

Análisis del TLC EEUU-Colombia

Mínimos a considerar en la elaboración de un procedimiento para la observancia del derecho de autor que exima de responsabilidad a los Proveedores de Servicios de Internet (en adelante ISP) por violación a los derechos de autor y derechos conexos presuntamente cometidos por sus usuarios

Documento elaborado por

Carolina Botero

Carolina Mejía

Germán Realpe

Luisa Guzmán

Iván Astwood

1. La implementación del TLC debe someterse al marco constitucional y legal colombiano

La implementación del TLC debe responder a las necesidades del derecho de autor respetando derechos constitucionales fundamentales tales como el debido proceso, la libertad de expresión y la protección de datos personales.

En primer lugar, el TLC establece en el numeral 1 del artículo 16.11: “Cada Parte entiende que los procedimientos y recursos establecidos en este Artículo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, son establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso que cada Parte reconoce, así como con los fundamentos de su propio sistema legal” (subrayado fuera de texto).

En segundo lugar, el numeral 6 del artículo 16.11 dispone que “Cada Parte pondrá a disposición de los titulares de derechos los procedimientos judiciales civiles relacionados con la observancia de cualquier derecho de propiedad intelectual” (subrayado fuera de texto).

De estas dos disposiciones se desprenden dos elementos centrales:

- a) los procedimientos que se establezcan en desarrollo del TLC para proteger los derechos de autor deben ajustarse a las disposiciones y principios sobre debido proceso que se encuentren vigentes en el país correspondiente;
- b) Los titulares de los derechos de autor tendrán a su disposición procedimientos judiciales para hacer garantizar sus derechos.

Estas dos premisas, además, harían que el proceso de implementación esté conforme con lo dispuesto en la sentencia C-750 de 2008, mediante la cual se revisa la constitucionalidad de la ley aprobatoria del TLC entre Colombia y EEUU. En dicha sentencia, al revisar el capítulo 16 (sobre propiedad intelectual), la Corte manifestó que *“este Capítulo deberá interpretarse a la luz de los principios y valores constitucionales y los derechos fundamentales”*

Por lo tanto, no podría darse una interpretación del artículo 16.11 y particularmente de los procedimientos establecidos en el numeral 29 del artículo 16.11 o a la carta adjunta del 22 de noviembre de 2006 que vaya en contra de la Constitución Política, particularmente del **derecho al debido proceso**. Una interpretación que no tenga en cuenta los valores, principios y derechos fundamentales, iría en contra del estándar de constitucionalidad definido por la Corte Constitucional y el propio TLC.

Por otro lado, es esencial clarificar que en ningún momento se prevé en el Capítulo 16 del TLC la obligación para que las partes del tratado desarrollen un mecanismo de notificación y retiro de contenidos extrajudicial o privado. Es más, al interpretar de manera sistemática el TLC se desprende que el mecanismo en él contemplado es un mecanismo judicial, y no extrajudicial, que permita garantizar los derechos de las partes involucradas en el proceso.

En efecto, el numeral 29 del artículo 16.11 del TLC establece que *“Con el fin de disponer procedimientos de observancia que permitan una acción efectiva contra cualquier acto de infracción de derecho de autor cubiertos por este Capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir infracciones, y recursos penales y civiles, cada Parte dispondrá, en forma compatible con el marco establecido en este Artículo”*.

En ese sentido, la obligación de Colombia es disponer procedimientos que permitan una acción efectiva, incluyendo recursos civiles, de forma compatible con los dispuestos en el capítulo 16, es decir, de conformidad con las normas nacionales sobre debido proceso y con los fundamentos del sistema legal colombiano. Por lo tanto, la obligación es la de disponer un procedimiento judicial efectivo que es aquél que permite garantizar el debido proceso y se ajusta a los fundamentos de nuestro sistema legal de protección de derechos. Consideramos entonces que al diseñar y establecer el procedimiento que prevé el capítulo 16.11 numeral 29, Colombia debe hacerlo conforme con el debido proceso y de acuerdo con los fundamentos de nuestro sistema legal (y con base en los principios fundamentales y fines esenciales del Estado Colombiano [art. 1 y 2 C.P.]), pues sólo así se puede proteger debidamente los derechos de sus ciudadanos.

Algunos mecanismos extrajudiciales o privados de notificación y retiro de contenidos de Internet que han sido sugeridos como modelo para establecer el mencionado procedimiento, corresponden a un sistema calcado del modelo de EEUU, ajeno a nuestro sistema judicial o legal. Es claro que el TLC no está obligando a Colombia a establecer un procedimiento igual al de la DMCA o del OCILLA, los cuales son propiamente norteamericanos. Por el contrario, obliga a Colombia a definir procedimientos que se ajusten al debido proceso y a los fundamentos del sistema legal colombiano, que ya la Corte Constitucional ha indicado deben entenderse dentro de los valores constitucionales y los derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por nuestro sistema legal y nuestros valores constitucionales y derechos fundamentales? Nuestro sistema legal está soportado en esquemas de notificación judicial, garantistas y formalistas, cuyo fundamento se encuentra en la Constitución Política. Sería ajeno a nuestro esquema legal un mecanismo que estableciera que una entidad privada (en este caso el ISP) pudiera disponer sobre derechos particulares sin que mediara un debido proceso judicial donde se debatieran los posibles derechos en conflicto, a saber, de un lado el derecho de autor y de otro lado otros derechos fundamentales, entre los que cabe destacar la libertad de expresión.

2. El debido proceso en los procedimientos contenidos en el capítulo 16 del TLC

En cuanto al elemento del debido proceso al que se refiere el artículo 16.11 numeral 29, de acuerdo



con el derecho colombiano, éste debe estar presente en cualquier procedimiento.

Vale la pena resaltar que el artículo 29 de la Constitución colombiana establece que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia T-572 de 1992 señaló que *“El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales”*. En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: ser oído antes de la decisión; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; posibilidad de acceder a la información y documentación sobre la actuación; posibilidad de controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; posibilidad de obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas, etc. En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos a través de cuya interrelación se busca obtener una actuación judicial o administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales.

Estas disposiciones del debido proceso se encuentran además consagradas en el bloque de constitucionalidad. De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que*

prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En ese sentido, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-256 de 2000 que son parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que estos se constituyen en parámetros para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos (ver Sentencia C-358 de 1997 y Sentencia C-582 de 1999). En esa medida, los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos, al hacer parte de la Constitución, son parámetros para interpretar y revisar la constitucionalidad de las leyes, incluidos otros tratados internacionales (como el TLC) que no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Particularmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 2002 (posición reiterada en sentencia C-392 de 2002) ha dicho que *“el derecho al debido proceso (artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) ... hacen parte del bloque de constitucionalidad”*.

En esa medida formarían parte del bloque de constitucionalidad el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Colombia por la ley 74 de 1968, y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*

(...)

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. (...) (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, establece que: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la*



ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.(...)" (subrayado fuera de texto).

Creemos entonces que cualquier interpretación o implementación que se haga del TLC o de cualquier otra ley que disponga sobre derechos de los particulares y establezca un procedimiento debe ajustarse a las disposiciones nacionales e internacionales sobre debido proceso.

De hecho, en el caso de los dos países latinoamericanos que han implementado ya procedimientos como los que estamos discutiendo a partir de la obligación establecida por el TLC, han desarrollado procedimientos dentro del sistema judicial consistentes con los mencionados compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Es el caso de Chile y Costa Rica, en los cuales se requiere que medie una orden judicial para disponer el retiro de contenidos cuya divulgación no haya sido autorizada por el titular del derecho de autor. En estos procedimientos puede incluso solicitarse la imposición de medidas cautelares, lo cual haría más expedita la protección, pero se mantienen las garantías del proceso judicial.

Tampoco se puede decir que la carta adjunta del 22 de noviembre de 2006 entre el USTR y el Ministerio de Comercio sobre el entendimiento del artículo 16.11.29(b)(ix) en cuanto a la notificación y contra-notificación efectiva, establezca la obligación de crear un procedimiento de notificación retiro extrajudicial. Lo que hace es establecer un contenido mínimo de la notificación que podría ser una notificación judicial, administrativa o privada. No se puede creer que el cumplimiento del TLC (incluida la carta adjunta mencionada) debe leerse exclusivamente atado a la implementación de esquemas de Notificación- Retiro Privados. Cómo hemos dicho las implementaciones a nivel internacional son variadas también consagrando opciones administrativas y judiciales o mezclas que ya hemos resaltado en el pasado: Chile, Canadá, Hadopi, Australia o Costa Rica. Debemos resaltar que algunas de estas leyes se han implementado en países cuyo TLC incluye la mencionada carta adjunta.

La carta simplemente fija contenido mínimo de la notificación, pero no establece la naturaleza del procedimiento en cuestión, Esto explica que otros países con TLC y con carta hayan implementado

sistemas judiciales, que son más consistentes con su régimen constitucional y compromisos internacionales en derechos humanos. El caso de Costa Rica, segundo país de la región en implementar un procedimiento y comparable con el nuestro, está también en esta línea, es un procedimiento de notificación privada pero con retiro judicial.

3. La implementación del TLC deberá garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información.

El artículo 20 de la Constitución Política establece que *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”*.

Este derecho también se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 13 reconoce que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de

ideas y opiniones (...)”.

Entender que el procedimiento previsto en el capítulo 16 del TLC implica establecer un esquema de notificaciones y retiro de contenidos extrajudicial, sin que previamente se hayan establecido responsabilidades y titularidades de derechos en un proceso judicial, implicaría una restricción injustificada al derecho fundamental a la libertad de expresión. Este tipo de actuaciones pueden considerarse como una especie de censura previa, ignorando que el ejercicio de este derecho está sujeto es a responsabilidades “ulteriores”. En esa medida, un simple alegato de que existe un contenido aparentemente violatorio de los derechos de autor no puede ser suficiente para restringir la libertad de expresión. Esto debe ser debatido en un ámbito judicial ya que es el juez el único competente para limitar los derechos de los particulares, luego de que se les haya garantizado un debido proceso.

Reiteramos que un análisis sistémico del procedimiento establecido en la carta adjunta del 22 de noviembre de 2006 entre el USTR y el Ministerio de Comercio sobre el entendimiento del artículo 16.11.29(b)(ix) en cuanto a la notificación y contra-notificación efectiva, nos obliga a entenderla también dentro del debido proceso judicial. En ningún punto la carta establece un procedimiento de notificaciones o contra-notificaciones extrajudiciales o privadas, pues se limita simplemente a dar unos parámetros formales.

Para que un ISP tenga conocimiento efectivo sobre la naturaleza infractora de un material generado o utilizado por sus usuarios en la Red, la calificación y determinación de la conducta como ilegal deben hacerla los tribunales judiciales competentes, quienes luego deben comunicarla al ISP. Alejarse de este principio implica poner a los proveedores de servicio en la posición de determinar lo que es lícito y lo que no lo es, posición que se encuentra reservada a los jueces por razones constitucionales referidas al debido proceso y a la seguridad jurídica.

4. La libertad de expresión y la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión ONU/OEA del 1 de junio de 2011

En junio de 2011, los relatores especiales para la libertad de expresión de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, de la Unión Africana y del Consejo de Seguridad de

Europa” manifestaron que:

“2. Responsabilidad de intermediarios

a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión").

b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retiro" que se aplican actualmente)”.

Es importante que los países asuman la defensa del equilibrio de derechos en el entorno digital y lo hagan ajustándose a sus preceptos constitucionales, las palabras de la Declaración en relación con la libertad de expresión son claras, no necesitan ningún comentario adicional en ese sentido.

5. Los datos personales y la necesidad de considerar el entorno jurídico colombiano

En Colombia el retiro de contenidos a través de una orden judicial también está fundamentado en la Ley 1273 de 2009, que crea el bien jurídico de la información y los datos personales. Así mismo, se debe resaltar que el artículo 15 de la Constitución Nacional, prohíbe la interceptación de

comunicaciones sin orden judicial, lo que se complementa con el delito informático existente denominado “interceptación de datos informáticos”, señalado en la ley 1273 de 2009.

El proceso judicial y la orden judicial es parte fundamental de las normas colombianas para la protección de datos personales y la información. Así mismo, cualquier retiro de contenidos debe estar conforme con la ley 1266 de 2008 y la nueva norma de protección de datos, que tiene nuevas competencias para las empresas entre ellas los ISP. Una ley que se ocupe de procedimientos para el retiro de contenidos de Internet debe considerar y equilibrar la protección del derecho de autor con estas normas.

6. Conclusiones

En conclusión, el mecanismo de notificación y retiro de contenidos mediante procedimientos judiciales tiene como fin garantizar, por un lado, la protección de los derechos de autor y derechos conexos, y por otro, garantiza el goce efectivo de otros derechos fundamentales, particularmente los de Libertad de expresión y Debido Proceso.

Por otra parte, mantenernos dentro de nuestra tradición legal evita imponer cargas injustificadas a los ISP, garantiza la protección del derecho a la intimidad y evita la discriminación hacia nuevos medios de la sociedad de la información (ya que existiría un tratamiento diferencial e injustificado hacia el Internet en relación con medios tradicionales).

Los procedimientos judiciales en este campo han sido implementados en otros ordenamientos jurídicos de la región, como sucede en Chile. En dicho caso, el capítulo III de la LPI indica que sea cual sea la medida que se solicite frente a una posible infracción de derechos de autor ella debe ser autorizada por un órgano jurisdiccional. Si bien existen ciertos cuestionamientos a esta opción legislativa por parte de la industria, e incluso se menciona como un tema pendiente en el informe 301 de la USTR, que se refiere a su falta de efectividad, la verdad es que la falta de una práctica jurisdiccional no hace posible llegar a dicha conclusión. No obstante, el hecho de que el procedimiento tenga siempre un carácter judicial pretende que se respeten las garantías

constitucionales en juego, particularmente cuando se trata de libertad de expresión, de otros derechos fundamentales y de los propios derechos de autor online.

Finalmente, consideramos que el mecanismo de notificación y retiro judicial es el sistema que se encuentra conforme con el artículo 16.11.29 del TLC EEUU-Colombia y la carta adjunta del 22 de noviembre de 2006 entre USTR y el Ministerio de Comercio. Este mecanismo de notificación y retiro judicial recomendado no se aparta de la tradición jurídica colombiana, siendo ajeno a nuestro ordenamiento un esquema extrajudicial como el que fue originalmente propuesto por el gobierno en el proyecto de ley 241 de 2011.

Otras lecturas sobre el tema:

El libro *Hacia una internet libre de censura : propuestas para América Latina / compilado por Eduardo Andrés Bertoni*. - 1a ed. - Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2012. 352 p. ; 23x16 cm. Concretamente el artículo “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica” de Claudio Ruiz Gallardo y Juan Carlos Lara Gálvez. Se puede consultar en [www.palermo.edu/cele/pdf/internet libre de censura libro.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf)

“La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red, a propósito del caso ‘Cuevana’ en Argentina y ‘Ley Lleras’ en Colombia”, documento producido por el CELE de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo en Argentina, 2012. Puede consultarse en <http://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/la-tension-entre-la-proteccion-de-la-propiedad-intelectual.pdf>