on appeal, 421 F.3d 1307 (Fed.Cir. 2005); *The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004); but see *MDY Industries LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. et al*, Nos. 09-15932 & 16044 (9th Cir., Dec. 14, 2010))."