

Comentarios jurídicos al proyecto de ley 001 de 2012

Agosto 22 de 2012

El presente documento fue elaborado por los abogados:

Carolina Botero Cabrera, Oscar Daniel Gómez Padilla, Iván Vargas Chaves, Sergio Augusto Ovalle, Iván Astwood y con el apoyo de Dean Lermen Gonzalez (comunicador social, catedrático de la Javeriana y ex director del INCI) en nombre del Colectivo RedPaTodos
www.redpatodos.co

Honorables Representantes a la Cámara

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor como institución cardinal de nuestro actual régimen autoral, siendo reconocidas por tratados internacionales, se alzan como una de las herramientas más importantes que tutelan un derecho de acceso universal al conocimiento, ello en condiciones de igualdad, garantizando así derechos fundamentales, tales como la educación y el libre acceso a la información traducido en creatividad e innovación.

Y es que las necesidades de acceso amplio a los contenidos por parte de la sociedad y de comunidades concretas, son atendidas cuando se diseñan e implementan excepciones y limitaciones, por eso, cualquier norma que busque garantizar otros derechos fundamentales a través del derecho de autor y los derechos conexos, debe atender sus necesidades involucrándolos en forma activa. Las limitaciones y excepciones son la facultad que tienen los países para balancear el derecho de autor con el acceso y apropiación de las obras sujetas a esta institución jurídica por parte de la sociedad.

El pasado 20 de julio los representantes Augusto Posada Sánchez, Juan Manuel Campo Eljach y Diego Naranjo Escobar presentaron el proyecto de ley 001 de 2012 “por medio de la cual se establecen limitaciones y excepciones al Derecho de Autor”. Así, pues, con el fin de promover el debate y ampliar la mirada de los legisladores, procedemos a presentar a través del presente documento nuestros comentarios en los siguientes términos:

ARTICULO 1 LITERAL A.

“a) La reproducción temporal en forma electrónica a que se refieren los artículos 12 literal a), 166 literal c) y 172 literal a) de la Ley 23 de 1982 que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma. Dicha forma de reproducción deberá entenderse exenta de cualquier finalidad de lucro (...)”

En nuestra consideración, esta disposición busca corregir el error de la Ley 1520 de 2012, la cual no considera como límites o excepciones a las “reproducciones temporales”, generando problemas con las memorias de almacenamiento temporal *caché* y *buffer*, indispensables en el adecuado funcionamiento de Internet, toda vez que son las encargadas de almacenar temporalmente toda la información que luego es procesada, para que el acceder posteriormente a ella, la página pueda cargarse automáticamente desde el caché y no desde el proveedor de servicios de Internet (ISP).

Al respecto, no hay que desconocer que esta carga permite una mayor accesibilidad a la red de redes en



nuestro país, donde la velocidad competitiva solo es una realidad de aquellos usuarios que puedan asumir sus aún elevados costos. Y es que no hay que olvidar que la finalidad del almacenamiento caché, en sus inicios, era la descongestión de la red en páginas con un alto tráfico de visitas, acelerando los tiempos de conexión.

La Ley 1520 de 2012 extendió la definición de los derechos patrimoniales de autor incluyendo “cualquier forma de reproducción de la obra, permanente o temporal, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo su almacenamiento electrónico temporal”. Esta definición genera problemas con Internet, puesto que para el funcionamiento de Internet es indispensable la copia temporal que se materializa en las memorias caché y buffer.

Por este motivo aunque esa definición la compartimos con la normativa de los Estados Unidos (en el TLC, recordemos que esta norma fue fruto de una obligación de dicho tratado) en dicho país jurisprudencialmente se ha interpretado la ley de derecho de autor para limitarlo a situaciones en las que “[la copia] es suficientemente permanente o estable para permitir (...) que sea (...) reproducida (...) por un período mayor a una duración transitoria”, así lo manifestaron en carta dirigida a los legisladores, los profesores de la American University durante la discusión de la hoy Ley 1520 de 2012 (Disponible en línea en: <http://redpatodos.co/blog/wp-content/uploads/2012/04/PIJIP-letter-spanish.pdf>).

La solución que adopta este proyecto no soluciona el problema tecnológico, además obliga a hacer análisis de “licitud” y de “ánimo de lucro”. El manejo de la memoria caché o buffer recae en intermediarios o proveedores de servicios de Internet que no podrán hacer ese análisis no sólo porque es técnica y económicamente imposible, sino además porque si lo hicieran vulnerarían derechos a la intimidad de los usuarios y por supuesto su actividad estaría también en contradicción con el principio de neutralidad y muy seguramente puede considerarse un acto de censura previa.

Lo dispuesto en el actual Proyecto de Ley 001 no considera que las actividades de almacenamiento temporal (caching), además de ser necesarias para la prestación de los servicios de los ISP, constituyen el modelo de negocio de compañías (caching service providers) que se dedican exclusivamente a ésta operación. La *reproducción temporal* que define el literal “a” del proyecto convierte en ilegal las reproducciones legales y necesarias para las compañías que requieran altos niveles de servicio, que contratan estos servicios para su operación, en tanto serían ilegales por ser llevadas a cabo con ánimo de lucro, aunque no tengan como fin la explotación comercial del contenido u obra, sino la operación tecnológica que involucra su puesta a disposición en una red de datos para su ágil funcionamiento.

Pero, además es que ¿cómo podríamos evitar que en Internet hubiera actividades de lucro para no incurrir en esta prohibición?, es decir, la nueva disposición es de tan imposible aplicación como la actual. Hoy todos los que usamos Internet y, principalmente sus proveedores de servicios, están violando la ley pues en cada momento se están haciendo copias temporales que no tienen autorización, pero como cualquier acto en Internet implica copias cache, no es real que esta norma pueda aplicarse. Ahora, si este proyecto prosperara aquellos actos en Internet que no tengan ánimo de lucro y sean lícitos estarán dentro de esta excepción.

Ya vimos cómo imponer en la circulación de Internet una obligación de análisis de licitud previa es un problema, pero si además como tenemos que reconocer, resulta que los proveedores de Internet tienen ánimo de lucro pues en este texto no hemos avanzado nada y, de hecho, lo que estamos es desestimulando el desarrollo, innovación y creatividad de las personas frente a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC, evitando el emprendimiento y poniendo a Colombia en situación de desventaja frente al



resto del mundo que tendrán una Red para desarrollar negocios.

Sugerimos: Crear un artículo en que se indique que “el almacenamiento al que se refiere la ley 1520 de 2012 no incluye actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y una parte integral y esencial de un proceso tecnológico”. Se debe anotar que este texto es la propuesta que se ha hecho a nivel internacional por la Asociación para la Industria de las Comunicaciones y las Computadoras (Computers and Communications Industry Association – CCIA) en las discusiones del Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (Trans-Pacific Partnership Agreement), este texto que legaliza la situación actual y lo hace de tal forma que permite la flexibilidad necesaria en el desarrollo de Internet, sin que se pueda decir que se genera un injustificado perjuicio a los titulares.

ARTICULO 1 LITERAL B.

“b) La reproducción, comunicación pública, distribución, traducción, adaptación o transformación de las obras literarias o artísticas, o prestaciones protegidas por los derechos conexos, sin fines de lucro, en lenguaje de señas, en braille o en los modos, medios y formatos destinados para las personas con discapacidad visual y con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas. Dichos actos se realizarán únicamente por las entidades o personas autorizadas por el Gobierno Nacional. Los actos permitidos por este literal se limitan exclusivamente a los fines directamente considerados con la discapacidad, y sólo podrán realizarse en la medida en que lo exija la discapacidad considerada”;

El enfoque de esta excepción debe ser el de garantizar el derecho fundamental a la información, reconocido expresamente en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y que forma parte de Convenciones Internacionales suscritas por nuestro país, relativas a los Derechos Humanos, a los Derechos de los Niños, etc., incorporadas a nuestra legislación interna y que forman parte del bloque de constitucionalidad. Esta excepción es necesaria para garantizar que las personas ciegas y con baja visión, ejerzan su derecho fundamental a la información de manera *autónoma e independiente*, por sí mismas y como todas las demás personas.

Esta obligación fue adquirida por el Estado Colombiano al suscribir la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y ratificarla mediante la ley 1346 de 2009, que la Corte Constitucional declaró exequible en la sentencia C-293-10. Esta Convención reconoce la importancia que para las personas con discapacidad tienen su autonomía e independencia y la libertad de decidir por sí mismas, y por eso consagró como el primero de sus Principios el del respeto a la dignidad, la autonomía y la libertad de las personas (Art. 1º, literal a), por lo cual el Estado colombiano y por consiguiente todas sus autoridades, están obligados a que las medidas que tomen propendan a lograr esas condiciones.

Considerando el contexto, la discusión en materia de discapacitados es muy compleja a nivel internacional y exige que se involucre a la comunidad de discapacitados colombianos, que se les escuche y concilien sus intereses. Es especialmente preocupante la frase “Dichos actos se realizarán únicamente por las entidades o personas autorizadas por el Gobierno Nacional” que supone la adopción del modelo “tercero de confianza” que es propuesto internacionalmente por los editores.

Este modelo es fuertemente criticado por la comunidad de ciegos. Consideran que es un trato discriminatorio que supone su mala fe, supone que no respetan las normas y por tanto requieren de un tercero que los controle, lo que viola el principio de presunción de buena fe. Pero, adicionalmente, si sólo un ente autorizado



por el gobierno para producir material accesible les impone un intermediario que hace más costoso e ineficiente lo que es un proceso de inclusión social que tiene comunidades y que debería estar diseñado para facilitar el acceso a la cultura y el conocimiento, con mecanismos económicos de escala que permitan asumir los costos de una política pública y no un simple mecanismo de filtrado que concentre los recursos

El proyecto de ley, al establecer la figura de "entidades o personas autorizadas por el Gobierno Nacional" está creando una obligación nueva que va a impactar las finanzas públicas, puesto que actualmente no existiendo dicha figura tampoco hay rubro presupuestal con cargo al cual puedan atenderse los propósitos de la norma. Por eso, la presentación y el trámite del proyecto están sujetos a la ley 819 de 2003 (Cfr. art. 7) y Ley 819 de 2008, que además establecen responsabilidad disciplinaria para quien la incumpla.

Pero, como si esto fuera poco supone que un sistema centralizado y de escasos recursos es lo que los discapacitados necesitan porque todos leen lo mismo y necesitan acceder a los mismos recursos... esto viola principios como la libertad para desarrollar la personalidad y la libre expresión.

Finalmente, una de las principales reivindicaciones de las personas con discapacidad es la de autorizarlas a importar material accesible que sea producido legalmente en otros países, situación que es ignorada en este texto y que debería ser incluida.

Sugerimos eliminar este artículo de modo que se discuta el tema dentro del marco del proyecto que viene preparando el senador Galán cerrando un proceso de años de discusión y elaboración de documentos en este sentido.

ARTICULO 1 LITERAL C.

“c) El préstamo, por una biblioteca de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas o señales fijadas, siempre que figuren en las colecciones permanentes de la biblioteca lícitamente adquiridas y tengan como propósito fines de investigación o actividades estrictamente académicas;”

Esta excepción es una necesidad para que no sigamos considerando a las bibliotecas elementos piratas de nuestra sociedad, pero que se califique el propósito de su función no es admisible. Es imposible para una biblioteca controlar el propósito que se persigue con el préstamo de una obra. Pero además, este artículo ignora la importancia de las bibliotecas en el cultivo de la cultura y el entretenimiento, desconociendo su importancia social. Se debe estudiar el papel de los archivos y la necesidad de hacerles extensiva una excepción de este tipo con el fin de ampliar el acceso a la cultura en nuestro país. Debemos comprender a la tecnología como un aliado en el acceso a la cultura por parte de nuestros ciudadanos y de esta manera podamos intervenir positivamente nuestra realidad social.

Las normas no deben regular el ánimo de los individuos sino regular las conductas que en ausencia de leyes pueden resultar conflictivas o caótica, considerando ésto, el control sobre el fin que persiga el usuario no solo escapan a la ley, sino que deben ser reguladas por el Estado mediante otros mecanismos.

Sugerimos: Eliminar el apartado “y tengan como propósito fines de investigación o actividades estrictamente académicas” e incluir la figura de los archivos.



ARTICULO 1 LITERAL D.

“d) La transformación de obras artísticas o literarias divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y no implique riesgo de confusión con la obra originaria, no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra originaria. A los fines del presente literal debe entenderse por parodia la imitación jocosa que implica una burla o chanza;”

Esta excepción es también una necesidad de nuestro ordenamiento jurídico que sólo reconoce la parodia cuando es “autorizada por el titular” (art. 15 de la Ley 23 de 1982) lo que va en contravía del derecho a la libertad de expresión y no se aplica en la realidad. Efectivamente, la parodia y la caricatura son expresiones puras y necesarias del derecho a la libertad de expresión y surgen desde el origen de las leyes de derecho de autor que tiene como límites la ausencia de confusión (que implica que aunque la cercanía de las obras sea evidente, también lo sea su diferencia) y la intención humorística. Así por ejemplo la ley chilena simplemente se refiere a “la parodia o sátira, siempre que se diferencie de la obra original”.

Se debe comprender la libertad de expresión como un derecho fundamental que ha sido potenciado por las nuevas tecnologías, y que ante la velocidad con la cual se puede intervenir contenido sujeto al derecho de autor hoy día en internet, remezclarlo o satirizarlo hace la salvedad de la autorización del titular cuando estamos además en ejercicio de la libre expresión es como mínimo poco realista. La libertad del discurso y la expresión comprendida en la doctrina anglosajona del uso justo es el lubricante fundamental en el balance del derecho de autor y la libertad de expresión.

La intención de la parodia implica una modificación sustancial de la obra original, la exigencia de llevar a cabo un análisis previo sobre la conservación de la integridad de la obra, y la posible causa de un perjuicio injustificado al autor, no es coherente con la idea e intención de la expresión creativa de la parodia, en cualquier caso la observación de tales restricciones se tratarían de un juicio de valor sobre la expresión artística, actuando en una violación al derecho fundamental de expresión.

La Corte Constitucional, reafirmando lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dicho que “la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.” (Sentencia C-442/11. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Según esto, al momento de examinar restricciones a la libertad de expresión, se debe hacer un examen estricto, que determine que la norma que las establece “(a) persigue una necesidad social imperiosa; (b) es razonable u oportuna para lograr dicha necesidad social; (c) entre todas las medidas disponibles para lograr el objetivo propuesto, es la más benigna para el derecho a la libertad de expresión; y (d) está justificada por la importancia del fin perseguido por la medida restrictiva”.

Sugerimos: eliminar el siguiente apartado “no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco se causen perjuicios a los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra originaria. A los fines del presente literal debe entenderse por parodia la imitación jocosa que implica una burla o chanza;”. ❌

ARTICULO 1 LITERAL E.

“e) Realizar la ejecución pública de obras en el curso de las actividades de una institución de

enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre la entrada ni tenga ningún fin lucrativo directo o indirecto y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución, padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con actividades de la institución.”

No se entiende la adición de este artículo. Si revisamos la motivación se dice: “Y por último, con el presente proyecto, no se pueden desconocer las instituciones de enseñanza, por eso se autoriza la ejecución pública a nivel educativo siempre y cuando no tenga fines lucrativos, o no se cobre para dicha actividad, punto fundamental para el conocimiento que se debe transmitir a los alumnos a nivel primario, secundario o universitario.”, pero, esta excepción existe en la ley colombiana desde 1993 (Decisión 351/1993 de la Comunidad Andina de Naciones, art. 22), con unas diferencias mínimas, pues el principio de la ley existente se refiere a “Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza”, es decir se quitó “la representación” y se agregó “pública” a ejecución.

No parece tener sentido el cambio, no se justifica, no hay explicación al mismo, y en cambio si desvía la atención de la sociedad ignorando las excepciones y limitaciones realmente necesarias en el ámbito educativo, especialmente en materia de educación virtual, que permanecen desatendidas y que deberían ser consensuadas con el sector.

Sugerimos: Eliminar este artículo,