

Bogotá, Noviembre 8 de 2017

Doctor

**Hernán Andrade Quintero**

Senado de la República de Colombia

**Asunto**: Comentarios 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”

Por medio de la presente, me dispongo a presentar comentarios respecto de las disposiciones relativas a la protección de medidas tecnológicas de protección (MTP) incluidas en los artículos 10, 11, 12, 13,14, 31, 32,33 del proyecto de ley anteriormente mencionado. Las opiniones y posiciones expresadas en el presente documento pertenecen a la autora y no comprometen a la Universidad Sergio Arboleda.

**Perfil de la Comentadora**:

Marcela Palacio Puerta, colombiana, docente investigadora de la Universidad Sergio Arboleda. Doctora en Derecho de la American University Washington College of Law. Master en Estudios Legales Internacionales con concentración en Propiedad Intelectual Internacional y Comparada de la misma Universidad. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda grado Magna cum Laude. Noveno puesto a nivel nacional en las pruebas ProSaber 2011. Marcela, ha sido becaría de diversas instituciones como Colfuturo, Google entre otras.

Dentro de sus áreas de experticia se encuentra las cuestiones relativas a la protección a las medidas tecnológicas de protección y los derechos de autor, área en la cual ha escrito diversas obras científicas publicadas a nivel nacional e internacional al igual que ha sido ponente en congresos de expertos a nivel doméstico e internacional en el tema. Entre las más destacadas se encuentra su reciente libro: *“Derechos de Autor, Tecnología y Educación para el Siglo XXI: El Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos”* disponible<http://hdl.handle.net/11232/692>

**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”**

Las Medidas Tecnológicas de Protección (MTP) son software o dispositivos usados por los titulares de derechos de autor para proteger sus obras de usos infractores principalmente, hoy en día, en Internet. No obstante, una MTP no es una obra protegida por el derecho de autor, como se explicó anteriormente, es una herramienta tecnológica que se utiliza para proteger una obra protegida.

Las primeras obligaciones a nivel internacional que mandaban la protección de una MTP se encontraron en el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (TOIEF) de 1996. Colombia es signatario de ambos tratados, los cuales fueron implementados en el artículo 272 de la ley 599 del 2000 ( Código Penal).

No obstante, Estados Unidos, haciendo una implementación maximalista de estos tratados creo un modelo que fue mucho más allá de lo requerido por estos, promulgando el Digital Millennium Copyright Act (1998). Este modelo ha sido criticado a nivel doméstico e internacional por sus efectos colaterales al desbalancear la protección de derechos de autor y por atentar contra la libertad de mercados, la libertad de expresión, los derechos de los consumidores. Lo anterior es importante porque dicho modelo es el que inspira las disposiciones incorporadas en el TLC con Colombia.

Colombia, al implementar las disposiciones del TLC debe tener presente que dicho modelo incluido en el tratado viene con falencias, en otras palabras, es un modelo problemático, por lo tanto, el país debe buscar otorgar una implementación que cumpla con el TLC, proteja a los autores y elimine las falencias propias de dicho modelo. Para lograr esto, debe tener en cuenta las críticas realizadas al sistema norteamericano y subsanar dichas críticas en búsqueda de balance. Aunque suena complejo, **¡esto es posible!**

Un ejemplo es Australia, durante su implementación de las disposiciones MTP del TLC con EE.UU busco subsanar dichos problemas, quedando aún dentro de las obligaciones del TLC. De esta forma, el modelo Australiano, unido a ideas propias de la autora, inspiran esta serie de recomendaciones que se presentan en este documento.

**Comentarios**

**Artículo 10**

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción Actual del Proyecto*** | ***Redacción Sugerida*** |
| 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; o  iii) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.(…) | 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, y ***a sabiendas***, 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; o  iii) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.  ***Parágrafo 1.*** *Para efectos de este artículo se entenderá por:*  *a.* ***fabricación:*** *aquella que se realiza para tercera persona. La fabricación para uso propio no comercial no se encuentra cubierta dentro el ámbito de aplicación de este artículo.*  *b.* ***Importación:*** *aquella que se realiza para tercera persona. La importación para uso propio no comercial no se encuentra cubierta dentro el ámbito de aplicación de este artículo.*  *c.* ***Elusión:*** *no se considerará elusión dentro de los parámetros de la presente ley, aquella realizada por la entidad autorizada dentro de los límites establecidos por la ley.*  ***Parágrafo 2:*** *el usuario de una obra adquirida legalmente que se encuentre protegida por una medida tecnológica de protección que vea afectado su habilidad de realizar un uso permitido bajo la ley de derechos de autor en razón a la medida tecnológica de protección, podrá contactar al titular de la obra para que dicho titular autorice la elusión de la medida. A falta de respuesta del titular, el usuario podrá iniciar una acción administrativa ante la entidad competente que podrá terminar con la imposición de una multa al titular.* |
| ***Justificación:***  El problema que presenta el actual artículo del proyecto de ley es que va mucho más allá de lo que el TLC requiere, y el ir más allá de estos requisitos no necesariamente favorece a los titulares de derechos de autor, pero si puede afectar a usuarios como bibliotecas, profesores, estudiantes, consumidores y hasta los mismos autores, como se explicará más adelante. De esta forma debemos limitar la protección dentro de las obligaciones establecidas en el tratado.  **Primero:** este artículo debe incluir el término a *"sabiendas",* esto se hace para indicar que una elusión accidental no va a ser sancionada. Un ejemplo de una elusión accidental es el uso de un DVD multi-región, el cual está diseñado para leer cualquier tipo de obra sin importar que tipo de TPM de segmentación geográfica tenga. Una MTP de segmentación georgráfica es una herramienta utilizada por la industria cinematográfica, o de televisión entre otras para segmentar mercados, de esta forma la industria decide cuándo, cómo y en dónde explotar su creación. Por lo tanto, si una persona fanática de *Star Wars*, consigue en Estados Unidos de manera legal la última película de la saga durante sus vacaciones, vuelve a su domicilio en Colombia y lo pone en su DVD- multiregión estaría eludiendo una MTP, en la mayoría de los casos sin ni siquiera saberlo. No obstante, estaría sujeto a las sanciones previstas. Lo anterior es más grave si se tiene en cuenta que una MTP de segmentación de mercado busca proteger un modelo de negocio y no una obra protegida.  De igual manera, se debe tener en cuenta que anteriormente los textos de los TLC entre Estados Unidos y sus partes comerciales requerían que la elusión de una MTP fuera con conocimiento para ser sancionada, como en el caso del TLC con Chile. No obstante, con el paso del tiempo, y debido a que los textos de los tratados en propiedad intelectual se hicieron más estrictos, se eliminó este requisito. Aunque el TLC con Colombia no incluyó en su texto el requisito de sólo sancionar las elusiones que se hicieran con conocimiento, esto no impide que dicho elemento se pueda incorporar al momento de legislar, sin infringir los términos del tratado  **Segundo**: el texto del TLC solo manda a prohibir la elusión de una medida tecnológica de acceso, más no la elusión a una medida tecnológica de uso. El actual artículo busca sancionar ambos tipos de elusiones cuando establece: 1) “Sin autorización eluda las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos,” referente a la prohibición de eludir una MTP de acceso y 2) “ o que protegen cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a los usos no autorizados.” Referente a la protección de una MTP de uso o copia. Este tipo de implementación no solo va más allá de los requisitos del TLC sino también establece un sistema no balanceado por las razones que se explicarán a continuación.  En Estados Unidos, las MTP de uso no se encuentran protegidas contra la elusión. Y fue el sentir del Congreso Norteamericano no proteger una TPM de uso contra copia para permitir la realización de “fair use” o usos permitidos. De esta forma, las personas con conocimiento en tecnología pueden eludir una medida tecnológica de uso para realizar usos permitidos. Por ejemplo, en Estados Unidos, un profesor, tecnológicamente sabiondo podría eludir una MTP de copia de un E-book para hacer una cita. No obstante, Si el profesor se ubicara en Colombia, en el contexto de este proyecto de ley, no estaría autorizado por la ley para realizar este uso permitido y podría ser hallado civilmente responsable.[[1]](#footnote-2)  Igualmente, el hecho que se proteja una MTP de copia, pero se establezcan las excepciones que manda el Tratado de Libre Comercio, hace que la protección a una MTP de uso/copia quede por fuera de la aplicación de cualquier excepción, Ya que el TLC no contiene excepciones para este tipo de protección al no establecer obligación de proteger contra la elusión de una medida tecnológica de uso o copia.[[2]](#footnote-3)  Dicha situación no solo perjudicaría el uso de excepciones y limitaciones a la elusión de una MTP existentes, sino que también le restaría efectividad a las excepciones y limitaciones producto del proceso administrativo o legislativo (el cual el TLC manda y el proyecto intenta adoptar) cuando se utilice una MTP de protección mixta. Es decir, aquellas MTP donde la protección de uso y la protección de acceso se hagan indivisibles y, por lo tanto, eludir una no es posible sin afectar la otra. De esta forma, al ser las excepciones solo aplicables a una MTP de acceso, el usuario no estaría protegido bajo la excepción si se trata de una MTP mixta, ya que la elusión a la MTP de copia no estaría cubierta por la excepcion, pudiendo ser hallado, por lo menos, civilmente responsable.[[3]](#footnote-4)  Finalmente la protección a una MTP de uso sin someterla a ninguna excepción puede impedir la utilización en la práctica de cualquier excepción o limitación al derecho de autor presente o futura, ya sea creada por este proyecto o por cualquiera, ya que al hacer de esta disposición una acción civil independiente sin someterla a ninguna excepción, no existirá posibilidad de que los usuarios puedan hacer uso de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.[[4]](#footnote-5) Por ejemplo, el proyecto de ley incluye una nueva excepción para quien desee realizar una parodia. Si el parodiante tuvo acceso legal a la obra, pero dicha obra está protegida por una MTP de copia, es decir no la puede reproducir, o distribuir o transformar, sin tener que eludir la MTP, dicho parodiante no podría realizar la parodia sin infringir la protección a MTP a pesar que realizar la parodia sería legal.  En caso de optar por continuar con la protección contra la elusión de una MTP de uso/ copia, se debe asegurar de establecer una excepción a la protección de dicha medida que permita hacer uso de las Excepciones y limitaciones al derecho de autor  Estas mismas apreciaciones son aplicables en el contexto penal y que requieren ser tenidas en cuenta.  **Tercero:** Respecto del literal b del artículo 10, el problema que presenta el tipo de protección establecido por el proyecto de ley, al igual que la ley estadounidense, es que prohíbe el uso de todos los servicios y dispositivos elusivos, sin importar que estos puedan ser utilizados para realizar un uso permitido por la ley como una excepción o limitación a una obra protegida o incluso una excepción a la elusión de una MTP permitida por la ley. Esta situación causa problemas en la práctica. Por ejemplo, en EE.UU las personas con discapacidad visual han obtenido una excepción a través del proceso administrativo para eludir una TPM. No obstante, dichas personas no pueden hacer uso de la excepción porque no existen dispositivos o servicios elusivos legales que se lo permitan, debido a la prohibición al tráfico en dispositivos.[[5]](#footnote-6)  No obstante Colombia puede mitigar este problema dentro de las obligaciones del Tratado. Para esto, se debe seguir el ejemplo de Australia al implementar el Tratado de libre comercio con EE.UU.  Australia limitó la definición de los términos **“fabricación”** e **“importación”** de tal forma que se entienda que la prohibición no incluye la fabricación para uso propio y la importación privada para uso propio. De esta manera, cualquier beneficiario de una excepción a la elusión de una MTP de acceso, puede hacer uso de esta si tiene los conocimientos para crear o los recursos para importar para uso privado un dispositivo elusivo.  No obstante, esta solución que encontramos en el derecho comparado se debe y puede complementar siguiendo el ejemplo de la ley de Nueva Zelanda. En dicha ley se autoriza a determinada entidad y determinadas personas donde los usuarios beneficiarios de una excepción o limitación pueden acudir para que de manera legal se eluda la MTP y hacer uso de su limitación y excepción. (Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 96)  Para poder adaptar este tipo de implementación se debe, siguiendo el ejemplo de Australia, limitar el significado de la palabra **elusión** agregando: “ no se considerará elusión dentro de los parámetros de la presente ley, aquella realizada por la entidad autorizada dentro de los límites establecidos por la ley”  Finalmente, siguiendo el modelo europeo se debe pedir a las titulares de derecho de autor que cooperen con los usuarios de una obra legalmente adquirida cuando la MTP impuesta les impida realizar usos no infractores.  De esta manera, las excepciones que se establezcan a la protección de una MTP podrían llevarse a la práctica. | |

**Articulo 10 Parágrafo 1**

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción actual*** | ***Redacción sugerida*** |
| “Para los efectos de la presente ley se entenderá por medida tecnológica efectiva la tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, sea apta para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido, o para proteger cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo frente a usos no autorizados.” | Para efectos de la presente ley se entenderá por:   1. ***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 protegido, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados ***y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente.*** 2. ***Medida Tecnológica de Acceso****: cualquier tecnología, dispositivo o componente que, es usado en Colombia o en algún país miembro de los acuerdos internacionales que Colombia hace parte, en conexión con el ejercicio de un derecho de autor o conexo por el titular de los derechos o bajo su autorización, y que, en el normal curso de su operación, controla el acceso a una obra interpretación o fonograma protegido.*   *No será considera una medida tecnológica de acceso bajo este título, aquella tecnología, dispositivo o componente que controla la segmentación geográfica del mercado impidiendo utilizar en Colombia una copia de una obra legalmente adquirida en el exterior.* |
| **Justificación:**  La definición de MTP efectiva debe hacer énfasis en que la medida debe ser de aquellas que no se pueden eludir de manera accidental, es por esta razón que el tratado simplemente pide proteger una MTP “efectiva” y no cualquier MTP. Obviar esta aclaración sería incrementar el ámbito de protección de una MTP a niveles indeseados.  Por otro lado, el proyecto deja sin definir un término importante como una medida tecnológica de acceso. Incluso la legislación estadounidense define dicho término. No incluir una definición de MTP de acceso podría ocasionar que la protección a MTP se convierta en una potencial herramienta para ampliar la protección a los derechos de autor más allá de lo ya determinado por la ley autoral.  La definición acá sugerida, se encuentra inspirada en la implementación realizada por Australia del TLC con EE.UU, tratado que guarda muchas similitudes con el TLC EE.UU- Colombia. Australia, durante su implementación del TLC incorporó a su legislación la definición de una MTP de acceso. Con dicha definición, la cual inspira la que se propone hoy en día para Colombia, se delimita claramente la protección brindada a las MTP, en el siguiente sentido: 1) proteger medidas impuestas por titulares o personas autorizadas y no por terceros asegurando que la obra protegida bajo una MTP todavía está bajo la protección del derecho de autor. 2) otorga protección a una MTP que se utiliza en conexión con el ejercicio de un derecho exclusivo, y no simplemente a una MTP por estar impuesta en una obra protegida. Esto imposibilitará que so pretexto de estar protegiendo una obra protegida por derechos de autor, se pongan medidas tecnológicas que, por ejemplo, en realidad protegen contra competidores en el mercado como impedir que un producto sirva con repuestos de un tercero. Igualmente, esta aclaración evita que se cree un nuevo derecho de “acceso” en favor de los titulares del derecho 3). Finalmente, excluye la protección de Medidas de segmentación de región, ya que estas MTP no protegen un derecho de autor sino que protegen un modelo de negocio, que puede ser protegido por otros medios. No obstante dichas medidas de codificación pueden entenderse comprendidas dentro de la protección sino se excluyen expresamente | |

**Artículo 11 (d)**

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción actual*** | ***Redacción Sugerida*** |
| “(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.” | (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.  ***Parágrafo****: El investigador, que sea sujeto de amenazas infundadas sobre el inicio de un proceso civil o penal bajo las disposiciones de protección a medidas tecnológicas de protección tendrá una acción civil en contra de dicha persona. El juez podrá hallar la amenaza injustificada, dictar la cesación de la actividad amenazante y ordenar el pago de daños y perjuicios.* |
| ***Justificación:***  El literal (d) del artículo 11 del proyecto de ley, al igual que las demás excepciones, tiene una cobertura muy limitada, al igual que en el modelo norteamericano. De esta forma, en la experiencia estadounidense, dicha excepción ha puesto en dificultades a los investigadores de cifrado quienes han recibido amenazas de la industria al querer presentar sus hallazgos investigativos.  Por ejemplo, El profesor Edward Felten de Princeton, quien identificó algunas fallas en tecnologías de encriptación de marca de agua para archivos de audio digital, fue censurado por la industria de los derechos de autor al querer presentar sus hallazgos investigativos sobre el sistema de cifrado. Dichas amenazas tuvieron lugar, dado que la excepción de cifrado tiene un campo de acción muy limitado, y por tanto, las actividades investigativas del profesor podrían caer dentro de una infracción a la protección de MTP. Dadas las amenazas que la Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos había realizado en virtud de la DMCA, al final, el profesor Felten decidió que no quería presentar sus hallazgos en una conferencia debido a las amenazas.[[6]](#footnote-7) Finalmente el mayor perdedor fue la ciencia y la educación.  La sanción que ese propone en el parágrafo se inspira en la legislación australiana. Australia, durante la implementación del TLC con EE.UU, decidió controlar este tipo de escenarios donde los investigadores estaban siendo vulnerados, estableciendo una acción en contra quienes utilizaran la protección contra MTP como amenaza infundada contra otra persona. Ya sea para el caso de eludir una MTP o para la disposición contra el tráfico de dispositivos.[[7]](#footnote-8) Este es un tipo de medida que merece ser replicada en la legislación Colombiana. | |

**Artículo 11 (g)**

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción Actual*** | ***Redacción Sugerida*** |
| 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.., Los usos no infractores mencionados en el concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor serán permanentes, pero susceptibles de revocación, si desaparece la excepción o limitación al derecho de autor o a los derechos conexos en que se fundamentó la excepción de la medida tecnológica o si hay evidencia sustancial de que la necesidad de su existencia ha desaparecido.  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. | “Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, ~~amparados por una limitación u excepción~~, en una clase particular de obras interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones, teniendo en cuenta la existencias 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 *y creadas a partir del proceso administrativo*. *Las excepciones creadas a través de este proceso, serán permanentes, pero susceptibles de revocación si hay evidencia sustancial de que la necesidad de su existencia ha desaparecid*o.  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 usuarios, así como por los titulares de derechos” |
| ***Justificación:***  La redacción de este artículo presenta un problema y es que se refiere a los “usos no infractores de una obra… amparados por una **limitación y excepción**.” Es necesario tener en cuenta que una medida tecnológica de protección de acceso puede afectar usos no infractores, amparados por una excepción o limitación, pero también muchas veces dicha medida afecta algunos usos no infractores que no necesariamente se encuentran relacionados con el derecho de autor y que por lo tanto no se encuentran amparados bajo una excepción y limitación.  Esta situación se puede ver en casos en EE.UU cuando se han utilizado MTP para impedir que las personas cambien de operador de celular, en este preciso caso en realidad el propósito de eludir la medida tecnológica de protección no es hacer uso de una limitación y excepción y tampoco esta actividad se encuentra amparada por una excepción a la elusión de MTP, pero la MTP si está impidiendo realizar un uso no infractor.  Igualmente, aunque el artículo del presente proyecto establece las entidades encargadas del procedimiento para la creación de nuevas excepciones y limitaciones, olvida decir que tipo de procedimiento es: administrativo o legislativo.  De esta manera, se debe tener presente que es menester que la ley establezca de manera clara un procedimiento administrativo ya que al tratarse de un asunto relacionado con tecnología, esta avanza muy rápido y requiere de un procedimiento que se adecue a esta realidad. Un proceso legislativo podría no responder a esta realidad. | |

**Artículo 33**

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción Actual*** | ***Redacción Sugerida*** |
| **ARTÍCULO 33°** 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.  (…) | **ARTÍCULO 33°** 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 de manera concurrencial a una infracción de derechos de autor* y con el fin de lograr una ventaja comercial con la o ganancia económica privada y salvo las excepciones previstas en la ley:  1. Eluda sin autorización *y a sabiendas* 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   1. Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.   ***Parágrafo 1.*** *Para efectos de este artículo se entenderá por:*  *a.* ***fabricación:*** *aquella que se realiza para tercera persona. La fabricación para uso propio no comercial no se encuentra cubierta dentro el ámbito de aplicación de este artículo.*  *b.* ***Importación:*** *aquella que se realiza para tercera persona. La importación para uso propio no comercial no se encuentra cubierta dentro el ámbito de aplicación de este artículo.*  *c.* ***Elusión:*** *no se considerará elusión dentro de los parámetros de la presente ley, aquella realizada por la entidad autorizada dentro de los límites establecidos por la ley.*  ***Parágrafo 2:*** *el usuario de una obra adquirida legalmente que se encuentre protegida por una medida tecnológica de protección que vea afectado su habilidad de realizar un uso permitido bajo la ley de derechos de autor en razón a la medida tecnológica de protección, podrá contactar al titular de la obra para que dicho titular autorice la elusión de la medida. A falta de respuesta del titular, el usuario podrá iniciar una acción administrativa ante la entidad competente que podrá terminar con la imposición de una multa al titular.* |
| ***Justificación***:  El TLC manda a hacer de la protección de las MTP una causa de acción independiente ya sea en el ambito civil o en el ambito penal. El proyecto de ley, de manera acertada, escogió el ambito civil para brindar una causa de acción independiente al titular de una MTP.  No obstante, en el ambito penal se debe hacer énfasis que no es una causa independiente a la protección del derecho de autor. Se debe recordar que el derecho penal es la ultima ratio, y no hay necesidad de hacer de una MTP un bien juridico protegido con independencia a una obra autoral. El bien juridico protegido debe ser la obra autoral, una MTP NO es una obra protegida, simplemente es una herramienta tecnologica.  Por lo tanto, es necesario que haya sanción penal sólo si con la elusión de la TPM se conlleva de manera simultanea una infracción al derecho de autor, ya que si solo se elude la TPM, existiría una sanción civil.  Sobre los demás cambios irar comentarios al artículo 10 | |

***Nuevo artículo***

|  |  |
| --- | --- |
| ***Redacción actual*** | ***Redacción sugerida*** |
|  | “Salvo orden judicial, ninguna autoridad administrativa podrá requerir que el diseño o la selección de las partes y componentes para un producto de consumo electrónico, de telecomunicaciones o de computación, responda a una medida tecnológica en particular, a condición de que dicho producto no viole de alguna otra forma las disposiciones estipuladas en este artículo.” |
| ***Justificación:***  Colombia se encuentra obligada a incluir el presente articulo por el TLC. Adicionalmente, Este artículo es importante para liberar a los fabricantes de electrodomésticos, telecomunicaciones o productos informáticos de tener que responder a una MTP en particular y causarles cargas injustificadas. Este articulo se encuentra en la legislación estadounidense | |

Sobre los demás temas del proyecto de ley apoyo las observaciones del grupo “Redpatodos”

Marcela Palacio Puerta

marcela.palacio@usa.edu.co

1. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 184 [↑](#footnote-ref-2)
2. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 190 [↑](#footnote-ref-3)
3. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 190 [↑](#footnote-ref-4)
4. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 191 [↑](#footnote-ref-5)
5. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 131-133 [↑](#footnote-ref-6)
6. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 120 [↑](#footnote-ref-7)
7. Marcela Palacio Puerta, Derechos de autor, tecnología y Educación para el Siglo XXI, Universidad Sergio Arboleda, p. 230 [↑](#footnote-ref-8)