



Comentarios jurídicos al Proyecto de ley “Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos”

El presente documento fue elaborado por los abogados:  
Carolina Botero Cabrera, Oscar Daniel Gómez Padilla, Camilo Puello, Juan Diego Castañeda, Luisa Fernanda Guzmán, Elisa Maria Ardila, Manuel J. Gómez Restrepo, Carolina Mejía Osorno y Cristina Narváez en nombre del Colectivo RedPaTodos

<https://redpatodos.co>

Septiembre 22 de 2016

Señores

Dirección Nacional de Derecho de Autor  
Calle 28 No 13A -15, piso 17

Oficina de Asuntos Legales Internacionales del Ministerio de Comercio Industria y Turismo  
Calle 28 No 13A -15, piso 1, Oficina de correspondencia del Ministerio de Comercio Industria y Turismo

Respetados señores

‘RedPaTodos’ es un colectivo de organizaciones e individuos de la sociedad civil que promueve un uso incluyente de Internet, aboga por un equilibrio entre los derechos de autor y los demás derechos y libertades civiles.



Desde 2011 el gobierno nacional en cabeza del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Dirección Nacional de Derechos de Autor, adscrita al Ministerio de Interior, ha presentado varios proyectos de modificación de la Ley 23 de 1982 para cumplir las obligaciones adquiridas en el capítulo de derechos de propiedad intelectual del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Estos proyectos de ley son conocidos popularmente como la saga de la Ley Lleras. Lleras, por el segundo apellido de Germán Vargas Lleras, quien fue el ministro que presentó los primeros dos proyectos y actualmente es el vicepresidente de la república.

El 8 de agosto del presente año, el Ministerio de Industria y Turismo y la Dirección Nacional de Derechos de Autor, presentaron al público un nuevo proyecto de ley a comentarios. Dicho documento se encuentra disponible para descarga en la página del ministerio <http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=37102> en conjunto con las respuestas a las inquietudes presentadas en el proceso de socialización de la versión de este proyecto de ley en 2013.

Este documento recoge los comentarios jurídicos, junto con nuestras propuestas, observaciones y sugerencias de modificación que han sido construidas de forma colaborativa y voluntaria a través del colectivo RedPaTodos.

Además de este esfuerzo de parte de RedPaTodos para presentar comentarios jurídicos, también se ha convocado a través de la red a diferentes actores sociales (artistas, académicos, abogados, activistas, comunidades de interés, bibliotecarios, educadores, personas en situación de discapacidad) para informar, visibilizar y debatir nuestra posición sobre el proyecto de ley. Las discusiones han quedado registrados en nuestra plataforma de discusión disponible desde <https://d.redpatodos.co/chanel/leylleras5>, en el marco de este proceso se han realizado también videos, disponibles en nuestro canal de youtube, columnas de opinión, entradas en el blog tanto en la plataforma de RedPaTodos como de la Fundación Karisma.

Es nuestro interés participar activamente en el trámite de la ley y visibilizar nuestros intereses y preocupaciones con quienes han presentado los proyectos anteriores y quienes tienen en sus manos la posibilidad de considerar nuestros comentarios. Esperamos que además de recibir y dar trámite a nuestro documento para identificar los ajustes necesarios a este proyecto de ley, se establezcan mecanismos de socialización y de discusión del proyecto involucrando otros actores, siguiendo un modelo de múltiples partes interesadas e incorporando las buenas prácticas de participación ciudadana sugeridas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para este tipo de iniciativas. Especialmente esperamos que se haga una publicación de todos los comentarios que se reciban en esta ocasión y también de las respuestas detalladas a los mismos por parte del Ministerio y la DNDA como parte de un compromiso con la transparencia del proceso como se estipula en la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.

El contenido del Proyecto de Ley es una reforma al derecho de autor, toca plazo de protección, excepciones, definiciones, derechos conexos, reforma los delitos, habla de Medidas

Tecnológicas de Protección, etc. Sin embargo, consideramos que sigue siendo parte de la Saga de la Ley Lleras ya que su marco general es la reforma al derecho de autor para responder a obligaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos y deja de lado en su implementación las necesidades locales. Insistimos, como lo hemos hecho en anteriores oportunidades, que cuando se implementa un Tratado existe un margen para hacerlo y por tanto creemos que es pertinente no solo ajustar la norma nacional para cumplir el tratado sino aprovechar la oportunidad para actualizar nuestra ley y suplir las necesidades locales de garantías no solo de protección de los derechos de autores sino también para el ejercicio de otros derechos y la defensa del interés público, que son parte integral del espíritu de cualquier ley de derecho de autor.

A continuación presentamos nuestros comentarios y sugerencias puntuales al articulado propuesto y las propuestas de adición al proyecto, además anexamos las justificaciones extensas del caso.

# Índice de Contenido

## [Índice de Contenido](#)

### [Artículo 1](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 2 al 9](#)

[Texto Original](#)

[Comentario artículos 2 al 9](#)

[A. Equivalencia de los derechos de autor y los derechos conexos](#)

[B. Los derechos de la sociedad, de los usuarios y los consumidores también deben convivir con los de los titulares](#)

[C. Incremento del plazo de protección](#)

[D. Usar las expresiones correctas.](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 10 y 11](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 12](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

### [Artículo 13](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 14](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[A. Sobre las excepciones incluidas en el anteproyecto](#)

[B. El análisis que el gobierno debió hacer y las flexibilidades que debió incluir.](#)

[C. Finalmente, mención expresa merece el caso de las personas en situación de discapacidad.](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 15](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

### [Artículo 16](#)

[Texto Original](#)

[Comentarios](#)

### [Artículo 17](#)

[Texto Original](#)

[Comentarios](#)

#### [Artículo 18](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

#### [Artículo 19](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

#### [Artículo 20](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

#### [Artículo 21](#)

[Texto Original](#)

[Comentario](#)

[Recomendación](#)

#### [Otros temas](#)

##### [Anexo A. Cláusula Abierta](#)

- [1. El sistema jurídico colombiano y la discrecionalidad judicial](#)
- [2. Las excepciones a los derechos de autor y la regla de los tres pasos](#)
- [3. Fair dealing: el modelo canadiense](#)
- [4. Una propuesta de cláusula abierta para Colombia](#)

[Referencias](#)

##### [Anexo B. Creación y revisión de excepciones a las MTP](#)

[Referencias](#)

##### [Anexo C. Indemnizaciones Preestablecidas](#)

[Referencias](#)

##### [Anexo D. Garantías dentro del sistema de derecho de autor para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad](#)

- [La Ley 1680 no abarca a los beneficiarios cubiertos por el Tratado de Marrakech](#)
- [2. La Ley 1680 no brinda suficiente seguridad jurídica para que bibliotecas y otras entidades realicen los actos permitidos por la excepción](#)
- [3. La Ley 1680 de 2013 no provee un sistema de intercambio transfronterizo de ejemplares ni su importación](#)
- [4. La Ley 1680 no incluye una definición de formato accesible](#)

[Referencias](#)

# Artículo 1

## Texto Original

**ARTÍCULO 1°. El artículo 8° la Ley 23 de 1982 quedará así:**

**Artículo 8. Para los efectos de la presente ley se entiende por:**

Autor. Persona física que realiza la creación intelectual.

Artista intérprete o ejecutante. Es el actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones de folclore.

Comunicación al público de una interpretación o ejecución o de un fonograma. Para los efectos de los artículos 166 y 173 de la presente ley, es la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. Para los efectos de los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, la comunicación al público incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.

Copia o ejemplar. Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Derechohabiente. Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente ley.

Distribución al público. Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Divulgación. Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

Emisión. Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

Fijación. Incorporación de signos, sonidos o imágenes, o de la representación de estos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

Fonograma. Toda fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

Grabación efímera, Fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.

Información sobre la gestión de derechos. Información que identifica la obra, interpretación o ejecución o fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante de la interpretación o ejecución, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma; o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas; o

cualquier número o código que represente dicha información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de la obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición al público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Medida tecnológica efectiva. Cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.

Obra. Toda creación intelectual original de naturaleza artística o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Obra anónima. Aquella en que no se menciona el nombre del autor; por voluntad del mismo, o por ser ignorado.

Obra audiovisual. Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

Obra colectiva. La que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre.

Obra derivada. Aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma.

Obra en colaboración. La que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados.

Obra individual. La que sea producida por una sola persona natural.

Obra inédita. Aquella que no haya sido dada a conocer al público.

Obra originaria. Aquella que es primitivamente creada.

Obra póstuma. Aquella que haya sido dada a la publicidad sólo después de la muerte de su autor.

Obra seudónima. Aquella en que el autor se oculta bajo un seudónimo que no lo identifica.

Organismo de radiodifusión. Empresa de radio o televisión que transmite programas al público.

Productor. Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.

Productor de fonogramas. Es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución u otros sonidos o las representaciones de sonidos.

Publicación. Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

Publicación de una interpretación o ejecución o de un fonograma. Es la oferta al público de copias de la interpretación o ejecución o del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad razonable.

Radiodifusión. Transmisión al público por medios inalámbricos o por satélite de los sonidos o sonidos e imágenes, o representaciones de los mismos; incluyendo la transmisión inalámbrica de señales codificadas, donde el medio de decodificación es suministrado al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; radiodifusión no incluye las transmisiones por las redes de computación o cualquier transmisión en donde tanto el lugar como el momento de recepción pueden ser seleccionados individualmente por miembros del público.

Retransmisión. Emisión simultánea de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

Titularidad. Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente ley.

## Comentario

El artículo 1 del anteproyecto de ley resulta de mezclar las definiciones de la Ley 23 de 1982, las de la Decisión 351 de 1993 y las que aparecen en el TLC suscrito por Colombia y EEUU. En ese proceso desaparecen varias definiciones del actual marco legal colombiano (aunque si consideramos que la Decisión 351 es una norma supranacional de aplicación directa y preferente debemos afirmar que no es posible modificarla con una ley nacional), se modifican otras para ajustarlas al texto del TLC y se integran unas nuevas. Encontramos positivo que se haya retirado la definición de lucro que se encontraba en la versión de 2013.

Del análisis surgen varias preguntas:

- ¿Cómo planea el gobierno conciliar las modificaciones que hace de definiciones que se encuentran actualmente en la Decisión 351 de 1993 y que es una norma supranacional? sobre todo aquellas que son exigencia del TLC entre Colombia y EEUU.
- ¿Cuál fue el criterio para la selección de las definiciones que integran esa lista? ¿Por qué se dejaron de lado algunas definiciones?, ¿Cuál es el efecto o la justificación para sacar de la lista la definición de programa de ordenador? y ¿Particularmente por qué no se incluyeron usos honrados y uso personal?, nos interesa en especial entender el retiro de dos definiciones de la Decisión 351 de 1993 que benefician a las audiencias, al público, a usuarios y usuarias.
- ¿Cuál es el criterio para sustituir o agregar por el lenguaje TLC la mayoría de definiciones que este documento requiere y, sin embargo no hacerlo con “fijación” y modificar la de medidas tecnológicas efectivas incluyendo uso?

## Recomendación

Es importante considerar el efecto de modificar la Decisión 351 como norma supranacional o al menos se deberá explicar cuál es el alcance que esta nueva recopilación va a tener especialmente cuando la definición del TLC no coincide con la de la Decisión 351.



Si se insiste en la aproximación de una lista que recopile definiciones, recomendamos:

- Incluir las definiciones de programa de ordenador, usos honrados y uso personal
- Si vamos a ampliar la definición de medidas tecnológicas efectivas (respecto de la que está en el TLC) agreguemos una disposición final y en consecuencia la definición quedaría así:

Medida tecnológica efectiva. Cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados y que no puede, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”

Esta fue la definición adoptada en Chile. En todo caso sobre este punto acogemos los comentarios que la profesora Marcela Palacio de la Universidad Sergio Arboleda presente sobre este tema en concreto.

## Artículo 2 al 9

### Texto Original

ARTÍCULO 2. Adiciónese al artículo 10 de la Ley 23 de 1982 el siguiente inciso:

En todo proceso relativo al derecho de autor y los derechos conexos, y ante cualquier jurisdicción se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, que la persona natural o jurídica cuyo nombre es indicado de la manera usual, es el titular de los derechos de la obra, interpretación o ejecución o fonograma. También se presume que, en ausencia de prueba en contrario, el derecho de autor o derecho conexo subsiste en relación con la obra, interpretación o ejecución o fonograma.

ARTÍCULO 3. El artículo 11 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

Artículo 11. De acuerdo con el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, será protegida la propiedad literaria y artística como propiedad transferible.

Esta ley protege las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones de organismos de radiodifusión de los colombianos y extranjeros domiciliados en Colombia o publicadas por primera vez en el país.

Los extranjeros no domiciliados en Colombia gozarán de la protección de esta ley de conformidad con los tratados internacionales a los cuales Colombia está adherida o cuando las leyes nacionales del otro país impliquen reciprocidad efectiva en la protección de los derechos consagrados a los autores, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión colombianos en dichos países.

Parágrafo. Cuando la protección de un fonograma o una interpretación o ejecución fijada en un fonograma se otorgue en virtud del criterio de primera publicación o fijación, se considerará que dicha interpretación, ejecución o fonograma es publicada por primera vez en Colombia, cuando la publicación se

realice dentro de los 30 días siguientes a la publicación inicial en otro país.

ARTÍCULO 4°. El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

Artículo 12. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir:

a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica,

b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija,

c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.

d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho,

e) El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.

f) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

ARTÍCULO 5. El artículo 27 de la Ley 23 de 1982, quedará así:

Artículo 27. En todos los casos en que una obra literaria o artística tenga por titular una persona jurídica, el plazo de protección será de 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.

Si dentro de los 50 años siguientes a la creación de la obra no ha existido publicación autorizada, el plazo de protección será de 70 años a partir del final de año calendario de la creación de la obra.

ARTÍCULO 6. El artículo 165 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

Artículo 165. La protección ofrecida por las normas de este capítulo no afectará en modo alguno la protección del derecho del autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas consagradas por la presente ley. En consecuencia ninguna de las disposiciones contenidas en él podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.

A fin de no establecer ninguna jerarquía entre el derecho de autor, por una parte, y los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por otra parte, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto del autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de la autorización del autor no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

Así mismo, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto de autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o del productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de la autorización del artista intérprete o ejecutante o productor de fonogramas no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del autor.

ARTÍCULO 7. El artículo 166 de la Ley 23 de 1982, quedará así:

Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones el derecho exclusivo de autorizar o prohibir. -

- a) La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida;
- b) La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas;
- c) La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- d) La distribución pública del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
- e) El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización;
- f) La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

ARTÍCULO 8. El artículo 172 de la Ley 23 de 1982, quedará así:

Artículo 172. El productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir.

- a) La reproducción del fonograma por cualquier manera o forma, temporal o permanente, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- b) La distribución pública del original y copias de sus fonogramas, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad,
- c) El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización;
- d) La puesta a disposición al público de sus fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

ARTÍCULO 9. El artículo 2° de la Ley 44 de 1993 que modifica el artículo 29o de la Ley 23 de 1982, quedará así:

Artículo 2o. Los derechos consagrados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

- a) Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y 80 años más a partir de su muerte.
- b) Cuando el titular sea persona jurídica, el plazo de protección será de:
  - i) 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la interpretación, ejecución o del fonograma. A falta de tal publicación autorizada dentro de los 50 años contados a partir

de la realización de la interpretación, ejecución, o del fonograma, el plazo será de 70 años a partir del final del año calendario en que se realizó la interpretación o ejecución o el fonograma;

ii) 70 años contados a partir del el final del año calendario en que se haya realizado la primera emisión de su radiodifusión.

## Comentario artículos 2 al 9

Sin ánimo de presentar comentarios exhaustivos a todas las disposiciones de estos artículos es necesario reconocer que la finalidad de estas normas (siguiendo el propósito del TLC entre Colombia y EEUU) es equiparar los derechos de autor con los conexos, es decir, evitar que uno tenga prevalencia sobre el otro por un lado, y aumentar el plazo de protección de los derechos de autor, por el otro. Nuestros comentarios se enfocan en esos dos aspectos.

### A. Equivalencia de los derechos de autor y los derechos conexos

Esta equivalencia es del interés de la industria de Estados Unidos y tiene como efecto que hace más complicadas las autorizaciones cuando se tienen muchos derechos asociados a una misma obra y eso dificulta desarrollar proyectos en línea. Piénsese por ejemplo en plataformas como Pandora: para poder alimentarla cada contenido deberá estar autorizado por muchos titulares. Para que este proceso no se constituya en barrera para el desarrollo del comercio en línea y la innovación ese país desarrolló mecanismos de licencias de remuneración obligatorias.

Es importante tener en cuenta que los Artículos 11bis y 13 del Convenio de Berna, cuando se refieren al derecho exclusivo que tienen los autores de autorizar la comunicación pública de sus obras, transfieren al país firmante la obligación de establecer las normas necesarias para la determinación de las condiciones del ejercicio de este derecho.

Dentro del proyecto de ley se observa que únicamente se hace mención de la exigencia de autorización de los derechos que le correspondan a los autores, a los artistas, intérpretes o ejecutantes o productores titulares de los derechos del fonograma, pero en ninguna parte hacen alusión a la manera en la que se debe regular el derecho de Comunicación Pública que ostentan estos titulares.

Desarrollar esa regulación es necesario, especialmente en el entorno digital, para evitar la carga excesiva para quienes quieran desarrollar negocios en línea, sobre todo respecto de plataformas digitales, pues de otra forma no lo harán ante la descomunal exigencia.

Ahora bien, cuando se desarrollen esos mecanismos se solucionan aspectos de comercio pues se facilita a los nuevos emprendedores los esquemas de autorización con una licencia que les permite simplemente pagar y el titular no podrá oponerse a concederla, pero al mismo tiempo, el efecto de estos desarrollos es importante y desmedido para quienes usan los mismos contenidos pero con base en usos honrados, en usos legales y permitidos como los que se derivan de las excepciones y limitaciones. De repente no hay uso sin pago y esto afecta en forma importante el acceso a derechos como educación, información, cultura y libertad de expresión, por ejemplo. Es decir, la norma debe garantizar la remuneración de los autores a la vez que mantiene en la legalidad la posibilidad de compartir contenidos cuando no haya interés de explotación comercial.

## B. Los derechos de la sociedad, de los usuarios y los consumidores también deben convivir con los de los titulares

Al resaltar la importancia por no crear jerarquía entre los derechos de los autores y los de los artistas, debe decirse que no se debe afectar ninguna de las protecciones por la existencia de la otra y que ambas deben convivir. En el mismo sentido, se debe agregar un párrafo en el que se reconozca el derecho de los usuarios, del público, de la audiencia quienes deben poder usar las obras de acuerdo con las excepciones y limitaciones y de los usos justos reconocidos en la ley nacional y en los tratados internacionales. Se debe resaltar que estos derechos no pueden ser menoscabados por los derechos de los autores, los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas.

## C. Incremento del plazo de protección

Reconocemos que en la implementación del nuevo plazo para obras de personas jurídicas hay una ventaja: establecer plazos para obras publicadas e inéditas lo que disminuye la incertidumbre que actualmente puede estar generando nuevas obras huérfanas. Sin embargo, el propósito esencial del artículo 5 es extender por 20 años más el monopolio de la explotación de los derechos patrimoniales por parte de los titulares que son personas jurídicas. La constante extensión del plazo de protección privilegia exclusivamente los intereses particulares sobre obras altamente comerciales pero, además, olvida que la reversión de los derechos exclusivos a la sociedad es algo justificado por sí mismo. De hecho, estas extensiones no están soportadas en análisis económicos y tan solo se basaría, en el caso colombiano, en una obligación del TLC.

El sistema de protección de derechos de autor norteamericano ha estado en revisión preliminar por varios años en el Committee on the Judiciary del Congreso. Figuras como María Pallante, actual registradora de Derecho de Autor -- que podría ser el equivalente al director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor--, han dicho que es necesario revisar los plazos de protección porque son muy extensos (Pallante, M. (2013). *The Next Great Copyright Act*. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 36 (3), p.336-337). Desde el punto de vista de la agenda comercial del país --que es la que en últimas anima este proyecto de ley-- parece contradictorio ir en una dirección opuesta a la de nuestro socio comercial.

En Colombia esta modificación supondrá el cambio de 50 a 70 años para la protección de los derechos patrimoniales de autor para obras cuyos titulares son personas jurídicas; es decir, la inmensa mayoría de las grandes editoriales o discográficas, pero también la producción del Estado que es pagada con los recursos públicos.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, si bien se reconoce que el derecho de autor es importante, se está posicionando por encima de otros derechos de igual rango y, en algunos casos, superior, como son el derecho a la igualdad, las libertades informativas y el acceso a la cultura al afectar el dominio público.

Implementar esta obligación puede hacerse pero mitigando los efectos nocivos de la ampliación del plazo de protección. Una vez más, como lo hicimos en 2013, sugerimos que el plazo no

tenga efectos retroactivos. El incremento del plazo de protección no debe ser retroactivo ni aumentar el actual desbalance del derecho de autor, la nueva ley no debe modificar las normas que aplican actualmente a las obras que ya existen, ni debe tratar a los autores extranjeros mejor de lo que los autores nacionales son tratados en el extranjero. La forma como se propone la implementación de esta obligación debe ser revisada para lograr un mejor balance.

Ahora bien, con el fin de abogar por el derecho Colectivo de la libertad de Acceso a la Información y Acceso a la Cultura, en conexidad con derechos fundamentales como el de Libertad de Expresión, consideramos conveniente que para que esta regulación no impacte negativamente a la sociedad titular de estos derechos, que se establezca un régimen de transición en el que no se le aplique los nuevos términos de protección a aquellas obras que ya fueron creadas y que aún no entrar al dominio público, de esta manera se evita traumatismos mayores. Así, se legislaría en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia que en su artículo 58 dispone: “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

Según la Corte Constitucional, en la sentencia C- 619 de 2001, “En materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límites el respeto de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad y de legalidad penal. Por fuera de ellos, opera la libertad de configuración legislativa”. La misma sentencia manifiesta que “por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente”. En este caso, los titulares de las obras protegidas próximas a pasar a dominio Público, únicamente cuentan con el derecho reconocido por la normatividad vigente, no con el nuevo término que se pretende establecer con esta normatividad, y al efectuar el proceso de transición se daría prevalencia a los derechos fundamentales y colectivos que hemos mencionado en este punto.

Además, la misma Corte manifiesta: “En relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, **el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato** y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultraactiva de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites ninguna disposición superior se lo impide. El legislador puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultraactiva, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables.”

#### D. Usar las expresiones correctas.

En el artículo 3 se dice que el primer párrafo del artículo 11 quedará: “De acuerdo con el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, será protegida la propiedad literaria y artística como propiedad transferible”. Sin embargo, el mencionado artículo de la Constitución se refiere a la propiedad intelectual en general y no solo a la propiedad “literaria y artística” expresión que, además, sólo es utilizada por la ley 23 de 1982 para hacer una categorización de las obras protegidas. Teniendo en cuenta que la ley 23 se ocupa de regular lo relacionado con los derechos de autor, consideramos apropiado que se mantenga el uso de esta expresión. Es necesario ser coherentes con este marco legal y por tanto no hablar de Propiedad literaria y artística, se debe hablar de propiedad intelectual que incluye el derecho de autor.

#### Recomendación

- a. La implementación de la equivalencia entre derechos conexos y derechos de autor sin desarrollar mecanismos que permitan que las autorizaciones no se conviertan en barreras para desarrollar negocios en Internet tendrá el efecto de evitar que en Colombia se desarrolle una economía digital vibrante y moderna, por tanto debemos analizar la forma cómo esta obligación se ha implementado en otros países y ver cómo se puede hacer para Colombia. Pero, además se debe considerar que si se desarrollan estos mecanismos, resulta necesario fortalecer paralelamente los sistemas de flexibilidades para los usos honrados de las personas o de lo contrario estos desaparecerán en un mecanismo que solo permite uso por pago. Esta es una razón más para lograr flexibilidades efectivas más allá de excepciones y limitaciones en listas cerradas y cláusulas cerradas.
- b. Agregar al artículo 6 un tercer párrafo en el que se indique: " Tampoco debe haber jerarquía entre el derecho del autor, el de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas. por una parte, y los derechos de los usuarios y consumidores de las obras que tienen derecho a la educación, a la libertad de expresión y a acceder a la cultura y la ciencia. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en la ley de derecho de autor podrá interpretarse en menoscabo a sus derechos, no podrán desconocerse las excepciones y limitaciones y se deberán respetar los usos honrados de obras protegidas".
- c. El artículo 5 debe modificar el 27 de la Ley 23 de 1982 de la siguiente manera: Artículo 27. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley en todos los casos en que una obra literaria, científica o artística tenga por titular una persona jurídica, el plazo de protección será de 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.
- d. El primer párrafo del artículo 3 deberá modificarse así: Artículo 11. De acuerdo con el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, será protegida la propiedad intelectual y, por tanto, los derechos de autor como propiedad transferible.

Aunque reconocemos que este tema es clave en la correcta implementación del TLC para evitar efectos indeseados al incrementar el desbalance de derechos asociados a una reforma al derecho de autor, desafortunadamente este tema no lo hemos podido analizar a profundidad y

por tanto, nuestras recomendaciones son sobre todo un llamado de atención al gobierno sobre la ligereza con que la que se está abordando y la necesidad de profundizar en la forma como debe hacer la implementación que supone mucho más que simplemente hacer la equivalencia de derechos y ampliar plazos. Esperamos que la recomendación se tome en serio y dispongan del tiempo para hacer al menos un análisis comparado de formas como se han implementado estas obligaciones tanto en el marco legal de nuestro socio comercial como en otras jurisdicciones con obligaciones TLC similares.

## Artículo 10 y 11

### Texto Original

ARTÍCULO 10. Medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos. Independientemente de que concurra una infracción al derecho de autor o a los derechos conexos, incurrirá en responsabilidad civil quien realice cualquiera de las siguientes conductas:

a) Sin autorización eluda las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados,

b) Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva:

i) Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir dicha medida, o

ii) Tengan un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir dicha medida.

iii) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.

c) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos.

d) Distribuya o importe para su distribución, información sobre gestión de derechos sabiendo que dicha información ha sido suprimida o alterada sin autorización.

e) Distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. -

Parágrafo: Medidas cautelares. En los procesos civiles que se adelanten como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, o por la realización de las actividades descritas en el artículo 10 de la presente ley, son aplicables las medidas cautelares propias de los procesos declarativos establecidas por el Código General del Proceso

ARTÍCULO 11. Excepciones a la responsabilidad por la elusión de las medidas tecnológicas.



Las siguientes son excepciones a la responsabilidad consagrada en los literales a) y b) del artículo anterior y será aplicada en consonancia con los párrafos de este artículo.

a) Actividades de buena fe no infractoras de ingeniería inversa realizadas a la copia de un programa de computación obtenida legalmente, siempre que los elementos particulares de dicho programa no hubiesen estado a disposición inmediata de la persona involucrada en dichas actividades, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas.

b) Actividades de buena fe no infractoras, realizadas por un investigador apropiadamente calificado que haya obtenido legalmente una copia, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, y que haya hecho un esfuerzo de buena fe por obtener autorización para realizar dichas actividades, en la medida necesaria, y con el único propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de las tecnologías para codificar y decodificar la información,

c) La inclusión de un componente o parte con el único fin de prevenir el acceso de menores al contenido inapropiado en línea en una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por sí mismo sea diferente de los mencionados en el literal b) del artículo 10.

d) Actividades de buena fe no infractoras autorizadas por el dueño de una computadora, sistema de cómputo o red de cómputo con el único fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de cómputo.

e) El acceso por parte de bibliotecas, archivos o instituciones educativas, sin fines de lucro, a una obra, interpretación o ejecución o fonograma a la cual no tendrían acceso de otro modo, con el único fin de tomar decisiones sobre adquisiciones.

f) Actividades no infractoras con el único fin de identificar y deshabilitar la capacidad de realizar de manera no divulgada la recolección o difusión de datos de identificación personal que reflejen las actividades en línea de una persona natural, de manera que no tenga otro efecto en la capacidad de cualquier persona de obtener acceso a cualquier obra.

g) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, amparados por una limitación o excepción en una clase particular de obras interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones, teniendo en cuenta la existencia de evidencia sustancial de un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores.

El Gobierno Nacional a través de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica, en intervalos de no más de tres años, para determinar la necesidad y conveniencia de emitir un concepto en que se consagren los usos no infractores que han de ser objeto de la excepción prevista en este numeral,

Para esta revisión la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor evaluará las inquietudes que sean planteadas a través de la Subcomisión de Derecho de Autor de la Comisión Intersectorial de Propiedad

Intelectual - CIPI, la que a través de un proceso de socialización amplio y suficiente, recogerá en un documento las inquietudes manifestadas por los beneficiarios de las limitaciones y excepciones, así como por los titulares de derechos.

h) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, amparados por las limitaciones y excepciones establecidas por la ley en favor de, personas con discapacidad visual, baja visión y dificultad para acceder al texto impreso.

i) La actividad legalmente autorizada de investigación, protección, seguridad de la información o inteligencia, llevada a cabo por empleados, agentes o contratistas del gobierno, Para los efectos de este numeral la seguridad de la información comprende, entre otras actividades, pruebas de vulnerabilidad, hacking ético y análisis forense, llevadas a cabo para identificar y abordar la vulnerabilidad de una computadora, un sistema de cómputo o una red de cómputo gubernamentales.

Parágrafo 1. Todas las excepciones a las conductas establecidas en el presente artículo aplican para las medidas tecnológicas efectivas que controlen el acceso a una obra, interpretación ejecución o fonograma.

Parágrafo 2. A las actividades relacionadas en el artículo 10 literal b), cuando se refieran a medidas tecnológicas que controlen el acceso a una obra, interpretación, ejecución o fonograma, solo se aplicarán las excepciones establecidas en los literales a), b), c), d) del presente artículo.

Parágrafo 3. A las actividades relacionadas en el artículo 10 literal b), cuando se refieran a medidas tecnológicas que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados, solo se aplicará la excepción establecida en el literal a) del presente artículo.

## Comentario

La implementación de todo el sistema civil y penal de Medidas Tecnológicas de Protección (MTP) en Colombia no puede limitarse a hacer un “copiar/pegar” de las disposiciones del TLC pues se trata de todo un nuevo derecho que es bastante complejo, que desbalancea el marco legal colombiano y por tanto en la implementación se debe cumplir los compromisos pero además deben analizarse los problemas que ya se han identificado y mitigar los efectos nocivos. En términos generales, RedPaTodos acoge los comentarios que sobre este tema formula la profesora Marcela Palacio de la Universidad Sergio Arboleda. Este aporte se restringe a algunos apuntes concretos a los comentarios y recomendaciones que ella presente:

### a. Literal g del artículo 11

La obligación del TLC con Estados Unidos es la de desarrollar un procedimiento de creación y revisión de excepciones a las MTP, tal como se establece en el literal f del numeral 4 del artículo 16.7. Este sistema no puede reemplazarse por el mecanismo que ofrece este literal que lo que propone es la elaboración de un “concepto” por la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), ni por el procedimiento establecido en el artículo 15 de actualización de limitaciones y excepciones a los derechos de autor. El concepto de la DNDA es un mecanismo

no vinculante, por lo que su propósito estaría totalmente desvinculado de la presente propuesta de ley, sin estar sujeto a regulación adicional, y no cumple con las obligaciones adquiridas con Estados Unidos en virtud del TLC.

## Recomendación

Así las cosas, proponemos que el literal g del artículo 11 se limite a establecer la excepción respecto de los usos no infractores, eliminando los dos últimos párrafos 2 y 3 literal (g) del artículo 11 relacionados con la facultad de la DNDA de elaborar conceptos.

Proponemos eliminar los siguientes párrafos del literal (g) del artículo 11 del Proyecto de Ley :

“El Gobierno Nacional a través de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica, en intervalos de no más de tres años, para determinar la necesidad y conveniencia de emitir un concepto en que se consagren los usos no infractores que han de ser objeto de la excepción prevista en este numeral.

Para esta revisión la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor evaluará las inquietudes que sean planteadas a través de la Subcomisión de Derecho de Autor de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual- CIPI, la que a través de un proceso de socialización amplio y suficiente, recogerá en un documento las inquietudes manifestadas por los beneficiarios de las limitaciones y excepciones, así como por los titulares de derechos”.

Tal como lo desarrollamos en el anexo B, también proponemos la creación de un artículo diferente e independiente, en donde se establezca de manera clara un procedimiento para la creación y revisión de excepciones a las MTP.

## Artículo 12

### Texto Original

ARTÍCULO 12° Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán a todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley no hayan pasado al dominio público.

### Comentario

Sin comentario

## Artículo 13

### Texto Original

ARTÍCULO 13 Obligación de informar.

El titular de un derecho de autor o conexo que en ejercicio de su derecho incorpore una medida tecnológica está obligado a informar la existencia y el

alcance de las medidas tecnológicas que se incorporen para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones de los organismos de radiodifusión. El alcance de esta información así como la responsabilidad de los titulares de derechos estará enmarcada dentro de los parámetros establecidos en la ley 1480 de 2011

## Comentario

La decisión de incluir este artículo 13 conectando las normas de derecho de autor con las de protección al consumidor, es positiva.

Para que tenga un mejor efecto proponemos incluir además la obligación de indicar qué partes de la obra no están protegidas por el derecho de autor (por ejemplo cuando se está controlando la transmisión de un evento deportivo se debe informar que el contenido no está protegido por derecho de autor).

De otra parte la información de gestión de derechos (RMI en inglés) se usa actualmente para mucho más que para cifrar información sobre las obras digitales, cada vez más se usa para capturar considerable información sobre los usuarios y consumidores (que incluye hábitos de consumo), por tanto debe asociarse también con obligaciones de de transparencia vinculadas no solo al sistema de protección de consumidores sino también de protección de datos a la Ley 1580 de 2012, que además debe permanecer actualizada (debe mantenerse al día).

En un libro que analiza la reforma al derecho de autor propiciada en Canadá por el TLC con EEUU, el profesor Mark Perry (el documento puede consultarse en <https://www.irwinlaw.com/sites/default/files/attached/CCDA%2000%20Introduction.pdf>) describe 4 aspectos que deben incluirse para desarrollar correctamente las obligaciones sobre RMI abordando las preocupaciones relacionadas con consumidores y privacidad. Señala que se deben considerar 4 aspectos:

- Transparencia. Para asegurar que la información de RMI pueda ser leída por todos los usuarios.
- Balance (se deben identificar las partes de la obra que no están sujetas a derecho de autor)
- Privacidad (los usuarios deben poder saber cuál es la información que sobre ellos se está recogiendo)
- Actualización (los datos deben ser actualizados)

## Recomendación

Proponemos modificar el artículo de la siguiente manera:

### ARTÍCULO 13 Obligación de informar.

El titular de un derecho de autor o conexo que en ejercicio de su derecho incorpore una medida tecnológica está obligado a informar de una manera transparente y con estándares de accesibilidad (que pueda ser leída por todos los usuarios), sobre la existencia y el alcance de las medidas tecnológicas que se incorporen para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones de los organismos de radiodifusión.

La obligación incluye la necesidad de informar sobre aquello que no está protegido por derecho de autor y la necesidad de contemplar si y qué información del usuario está siendo recolectada por la medida tecnológica de protección o por el sistema de información sobre la gestión de derechos. Cuando se recoja información se deberá indicar además cuál es la información que está siendo recogida, el tiempo que durará la

recolección y el uso que se va a dar a la misma. La obligación incluye la de mantener esta información actualizada.

El alcance de esta información así como la responsabilidad de los titulares de derechos estaría enmarcada dentro de los parámetros establecidos en las leyes 1480 de 2011 y 1581 de 2012.

## Artículo 14

### Texto Original

ARTÍCULO 14° Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos. Se adicionan a las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982, las siguientes:

a) La reproducción temporal en forma electrónica de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión fijada, que sea transitoria o accesoria, 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 por un intermediario; o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, fonograma, o emisión fijada que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Para los fines del presente literal, se entiende que la reproducción temporal en forma electrónica incluye, los procesos tecnológicos que sean necesarios en la operación ordinaria de computadores, dispositivos digitales o de internet, siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados en el párrafo anterior.

b) El préstamo por una biblioteca o archivo, cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, de copias o ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas y emisiones fijadas, siempre que figuren en las colecciones permanentes de esta y hubiesen sido lícitamente adquiridas.

c) La puesta a disposición de obras, fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones fijadas, lícitamente adquiridas por parte de bibliotecas o archivos, a través de terminales especializados instalados en sus propias locaciones, para fines de investigación o estudio personal de sus usuarios.

### Comentario

Las excepciones o limitaciones al derecho de autor consisten en un uso permitido de la obra de un autor sin su autorización para determinados casos bajo la justificación de proteger legítimos intereses, como son los derechos fundamentales, la garantía de la libre expresión, el acceso al conocimiento y la movilidad de la información. (Guibault, 2003:3). “Los límites no son un capricho del legislador sino una herramienta esencial para asegurar que la propiedad intelectual cumple una función social” (Rengifo, 2008)

Los comentarios a este punto se refieren a: Las excepciones incluidas, las que debieron incluir y nuestros comentarios al tema de excepciones para personas en situación de discapacidad.

## A. Sobre las excepciones incluidas en el anteproyecto

Este artículo agrega tres (3) nuevas excepciones a las que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, en la ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993. No se resta mérito a la intención de actualizar a contextos digitales las limitaciones al derecho de autor, sin embargo el esfuerzo queda corto al incluir sólo la llamada excepción de copia temporal fijada en el literal a) del artículo en mención del proyecto que, por otra parte, resulta necesaria precisamente porque la propia reforma incluye como derecho exclusivo de los titulares la copia temporal.

Ahora bien, en relación con las de las bibliotecas lo que se consigue es darles las garantías mínimas para el ejercicio de sus funciones, pero no se logra ni siquiera actualizar la ley para sus necesidades actuales, mucho menos para los retos que tienen a futuro. En relación con la excepción registrada en el literal b es necesario consagrar una cláusula abierta para permitir el préstamo público en bibliotecas, no tiene sentido que se restrinja la excepción exigiendo que no haya lucro directo ni indirecto. Igualmente la restricción del propósito asignada a la excepción c tampoco tiene sentido en las bibliotecas puesto que muchas de ellas se ocupan de propósito de recreación. La excepción tiene sentido en la medida en que es para bibliotecas

## B. El análisis que el gobierno debió hacer y las flexibilidades que debió incluir.

Aunque se establezca una cláusula estilo “fair use”, la adopción de una lista de excepciones legales es deseable para dar seguridad jurídica en este sentido:

- Consideramos que para que la reforma al derecho de autor que se adelante consiga ser equilibrada es necesario analizar a fondo y con todos los interesados las excepciones que requiere nuestro país y que se consideren los requerimientos de uso de medios digitales o tecnologías de información y comunicación.
- En lo relacionado con las bibliotecas, nos sumamos a los comentarios que instituciones y personas relacionadas con ese sector harán y que viene coordinando la Fundación Conector. En lo relacionado con las personas con discapacidad haremos comentarios concretos en anexo.
- Sobre otras excepciones llamamos la atención sobre la necesidad de analizar a profundidad las necesidades actuales de la sociedad colombiana, sin embargo creemos que es conveniente incluir al menos las siguientes dos excepciones: la de uso de fragmentos de obra para fines de enseñanza en medios virtuales y la de parodia o pastiche.
  - Es necesaria la excepción que contemple el uso de fragmentos de obras digitales que se realiza en la educación impartida a través de plataformas virtuales (corresponde a la reproducción por almacenamiento y puesta a disposición para los estudiantes) de manera que esto deje de contemplarse como una especie de reproducción reprográfica, aspecto que limita su uso en línea hasta que no consiga la autorización del titular del derecho de la obra que se quiere digitalizar. Con esta excepción se permite ampliar la difusión del conocimiento tal y como está contemplada la excepción de reproducción de fragmentos de la obra o de la obra completa con fines de enseñanza o

- educación, que se encuentra en el medio analógico. Al respecto pueden mirarse las normativas de Estados Unidos en su Teach Act de 2002 o TECHA.
- Otra excepción que es necesario incluir dentro del artículo en mención es la de Parodia, que debe regularse en vista de la popularidad que ha tenido las figuras de los “memes”. La respuesta que dió el gobierno para no incluir parodia en esta oportunidad no es razonable, los propios parodistas habían hecho propuestas razonables de modificación como se ve en el video de Opinerd que puede consultarse acá <https://www.youtube.com/watch?v=hIrXnPJrNt0>, simplemente pedían una cláusula abierta. En este punto se cree oportuna la redacción de la excepción como se encuentra en las normas de Francia, Chile o Australia. En todo caso incluirla como parte de una cláusula “fair dealing” consideramos que es lo ideal. Es importante recordar que defender la parodia es defender valores democráticos que nuestra sociedad requiere y es defender un eje de la libertad de expresión.
  - Durante la emergencia por la ola invernal de 2010 y la ruptura del canal del Dique se evidenció como el derecho de autor puede ser una barrera para la respuesta humanitaria en condiciones de emergencia ante la imposibilidad que se aduce de utilización y modificación de los mapas y otras obras que incluyen información cartográfica. El tema debe ser analizado para desarrollar una excepción que pueda enfrentar estas situaciones.

Teniendo en cuenta que nuestro sistema jurídico da cierto grado de discrecionalidad a los jueces a la hora de decidir controversias y que es lo suficientemente flexible como para admitir la existencia de muchos conceptos jurídicos indeterminados y de por lo menos un sistema de tipicidad abierta, consideramos que se podría establecer una de estas cláusulas para cubrir las necesidades que ya están identificadas y que deben ser extensivas al entorno digital, esto se puede hacer siempre que se respete la regla de los tres pasos.

Lo anterior no tiene que hacerse solo por la lista de excepciones, podría hacerse tomando como ejemplo el modelo de fair dealing usado en Canadá, país de tradición jurídica mixta. El sistema acogido allí permite garantizar la seguridad jurídica al establecer unas categorías fijas que sirven como marco claro de acción a los jueces, pero también permite que estos puedan aplicar un examen de proporcionalidad teniendo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto. La posibilidad de esta cláusula se describe con mayor detalle en el Anexo A.

C. Finalmente, mención expresa merece el caso de las personas en situación de discapacidad.

En la respuesta a las inquietudes formuladas por la sociedad civil, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo (MinCIT) y la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) indicaron que el proyecto de ley buscaba incluir una limitación en favor de las personas con dificultades para acceder a los textos impresos a causa de discapacidades visuales; no obstante, por considerar que la Ley 1680 de 2013 abordaba de manera íntegra esta temática, tomaron la determinación de excluir del articulado del proyecto de ley todas las menciones relativas a la

excepción.

La Ley 1680 de 2013 constituyó un paso muy importante hacia la eliminación de algunas de las barreras que impedían la creación de formatos accesibles para las personas ciegas y con baja visión, y con ello, el ejercicio de sus derechos al acceso a la información, al conocimiento y a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, consideramos que la Ley 1680 no soluciona todas las barreras discriminatorias que aún persisten dentro del derecho de autor en Colombia, para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales. La excepción allí prevista no aplica, por ejemplo, para las personas con dislexia o alguna discapacidad física que les impide sostener o manipular un libro.

El “Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”, suscrito por Colombia en 2013, crea un marco jurídico mucho más amplio y efectivo que la Ley 1680 de 2013 para aliviar la “hambruna” de libros que enfrentan en nuestro país las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. La ratificación e implementación del Tratado de Marrakech son parte de las medidas que el Estado colombiano debe tomar, en cumplimiento de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en su artículo 30 numeral 3.

El anteproyecto de ley al incluir la excepción a la responsabilidad por la elusión de medidas tecnológicas de protección del artículo 11 literal h, ya está avanzando positivamente hacia la implementación de este Tratado; no obstante, aún quedan pendientes otros ajustes a la legislación en materia de derecho de autor que el anteproyecto debe considerar.

El gobierno colombiano bajo el artículo 4 numeral 3 de la CDPD debe consultar estrechamente con las personas con discapacidad, a la hora de elaborar propuestas legislativas con la formulada y de tomar determinaciones respecto de incluir o no excepciones al derecho de autor para la garantía de sus derechos.

## Recomendación

Estaremos haciendo nuestro aporte a la lista de excepciones que Colombia necesita. El estudio que debió hacer el gobierno durante los pasados 3 años deberá hacerlo ahora y creemos que sin esta lista no es posible reformar sustancialmente el derecho de autor.

Mientras tanto proponemos:

- a. Respecto de las excepciones incluidas con el artículo 14 literales b y c de la versión del anteproyecto de 2016 las excepciones para bibliotecas deben ser abiertas, no deben tener condiciones como ánimo de lucro directo o indirecto (literal b) o calificar el propósito (literal c) restringiéndolo a investigación y educación, las bibliotecas tienen fines de recreación también y no deben ser desconocidas.
- b. En todo caso proponemos que en la ley de derechos de autor colombiana se incluya una cláusula abierta que incluya las causas más concretas ya establecidas (como parodia, educación a través de plataformas virtuales o el uso de información



cartográfica en situaciones de emergencia ya descritas) y que proponemos tenga el siguiente sentido inspirado en la cláusula de Canadá:

Artículo 14. Por razones de interés público, algunos usos de obras protegidas no constituirán una violación de los derechos patrimoniales de sus titulares. Para efectos de lo aquí dispuesto, estará permitido:

- a) El uso de obras protegidas con el fin de adelantar investigaciones, estudios privados o, en general, cualquier actividad educativa.
- b) El uso de obras protegidas con el fin de parodiarlas o satirizarlas, siempre que se mencionen la fuente desde la que fue adquirida y el nombre del autor. Si se trata de una ejecución o interpretación, deberá mencionarse también al intérprete o ejecutante.
- c) El uso de obras protegidas con el fin de criticarlas o reseñarlas, siempre que se mencionen la fuente desde la que fue adquirida y el nombre del autor. Si se trata de una ejecución o interpretación, deberá mencionarse también al intérprete o ejecutante.
- d) El uso de obras protegidas con el fin de difundir conocimientos técnicos, científicos o culturales, siempre que la actividad de difusión se realice sin ánimo de lucro.
- e) El uso de obras protegidas con el fin de enfrentar emergencias humanitarias durante el período de respuesta a la catástrofe y siempre que el uso se haga sin ánimo de lucro.

Parágrafo. Para establecer si una determinada conducta se ajusta a alguna de las situaciones descritas en el presente artículo, el juez deberá tener en cuenta cuál fue el propósito del uso, la naturaleza de la obra, la disponibilidad de ejemplares legales de la obra en el mercado y el efecto del uso sobre la explotación económica de la obra original.

c. En relación con las personas en situación de discapacidad:

- El Estado colombiano debe ratificar el Tratado de Marrakech.
- La legislación en materia de derecho de autor debe ajustarse con el fin de implementar el Tratado de Marrakech. Por lo menos:
  - La ley debe cubrir mínimamente a los beneficiarios definidos por el Tratado de Marrakech.
  - La ley debe establecer claramente que bibliotecas y otras entidades prestan servicios de acceso a la información a los beneficiarios, también pueden llevar a cabo la producción de formatos accesibles, su intercambio transfronterizo y la elusión de medidas tecnológicas de protección.
  - La ley debe incorporar una definición de ejemplar en formato accesible en concordancia con el Tratado.
- El Estado debe consultar estrechamente con las personas con discapacidad a la hora de elaborar y aplicar legislación y políticas públicas como la del anteproyecto de ley.

## Artículo 15

### Texto Original

ARTÍCULO 15° Actualización de limitaciones y excepciones:

El Gobierno Nacional, a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, en intervalos de tres años, con el objetivo de determinar la necesidad y conveniencia de presentar ante el Congreso de la República un proyecto de Ley que reforme o consagre nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Dicho proyecto deberá observar las reglas establecidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia para incorporar limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos, y tendrá como finalidad armonizar las prerrogativas consagradas en favor de los autores y titulares, con los avances tecnológicos y otros derechos fundamentales.

### Comentario

Entendemos, sobre todo por la explicación que se hace en los comentarios de hace 3 años a la petición de incluir una cláusula “fair use”, que este artículo se refiere a un procedimiento para actualizar las excepciones al régimen general de derecho de autor. Porque el artículo guarda silencio, porque tampoco lo aborda el artículo 11 literal g y dado que la protección que se otorga a las Medidas Tecnológicas de Protección (MTP) no es una protección de derecho de autor, entendemos que el gobierno no reguló el procedimiento para actualizarlas. Por tanto, presentaremos los comentarios en este aparte al artículo como la norma que busca “actualizar” las excepciones del sistema general de derecho de autor mientras que en el anexo B presentamos nuestras observaciones respecto a la obligación TLC de hacer revisión periódica de las excepciones a las MTP, tomando como referencia para el procedimiento con las MTP el que ofrece el gobierno en el artículo 15.

Considerando que el artículo 15 contempla un procedimiento para revisión periódica de las excepciones al sistema de derecho de autor general, creemos que la fórmula de actualización que ofrece el anteproyecto de ley no es suficiente para garantizar la protección de los derechos de libertad de expresión, de acceso a la cultura y de educación que le asisten a todas las personas. Un periodo de tres años seguido, además, por el tortuoso proceso legislativo es demasiado amplio si se tiene en cuenta la velocidad con la que se generan los avances tecnológicos que permiten a las personas acceder, usar, crear y compartir obras protegidas. De hecho es exactamente el proceso que se ha venido adelantando, han pasado 3 años desde que el Ministerio de Comercio y la Dirección Nacional de Derecho de Autor iniciaron el proceso de reforma, desde que se ha solicitado la actualización del sistema de flexibilidades y el resultado ha sido negativo, no hemos logrado la consagración satisfactoria de flexibilidades para consumidores y usuarios, tan solo el reconocimiento de algunas indispensables. La ley no puede imponer al propio Congreso obligaciones de legislar, no se puede tampoco obligar al Congreso a legislar sobre temas que ya legisló. Para dar vigencia al sistema en el tiempo precisamente es que se crean cláusulas abiertas que dan pautas para que el juez decida y esto

puede hacerse en “fair dealing” o en “fair use”. Pretender que las excepciones y limitaciones al derecho de autor son la excepción a esta regla es llevar el argumento a sus límites. Ahora, siendo optimistas el proceso planteado es simplemente un procedimiento formal para recordar periódicamente que el derecho de autor debe ser balanceado, visto así es hasta positivo.

Sin embargo, aceptar un proceso como el propuesto en el artículo 15 es seguir como estamos, no cambiar la situación actual, es aceptar que la normativa en materia de derechos de autor siempre estará muy por detrás de la realidad y de lo que es aceptado como normal por la sociedad. Esto se presta, entre otras cosas, a más de una injusticia en materia sancionatoria. Por lo anterior, creemos que en Colombia debería establecerse una fórmula de actualización de excepciones a los derechos de autor que sea dinámica y eficiente, como la que proveería una cláusula abierta estilo “fair use”, el sistema que de hecho es propio de nuestro socio comercial.

En este sentido, acogemos los comentarios que sobre el tema presentaron expertos internacionales coordinados por el grupo PIJIP de la American University y que explica como la cláusula es posible en sistemas civiles como el colombiano. En ese sentido consideramos que el gobierno debe replantear su posición.

## Recomendación

Proponemos reemplazar el artículo 15 con dos disposiciones:

- a. Es necesario desarrollar la obligación del TLC de crear un procedimiento para actualizar las excepciones a las MTP, en los términos explicados en el Anexo B. Es importante resaltar que el procedimiento es una obligación del TLC y que puede ser administrativo. Consideramos que el procedimiento para mantener actualizadas las MTP es el verdadero garante de que una medida tan onerosa como la que representa las MTP no sea más onerosa para el ejercicio de otros derechos humanos. Abstenerse de regular este procedimiento equivale a hacer nugatorios derechos fundamentales de usuarios y consumidores. Reiteramos que la propuesta de nuevo artículo y su desarrollo se encuentra en el Anexo B. El texto que se propone es el siguiente:

15A-Nuevo Artículo. Creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección:

La Biblioteca Nacional de Colombia, con base en la recomendación de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, hará una revisión periódica por lo menos una vez cada cuatro años de las excepciones a las medidas tecnológicas de protección, con el fin de crear, modificar o revocar las excepciones a las medidas tecnológicas de protección. La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor recibirá solicitudes de personas naturales o jurídicas con el fin de elaborar sus recomendaciones.

15.1. La Biblioteca Nacional de Colombia creará excepciones a las medidas tecnológicas de protección cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. El uso de una obra, interpretación o ejecución o fonograma no constituya un uso no infractor de los derechos de autor que recaen sobre las obras protegidas por las medidas tecnológicas de protección; y
2. Se presente evidencia de un efecto adverso real o potencial causado por las medidas tecnológicas de protección sobre los usos no infractores.

15.2. Las excepciones creadas por la Biblioteca Nacional de Colombia de acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo serán permanentes pero estarán sujetas a revisión por la Biblioteca Nacional de Colombia podrá modificar o revocar tales excepciones. Sin embargo, la Biblioteca Nacional de Colombia no podrá modificar o revocar las expresiones creadas acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo, salvo que la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor presente una recomendación en este sentido con base en solicitudes presentadas por terceros interesados.

Las Biblioteca Nacional de Colombia modificará o revocará excepciones a las medidas tecnológicas de protección creadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. El efecto adverso real o potencial causado por las medidas tecnológicas de protección sobre los usos no infractores ya no pueda ser demostrado; y
2. Se presente evidencia de un efecto adverso a la adecuación y efectividad de la protección de los derechos de autor real de no modificarse o revocarse la excepción bajo revisión.

La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor deberá dar trámite a las solicitudes para crear, modificar o revoca excepciones a las medidas tecnológicas de protección respetando el debido proceso, dándole oportunidad a terceros interesados pronunciarse sobre la solicitud y trasladando las observaciones de los terceros los solicitantes para que presenten argumentos o pruebas adicionales.

Parágrafo: El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento administrativo para la creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección en un término de 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

- b. En lugar del artículo 15 actual es necesario adoptar y adaptar la cláusula que recientemente fue acogida en Filipinas:

#### Artículo 15

1. El uso justo de una obra protegida con el fin de hacer críticas, comentarios, reportajes de noticias, enseñar y demás finalidades similares no se considerará violatorio de los derechos de autor. La descompilación, entendida como la reproducción del código y la traducción de las formas de un programa de computador con el fin de lograr la interoperabilidad con otros programas de computador, también puede considerarse

como un uso justo. A la hora de determinar si el uso de una obra en algún caso en particular constituye un uso justo, los factores a tener en cuenta serán, entre otros:

- a) El objetivo y la naturaleza del uso, incluyendo si el mismo tiene naturaleza comercial o si tiene por objetivo la realización de una actividad educativa sin ánimo de lucro;
- b) La naturaleza de la obra protegida;
- c) La cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la totalidad de la obra protegida; y
- d) El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.

2. El hecho de que una obra no haya sido publicada no impedirá por sí mismo la determinación de que algún uso que se haya hecho de ella sea justo, siempre que la determinación se tome con base en los factores mencionados.

Consideramos que un país que realmente quiera enfrentar los retos de la sociedad actual en materia de economía digital y esté preparado para defender los derechos de su ciudadanía en acceso al conocimiento, la cultura, la libertad de prensa y demás, no puede quedarse con listas cerradas de excepciones. Debe tener la lista, actualizarla con aquellas que son centrales para dar seguridad jurídica, pero el eje de los derechos que se protegen debe estar detrás de una cláusula abierta en “fair dealing”. Ahora, debería reconocer las limitaciones que existen y entender que es la cláusula “fair use” la que realmente consigue crear un sistema que puede intentar auto corregir la disparidad en el avance de la tecnología, por tanto, el ideal es la consagración de una cláusula estilo “fair use”.

## Artículo 16

### Texto Original

ARTÍCULO 16.

Procedimiento ante la jurisdicción. Las cuestiones que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley serán resueltas por la jurisdicción ordinaria

### Comentarios

Sin comentarios

## Artículo 17

### Texto Original

ARTÍCULO 17 Solicitud de información.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, las autoridades judiciales competentes para resolver los procesos

de infracción en materia de derecho de autor y/o derechos conexos, estarán facultadas para ordenarle al infractor que proporcione cualquier información que posea respecto de cualquier persona involucrada en la infracción, así como de los medios o instrumentos de producción o canales de distribución utilizados para ello.

## Comentarios

Sin comentarios

## Artículo 18

### Texto Original

ARTÍCULO 18 Destrucción de implementos y mercancía infractora.

En los procesos sobre infracciones al derecho de autor, los derechos conexos, la elusión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de cualquier información sobre la gestión de derechos, el juez estará facultado para ordenar que los materiales e implementos que hayan sido utilizados en la fabricación o creación de dichas mercancías infractoras sean destruidos, a cargo de la parte vencida y sin compensación alguna, o en circunstancias excepcionales, sin compensación alguna, se disponga su retiro de los canales comerciales.

En el caso de mercancías consideradas infractoras, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma. En ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales.

### Comentario

El texto propuesto hoy tuvo apenas una ligera modificación respecto de la versión del 2013 y no contempla el párrafo sobre donación de las mercancías apropiadas para fines de caridad que estaba en la Ley 1520 de 2012 (que desapareció inexplicablemente), que fue declarada inexecutable por vicios de forma.

Consideramos que este párrafo no debió ser retirado pues no solo se protege el medio ambiente, evitando que los elementos utilizados en la construcción de la mercancía infractora sean simplemente destruidos y no se aprovechen, sino que también está su uso por parte de los más necesitados.

### Recomendación

Sustituir el texto actual por el siguiente:

Artículo 18. En los procesos sobre infracciones al derecho de autor, los derechos conexos, la elusión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de cualquier información sobre la gestión de derechos, el juez estará facultado para ordenar que los

materiales e implementos que hayan sido utilizados en la fabricación o creación de dichas mercancías infractoras sean destruidos, a cargo de la parte vencida y sin compensación alguna, o en circunstancias excepcionales, sin compensación alguna, se disponga su retiro de los canales comerciales.

En el caso de mercancías consideradas infractoras, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma. En casos apropiados las mercancías de marcas falsificadas podrán ser donadas con fines de caridad para uso fuera de los canales de comercio, cuando la remoción de la marca elimine las características infractoras de la mercancía y la mercancía ya no sea identificable con la marca removida. En ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales.

## Artículo 19

### Texto Original

ARTÍCULO 19 Indemnizaciones preestablecidas.

La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en el artículo 10 de la presente ley podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

### Comentario

Establecer un mecanismo que le permita a los titulares de derechos establecer de forma simple y clara el valor de una indemnización que le permita reparar el daño o perjuicio cuando sean infringidos sus derechos es un avance positivo. Si bien la figura de la Indemnización preestablecida (*statutory damages* en inglés) es una figura extraña a nuestra tradición jurídica, su implementación puede representar un avance hacia la actualización de nuestro sistema normativo y la posibilidad de armonizar nuestra normativa con la de nuestro aliado comercial, figuras como ésta y como el *fair use* permiten balancear los intereses de los titulares, los artistas, la industria y los ciudadanos y consumidores.

Esta figura, si bien extraña a nuestra tradición jurídica, ya fue implementada en nuestra legislación mediante la Ley 1648 de 2013 y el Decreto reglamentario 2264 de 2014 como medida para la observancia de los derechos de propiedad industrial, obligación adquirida en el acuerdo comercial. La Implementación de esta figura en países de tradición jurídica continental, como Colombia, ha sido problemática para otros socios comerciales de los Estados Unidos (Ver Anexo C.) ya que puede, de no ser adecuadamente integrada al sistema jurídico interno, convertirse en daños punitivos (*punitive damages* en inglés), es decir, en lugar de asegurar la reparación por los daños o perjuicios causados, pretende imponer indemnizaciones que buscan

disuadir a quien cometió la infracción para que no lo vuelva a realizar, estableciendo sumas exorbitantes como sanción por la infracción en un proceso civil, esto no solo es inconveniente porque desde la perspectiva punitiva ya esto está regulado actualmente por el Código Penal, y porque convierte el proceso civil en un mecanismo para lograr un beneficio económico injustificado, en lugar de asegurar la reparación del daño, sino porque el mismo tratado exige que no deben entenderse como tal. Sobre este punto profundizaremos en el Anexo C.

Las indemnizaciones preestablecidas son la prueba de que es posible integrar a nuestra legislación figuras extrañas a nuestra tradición jurídica con el propósito de actualizar nuestra normativa asegurando la celeridad del proceso judicial y la reparación de los daños y perjuicios causados al titular. Nuestro socio comercial ha entendido que una cláusula de excepciones al derecho de autor al estilo *Fair Use*, figura también extraña a nuestra tradición jurídica usada por nuestro socio comercial, es necesaria para balancear los derechos de los titulares y la industria y los ciudadanos y consumidores, asegurando el adecuado acceso a la cultura y a la innovación sin lesionar los intereses de los titulares. Si bien adoptamos medidas para asegurar la celeridad en la reclamación por la infracción de los derechos de uno de los exportadores de contenidos de entretenimiento, cultura e innovación más grandes del mundo, debemos asegurar el acceso al conocimiento y la información en condiciones justas y apropiadas a nuestro papel en este tratado, asegurando que nos seamos la parte débil de la negociación, meros consumidores que no pueden apropiarse el conocimiento y usarlo por fuera del contexto simplemente mercantil. Es necesario asegurar el acceso al conocimiento en forma justa y equánime para todos los actores.

## Recomendación

Entendemos que los riesgos derivados de la implementación de esta figura extraña a nuestro sistema jurídico se deben mitigar en el proceso de reglamentación y por tanto por ahora solo esperamos que así lo esté avisando el gobierno.

## Artículo 20

### Texto Original

ARTÍCULO 20° El artículo 3° de la Ley 1032 de 2006 que modificó el artículo 272 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Artículo 3 Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada y salvo las excepciones previstas en la ley:

1. Eluda sin autorización las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.



2. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva:

- a) Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir dicha medida; o
- b) Tengan un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir dicha medida; o
- c) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.

3. Suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión de derechos.

4. Distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que dicha información ha sido suprimida o alterada sin autorización.

5. Distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

6. Fabrique, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, arriende o distribuya por otro medio un dispositivo o sistema tangible o intangible, a sabiendas o con razones para saber que la función principal del dispositivo o sistema es asistir en la descodificación de una señal codificada de satélite portadora de programas codificados sin la autorización de distribuidor legítimo de dicha señal.

7. Recepcione o posteriormente distribuya una señal de satélite portadora de un programa que se originó como señal por satélite codificada a sabiendas que ha sido descodificada sin la autorización del distribuidor legítimo de la señal.

8. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.

9. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice etiquetas falsificadas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, a una copia de un programa de computación, a la documentación o empaque de un programa de computación, a la copia de una película u otra obra audiovisual.

10. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice documentos o empaques falsificados para un programa de computación.

Parágrafo. Los numerales 1 a 5 de este artículo no serán aplicables cuando se trate de una biblioteca sin ánimo de lucro, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial.

## Comentario

Nos unimos a los comentarios de la profesora Marcela Palacio de la Universidad Sergio Arboleda. Adicionalmente queremos hacer notar que las penas que se consagran en Colombia en temas de propiedad intelectual son proporcionalmente más altas que en otros países de la región, por tanto usar éstas como parámetro para fijar las penas por violación a las MTP no es proporcional.

El caso de las sanciones penales por infracción a la protección de las MTP es un ejemplo del desafortunado expansionismo penal que se ha presentado en materia de propiedad intelectual, pues en el 2006 una sanción que originalmente era de multa pasó de la nada a ser una pena de 4 a 8 años de prisión, equiparable a la aplicable a violaciones a los derechos patrimoniales de autor. Si entendemos que las MTP son diferentes a los derechos de autor, pues no son obras protegidas por derecho de autor sino son un mecanismo para proteger la obra, para controlar el acceso y el uso no autorizados de los contenidos en el ámbito digital. No se explica como la violación de una de estas medidas sería equiparable a la violación de un derecho patrimonial, máxime cuando la elusión de la medida podría realizarse con el fin de acceder a la obra legítimamente en ejercicio de alguna de las actividades cobijadas por las excepciones a los derechos de autor, o incluso, con el fin de acceder a una obra que se encuentre en dominio público. En este sentido, consideramos que esta sanción penal resulta violatoria de los principios de proporcionalidad y lesividad que deben regir todo procedimiento sancionador, los cuales en este caso deberían servir como moderadoras de las penas a aplicar, particularmente cuando se trata de sanciones que podrían afectar derechos fundamentales como los de libertad de expresión, de educación y de acceso al conocimiento en los que se fundan los sistemas de excepciones y limitaciones a los derechos de autor.

Esto ha sido reconocido, por ejemplo, por el Parlamento Europeo, que en la Directiva 2009/140/EC indicó que para establecer este tipo de sanciones, susceptibles de restringir derechos y libertades fundamentales, se debe analizar si ellas son adecuadas, proporcionadas y necesarias en una sociedad democrática y que su aplicación debe estar sujeta a procedimientos que garanticen los derechos humanos y las libertades fundamentales (Parlamento Europeo, 2009, p. 46).

Por otra parte, debe decirse que, en general, las sanciones penales contempladas en nuestro país para las violaciones a los derechos de autor son demasiado altas y, en muchos casos, resultan desproporcionadas frente a los daños reales que dichas conductas causan a los titulares de derechos. Además, como todo delito de peligro abstracto, van en contravía del principio de lesividad y desdibujan la finalidad del derecho penal, pues pretenden sancionar la potencialidad del daño y no los daños efectivamente causados.

## Recomendación

La definición de política criminal como “última ratio” obliga a tener consideraciones especiales en su definición. Creemos que la definición de la penas por infracción a la protección de las MTP debe ser cuidadosamente diseñada y no puede responder a las mismas lógicas de lo que existe para el derecho de autor. Es necesario revisarla y disminuirlas.

Por lo anterior, consideramos que debería dejarse claro en el numeral 1 que las sanciones penales por elusión de MTP sólo se aplicarían cuando dicha elusión implique también una violación a los derechos patrimoniales de autor. Además, como las MTP podrían ser eludidas con el fin de acceder legítimamente a una obra protegida en ejercicio de alguna excepción a los derechos de autor o con el fin de acceder a una obra en dominio público, deberían eliminarse los numerales 2 y 6, pues esto significa que los dispositivos que permiten eludir las medidas no son únicamente utilizados con el fin de violar los derechos de autor, sino que son una mera herramienta tecnológica de carácter neutro. Sancionar a quienes los comercialicen sería como sancionar a los fabricantes de cuchillos porque estos podrían ser utilizados para cometer homicidios.

## Artículo 21

### Texto Original

ARTÍCULO 21° Vigencia.

La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los artículos 58 a 71 de la Ley 23 de 1982, así como las disposiciones que le sean contrarias.

### Comentario

En su artículo “Derechos de autor y desarrollo: Más allá de la ilusoria solución provista en el “Anexo” del “Convenio de Berna”” Alberto Cerda dice *“el estándar de protección para los derechos de autor promovido por el Convenio para la protección de las obras literarias y artísticas (= Convenio de Berna) es problemático para los países en desarrollo, pues éstos enfrentan necesidades que requieren una amplia diseminación de obras a efectos de enseñanza, estudios, e investigación. Precisamente por ello, a fin de promover el acceso a las obras, el mencionado Convenio adoptó ciertas flexibilidades especialmente diseñadas para satisfacer las necesidades de aquellos países. A través del Acta de París de 1971, el Convenio de Berna incluyó un Anexo que permite a los países en desarrollo emitir licencias obligatorias para la traducción o reproducción de obras extranjeras a un idioma de uso general en su territorio”* (el artículo de Cerda puede consultarse en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512012000100005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512012000100005)). Aunque el mecanismo fue pensado para países en desarrollo, para que el efecto que la piratería había tenido en los países desarrollados se pudiera extender legalmente a los países en desarrollo, lo cierto es que la propia OMPI ha afirmado que no se usa. Colombia precisamente fue uno de los países que, en las disposiciones que se busca derogar, desarrolló un régimen legal sobre licencias obligatorias. Indica Cerda que *“a pesar de disponer de legislación de implementación, ni Colombia ni México sacan ventaja del mecanismo diseñado por el Anexo. En el caso de Colombia, la autoridad competente ha omitido notificar al director general de la OMPI y, adicionalmente, sostiene la tesis de que el mecanismo previsto en su legislación interna de derechos de autor no está vigente por su propia negligente omisión; en consecuencia, ninguna licencia obligatoria ha sido emitida”*.

La disposición que deroga el mecanismo de licencia obligatoria que menciona Cerda en Colombia, ha estado desde la primera versión del proyecto de 2012, es una de las pocas que desde el principio se ha salido del propósito de cumplir con obligaciones TLC --nada en el TLC pide que se deroguen estas disposiciones--, por tanto solo es posible concluir que la derogatoria que repite este anteproyecto beneficia exclusivamente a la Dirección Nacional de Derecho de Autor que puede quitarse ese pendiente del medio. Pero, además, es necesario establecer que según un concepto más reciente de la propia Dirección, aunque mantiene la tesis de que la licencia obligatoria en Colombia no puede operar para obras provenientes de otros Estados miembros, indica que sí puede usarse para creaciones colombianas (Rad. 2-2016-29397 del 28 de abril de 2016). Es decir, es necesario afirmar que se deroga un mecanismo que aunque tan sea solo parcialmente sí puede usarse en el país de acuerdo con la propia Dirección.

Si el gobierno decide no derogar estas disposiciones deberá en todo caso enfrentar la inutilidad del mecanismo que en décadas de vigencia no ha sido utilizado, no se promueve. El mecanismo es engorroso, no incentiva su uso y tiene condiciones de difícil cumplimiento. Antes que derogarlo necesita reformas porque lo que sí debemos reconocer es que por ejemplo, en Colombia existen más de 6 decenas de lenguas y dialectos diferentes del español, que tenemos disposiciones para educación bilingüe en esas lenguas y que los mayores índices de analfabetismo se presentan entre poblaciones indígenas. De otra parte, es necesario afirmar que la población indígena está estimada en un poco más del 2% de la población. Es decir, que no hay una amenaza a la industria editorial si decidimos promover su uso al interior del país. Seguramente en materia de educación médica y en otros campos científicos tendremos casos en los que promover que también funcione la traducción de obras extranjeras debería ser una prioridad, pero la interna es una urgencia.

Para RedPaTodos sorprende que en lugar de analizar las razones por las que el mecanismo no funciona y plantear alternativas el gobierno quiere borrar de un plumazo la piedra en el zapato. No ofrece el anteproyecto ninguna solución a lo que en su momento el propio gobierno reconoció como una necesidad.

Son pocos los mecanismos que garantizan los derechos de los usuarios no hay justificación para que el trato que el gobierno les da sea este y por tanto pedimos que las normas no se deroguen. El gobierno puede analizar las alternativas que existen en el mundo. En Chile, por ejemplo, durante la reforma al derecho de autor que implementó las obligaciones del TLC, se recogieron 3 excepciones que tienen como propósito operativizar los propósitos de la licencia obligatoria y en China, también con excepciones concretas, se impulsa ese propósito de traducción a otras lenguas dentro del país.

## Recomendación

No derogar los artículos 58 a 71 de la Ley 23 de 1982 y en cambio trabajar para que funcionen, entre otras cosas, cumplir el requisito ante la OMPI, pero también reformar el mecanismo para hacerlo efectivo y útil. Adicionalmente, el anteproyecto debe Implementar dentro de una

cláusula abierta los propósitos de la licencia obligatoria. Se debe adelantar un estudio comparativo para implementar excepciones abiertas con este propósito.

## Otros temas

### Anexo A. Cláusula Abierta

Creemos que el ideal es que la reforma al derecho de autor en Colombia incluya una cláusula estilo “fair use” y pensamos que los argumentos de la American University y el grupo de expertos internacionales apuntan correctamente hacia allá. Sin embargo, la posición del gobierno desde 2013 ha sido la de otorgar unas pocas excepciones y todas cerradas (ni siquiera pensando en opciones que ya existen en nuestra normativa de derecho de autor que son abiertas como el modelo para seguir). Por tanto, aunque nuestra solicitud es un cláusula estilo “fair use” consideramos importante y necesario hacer una defensa de la cláusula abierta.

¿Sería posible implementar una cláusula abierta de excepciones a los derechos de autor en Colombia?

En caso afirmativo, ¿Cómo podría redactarse esa cláusula?

Para contestar la primera pregunta se analizarán la flexibilidad del sistema jurídico colombiano, los límites que establece la regla de los tres pasos en materia de excepciones a los derechos de autor, si las cláusulas abiertas irían en contravía de la regla de los tres pasos y se estudiará el modelo implementado en Canadá, país con un sistema de derecho mixto. Para finalizar, se presentará una propuesta de cláusula abierta para Colombia.

### 1. El sistema jurídico colombiano y la discrecionalidad judicial

Por razones históricas, el sistema jurídico colombiano se fundamenta en el denominado sistema de derecho continental europeo, el cual se caracteriza por tener como pilar fundamental del ordenamiento jurídico a la ley, siendo esta la principal fuente de derecho. En una versión pura de este modelo, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son considerados como meros criterios auxiliares de interpretación del derecho – no teniendo entonces fuerza vinculante - y la actividad judicial se restringe al imperio de la ley.

Al leer el texto del artículo 230 de la Constitución Política pareciera que este es el caso colombiano, sin embargo, la aceptación de figuras como la del precedente judicial obligatorio implica que nuestro sistema ha ido transformándose de forma que la jurisprudencia tome un papel muy relevante como fuente del derecho (Palencia, 2014, p. 160). Esto es consecuencia de la interpretación sistemática y amplia que de la mencionada disposición ha hecho la Corte Constitucional, reconociendo a los jueces como creadores de verdaderas normas jurídicas, indicando que la expresión “imperio de la ley” hace referencia a todo el ordenamiento jurídico y

que toda la institución del precedente judicial se fundamenta en el principio de igualdad (Bernal, 2008, p. 88).

Así pues, el papel del juez en el actual derecho colombiano resulta ser mucho más activo que pasivo, pues ha surgido para él la posibilidad de hacer uso de una nueva forma de interpretar el derecho que se caracteriza por la “(...) pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.” (Corte Constitucional, Sentencia, T-406 de 1992).

Ahora bien, lo anterior no significa que antes de la aceptación del precedente judicial en Colombia nuestros jueces fueran simples máquinas de construir silogismos. Aunque sus decisiones estaban sujetas al texto de las leyes en sentido formal, por lo que gozaban de poca discrecionalidad, lo cierto es que alguna tenían, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico está y ha estado tradicionalmente plagado de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, conceptos como el del buen padre de familia del derecho civil, el del buen hombre de negocios del derecho comercial, el de la confianza legítima del derecho administrativo o el de la buena fe utilizado en todas las ramas del derecho, entre muchos otros, debían - y aún deben – ser precisados al momento de su aplicación por los jueces y autoridades administrativas.

Adicionalmente, resulta importante resaltar que el sistema jurídico colombiano no es totalmente ajeno a modelos de tipicidad abierta, pues en el régimen disciplinario se aplica un sistema de *numerus apertus* para determinar si a la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa. En este régimen, esta calificación queda totalmente librada al fallador, quien debe analizar las circunstancias específicas de cada caso particular para tomar su decisión, obviamente, no de manera arbitraria sino sujeto a algunos criterios de interpretación (Quintero, 2011, p. 11-14).

Con base en esto es posible concluir que si bien el sistema jurídico colombiano se inscribe en la tradición del derecho continental europeo, resulta lo suficientemente flexible como para que en él exista una cláusula abierta de excepciones a los derechos de autor, desde que esta no incumpla la regla de los tres pasos contenida en el Convenio de Berna y en el acuerdo sobre los ADPIC.

## 2. Las excepciones a los derechos de autor y la regla de los tres pasos

El sistema de propiedad intelectual busca proteger tanto los intereses particulares de los titulares de derechos de autor y conexos y como los intereses generales de la sociedad, como lo indica el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC al establecer que “La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de

los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.”

Una de las formas más importantes de balancear ambos intereses y de mantener el equilibrio entre los derechos de los titulares y de los usuarios de obras protegidas son los sistemas de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, pues con su implementación se busca que se pueda usar la obra sin la previa autorización del titular de derechos sobre la misma en ciertos casos especiales que involucran el interés general. En efecto, “(...) es del ejercicio de esos límites de lo que dependen en gran medida el avance de la cultura, la diseminación de muchas informaciones, la pervivencia de bibliotecas públicas, los desarrollos y avances en el campo de la ciencia, el entretenimiento y en el disfrute de manifestaciones del bicho humano. Si no existiese la figura de los límites a los derechos de explotación de las obras, el avance de la sociedad, de las artes, de la ciencia y sus beneficios, se detendría ostensiblemente y se afectarían, mayormente, las sociedades en vía de desarrollo, en donde muchos de sus avances o progresos dependen del acceso y uso libre de la información.” (Rengifo, 2008, p. 108). Así, las excepciones a los derechos de autor se basan en diversos derechos fundamentales, como el de acceso al conocimiento y la cultura, el de libertad de expresión y el de educación.

Por otra parte, la creación de excepciones en las legislaciones nacionales debe seguir la llamada regla de los tres pasos que fue incorporada al Convenio de Berna en la Conferencia de Revisión de Estocolmo de 1967. Según esta regla, los países pueden crear excepciones al derecho de reproducción en casos especiales, siempre que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Aunque la regla originalmente se refería únicamente a excepciones al derecho de reproducción, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC amplió posteriormente su alcance de forma que deba aplicarse respecto de excepciones a cualquier derecho y teniendo en cuenta que no se cause “(...) un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.” Este cambio es indicativo de la lógica interpretativa que se ha aplicado a los regímenes de derechos de autor en los últimos años, pues, como se puede apreciar, el foco de atención ya no recae en los intereses de los creadores sino que recae sobre los intereses económicos de las compañías que adquieren sus derechos de aquellos. Además, ha facilitado la aplicación de una interpretación estrecha y restrictiva del test de los tres pasos en beneficio exclusivo de los titulares de derechos (Electronic Frontier Foundation, 2014, p. 2).

Sin embargo, esta no es la única interpretación posible de la regla de los tres pasos. Por ejemplo, en el marco del Congreso de la Asociación Internacional para el Avance de la Enseñanza y la Investigación en Propiedad Intelectual que se llevó a cabo en el 2008, un grupo de expertos argumentó que no toda excepción que incumpliera alguno de los tres criterios del test debía ser considerada como violatoria del test mismo, pues este debe entenderse como un todo indivisible. Por lo anterior, argumentaron que el análisis no debía llevarse a cabo como una lista de chequeo sino que debía partir de una valoración integral de los tres elementos del test en la que, además, se tuvieran en cuenta tanto el derecho de los titulares a percibir una retribución justa como los riesgos que implica la protección excesiva de los derechos de autor

para los derechos humanos y libertades fundamentales, para los derechos de los competidores – sobre todo en mercados secundarios - y para otros intereses públicos, en especial los que tienen que ver con el progreso científico y el desarrollo cultural, social y económico (Geiger et al., 2008, p. 4-5).

Así mismo, en un estudio adelantado por investigadores de la Universidad de Amsterdam y de la Universidad de Minnesota sobre la posibilidad de establecer un instrumento internacional que armonizara lo relativo a las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, se llegó a la conclusión de que

“Mientras que la doctrina clásica enfatiza su función de imponer límites a la ‘erosion’ del derecho de autor que generan las limitaciones y excepciones, académicos más progresivos perciben el test de los tres pasos simplemente como un examen de proporcionalidad que permite a los países un relativamente amplio margen de discreción a la hora de codificar limitaciones y excepciones, mientras balancean los intereses de los titulares de derechos contra los intereses de los usuarios y de la sociedad en general. Leído de forma constructiva y dinámica, el test de los tres pasos se convierte en una cláusula que no sólo limita las limitaciones sino que empodera a los Estados para promulgarlas y para acogerse al examen de proporcionalidad que forma su núcleo y que tiene en cuenta, entre otras cosas, los derechos y libertades fundamentales y el interés general. (...) A partir del análisis precedente, podemos concluir que cualquier excepción que no sea exageradamente amplia, que no robe a los titulares de derechos la posibilidad – potencial o real - de percibir ingresos y que no cause un daño desproporcionado a los titulares, pasará el test. El test no establece un modelo para el diseño de un sistema nacional preferido de limitaciones y excepciones. El test probablemente permite tanto limitaciones discretas al estilo europeo como excepciones más amplias al estilo del uso justo, o, posiblemente, una combinación de ambas” (Hugenholtz & Okediji, 2008, p. 25-26).

En consecuencia, es posible hacer una interpretación extensiva de la regla de los tres pasos, entendiéndola como un test de proporcionalidad cuya aplicación debe contener valoraciones relativas tanto a la necesidad de proteger los derechos de los titulares como a la protección del interés general. Además, bajo esta interpretación, es posible admitir el establecimiento de cláusulas abiertas de excepciones a los derechos de autor en las cuáles se establezcan reglas y criterios interpretativos que sirvan como guía a los jueces para decidir conflictos concretos en esta materia, sin necesidad de establecer listas taxativas de excepciones que no se adecuan a la cambiante realidad tecnológica.

### 3. Fair dealing: el modelo canadiense

La cláusula abierta de excepciones a los derechos de autor en Canadá fue introducida en su ley de derechos de autor en 1921 y, originalmente, era una transcripción de la normativa inglesa de 1911. Desde entonces, ha sido modificada en tres ocasiones: en dos de ellas para



diferenciar el tratamiento que debe darse a algunos usos permitidos de obras protegidas y la última, en el 2012, con el fin de ampliarla. La doctrina del fair dealing en la legislación canadiense podría ser definida como una excepción general y de amplio espectro, pues indica que no se considerarán como violaciones a los derechos de autor aquellos usos que tengan ciertos fines determinados por la ley (en la actualidad, dichos fines son la investigación, el estudio privado, la crítica, la reseña, la difusión de noticias, la educación, la parodia y la sátira). Sobre su alcance, la Corte Suprema canadiense ha dicho lo siguiente:

“Procedimentalmente, un demandado debe probar que su trato con una obra ha sido justo; sin embargo, la excepción de trato justo es tal vez mejor entendida como una parte integral de la ley de derechos de autor y no sólo como un simple mecanismo de defensa. Cualquier acto cobijado por la excepción de trato justo no constituirá una infracción a los derechos de autor. La excepción de trato justo, como las otras excepciones contempladas en la ley de derechos de autor, es un derecho de los usuarios. Con el fin de mantener el debido balance entre los derechos de un titular y los intereses de los usuarios, ella no debe ser interpretada restrictivamente.” (CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004).

En la misma sentencia, la cual, además, puede considerarse como la sentencia hito que consolidó la línea jurisprudencial que prima en la actualidad, la Corte explica que para determinar si un determinado uso ha sido o no justo se deben considerar seis factores, a saber:

- El propósito del uso, al cual no debe dársele una interpretación restrictiva pues se podrían restringir indebidamente los derechos de los usuarios;
- El tipo de trato que se dio a la obra, es decir, si se hizo una, pocas o múltiples copias;
- La cantidad del uso. Refiriéndose a la extensión del uso, es decir, a si se copió totalmente la obra o sólo partes de la misma;
- Si existían o no alternativas de uso de la obra, es decir, si el usuario podía o no tener acceso a la obra por otros medios que no implicaran su copia;
- La naturaleza de la obra. Si era inédita o ya estaba publicada, o si la información contenida en ella era o no confidencial, por ejemplo;
- Y el efecto del uso sobre la obra original. Así, por ejemplo, si la copia entrara a competir en el mercado con el original, el uso no sería justo.

La doctrina del fair dealing difiere de la doctrina del uso justo estadounidense en varios aspectos. El primero de ellos consiste en que los usos permitidos por el fair dealing están taxativamente contemplados en la ley mientras que la normativa estadounidense la lista de usos permitidos que allí aparecen es meramente ejemplificativa. Por este motivo es que, por ejemplo, antes de la modificación introducida por la Copyright Modernization Act de 2012, todo acto de parodia o sátira era considerado un uso infractor. La otra diferencia importante es que la doctrina estadounidense establece muchos menos criterios de análisis, pues son sólo cuatro, pero son mucho más amplios:

- El propósito y la naturaleza del uso, incluyendo si se realiza con ánimo de lucro, sin ánimo de lucro, o con fines educativos y si se trata de una obra transformativa;
- La naturaleza de la obra protegida, teniendo en cuenta si es una obra de ficción o no y si ha sido publicada o no;
- La cantidad y sustancialidad de la porción de la obra que fue utilizada, teniendo en cuenta que prima más el criterio de sustancialidad o calidad del uso que el de cantidad;
- El efecto del uso sobre el potencial mercado o el valor de la obra protegida.

Además de estos, que son los criterios de análisis normalmente aceptados, en un caso en particular (Basic Books) se tuvieron en cuenta otros criterios adicionales: la necesidad de defenderse de prácticas anticompetitivas y la existencia de prácticas y políticas institucionales adecuadas a la doctrina del uso justo (D'Agostino, 2008, p. 345-351). Con el uso de estos dos criterios adicionales, este caso pone de presente la amplia libertad interpretativa con que cuentan los jueces estadounidenses, a diferencia de los canadienses, que deben enmarcar sus decisiones únicamente en los criterios previamente señalados.

El modelo de fair dealing canadiense resulta muy interesante pues debe tenerse en cuenta que el sistema jurídico de este país se basa tanto en la tradición de derecho continental europeo como en la de derecho consuetudinario de los países anglosajones. Lo anterior es evidente en la construcción de la doctrina objeto de estudio, la cual permite garantizar la seguridad jurídica al establecer unas categorías fijas que sirven como marco claro de acción a los jueces, pero también permite que estos puedan aplicar un examen de proporcionalidad teniendo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto. Por este motivo, consideramos que este modelo mixto se ajusta a los requerimientos del principio de legalidad imperante en un país de tradición civilista como Colombia a la vez que da mayores garantías a los usuarios y permite proteger el interés general.

#### 4. Una propuesta de cláusula abierta para Colombia

A partir del análisis presentado anteriormente, y teniendo en cuenta que consideramos que la fórmula de actualización del sistema de excepciones contenida en el proyecto de ley que fue puesto a consideración de la comunidad no es suficiente para garantizar la protección de los derechos de libertad de expresión, de acceso a la cultura y de educación de la ciudadanía, proponemos que en la ley de derechos de autor colombiana se incluya una cláusula en el siguiente sentido:

Por razones de interés público, algunos usos de obras protegidas no constituirán una violación de los derechos patrimoniales de sus titulares. Para efectos de lo aquí dispuesto, estará permitido:

- a) El uso de obras protegidas con el fin de adelantar investigaciones, estudios privados o, en general, cualquier actividad educativa.

b) El uso de obras protegidas con el fin de parodiarlas o satirizarlas, siempre que se mencionen la fuente desde la que fue adquirida y el nombre del autor. Si se trata de una ejecución o interpretación, deberá mencionarse también al intérprete o ejecutante.

c) El uso de obras protegidas con el fin de criticarlas o reseñarlas, siempre que se mencionen la fuente desde la que fue adquirida y el nombre del autor. Si se trata de una ejecución o interpretación, deberá mencionarse también al intérprete o ejecutante.

d) El uso de obras protegidas con el fin de difundir conocimientos técnicos, científicos o culturales, siempre que la actividad de difusión se realice sin ánimo de lucro.

Parágrafo. Para determinar si una determinada conducta se ajusta a alguna de las situaciones descritas en el presente artículo, el juez deberá tener en cuenta cuál fue el propósito del uso, la naturaleza de la obra, la disponibilidad de ejemplares legales de la obra en el mercado y el efecto del uso sobre la explotación económica de la obra original.

## Referencias

Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos. escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. Revista Derecho del Estado, 81-94.

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 29320 (Supreme Court of Canada 10 de Noviembre de 2004).

D'Agostino, G. (2008). Healing fair dealing? A comparative copyright analysis of Canada's fair dealing to UK fair dealing and US fair use. McGill Law Journal, 53, 309-363.

Electronic Frontier Foundation. (16 de Septiembre de 2014). Documents. Obtenido de Electronic Frontier Foundation: <https://www.eff.org/document/three-step-test>

Geiger, C. (1 de Septiembre de 2008). Research news - Declaration three step test. Obtenido de Max Planck Institute for Innovation and Competition: [http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/01\\_balanced/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_spanish1.pdf](http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf)

Hugenholtz, B., & Okediji, R. (2008). Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright. Facultades de Derecho de la Universidad de Amsterdam y de la Universidad de Minnesota. Amsterdam: UvA. Obtenido de Instituto de Derecho Informático de la Universidad de Amsterdam: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/937>

José Manuel Rodríguez Rangel vs. Empresas Públicas de Cartagena, T-406 (Corte Constitucional Colombiana 5 de Junio de 1992).

Palencia, E. (2014). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia anti-formal y obligatoria. *Justicia*, 151-161.

Quintero, L. (2011). Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos abiertos y *numerus apertus*. *Diálogos de Derecho y Política*(7), 1-16.

Rengifo, E. (2008). Un nuevo reto del derecho en la edad de la información. *La Propiedad Inmaterial*(12), 105-120.

Rodríguez, S. (2004). *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

## Anexo B. Creación y revisión de excepciones a las MTP

A continuación se realizarán observaciones tomando como referencia el artículo 15 del anteproyecto de ley. Aunque el texto de ese artículo se refiere a las excepciones del derecho de autor y no a las Medidas Tecnológicas de Protección (MTP), vamos a usar ese mismo artículo como parámetros para pensar en el proceso de actualización de estas MTP para ofrecer comentarios y presentar propuesta de redacción que se ajuste a las necesidades actuales de Colombia y a los términos del TLC. Como insumo principal del análisis se tomará la experiencia de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos como entidad encargada de actualizar las excepciones a las MTP en dicho país y las críticas que han surgido desde que la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) entró en vigencia.

Teniendo en cuenta que la presente reforma a la Ley 23 de 1992 se desprende de las obligaciones adquiridas por Colombia en virtud del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, el análisis se complementará con la experiencia de Australia, país que celebró un TLC con Estados Unidos en términos similares a los de Colombia. Particularmente, el artículo 17.4(7)(e)(viii) del TLC entre Estados Unidos y Australia es prácticamente idéntico al artículo 16.7(4)(f) del TLC entre Estados Unidos y Colombia, tal como se evidencia a continuación:

TLC Estados Unidos y Australia - Artículo 17.4(7)(e)(viii)	TLC Estados Unidos y Colombia - Artículo 16.7(4)(f)
Usos no infractores de una obra, interpretación o fonograma en una clase particular de obras, interpretaciones o fonogramas, cuando un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores sea verdaderamente demostrado en una	Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución o fonograma, en una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, siempre que cualquier excepción o limitación adoptada acorde con este subpárrafo estará

<p>revisión o proceso legislativo o administrativo; y siempre que dicha revisión o proceso se lleve a cabo por lo menos una vez cada 4 años desde la fecha en la que concluyó dicha revisión o proceso.</p>	<p>basada en la existencia de evidencia sustancial, encontrada luego de un proceso legislativo o administrativo, de un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores; y siempre que se haga una revisión de dichos hallazgos mediante un procedimiento administrativo o legislativo, en intervalos no más de 4 años, para determinar si todavía existe evidencia sustancial de un impacto real o potencialmente adverso sobre aquellos usos no infractores.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Así las cosas, es factible que la implementación del TLC entre Estados Unidos y Colombia sea similar a la implementación del TLC entre Estados Unidos y Australia, incorporando las lecciones de la experiencia de estos países. Si bien Australia creó un proceso administrativo para revisar las expresiones a las MTP similar al DMCA, las normas que rigen el proceso australiano pretenden subsanar ciertas problemáticas que se presentaron en Estados Unidos. A continuación presentamos un cuadro comparativo entre la DMCA de Estados Unidos [1] y la Sección 248 del Copyright Act 1968 de Australia, respecto a la revisión de las expresiones a las MTP:

17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C)-(D)[2]	Sección 249 Copyright Act 1968[3]
<p><b>(C)</b> During the 2-year period described in subparagraph (A), and during each succeeding 3-year period, the Librarian of Congress, upon the recommendation of the Register of Copyrights, who shall consult with the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce and report and comment on his or her views in making such recommendation, shall make the determination in a rulemaking proceeding for purposes of subparagraph (B) of whether persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by the prohibition under subparagraph (A) in their ability to make noninfringing uses under this title of a particular class of copyrighted works. In conducting such rulemaking, the Librarian shall examine—</p> <p><b>(i)</b> the availability for use of copyrighted</p>	<p>(1) The Governor-General may make regulations, not inconsistent with this Act, prescribing all matters that are required or permitted by this Act to be prescribed or are necessary or convenient to be prescribed for carrying out or giving effect to this Act and, in particular, prescribing penalties not exceeding a fine of \$100 for offences against the regulations.</p> <p>(2) Without limiting subsection (1), the Governor-General may make regulations prescribing the doing of an act by a person for the purposes of subsections 116AN(9) and 132APC(9).</p> <p>(3) However, the Governor-General must not make a regulation prescribing the doing of an act by a person unless the Minister makes a recommendation to prescribe the doing of the act by the person.</p> <p>(4) The Minister may only make a</p>

<p>works;</p> <p><b>(ii)</b> the availability for use of works for nonprofit archival, preservation, and educational purposes;</p> <p><b>(iii)</b> the impact that the prohibition on the circumvention of technological measures applied to copyrighted works has on criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, or research;</p> <p><b>(iv)</b> the effect of circumvention of technological measures on the market for or value of copyrighted works; and</p> <p><b>(v)</b> such other factors as the Librarian considers appropriate.</p> <p><b>(D)</b> The Librarian shall publish any class of copyrighted works for which the Librarian has determined, pursuant to the rulemaking conducted under subparagraph (C), that noninfringing uses by persons who are users of a copyrighted work are, or are likely to be, adversely affected, and the prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to such users with respect to such class of works for the ensuing 3-year period.</p>	<p>recommendation to prescribe the doing of an act by a person if:</p> <p>(a) a submission has been made (whether before or after the commencement of this section) to prescribe the doing of the act by the person; and</p> <p>(b) the doing of the act by the person will not infringe the copyright in a work or other subject-matter; and</p> <p>(c) the doing of the act by the person is in relation to a particular class of works or other subject-matter ; and</p> <p>(d) an actual or likely adverse impact on the doing of the act by the person has been credibly demonstrated; and</p> <p>(e) the adequacy of the protection and the effectiveness of the remedies provided by Subdivision A of Division 2A of Part V and Subdivision E of Division 5 of Part V would not be impaired if the doing of the act by the person were prescribed.</p> <p>(5) If a submission has been made to prescribe the doing of an act by a person, the Minister must make a decision whether to recommend the prescription of the doing of the act by the person as soon as practicable after receiving the submission, but in any case, within 4 years of receiving it.</p> <p>(6) The Governor-General may make regulations varying or revoking regulations made under subsection (2).</p> <p>(7) However, the Governor-General must not make a regulation varying or revoking a regulation made under subsection (2) unless the Minister makes a recommendation to vary or revoke the regulation.</p> <p>(8)The Minister may make a recommendation to vary or revoke a regulation made under subsection (2) only if:</p> <p>(a) a submission has been made to vary or revoke the regulation; and</p> <p>(b) an actual or likely adverse impact on the</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>doing of the act by the person that is the subject of the regulation can no longer be credibly demonstrated; and</p> <p>(c) the adequacy of the protection and the effectiveness of the remedies provided by Subdivision A of Division 2A of Part V and Subdivision E of Division 5 of Part V would be impaired if the regulation were not varied or revoked.</p> <p>(9) If a submission has been made to vary or revoke a regulation made under subsection (2), the Minister must make a decision whether to recommend the variation or revocation of the regulation as soon as practicable after receiving the submission, but in any case, within 4 years of receiving it.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Al analizar la propuesta consagrada en el anteproyecto que se discute, encontramos que no se ha contemplado un mecanismo de excepciones a las MTP que se pretenden salvaguardar de acuerdo con el artículo 10.

Con el fin de implementar un sistema balanceado de derechos de autor, es fundamental establecer un procedimiento de creación y revisión periódica de excepciones a las MTP que permita a los usuarios desbloquear las MTP sin necesidad de obtener autorización directamente de los titulares de los derechos de autor, para realizar usos no infractores a los derechos de autor. Por lo tanto, proponemos incluir un nuevo artículo que establezca un procedimiento efectivo y eficiente de creación y revisión de excepciones a las MTP. La propuesta es la siguiente:

La propuesta es la siguiente:

15 A. Nuevo Artículo. Creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección:

La Biblioteca Nacional de Colombia, con base en la recomendación de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, hará una revisión periódica por lo menos una vez cada cuatro años de las excepciones a las medidas tecnológicas de protección, con el fin de crear, modificar o revocar las excepciones a las medidas tecnológicas de protección. La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor recibirá solicitudes de personas naturales o jurídicas con el fin de elaborar sus recomendaciones.

15A-Nuevo Artículo. Creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección:

La Biblioteca Nacional de Colombia, con base en la recomendación de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, hará una revisión periódica por lo menos una

vez cada cuatro años de las excepciones a las medidas tecnológicas de protección, con el fin de crear, modificar o revocar las excepciones a las medidas tecnológicas de protección. La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor recibirá solicitudes de personas naturales o jurídicas con el fin de elaborar sus recomendaciones.

15.1. La Biblioteca Nacional de Colombia creará excepciones a las medidas tecnológicas de protección cuando se cumplan los siguientes requisitos:

3. El uso de una obra, interpretación o ejecución o fonograma no constituya un uso no infractor de los derechos de autor que recaen sobre las obras protegidas por las medidas tecnológicas de protección; y
4. Se presente evidencia de un efecto adverso real o potencial causado por las medidas tecnológicas de protección sobre los usos no infractores.

15.2. Las excepciones creadas por la Biblioteca Nacional de Colombia de acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo serán permanentes pero estarán sujetas a revisión por lo menos una vez cada cuatro años y la Biblioteca Nacional de Colombia podrá modificar o revocar tales excepciones. Sin embargo, la Biblioteca Nacional de Colombia no podrá modificar o revocar las expresiones creadas acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo, salvo que la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor presente una recomendación en este sentido con base en solicitudes presentadas por terceros interesados.

Las Biblioteca Nacional de Colombia modificará o revocará excepciones a las medidas tecnológicas de protección creadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 15.1 del presente artículo cuando se cumplan los siguientes requisitos:

3. El efecto adverso real o potencial causado por las medidas tecnológicas de protección sobre los usos no infractores ya no pueda ser demostrado; y
4. Se presente evidencia de un efecto adverso a la adecuación y efectividad de la protección de los derechos de autor real de no modificarse o revocarse la excepción bajo revisión.

La Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor deberá dar trámite a las solicitudes para crear, modificar o revoca excepciones a las medidas tecnológicas de protección respetando el debido proceso, dándole oportunidad a terceros interesados pronunciarse sobre la solicitud y trasladando las observaciones de los terceros los solicitantes para que presenten argumentos o pruebas adicionales.

Parágrafo: El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento administrativo para la creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección en un término de 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

A continuación encontrarán los argumentos que fundamentan nuestra propuesta:



1. La reglamentación de las excepciones a las MTP debería ser realizada por la Biblioteca Nacional de Colombia por solicitud de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor

El proceso de creación y revisión de excepciones a las MTP es una pieza fundamental para el sistema de derechos de autor, pues es la válvula de escape que permite un balance entre la protección a los derechos de autor y el acceso a la información. [4]

La Biblioteca Nacional de Colombia es la entidad idónea para realizar la creación y revisión de las excepciones a las MTP. Por un lado, la facultad reglamentaria del poder ejecutivo legitima a la Biblioteca Nacional de Colombia para crear y revisar excepciones a las MTP, sin interferir con la potestad del Congreso en materia de derechos de autor. Por otro lado, la Biblioteca Nacional de Colombia cumple una función importante en materia de preservación y disponibilidad de información y, de contar con los recursos necesarios, podría responder ágilmente a las necesidades de los usuarios en el entorno digital.

- 1.1. La Biblioteca Nacional puede ejercer la potestad reglamentaria para crear y revisar excepciones a las MTP.

Las MTP restringen de manera efectiva el acceso a contenidos, incluso impidiendo que el público pueda llevar a cabo usos no infractores de derechos de autor. El ejemplo clásico de esta situación se presenta cuando una obra que está en el dominio público ha sido incluida en un archivo digital encriptado. Si bien el uso de la obra en el dominio público no se encuentra protegido por los derechos patrimoniales de autor, el acceso de ella se encuentra limitado por MTP y su elusión no autorizada podría generar responsabilidad civil con las indemnizaciones a que haya lugar.

En efecto, la protección de las MTP crea una fuente de responsabilidad civil para quienes las eludan sin autorización, en razón a que el desarrollo de la tecnología ha facilitado nuevas formas de violación a los derechos de autor en el entorno digital. Sin embargo, la protección de las MTP no hace parte de los derechos de autor. Los derechos de autor están conformados por los derechos morales y patrimoniales, consagrados en el capítulo II de la Ley 23 de 1982 y reconocidos en diferentes tratados internacionales [5], lo cual no pretende ser, y no puede ser, modificado en virtud del TLC con Estados Unidos. Así las cosas, las MTP representan una protección tecnológica sobre contenidos digitales independiente de los derechos de autor. De hecho, el literal a artículo 10 de la presente ley prohíbe la elusión de las MTP incluso cuando el acceso a las obras no constituye violación a los derechos de autor.

Como fue explicado, las MTP no son una protección de propiedad intelectual, pues no pretenden proteger la creación intelectual original que realice una persona sino que actúan como un candado que limita el acceso a contenidos en el ámbito digital. Lo que se protege es ese candado y por tanto, la reglamentación de las excepciones a las MTP no está incluida en las facultades exclusivas legislativas del Congreso respecto de los derechos de autor[6]. Por el contrario, el poder ejecutivo tiene la potestad reglamentaria para ejecutar el procedimiento administrativo de creación y revisión de excepciones a las MTP, conforme a los parámetros establecidos por el Congreso que deberán ser otorgados en este anteproyecto de ley[7]. Tal como la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad para negar u otorgar registros de marcas y patentes conforme a los criterios dispuestos en las normas aplicables[8], se otorgaría la capacidad para crear, modificar o revocar excepciones a las MTP.

Es importante resaltar que Estos Unidos, el socio comercial de Colombia tiene un esquema similar de revisión de excepciones a las MTP con base en los mismos argumentos. Realizando un análisis de derechos comparado nos damos cuenta que la

Constitución de Estados Unidos también tiene una disposición que otorga al congreso de manera privativa la función legislativa sobre asuntos de propiedad intelectual[9]. Sin embargo, al tener claro que las MTP no constituyen un derecho de autor sino un mecanismo tecnológico que limita el acceso a contenidos, el Congreso de Estados Unidos en la DMCA estableció que la Biblioteca del Congreso sería la entidad gubernamental para implementar el procedimiento de revisión periódica de las excepciones a las MTP. Tal como lo expondremos en el siguiente acápite, contar con un procedimiento de creación y revisión de excepciones a las MTP práctico y ágil nos permite competir en igualdad de condiciones con nuestro socio comercial, pues el proceso legislativo no tiene la capacidad de reacción que los avances tecnológicos imponen.

## 1.2. La Biblioteca del Congreso de la República de Colombia pretende promover la preservación y disponibilidad de la información

Uno de principales objetivos de la Biblioteca del Congreso de la República de Colombia es la conservación y disponibilidad del patrimonio documental, con el fin de preservar la memoria cultural de la nación a través del depósito legal[11] sin limitarse al material bibliográfico o documental, de manera que se preserve y se mantenga la disponibilidad de la información. Así las cosas, la Biblioteca del Congreso de la República de Colombia tiene el conocimiento y experiencia requerida para analizar los casos en los que el acceso a la información está siendo limitado de manera injustificada por las MTP.

No obstante, con el fin de contar con un concepto de una entidad experta en derechos de autor, es importante vincular al trámite de creación y revisión de excepciones a las MTP a la DNDA. De esta manera se pretende que el procedimiento de creación y excepciones a las MTP se tengan en cuenta los argumentos para facilitar el acceso a la información y los argumentos para conservar las MTP, con el fin de alcanzar un sistema balanceado de derechos de autor.

Este procedimiento es similar al que se implementó en Estados Unidos, pues si bien en el procedimiento de creación de excepciones a las MTP participa la Oficina de Derechos de Autor, la decisión final la toma la Biblioteca del Congreso que es la entidad gubernamental encargada de preservar el patrimonio cultural[12].

De contar con recursos económicos y capacitación suficiente, la Biblioteca del Congreso de la República de Colombia tiene la capacidad de responder a las necesidades de los usuarios con agilidad y de manera oportuna, garantizando que el procedimiento de actualización de excepciones a las MTP sea un verdadero mecanismo de balance entre los intereses de los titulares de derechos de autor y las necesidades de acceso a la información. De igual forma, sujeto a la disponibilidad de recursos, la DNDA al ser la entidad especializada en derechos de autor tiene un conocimiento profundo que le permite entender el impacto de las excepciones y las MTP en el sistema de derechos de autor colombiano, tiene la capacidad para analizar evidencia sobre los efectos adversos de las MTP a usos no infractores, ponderando los argumentos de los solicitantes y los argumentos de quienes implementaron las MTP.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que el procedimiento de creación y revisión de excepciones a las MTP requerirá de recursos tanto humanos como económicos. Esto debe ser tenido en cuenta con el fin de asegurar que la Biblioteca del Congreso de la República de Colombia y la DNDA contarán con el presupuesto necesario para llevar a cabo sus funciones. En la medida en que la implementación del procedimiento de creación y revisión de excepciones a las MTP genera un gasto para la Nación, en la exposición de motivos del presente proyecto de ley deberán incluirse un análisis sobre el impacto fiscal

previsto y la fuente del ingreso para financiar dichos gastos[13]. Adicionalmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe rendir un concepto favorable durante el trámite legislativo en el que confirme la disponibilidad de recursos.[14]

2. El término de revisión debe ser por lo menos una vez cada 4 años

La DMCA establece que la revisión de excepciones a las MTP se deben realizar cada tres años. Sin embargo, esta no es la obligación adquirida en virtud del TLC entre Estados Unidos y Colombia, pues sólo establece que la revisión sea al menos una vez cada cuatro años. El término de 4 años es favorable por varias razones. Por un lado, permitiría que se crearan excepciones que estarían vigentes sin estar sujetas a modificación o revocatoria por un tiempo considerable, evita que se sature la capacidad administrativa de la entidad encargada de actualizar las excepciones a las MTP, permite que la revisión se realice una vez en cada periodo presidencial, y cumple con las obligaciones establecidas en el TLC con Estados Unidos[15].

3. El requisito probatorio de la necesidad de la excepción debe ser cualquier efecto negativo que haya ocurrido o que sea razonablemente previsible.

Incorporar requisitos probatorios que dificulten a los usuarios justificar la necesidad de las excepciones a las MTP anularía el efecto positivo del el proceso de revisión. El análisis de la evidencia se debe realizar de acuerdo con lo ya establecido para este efecto en las normas del debido proceso incorporadas en la legislación Colombiana[18]. Así, la DNDA al enfrentarse a la evidencia presentada debe analizarla en conjunto y de acuerdo con las reglas de la experiencia y la sana crítica.

Aunado a lo anterior, los hechos objeto de prueba no deben establecer un parámetro inalcanzable para los usuarios, pues tanto la industria como los usuarios de las obras sujetas a MTP se verían afectados. En Australia y en Estados Unidos se ha criticado fuertemente que se exija prueba de un efecto *sustancialmente* adverso a un uso no infractor que haya ocurrido[19]. Por un lado, reportes han establecido que los usuarios tienen grandes dificultades para demostrar que un efecto es *sustancialmente* adverso, en razón a que es un término ambiguo que ha sido interpretado para exigir un examen más riguroso[20].

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los cambios y desarrollos tecnológicos generan un impacto imprevisto al momento de implementarse pero también permiten anticipar ciertos efectos tanto para la industria como para los usuarios. Requerir prueba del acaecimiento un efecto adverso para usos no infractores limita de manera innecesaria la creación de excepciones a las MTP, por lo que se debe contemplar la posibilidad de admitir pruebas de efectos adversos que puedan ser razonablemente previstos.

Teniendo en cuenta lo anterior, proponemos acoger el modelo australiano estableciendo que la evidencia suministrada deberá probar un efecto adverso que haya ocurrido o que se pueda prever de manera razonable.

4. Sólo se deben modificar o revocar las excepciones a las MTP por solicitud de un interesado

En línea con la interpretación realizada en Australia del TLC con Estados Unidos, proponemos que las excepciones a las MTP sean modificadas o revocadas por solicitud de un interesado y no expiren de manera automática cada cuatro años. El hecho de que las expresiones a las MTP expiren de manera automática en el sistema de Estados Unidos y se requiera analizar la solicitud de la excepción de nuevo ha sido objeto de grandes críticas[21]. De acuerdo con el procedimiento implementado por la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos tal como está establecido en la DMCA, las excepciones creadas por la Biblioteca expiran cada tres años y para volverlas a conceder se requiere que un interesado presente

una nueva solicitud, la cual será analizada de nuevo sin tener presunción a favor. Esto impone una carga adicional a los usuarios pues no sólo debe construir un caso a favor de nuevas excepciones, sino también deben recabar pruebas y realizar una nueva solicitud para mantener la vigencia de las excepciones ya concedidas. Adicionalmente, la vigencia de las excepciones genera inseguridad jurídica de desincentivaría la inversión en ciertos desarrollos que dependan de la vigencia de tales excepciones. Por ejemplo, una las universidades o incubadoras de emprendimientos podrían inclinarse dejar de invertir en desarrollos que requieran evadir las MTP para usos no infractores de cierta tecnología, si no es claro que la excepción permanecerá vigente por más de cuatro años [22].

En vista de esta problemática, Australia ha decidido modificar el procedimiento de una manera consistente con el TLC. Así, las excepciones creadas se mantendrán vigentes sin alteración alguna hasta tanto un tercero interesado solicite su modificación o revocatoria [23]. Al igual que en el caso de Australia, el TLC celebrado entre Colombia y Estados Unidos permite esta aproximación en la medida en que sólo exige que el gobierno permita la posibilidad de revisión de las excepciones por lo menos una vez cada cuatro. El TLC entre Colombia y Estados Unidos no establece la obligación de imponer una vigencia a las excepciones creadas a las MTP. Así las cosas, los intereses de los titulares de los derechos de autor están protegidos con la posibilidad de solicitar la revisión o revocatoria de las excepciones a las MTP.

#### 5. Reglamentación

Por último, consideramos necesario incluir una cláusula que le dé poderes al gobierno en un plazo prudente de implementar el procedimiento de actualización de excepciones.

#### Referencias

- [1] IT Law Wiki, *DMCA Exemptions to the Prohibition on Circumvention*, [http://itlaw.wikia.com/wiki/DMCA\\_Exemptions\\_to\\_the\\_Prohibition\\_on\\_Circumvention#cite\\_note-31](http://itlaw.wikia.com/wiki/DMCA_Exemptions_to_the_Prohibition_on_Circumvention#cite_note-31) y Corynne Mcsherry, *The 2012 DMCA Rulemaking: A Primer*, Mayo 10, 2012, <https://www.eff.org/deeplinks/2012/05/2012-dmca-rulemaking-primer>
- [2] Cornell University Law School, *17 U.S. Code § 1201 - Circumvention of copyright protection systems*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/1201>
- [3] World Intellectual Property Organization, *Copyright Act 1968*, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/au/au412en.pdf>
- [4] Gwen Hinze, *An Australian Perspective on DMCA Rulemaking*, Marzo 2, 2006, <https://www.eff.org/deeplinks/2006/03/australian-perspective-dmca-rulemaking-0>
- [5] Tratado de Berna de 1886, WTC de 1996, entre otros.
- [6] Constitución Política de Colombia, artículo 150, numeral 24.
- [7] Constitución Política de Colombia, artículo 189, numeral 11.
- [8] Constitución de Estados Unidos, Artículo I, Sección 8, Cláusula 8: "To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".
- [9] Copyright Agency Limited, *Inquiry into technological protection measures (tpm) exceptions*, Octubre 2005, <http://copyright.com.au/wp-content/uploads/2015/05/TPM-Submission-7-October-2005.pdf>
- [10] House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, The Parliament of the Commonwealth of Australia, *Review of technological protection measures exceptions Chapter 5 Future Reviews*, Febrero 2006, [http://www.aph.gov.au/parliamentary\\_business/committees/house\\_of\\_representatives\\_committees?url=/laca/protection/report.htm](http://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/house_of_representatives_committees?url=/laca/protection/report.htm)

- [11] Biblioteca Nacional de Colombia, Depósito Legal, <http://www.bibliotecanacional.gov.co/caja-herramientas/sites/default/files/recursos/FolletoDepositoLegal.pdf>
- [12] Library of Congress, About the Library, <https://www.loc.gov/about/>
- [13] Ley 819 de 2003, Artículo 7.
- [14] *Ibíd.*
- [15] House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, The Parliament of the Commonwealth of Australia, *Review of technological protection measures exceptions Chapter 5 Future Reviews*, Febrero 2006, [http://www.aph.gov.au/parliamentary\\_business/committees/house\\_of\\_representatives\\_committees?url=/laca/protection/report.htm](http://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/house_of_representatives_committees?url=/laca/protection/report.htm)
- [16] Arielle Singh, *Agency Regulation in Copyright Law: Rulemaking under the DMCA and Its Broader Implications*, Berkeley Technology Law Journal Vol. 26:18, 2011, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1881&context=btlj>
- [17] Fred Von Lohmann, *DMCA Triennial Rulemaking: Failing Consumers Completely*, Noviembre 30, 2005, <https://www.eff.org/deeplinks/2005/11/dmca-triennial-rulemaking-failing-consumers-completely>
- [18] Art. 176 Código General del Proceso por remisión del art. 211 del Código del Procedimiento Administrativo y del Proceso Contencioso Administrativo.
- [19] Fred Von Lohmann, *DMCA Triennial Rulemaking: Failing Consumers Completely*, Noviembre 30, 2005, <https://www.eff.org/deeplinks/2005/11/dmca-triennial-rulemaking-failing-consumers-completely>
- [20] Electronic Frontier Foundation, *DMCA Triennial Rulemaking: Failing the Digital Consumer*, Diciembre 1, 2005, [https://www.eff.org/files/filenode/dmca\\_rulemaking\\_broken.pdf](https://www.eff.org/files/filenode/dmca_rulemaking_broken.pdf)
- [21] Maryna Koberize, *The DMCA Rulemaking Mechanism: Fail or Safe?*, Washington Journal of Law, Technology & Arts, Vol. 11:., 205, <https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1539/11WJLTA211.pdf?sequence=5>
- [22] House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, The Parliament of the Commonwealth of Australia, *Review of technological protection measures exceptions Chapter 5 Future Reviews*, Febrero 2006, [http://www.aph.gov.au/parliamentary\\_business/committees/house\\_of\\_representatives\\_committees?url=/laca/protection/report.htm](http://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/house_of_representatives_committees?url=/laca/protection/report.htm)
- [23] *Ibíd.*

## Anexo C. Indemnizaciones Preestablecidas

Las indemnizaciones preestablecidas son algo raro en las legislaciones de los países (Samuelson, 2013, p. 5), solo 24 de los 177 miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual las disponen en su legislación interna. Es notable que, de los países que actualmente establecen en su regulación indemnizaciones preestablecidas, 17 son economías emergentes y solo 5 son lo que se pueden llamar economías avanzadas, los otros 28 países con economías avanzadas miembros de la OMPI no imponen en su regulación interna indemnizaciones preestablecidas. Esta figura es común como obligación en los tratados de libre comercio que tiene los Estados Unidos con varios países con economías emergente, esto explica porque, de los países con economías avanzadas, Estados Unidos es uno de los pocos que las implementa.

Una de las razones por la que la implementación de las indemnizaciones preestablecidas ha sido problemática, es que abre la puerta para que se conviertan, en la práctica, en daños punitivos o compensaciones extras en las que no existe una verdadera correspondencia entre el daño y la indemnización. La OMPI ha manifestado abiertamente (WIPO, 2013) que el concepto es muy cercano al de daños punitivos en algunas legislaciones.

Otro de los factores problemáticos en su implementación ha sido la dificultad para establecer criterios claros que le permita a los jueces, determinar una adecuada correspondencia entre el daño y la indemnización dentro del amplio rango entre el que puede desplazarse. Algunas legislaciones como la canadiense y la israelí han implementado criterios guías para la determinación de la indemnización. En la legislación israelí establece que para determinar el valor de la indemnización el juez deberá, entre otras cosas, considere los siguientes factores: El alcance de la infracción; la duración durante de la infracción; la gravedad de la infracción; El perjuicio real causado al reclamante de acuerdo con la evaluación del juez; el beneficio obtenido por el acusado de la infracción de acuerdo con la evaluación del juez; el carácter de la actividad de la demandada; la naturaleza de la relación entre el acusado y el demandante; y La buena fe del demandado.

Los canadienses por su lado han implementado como criterios para la determinación de la indemnización, entre otros:

- La buena o mala fe del demandado
- La conducta de las partes antes y durante el proceso
- La necesidad de evitar otras infracciones de los derechos en cuestión
- En el caso de infracciones para fines no comerciales, la necesidad de una compensación proporcional a la infracción, si la infracción fue con fines privados o no, y el impacto de la infracción en el demandante.

Algunas legislaciones han desarrollado modelos de indemnizaciones preestablecidas que dependen de ciertas condiciones en el objeto, el propósito o la naturaleza del demandante o la infracción; por ejemplo, en Azerbaiyán el rango en el que se puede desplazar la indemnización preestablecida puede variar dependiendo del territorio de la infracción, varios países con tradición jurídica continental como Colombia establecen indemnizaciones preestablecidas para la infracción a los derechos morales, es más, alguno solo las establecen para infracción a los derechos morales. El Vietnam, por ejemplo, solo se reconoce un límite mínimo para la infracción a los derechos morales (Samuelson, 2013, p. 22).

En Canadá, cuando el demandante es una Sociedad de Gestión Colectiva, sólo podrá solicitar, o los daños y el lucro cesante, o una indemnización preestablecidas de entre 3 y 10 veces el valor de las licencias de los derechos infringidos según se establezca el *Canadian Copyright Board*. Otra de las condiciones que determinan el valor de las indemnizaciones en Canadá es el uso comercial, la indemnización preestablecida para infracciones con carácter comercial

pueden estar entre \$500 y \$20.000 CAD, pero si se trata de una infracción no-comercial, la indemnización sólo podrá moverse entre \$100 y \$5000 CAD. (Samuelson, 2013, p. 22)

Si bien las indemnizaciones preestablecidas son un buen mecanismo para asegurar la reparación de los daños y perjuicios causados por una infracción a los titulares, sin criterios claros para su aplicación estos abren la puerta a la imprecisión, la arbitrariedad, y el exceso. Las autoridades de los Estados Unidos ha manifestado la complejidad para establecer indemnizaciones adecuadas al daño (Samuelson, 2013, p. 22-25), es por esto que países como Bulgaria, China, República Dominicana, Corea, Taiwán, y Vietnam proveen la posibilidad para el demandante de solicitar indemnizaciones preestablecidas sólo cuando existen dificultades para establecer el monto de los daños y perjuicios.

Aunque muchas legislaciones establecen un extremo mínimo para la indemnización, en la práctica decisiones existen pocas decisiones en las que un juez determine el valor mínimo, es por ellos que legislaciones como China, Israel, Lituania, Corea, Singapur, y Vietnam no establecen un mínimo, sólo un extremo máximo, esto le permite establecer al juez si efectivamente se otorga o no la indemnización.

Los casos en los que se otorgaron indemnizaciones desproporcionadas por infracciones a unas cuantas obras son comunes en la jurisprudencia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso entre UMG Recordings, Inc. versus MP3.com, se otorgaron indemnizaciones por U\$ 25.000 por obra, para un total de 4700, en este caso se otorgó una indemnización de U\$118 Millones a pesar de no existir ninguna prueba daño, el perjuicio o lucro cesante. Estos casos han sido comunes en el mundo de lo digital y especialmente notables en los casos de Napster, LimeWire, y el Proyecto Google Book Search. Esto se da por la posibilidad de acumular las infracciones en un mismo proceso.

Con el propósito de limitar el monto de la indemnización y evitar la compensación arbitraria y desproporcionada, países como Israel para la determinación del monto de la indemnización preestablecida trata las infracciones llevadas a cabo como parte de una misma actividad como una sola infracción, Malasia establece un máximo de \$500.000 MYR para las infracciones acumuladas en el proceso, y Singapur establece, en ausencia de prueba en contrario, un máximo de S\$200.000 como indemnización al demandante.

## Referencias

24 Samuelson, Pamela and Hill, Phil and Wheatland, Tara, Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long? (March 27, 2013). Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2240569. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2240569>

25 Which kind of damages are available in IP disputes?, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, <http://www.wipo.int/enforcement/en/faq/judiciary/faq08.html#pre> (visited Feb. 17, 2013)

## Anexo D. Garantías dentro del sistema de derecho de autor para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad

Consideramos que una reforma al derecho de autor en Colombia obligatoriamente debe incluir mecanismos jurídicos suficientes y necesarios para garantizar que las leyes de protección a los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el ejercicio de derechos tales como la participación en la vida cultural, la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información, y la educación, reconocidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ratificada por Colombia en 2011.

La CDPD es el primer tratado adoptado en el seno de Naciones Unidas que explícitamente formula las necesidades y preocupaciones de las personas con discapacidad, en términos de derechos humanos (Kayess & French, 2008, p. 43). La Convención consagra una nueva forma de entender la discapacidad desde un modelo social que reconoce la discapacidad como un concepto que “evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (CPDP, preámbulo). La Convención, a su vez, es el primer tratado que requiere a los Estados miembros examinar el equilibrio entre la protección que estos brindan a los autores y titulares, con el derecho del público de acceder a las obras (Rekas, 2013, p. 384).

El Tratado de Marrakech, adoptado el 28 de junio de 2013 en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), es el punto más cercano entre la CDPD y el sistema internacional en materia de derecho de autor (Sganga, 2015, p. 107). El Tratado crea un marco jurídico internacional que busca aliviar la “hambruna” de libros que enfrentan las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Para lograr este objetivo, el Tratado requiere como mínimo que los Estados miembros: i) establezcan en sus legislaciones nacionales una excepción al derecho de reproducción, distribución y de puesta a disposición del público, a fin de facilitar la disponibilidad de obras en formatos accesibles, ii) permitan el intercambio transfronterizo de los ejemplares en formatos accesibles con el fin de evitar la duplicación de esfuerzos en la creación de estos formatos, y iii) garanticen que las medidas tecnológicas de protección no impidan a los beneficiarios gozar de la excepción. Colombia suscribió dicho Tratado en 2013; no obstante, aún no ha efectuado su ratificación.

Organizaciones de personas con discapacidad y de la sociedad civil, en la “Mesa de trabajo por la ratificación e implementación de dicho tratado” convocada por la Coordinadora Nacional de Limitados Visuales (CONALIVI), la Fundación Karisma y la Universidad del Rosario el pasado 26 de septiembre de 2014, mencionaron explícitamente a la DNDA que la excepción al derecho de autor prevista en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 sólo solucionaba la necesidad urgente de las personas ciegas y con baja visión de acceder a la información, al conocimiento y a las TIC y que dicha ley no pretendía hacerle frente a todas las problemáticas que enfrentaban las personas con discapacidad relacionadas con el derecho de autor. Por lo anterior, una vez



ratificado el Tratado de Marrakech, era necesario realizar algunos ajustes en la legislación de derecho de autor para implementarlo efectivamente.

Teniendo en cuenta que el anteproyecto consideró que la Ley 1680 de 2013 agotaba esta temática, el presente anexo evidencia los aspectos en los cuales esta ley se queda corta y que por tanto el proyecto de ley debería resolver con miras a la implementación del Tratado de Marrakech.

## 1. La Ley 1680 no abarca a los beneficiarios cubiertos por el Tratado de Marrakech

<b>Tratado de Marrakech</b>	<b>Ley 1680 de 2013</b>
<p>ARTÍCULO 3: BENEFICIARIOS Será beneficiario toda persona:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) ciega,</li> <li>b) que padezca una discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer que no puede corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad, y para quien es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad;</li> <li>c) o que no pueda de otra forma, por una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura;</li> </ul> <p>independientemente de otras discapacidades</p>	<p>ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley se tienen las siguientes definiciones:</p> <p>Ceguera. La ausencia de percepción de luz por ambos ojos.</p> <p>Baja visión. La persona con una incapacidad de la función visual aún después de tratamiento y/o corrección refractiva común con agudeza visual en el mejor ojo, de <math>\frac{6}{18}</math> a Percepción de Luz (PL), o campo visual menor de 10o desde el punto de fijación, pero que use o sea potencialmente capaz de usar la visión para planificación y ejecución de tareas. Para considerar a una persona con baja visión se requiere que la alteración visual que presente sea bilateral e irreversible y que exista una visión residual que pueda ser cuantificada.</p>

El Tratado es un estándar mínimo o un “piso” cuyo ámbito de aplicación abarca no sólo a las personas ciegas y con discapacidad visual, sino también a aquellas con cualquier otra discapacidad o dificultad que interfiera con la lectura de textos impresos. De la anterior comparación, es evidente que la Ley 1680 de 2013 excluye por lo menos a un tipo de beneficiario que el Tratado de Marrakech sí considera, y por tanto, el proyecto de ley debe incluir una excepción y limitación que tenga este alcance.

En concordancia con la CPDP, el Estado colombiano, a su vez, debe evaluar si el derecho de autor constituye una barrera para el ejercicio de derechos de personas con otras

discapacidades, tales como las personas sordas.

## 2. La Ley 1680 no brinda suficiente seguridad jurídica para que bibliotecas y otras entidades realicen los actos permitidos por la excepción

La Ley 1680 permite que las personas ciegas y con baja visión de forma autónoma e independiente lleven a cabo los actos permitidos por la ley. No obstante, ésta no establece explícitamente si entidades que prestan servicios de acceso a la información a estas personas también pueden llevar a cabo dichos actos.

Por su parte, el artículo 4(1) del Tratado de Marrakech obliga a las partes contratantes a establecer en su legislación nacional de derecho de autor, una limitación o excepción relativa al derecho de reproducción, al derecho de distribución y al derecho de puesta a disposición del público, sin embargo éste no exige que dicha obligación se cumpla a través de un mecanismo específico y antes bien, deja al arbitrio de las partes definir sus propias excepciones y limitaciones mientras se encuentren en conformidad con la regla de los tres pasos (artículos 10 y 11) o adoptar una excepción y limitación de acuerdo con las opciones previstas por el artículo 4(2), es decir, permitiendo que los beneficiarios realicen los actos permitidos o que lo hagan entidades autorizadas.

El Tratado de Marrakech define en su artículo 2(c) que por entidad autorizada debe entenderse *“toda entidad autorizada o reconocida por el gobierno para proporcionar acceso a los beneficiarios, sin ánimo de lucro, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información”*, así como también, *“toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales”*.

El literal (a) del artículo 4(2) del Tratado de Marrakech permite que estas entidades realicen ejemplares en formatos accesibles de las obras, los obtengan de otras entidades, o los suministren a un beneficiario por cualquier medio (incluyendo el préstamo no comercial y la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos), bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: que hayan accedido de forma legal a la obra, que el ejemplar en formato accesible no introduzca más cambios de los necesarios para que el beneficiario acceda a la obra, que los ejemplares en formato accesible sean suministrados exclusivamente a los beneficiarios y que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta el contexto colombiano, en donde el 80% de las personas con limitaciones visuales carece de alimentación adecuada y de vivienda digna con servicios públicos domiciliarios y agua potable (Moreno & Rubio, 2011, p. 45), es posible concluir sin dificultad que debido a su alto precio estas personas no cuentan con los escáneres e instrumentos requeridos para elaborar por sus propios medios los ejemplares en formatos accesibles de las obras, ni las herramientas para acceder a estos formatos e interactuar con ellos (ej. software lector de pantalla, teclado refrescable de braille, etc.), y mucho menos cuentan con el conocimiento para elaborar los formatos accesibles debido al alto nivel técnico que esto requiere, el cual incluye el procesamiento de imágenes a través de programas de cómputo de reconocimiento óptico de caracteres, entre otros procesos de alta complejidad.

Debido a lo anterior y con miras a obtener el mayor provecho para las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, la legislación nacional debería permitir en consonancia con el Tratado de Marrakech, que bibliotecas, archivos y diversas organizaciones que presten sus servicios a las personas con discapacidad puedan actuar como entidades autorizadas. De esta forma, además de los beneficiarios directos, estas entidades también estarían facultadas para realizar los actos permitidos por las excepciones y limitaciones al derecho de autor con plena seguridad jurídica.

Por otra parte, el Tratado de Marrakech no establece un proceso específico o un mecanismo de aprobación para que las entidades cualifiquen como autorizadas por lo que será a la legislación nacional a la que le corresponda fijarlo, o por lo menos, sentar los parámetros para que el gobierno lo determine. Sin embargo esto no constituye una carta blanca para que dicho procedimiento de autorización restrinja los actos permitidos por el tratado y mucho menos para coartar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991 como la igualdad, la información y la libertad de expresión, y en otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia como la CPDP.

En este sentido es fundamental que haya pluralidad de entidades autorizadas y no una entidad única que se encargue de decidir cuáles contenidos serán accesibles y en qué formatos. Esta unicidad generaría dinámicas perversas como la priorización de ciertos contenidos a elaborar por la entidad debido a limitaciones de índole presupuestal, entre otras, obstaculizando así que las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades puedan acceder a los contenidos de su elección, debiendo conformarse con los que la entidad tenga en su haber. La pluralidad de entidades autorizadas favorece la elaboración de formatos accesibles diversos, capaces de satisfacer las también diversas necesidades de los beneficiarios, logrando abarcar de esta forma materiales académicos y recreativos sin discriminación.

De igual forma, es necesario que la legislación nacional garantice que las entidades autorizadas no puedan negarse a realizar formatos accesibles de una obra por razones de opinión política, religiosa, ética, moral o filosófica en aras de garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, el cual de acuerdo con el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole y no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, las cuales poseen igualdad de importancia y deben ser protegidas de forma simultánea:

“[la libertad de expresión] requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La última tentación de Cristo”).

### 3. La Ley 1680 de 2013 no provee un sistema de intercambio transfronterizo de ejemplares ni su importación

La legislación colombiana debe ajustarse a fin de permitir que las personas con discapacidad y las entidades autorizadas puedan participar de la distribución, puesta a disposición e importación de ejemplares accesibles, en los términos que dispone el Tratado de Marrakech.

El artículo 5 del Tratado facilita que diferentes organizaciones puedan compartir sus obras en formatos accesibles con organizaciones de otros países, eliminando la duplicación de esfuerzos en la producción de la misma obra y reduciendo los costos de elaboración de estos ejemplares. En términos prácticos, esto permite que la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) con más de 100.000 títulos accesibles y su entidad equivalente en Argentina con más de 50.000 títulos, puedan compartirlos con otros 19 países de Latinoamérica que también son de habla hispana (OMPI, 2013).

Las partes contratantes del Tratado de Marrakech en virtud del artículo 5(1) deben disponer que si un ejemplar en formato accesible es realizado en virtud de una excepción o limitación, de un mandato o de una disposición legal, éste puede ser distribuido o puesto a disposición por parte de una entidad autorizada a un beneficiario o a otra entidad autorizada en otra parte contratante.

El artículo 6 del Tratado, por su parte, permite la importación de un ejemplar en formato accesible con destino a los beneficiarios y sin necesidad de autorización por parte del titular de los derechos, en la medida que sea permitida la realización de ejemplares en formatos accesibles.

### 4. La Ley 1680 no incluye una definición de formato accesible

El Tratado de Marrakech en su artículo 2(b) define ejemplar en formato accesible como *“la reproducción de una obra, de una manera o forma alternativa que dé a los beneficiarios acceso a ella, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin discapacidad visual o sin otras dificultades para acceder al texto impreso”*. Este mismo artículo, a su vez, dispone que sólo los beneficiarios del tratado podrán usar dicho ejemplar y que éste *“debe respetar la integridad de la obra original, tomando en debida consideración los cambios necesarios para hacer que la obra sea accesible en el formato alternativo y las necesidades de accesibilidad de los beneficiarios”*.

Esta definición establece un parámetro fundamental sobre cómo deben realizarse los ejemplares en formatos accesibles y por tal motivo es importante que se incluya en la legislación nacional. Este parámetro puede leerse en dos vías: a favor de los autores y a favor de los beneficiarios de las excepciones y limitaciones al derecho de autor establecidas en pos del Tratado de Marrakech. La primera de estas vías se justifica en el deber de respetar la integridad de la obra, derecho moral del autor, el cual excluye toda deformación, mutilación o modificación que pueda perjudicar su honor o reputación, o el demérito de su obra. Por su

parte, la segunda vía, introduce una referencia a la igualdad respecto de la viabilidad y comodidad del acceso de los beneficiarios a las obras -en consideración con sus necesidades especiales- comparativamente con las personas que ven.

Éste es el caso, por ejemplo, de la elaboración de un libro electrónico (ejemplar en formato accesible) compuesto mayoritariamente por gráficas. Para que el beneficiario pueda usar un software lector de pantalla que lea el libro electrónico necesita que se haga la transcripción de estas gráficas en el formato accesible. Si no se realiza esta transcripción o si se cambia el contenido de la obra con el fin de facilitar su interpretación, es posible que se afecte la integridad de la obra al haber realizado una mutilación o, en el otro caso, una modificación que podría afectar el mérito de la obra. Pero, a su vez, también se afectaría la igualdad de la persona beneficiaria porque ésta no podría conocer la información contenida en esta gráfica de forma tan viable y cómoda como si puede hacerlo la persona que ve y no se estaría atendiendo a sus necesidades especiales.

## Referencias

Rosemary Kayess & Phillip French. (2008). Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 8 HUM. RTS. L. REV. p. 53.

Caterina Sganga. (2015). Disability, right to culture and copyright: which regulatory option? 29 INT'L REV. L. COMPUTERS & TECH p. 107.  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2694253](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2694253)

Moreno, Marisol & Rubio, Sara Ximena. (2011). Realidad y contexto situacional de la población con limitación visual en Colombia. Una aproximación desde la justicia y el desarrollo humano. Bogotá: Instituto Nacional para Ciegos (INCI) – Universidad Nacional de Colombia. 2011. p. 45. Disponible en  
[http://www.inci.gov.co/doc\\_estadisticas/Realidad%20y%20contexto%20situacional.pdf](http://www.inci.gov.co/doc_estadisticas/Realidad%20y%20contexto%20situacional.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile). Sentencia de 5 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2013). Landmark treaty opens doors for the visually impaired. Wipo Magazine. Disponible en  
[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2013/04/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/04/article_0001.html)