

Bogotá, 22 de septiembre de 2016

Doctora  
**María Claudia Lacouture**  
Ministra  
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo  
Calle 28 No. 13 A – 15  
Ciudad

**Referencia:** Comentarios de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico al proyecto de ley *“Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derechos de autor y conexos”*.

Estimada Ministra:

En nombre de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE) agradecemos la oportunidad y la apertura del Ministerio a su cargo para analizar con los diferentes actores interesados en los asuntos relativos al derecho de autor y la implementación del TLC con los Estados Unidos.

Desde la CCCE vemos con preocupación ciertos aspectos que queremos hacer de presente y que afectan a la industria de Internet, Comercio Electrónico y TIC. Igualmente, como asociación que agremia a más de 300 empresas colombianas del sector de Internet y Comercio Electrónico, solicitamos al gobierno nacional que esta sea la oportunidad para establecer un régimen de derechos de autor que incentive la innovación y la creatividad y fortalezca la industria y los usuarios colombianos.

A continuación, esta Cámara se permite presentar comentarios al proyecto de ley *“Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derechos de autor y conexos”* (en adelante el “Proyecto”):

## Introducción

La industria a la que este gremio representa recomienda que la implementación del Tratado de Libre Comercio – TLC, firmado entre Colombia y los Estados Unidos (en adelante, el “Tratado”) sea integral, esto es, que además de reconocer derechos “digitales” a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión, también reconozca que Internet tiene un funcionamiento natural que requiere la incorporación del sistema de “safe harbor” o “puerto seguro” para que pueda continuar funcionando y proporcionando a los usuarios colombianos (personas naturales, jurídicas, gobierno) los múltiples beneficios que acarrea.

Este “puerto seguro” es un sistema de limitación de la responsabilidad de ciertos actores en Internet que permite que, bajo ciertas condiciones que están establecidas en el Tratado, continúe operando Internet de manera libre, abierta, democrática, fluida, y siempre propendiendo por la libertad de expresión, interés supremo que se reconoce en nuestra Constitución política y en tratados internacionales suscritos por Colombia.

El “puerto seguro” busca *“balancear la necesidad de una respuesta rápida a potenciales infracciones con los legítimos intereses de los usuarios finales”*, generando así también un modelo de incentivos (mediante la no asignación de responsabilidad civil ni penal) para que los intermediarios de internet continúen asegurando esos principios y características intrínsecas de Internet. Solo con una implementación completa del puerto seguro los proveedores de servicios sobre Internet, de plataformas, los ISPs o Internet Services Providers, y demás intermediarios de Internet, pueden operar al mismo tiempo que cooperan con la detección de usuarios infractores de los derechos de autor y conexos.

Si, tal como lo hace esta versión del Proyecto de ley, no se reconoce el “puerto seguro” para los intermediarios de internet, se estará ante el grave e inminente bloqueo de varios de los servicios básicos de internet a los usuarios colombianos, tanto personas naturales como jurídicas, limitando la competitividad de Colombia en la región y en el mundo de una economía ya digital y globalizada, y afectando el derecho de expresión y acceso a la información reconocido en la Constitución. Además, la no incorporación del puerto seguro se convierte en un desincentivo para la innovación de manera que los desarrolladores colombianos (que son muchísimos al punto que Colombia tiene uno de los ecosistemas más grandes de desarrolladores a nivel global) dejarán de producir servicios y soluciones (aplicaciones, plataformas) innovadores y competitivos por medio a que les sea asignada responsabilidad civil o penal por la operación natural de sus plataformas.

Habiendo dicho esto, tenemos varios comentarios puntuales que queremos compartir con ustedes:

## Artículos 4, 7 y 8

En la definición de los derechos exclusivos del autor (artículo 4), del intérprete (artículo 7) y del productor de fonogramas (artículo 8) el proyecto de ley extiende los derechos de autor incluso a la autorización de la reproducción de la obra, interpretación o fonograma “bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica”.

En el mundo digital, la copia y el almacenamiento ocurre necesariamente y constantemente. Este objetivo está muy bien, siempre y cuando se compagine y balancee el reconocimiento de estos derechos con la forma en que opera Internet, que es herramienta fundamental para el desarrollo de nuestras sociedades, tanto social como económicamente hablando.

Los proveedores de Internet, los motores de búsqueda, los hostings de Internet, y otros intermediarios de Internet se basan en la copia y almacenamiento temporal de archivos y páginas web. El almacenamiento y copia temporal permite el correcto funcionamiento de Internet y su finalidad no es principalmente la explotación de una obra protegida por derechos de autor.

Ahora, como lo propone el proyecto, requerir la autorización del titular del derecho de autor para el almacenamiento temporal no es razonable, sería un obstáculo desproporcionado para el funcionamiento del Internet y de los computadores, lo cual se convierte en una barrera excesiva que de hecho es contraria al ánimo mismo de los dueños de los derechos conexos y de autor, de que sus obras y ejecuciones e interpretaciones estén disponibles por Internet.

La misma naturaleza del Internet es realizar copias de información, almacenarlas y diseminarlas. La misma función técnica esencial del Internet es hacer y diseminar copias de la información, dependiendo de las limitaciones a los derechos de autor. Por ejemplo, los buscadores de Internet y los directorios de información son de alguna forma, la fotografía o la copia de todo el contenido de Internet en un momento determinado. Así en los buscadores, se realiza una copia temporal de las páginas de Internet, se almacenan con el fin de indexarlas, no se hace con la finalidad de vulnerar los derechos de autor, no afecta el uso normal de una obra, sino que se requieren como parte de un procedimiento tecnológico. Igualmente, los proveedores de Internet que ofrecen el servicio de correo electrónico, copian todos los emails y los almacenan en servidores con el fin de que puedan ser accedidos de manera remota por el usuario en cualquier momento. Los navegadores hacen copias de las páginas web para que los usuarios puedan verlas, y los computadores copian el software en su RAM con el fin de que pueda ser usado.

En este contexto bilateral, resaltamos que dentro del Tratado de Libre Comercio – TLC, suscrito entre Colombia y Estados Unidos contiene un régimen de limitaciones a la responsabilidad de los intermediarios de Internet cuando quiera que los contenidos que se transmiten, enrutan, almacenan, redirigen o relacionan y demás, no son controlados por el intermediario o plataforma, ni éste ha iniciado la cadena de transmisión del material ni selecciona el material o quienes serán los destinatarios del mismo. Es por esto que el reconocimiento de los nuevos derechos “digitales” solamente tendrán sentido en la medida en la que el ordenamiento colombiano asegure que Internet continúa funcionando como ha sido desde su origen.

Además, el proyecto no tiene en cuenta que en EE.UU. la copia o almacenamiento temporal se encuentran amparados por una limitación desarrollada en la jurisprudencia de EE.UU. que establece que el derecho del autor se ha limitado a situaciones en las que “[la copia] es suficientemente permanente o estable para permitir... que sea... reproducida... por un período mayor a una duración transitoria”<sup>1</sup>. Así, la legislación propuesta en Colombia busca prohibir una variedad de formas tecnológicamente dirigidas de reproducción transitoria, como almacenamiento de corto plazo en caché, permitidas por la ley de EE.UU. sin necesidad de autorización del autor, intérprete o productor. El no reconocer esta situación pone a las industrias de información y tecnología colombianas, así como a los consumidores, en una desventaja comparativa innecesaria.

Por este motivo, recomendamos que el proyecto de ley especifique que el almacenamiento no incluye “actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y una parte integral y esencial de un proceso tecnológico”, como se sugiere en una reciente propuesta realizada por la Asociación para la Industria de las Comunicaciones y las Computadoras (Computers and Communications Industry Association - CCIA) en el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (Trans-Pacific Partnership Agreement)<sup>2</sup>.

Por los motivos expuestos, respetuosamente nos permitimos poner a consideración la siguiente redacción de texto:

<p><b>Artículo 4º.</b> El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 quedará así:</p> <p><b>Artículo 12.</b> El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir:</p>	<p><b>Artículo 4º.</b> El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 quedará así:</p> <p><b>Artículo 12.</b> El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir:</p>
--	--

<sup>1</sup> The Cartoon Network v. CSC Holdings, 536 F.3d 121, 127-30 (2d Cir. 2008) (cert. denied June 2009).

<sup>2</sup> Reporte de Prensa de la Computer Commc’n Industry & Association, Internet Indus., propuesta para la TPP (Feb. 28 de 2012)

<p>a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.</p> <p>b) La comunicación al público del original y copia de sus obras por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos incluyendo las puestas 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.</p> <p>c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.</p> <p>d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.</p> <p>(...)</p>	<p>e) <u>Se reconozca el derecho de Ha</u> reproducción de la obra <b>en aquellos casos que no constituyan actos de reproducción provisional transitorios o accesorios que formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico.</b> <del>bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.</del></p> <p>b) La comunicación al público del original y copia de sus obras por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos incluyendo las puestas 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.</p> <p>c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.</p> <p>d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.</p> <p>(...)</p>
<p>Artículo 7º. El artículo 166 de la Ley 23 de 1982, quedará así:</p> <p>Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:</p> <p>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;</p>	<p>Artículo 7º. El artículo 166 de la Ley 23 de 1982, quedará así:</p> <p>Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:</p> <p>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;</p>

<p>b) La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas;</p> <p>c) La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal de forma electrónica ...</p> <p>(...)</p>	<p>b) La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas;</p> <p>⇒ <u>Se reconozca el derecho de la reproducción de sus obras en aquellos casos que no constituyen actos de reproducción provisional transitorios o accesorios que formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico.</u> <del>interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal de forma electrónica ...</del></p>
<p>Artículo 8º. El artículo 172 de la Ley 23 de 1982, quedará así:</p> <p>Artículo 172. El productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:</p> <p>a) La reproducción del fonograma por cualquier manera o forma, temporal o permanente, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;</p> <p>b) La distribución pública del original y copias de sus fonogramas, mediante la venta o través de cualquier forma de transferencia de propiedad;</p> <p>(...)”</p>	<p>Artículo 8º. El artículo 172 de la Ley 23 de 1982, quedará así:</p> <p>Artículo 172. El productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:</p> <p>⇒ <u>Se reconozca el derecho de la reproducción del fonograma en aquellos casos en que no constituyen actos de reproducción provisional transitorios o accesorios que formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico.</u> <del>por cualquier manera o forma, temporal o permanente, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;</del></p> <p>b) La distribución pública del original y copias de sus fonogramas, mediante la venta o través de cualquier forma de transferencia de propiedad;</p> <p>(...)”</p>

## Artículo 10

Dentro de los artículos citados, se ha identificado que se amplían los derechos de los titulares de los derechos de autor extendiendo así lo establecido por el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos a través de la imposición de la responsabilidad por eludir las medidas tecnológicas eficaces impuestas para controlar el “*acceso y la utilización no autorizada de obras*”. Es importante mencionar que de acuerdo con lo establecido dentro del Tratado de Libre Comercio – TLC y las leyes de los Estados Unidos, se deben aplicar sanciones contra la elusión sólo en aquellos casos que se eluden las restricciones de “acceso”<sup>3</sup> más no en restricciones de uso.

En general existen dos tipos de medidas tecnológicas de protección: (i) aquellas medidas que controlan el acceso a una obra protegida, interpretación o fonograma (como la que se encuentra prevista en el TLC en el artículo 16.7.4.b); y (ii) aquellas medidas que controlan los usos de obras protegidas, interpretaciones o fonogramas (la cual no se encuentra prevista en el TLC ni en la ley de los EE.UU.). En los EE.UU., por ejemplo, un individuo que compró un libro electrónico con características diseñadas para desactivar la función de texto a voz en la lectura de los dispositivos sería libre para evitar este “bloqueo” tecnológico si tuvieran los medios para hacerlo, lo mismo, presumiblemente sería el caso de “codificación regional” en los DVD comerciales.

Por tal motivo, no se comprende la razón por la cual el gobierno nacional da un alcance más extenso a las medidas de protección tecnológica, más allá de lo requerido en el TLC, lo cual sitúa a los usuarios colombianos de tecnología y contenidos en posiciones de desventaja en relación con los consumidores norteamericanos de forma innecesaria.

En atención a lo descrito anteriormente, respetuosamente solicitamos que la referencia hecha en relación con las medidas tecnológicas que se hace dentro del proyecto en mención se remita exclusivamente a las medidas que controlan el acceso y no el uso, tal y como se desprende de lo establecido por el Tratado de Libre Comercio.

Además, sería conveniente determinar cuándo se encuentra en presencia de medidas “efectivas”. En ese sentido, el proyecto de ley debería definir que se entiende por efectiva, lo cual no puede ser entendida como cualquier medida de protección tecnológica que pueda ser fácilmente eludida por consumidores promedio o que se encuentren fácilmente disponibles. Esta omisión tiene como efecto que cualquier medida tecnológica, por ínfima e inoperante e ineficaz que sea, estaría protegida, aún si un niño es quien la elude.

---

<sup>3</sup> 17 USC 1201 (a)(1); TLC Colombia EE.UU., art. 16.7(4)

Vale la pena mencionar que la ampliación, en este sentido, de los derechos de autor y conexos, sin considerar el funcionamiento natural de Internet, termina por crear un régimen de responsabilidad legal para los que operan en internet como los Internet Service Providers, buscadores, y demás intermediarios de Internet, que no se encuentra contemplado en el Tratado suscrito con los Estados Unidos, por lo que no solo podría afectar los distintos servicios que los intermediarios de internet prestan en Colombia, sino los compromisos de liberalización en la prestación de servicios transfronterizos acordada entre los países.

Por último, el artículo 10 literal c) está creando una nueva responsabilidad por la alteración o supresión de la información sobre la gestión de derechos, sin incorporar al ordenamiento colombiano -como lo dispone el Tratado- la condición para que dicha responsabilidad sea atribuida, condición esta que se encuentra establecida en el artículo 16.7.5 del Tratado, que dispone:

*“Artículo 16.7: Obligaciones Comunes al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*

*(...)*

*5. Con el fin de proporcionar recursos legales adecuados y efectivos para proteger la información sobre gestión de derechos:*

*(a) Cada Parte dispondrá que cualquier persona que, sin autorización, y sabiendo, o, con respecto a los recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber, que podría inducir, permitir, facilitar o encubrir una infracción de cualquier derecho de autor o derecho conexo,*

*(i) a sabiendas suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos;*

*(ii) distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que esa información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización; o,*

*(iii) 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,*

*será responsable y quedará sujeta a los recursos establecidos en el Artículo 16.11.15. Cada Parte proveerá procedimientos y sanciones penales que se aplicarán cuando se demuestre que cualquier persona que no sea una biblioteca, archivo, institución educativa, u organismo público de radiodifusión no comercial, sin fines de lucro, se*



*ha involucrado dolosamente y con el fin de obtener una ventaja comercial o ganancia financiera privada en cualquiera de las actividades anteriormente descritas.”*

En efecto, según este compromiso, quien realice la supresión o alteración de cualquier información sobre la gestión de derechos “a sabiendas” solo podrá ser responsable bajo el tratado (es decir, la condición para ser responsable) es que lo haga “sin autorización, y sabiendo, o, con respecto a los recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber, que podría inducir, permitir, facilitar o encubrir una infracción de cualquier derecho de autor o derecho conexo”. Este acotamiento de la posibilidad de ser responsable por la supresión o alteración de información sobre la gestión de derechos hace falta en el Proyecto de Ley, y puede generar graves inconvenientes en términos de competitividad del país y de acceso de los usuarios colombianos a los completos beneficios de Internet. Con esto, recomendamos hacer la implementación completa del Tratado conforme al artículo 16.7.5 del mismo.

### Artículo 13

Dentro del citado artículo se ha identificado que se estaría obligando a los titulares del derecho de autor y conexos a informar sobre la existencia o alcance de las medidas tecnológicas que “incorporen para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras ...” lo cual constituye una carga desproporcionada en cabeza de los titulares de los derechos que las mismas leyes les conferían, que era la de informar que dicho derecho había sido ejercido.

En virtud de lo anterior, y atendiendo que el Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y lo Estados Unidos no establece este tipo de cargas para el titular del derecho, respetuosamente sugerimos la eliminación de la citada disposición en aras de evitar la imposición de nuevas cargas y con ello permitir que el sistema sea integral y consistente con los compromisos adquiridos por el Gobierno Nacional.

### Artículo 14, literal a)

En el mundo digital, la copia y el almacenamiento ocurren de forma necesaria y constante. Los proveedores de Internet, los motores de búsqueda, los servicios de hospedaje de contenidos web (hostings), y otros intermediarios de Internet se basan en la copia y almacenamiento temporal de documentos y páginas web, así como de registro de transacciones y logs.

El almacenamiento y copia temporal, desde el punto de vista técnico es necesario ya que permite el correcto funcionamiento de Internet y su finalidad no es principalmente la explotación de una obra protegida por derechos de autor.

En este artículo puede entenderse que el almacenamiento temporal electrónico puede incluirse dentro del concepto de reproducción. Si bien, en el Tratado OMPI de 1996 y la Convención de Berna (art. 9) no se establece dentro del derecho de reproducción, el de almacenamiento temporal, en la Declaración Concertada relativa al Tratado OMPI se establece que *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”*. Esta es una mera declaración y no tiene efectos legales ni fuerza vinculante, pero si sirve como criterio de interpretación.

Preocupa el hecho de que la excepción cobije exclusivamente a la reproducción electrónica sin fines de lucro (o que no tengan por si mismos una significación económica independiente). Lo cual supondría que la reproducción electrónica con fines de lucro no estaría cobijada por la excepción.

Igualmente, hay un componente de licitud que podría hacer pensar que quien realiza la reproducción o el almacenamiento debe tener conocimiento sobre el carácter lícito del material.

Finalmente, por la redacción, parece entenderse que esta excepción cobija también la transmisión por medios electrónicos.

La misma naturaleza del Internet es realizar copias de información, almacenarlas y diseminarlas. Por ejemplo, los buscadores de Internet y los directorios de información son de alguna forma, la fotografía o la copia de todo el contenido de Internet en un momento determinado. Así en los buscadores, se realiza una copia temporal de las páginas de Internet, se almacenan con el fin de indexarlas, no se hace con la finalidad de vulnerar los derechos de autor, no afecta el uso normal de una obra, sino que se requieren como parte de un procedimiento tecnológico. Igualmente, los proveedores de Internet que ofrecen el servicio de correo electrónico, copian todos los emails y los almacenan en servidores con el fin de que puedan ser accedidos de manera remota por el usuario en cualquier momento.

Las herramientas de Internet necesitan hacer copias con el fin de prestar los servicios que hoy conocemos; sin embargo, no es razonable que la excepción al derecho de copia radique si se hace sin fines de lucro, ya que los ISP y otros son empresas generalmente con ánimo de lucro, aunque la intención del uso de la obra protegida no es la explotación de dicha obra.

Igualmente, dado que este proceso de almacenamiento y copia se hace como parte de un procedimiento tecnológico los ISP son neutrales al contenido y por lo tanto no pueden valorar si el contenido es lícito o no. Así, no es factible imponerle una carga de supervisión a los ISP de los contenidos que se almacenan o copian, ya que sería imposible.

Por otro lado, no especificar una excepción flexible y amplia para la reproducción y almacenamiento temporal puede afectar gravemente el “cloud computing” también conocido como “computación en la nube” tendencia tecnológica actual y que cada será una tendencia tecnológica más marcada. Incluso muchos titulares de derechos de autor utilizan el cloud computing para entregar y enviar contenidos a los usuarios de Internet (e-libros, e-música, películas, etc.). Los usuarios utilizan los servicios en la nube para almacenar y guardar material protegido por derechos de autor que ellos mismos han copiado. La excepción prevista en el artículo propuesto puede no incluir completamente a los proveedores y servicios de cloud computing. Los proveedores de cloud computing podrían no encontrarse incluidos en la excepción cuando reproducen contenidos protegidos subidos por sus usuarios, ya que si bien esta reproducción se hace como parte de un proceso tecnológico puede hacerse con ánimo de lucro (es decir, tiene una significación económica independiente). Además, los servidores de los proveedores de cloud computing pueden utilizarse para almacenar y reproducir material adquirido ilegalmente, sin el conocimiento del proveedor.

En ese sentido, la norma propuesta debería modificarse con el fin de que quede claro que se incluye tanto la reproducción como el almacenamiento temporal, así como que no se requiere la autorización del titular ni el pago de remuneración alguna, cuando esta es parte de un proceso tecnológico y cuya finalidad no es la explotación en si misma de la obra protegida.

En este sentido se propone la siguiente redacción del literal a):

*“La reproducción temporal en forma electrónica que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes o una utilización permitida de una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma. Para los fines del presente artículo, se entiende que reproducción temporal en forma electrónica incluye la copia temporal, el almacenamiento temporal y cualquier otro proceso tecnológico que sea necesario en la operación ordinaria de computadores, dispositivos digitales o servicios de Internet”.*

## Artículo 15

En primer lugar, solicitamos muy respetuosamente al gobierno nacional que el proyecto de ley que pronto presentará el gobierno sea una respuesta completa para implementar las obligaciones del TLC entre EE.UU. y Colombia que tenga en cuenta la importancia del equilibrio que requiere un sistema

de derechos de autor y la necesidad de llevar a cabo una discusión pública y abierta con diferentes actores interesados. Las decisiones sobre este tipo de asuntos no deben ser tomadas sin un cuidadoso análisis, amplia consulta y gran consideración de las diversas opciones. Países como Chile, Australia, Corea del Sur, Reino Unido, Unión Europea, Singapur, Irlanda, entre otros, al revisar su marco de derechos de autor, han emprendido una discusión pública, abierta, extensa y profunda con los diferentes actores e interesados, dada la importancia que tiene este tema en la economía, la innovación, la creación, la cultura, la educación, etc.

Particularmente, consideramos que la oportunidad actual de modificar el marco de derechos de autor requiere que el gobierno y el legislador colombiano analicen y estudien la ampliación del catálogo de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, con el fin de ajustarlos al nuevo entorno digital. El equilibrio en los sistemas de derechos de autor es esencial para su correcto funcionamiento y para que pueda servir al interés público social en el fomento de la creación, la innovación y el acceso a la producción cultural a través de un cuidadoso equilibrio.

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor son los recursos legales que permiten la evolución de las ideas, la innovación y las revoluciones culturales y tecnológicas. Nuestro marco legal está basado en excepciones y limitaciones de hace más de dos y tres décadas, de un contexto diferente al actual, al mundo globalizado y digital. En esa medida, el proyecto de ley debería sintonizarse con las necesidades de este cambio y proponer excepciones más flexibles que reconozcan la introducción de la tecnología en la vida cotidiana de los usuarios y sus beneficios.

De acuerdo con la Declaración de Washington sobre Propiedad Intelectual e Interés Público de 2011, *“Las limitaciones y excepciones son doctrinas positivas que permiten la función de asegurar que el derecho de propiedad intelectual cumple con su propósito final de promover los aspectos esenciales de interés público. Al limitar el derecho privado, se permite, con las limitaciones y excepciones, que el público pueda participar de una amplia gama de usos socialmente beneficiosos de la información que están regidos por los derechos de propiedad intelectual —que a su vez contribuyen directamente a la innovación y el desarrollo económico. Las limitaciones y excepciones se entrelazan en la estructura del derecho de propiedad intelectual no solo como doctrinas excepcionales específicas («uso justo» o «trato justo», «exenciones específicas», etc.), sino también como restricciones estructurales en el ámbito de los derechos, como las disposiciones sobre licencias obligatorias de patentes para los medicamentos necesarios”*<sup>4</sup>.

Con la aparición de plataformas tecnológicas y formatos nuevos para la creación de contenidos creativos el marco de excepciones y limitaciones de la Ley 23 de 1982 se quedó atrasado y obsoleto. En esa medida, la ley debe actualizarse urgentemente si se quiere conseguir niveles de

---

<sup>4</sup> Disponible en <http://infojustice.org/washington-declaration>. Traducción disponible en <http://blogs.cccb.org/lab/es/declaracio-de-washington-sobre-propiedad-intel-lectual-i-interes-public/>

competitividad altas y garantizar una economía de la innovación, garantizando no solamente el respeto por los derechos de los autores sino proporcionando herramientas a los usuarios/creadores para tener un marco seguro para las nuevas creaciones.

De acuerdo con nuestra legislación actual, existen dos circunstancias en las cuales es permitido usar obras protegidas por los derechos de autor: cuando se tiene permiso del titular o cuando se encuentra amparado por una excepción o limitación.

En Colombia, como se explicó anteriormente, las excepciones y limitaciones vienen de catálogos normativos de más de 20 y 30 años (Ley 23 de 1982 y Decisión Andina 351), por lo tanto desactualizadas del cambio tecnológico y social que ha implicado la revolución de las comunicaciones y el Internet. La tecnología ha expandido el potencial de comunicación, de investigación, de educación y de acceso a información, lo cual ha sido restringido de alguna manera por nuestro marco de excepciones y limitaciones desactualizado.

El régimen de derechos de autor implica un necesario balance entre intereses divergentes. Cuando nuevas oportunidades aparecen, la legislación debe adaptarse para conseguir que el adecuado balance se mantenga. Así, las excepciones y limitaciones a los derechos de autor están diseñadas para permitir el uso de materiales protegidos con el fin de promover la educación, la investigación, la innovación tecnológica, el conocimiento, garantizar el acceso a los contenidos y materiales a personas con determinadas limitaciones físicas, sociales o económicas.

En ese sentido, sería altamente recomendable, y así ajustarse a las legislaciones más modernas, la propuesta de una excepción basada en el uso justo (o “fair use”). El “uso justo” es un estándar flexible para determinar cuándo es legítimo utilizar una obra protegida sin necesidad de autorización del autor o titular de derechos. Básicamente está basado en el propósito y el carácter del uso de la obra, la naturaleza de la obra protegida con derechos de autor, la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en total, y el efecto de dicho uso en el mercado sobre el valor de la obra protegida con derechos de autor. En esa medida, a diferencia de nuestro sistema que está basado en una lista cerrada de conductas permitidas sin autorización, el modelo del “uso justo” garantiza el dinamismo y flexibilidad de las excepciones y limitaciones para adaptarse al entorno digital y las particularidades de la tecnología y el Internet, con el fin de garantizar que el sistema de derechos de autor permita la innovación y la creación. Existe una ventaja obvia de tener una excepción flexible: permite que nuevas clases de usos puedan ser considerados en la medida en que van apareciendo gracias al desarrollo tecnológico sin necesidad de anticiparlos casuísticamente, uno a uno, de manera legislativa.

En el informe Hargreaves<sup>5</sup>, que por encargo del Primer Ministro analiza la necesidad de cambios a la ley británica de propiedad intelectual, se ha considerado la necesidad de incluir una excepción basada en el “uso justo” con el fin de hacer moderna la ley del Reino Unido y promover la innovación y la competitividad. En este informe se concluye que gracias al “uso justo” nuevas innovaciones de Internet, como Google, Amazon, Apple, Facebook, etc., han podido surgir y consolidarse. Igualmente, dentro de este informe se dice que la no existencia de “uso justo” en el Reino Unido ha limitado la innovación y ha puesto a la mayoría de los usuarios en condiciones de ilegalidad ya que no contempla las condiciones de la era digital. El marco de limitaciones y excepciones flexibles a los derechos de autor son un parte importante de la historia de éxito del sector creativo, de las industrias de derechos de autor y de los sistemas educativos de los EE.UU.

En la economía digital es necesario tener un marco de derecho de autor flexible que permita a los creadores e innovadores colombianos competir en otros escenarios. Así se ve como varios países han modificado su marco legal de derechos de autor con el fin de sincronizarse con la era digital incluyendo la excepción basada en el modelo del “uso justo”: entre otros, Filipinas<sup>6</sup>, Taiwán<sup>7</sup>, Malasia<sup>8</sup>, Israel<sup>9</sup>, Corea del Sur<sup>10</sup>, Singapur<sup>11</sup>, Canadá<sup>12</sup>.

Es importante mencionar que, si bien el modelo del “uso justo” tiene un origen en sistemas del Common Law, este modelo ha sido implementado en sistemas basados en el civil law (Filipinas, Corea y Taiwán) y en sistemas mixtos common law-civil law (Malasia, Israel, Singapur y Canadá). De tal forma, implementar una excepción flexible no iría en contra per se de nuestro sistema y tradición legal<sup>13</sup>.

Igualmente, la excepción flexible no va en contravía de la regla de los tres pasos reconocida en la Decisión Andina 351 y en el Convención de Berna. Como ha sido reconocido por la doctrina internacional, las excepciones del “uso justo” es compatible con el test de los tres pasos. En estudio realizado por la OMPI en 2003 denominado “Wipo Study On Limitations And Exceptions Of Copyright And Related Rights In The Digital Environment” preparado por el profesor Sam Ricketson se concluye

---

<sup>5</sup> Digital Opportunity, A Review of Intellectual Property and Growth. Independent report by profesor Ian Hargreaves. Mayo de 2011. Comisionado por el Primer Ministro de UK.

<sup>6</sup> Artículo 185.1 del Código de Propiedad Intelectual de 1997

<sup>7</sup> Artículo 65 del Copyright Act (2007-07011)

<sup>8</sup> Artículo 13 (2) del Copyright Act (modificación de 2012)

<sup>9</sup> Artículo 19 del Copyright Act de 2007

<sup>10</sup> Artículo 35-3 del Copyright Act de 2013

<sup>11</sup> Capítulo 63 del Copyright Act (1987, modificado en 2006)

<sup>12</sup> Sección 29 del Bill C-11 de julio de 2012

<sup>13</sup> Además, en numerosas ocasiones en nuestro sistema legal se han introducido de manera exitosa instituciones jurídicas provenientes de tradición jurídica del common law: el banco central, las superintendencias, las comisiones de regulación y el modelo de regulación de servicios públicos, entre otros.

que es un hecho que cualquier aplicación judicial específica de la sección 107 (de la ley de derechos de autor de los EE.UU. que trata sobre el “uso justo”) cumple con el test de los tres pasos<sup>14</sup>.

Además, introducir una cláusula de esta naturaleza no contrariaría nuestro marco constitucional. Nuestra Constitución establece que en el artículo 150 numeral 24 que es función del Congreso mediante ley “regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”. En esa medida, la competencia para regular sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor le corresponde al Congreso. Así, el legislativo sería quien debería establecer dentro de las excepciones una excepción flexible (como la propuesta más adelante), que luego es aplicada e interpretada en cada caso concreto por el juez competente.

Finalmente, las ventajas económicas de un marco de excepciones y limitaciones flexible, dinámico y seguro, tiene importantes impactos en la economía y competitividad de los países. En reciente estudio que midió la contribución económica de las industrias basadas en excepciones y limitaciones en la Unión Europea, se concluyó que el valor añadido de estas industrias era equivalente a €1,1 trillones de euros o 9,3% del PIB de la Unión Europea<sup>15</sup>. Así mismo, más de 9 millones de empleos han sido creados por industrias basadas en excepciones y limitaciones, siendo aproximadamente el 4% de la totalidad de trabajos de Unión Europea. Las industrias basadas en limitaciones y excepciones en Unión Europea crecieron un 3% más rápido que la economía de la Unión Europea<sup>16</sup>. En otro estudio de la CCIA, en 2008 y 2009, las compañías que se beneficiaron del “uso justo” crearon uno de cada ocho empleos, representando un sexto del total del PIB de los Estados Unidos y un ingreso promedio de US\$4,6 trillones<sup>17</sup>.

En consecuencia, sería altamente recomendable que dada la oportunidad de debatir el marco de excepciones y limitaciones se diera la discusión de la introducción de excepciones y limitaciones más acordes con el entorno digital como una oportunidad para el crecimiento de la innovación y de las industrias creativas, culturales y tecnológicas, particularmente la introducción del “uso justo” como excepción y limitación al derecho de autor. Por tal motivo proponemos la inclusión de una excepción flexible en los siguientes términos:

*“Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos. El uso justo de una obra no constituirá una violación de los derechos patrimoniales sobre la obra. Para determinar si*

---

<sup>14</sup> WIPO, “WIPO STUDY ON LIMITATIONS AND EXCEPTIONS OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL ENVIRONMENT”, Standing Committee On Copyright And Related Rights Ninth Session Geneva, 2003, p. 69.

<sup>15</sup> [www.ccia.net.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000398/FairUseEUstudy.pdf](http://www.ccia.net.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000398/FairUseEUstudy.pdf)

<sup>16</sup> SEO, “Economic contribution of EU industries relying on exceptions and limitations to copyright”, junio de 2010, Comisionado por la Computer & Communications Industry Association.

<sup>17</sup> CCIA, “Fair Use in the US Economy”, 2011, disponible en: [www.ccia.net.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000535/CCIA-FairUseintheUSEconomy-2011](http://www.ccia.net.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000535/CCIA-FairUseintheUSEconomy-2011)

*la explotación de la obra cumple con las excepciones y limitaciones señaladas por la ley o con las condiciones uso justo, se tendrán en cuenta las circunstancias de uso de la obra y, en particular, los siguientes factores:*

- 1. Los objetivos y la naturaleza de la explotación, incluyendo si dicha explotación es de naturaleza comercial o para fines educativos y no lucrativos.*
- 2. La cantidad y la importancia de la parte explotada en relación con la obra en su conjunto.*
- 3. El efecto de la explotación en el valor de mercado actual y potencial de la obra”.*

Implementar una reforma legal desbalanceada puede reducir el acceso público a la información importante y, al ahogar la innovación legítima, estas reformas pondrían a Colombia y a sus ciudadanos en desventaja cultural y competitiva.

## Artículo 20

En primer lugar, consideramos que la criminalización de la elusión de medidas tecnológicas que protegen obras, ejecuciones o fonogramas frente a los “usos no autorizados” no es una obligación que se desprenda de lo establecido por el Tratado de Libre Comercio, y por tanto no ha sido objeto de análisis frente a las posibles implicaciones negativas que ello podría traer frente a principios e intereses constitucionales superiores a la libertad de expresión y de información. Por ello, respetuosamente se solicita que dentro del citado artículo se limite a incorporar dentro de su texto aquellas obligaciones mínimas en relación con la sanción que se desprenden del Tratado suscrito.

De otra parte, es importante resaltar que la criminalización de las acciones listadas en el artículo 20 del Proyecto de Ley deben estar acompañadas de una detallada y exacta implementación de los acuerdos adquiridos en el Tratado. En este caso, hace falta que el Proyecto de Ley establezca la condición *sine qua non* para que el delito (o acción que genera responsabilidad civil) ocurra, condición esta que fue acordada en el artículo 16.7.5 del Capítulo de Propiedad Intelectual del Tratado, que establece lo siguiente:

*“Artículo 16.7: Obligaciones Comunes al Derecho de Autor y los Derechos Conexos*

*(...)*



5. Con el fin de proporcionar recursos legales adecuados y efectivos para proteger la información sobre gestión de derechos:

(a) Cada Parte dispondrá que cualquier persona que, sin autorización, y sabiendo, o, con respecto a los recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber, que podría inducir, permitir, facilitar o encubrir una infracción de cualquier derecho de autor o derecho conexo,

(i) a sabiendas suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que esa información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización; o,

(iii) 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,

*será responsable y quedará sujeta a los recursos establecidos en el Artículo 16.11.15. Cada Parte proveerá procedimientos y sanciones penales que se aplicarán cuando se demuestre que cualquier persona que no sea una biblioteca, archivo, institución educativa, u organismo público de radiodifusión no comercial, sin fines de lucro, se ha involucrado dolosamente y con el fin de obtener una ventaja comercial o ganancia financiera privada en cualquiera de las actividades anteriormente descritas.”*

En otras palabras, el Proyecto de Ley está pretendiendo extender responsabilidad penal a acciones más amplias (menos detalladas y menos condicionadas) que las que el Tratado permite, de manera que se están vulnerando los compromisos de liberalización del comercio transfronterizo de servicios acordados por Colombia al imponer más responsabilidades (o más trabas) a dicho comercio.

\*\*\*

Actualmente, en EE.UU. se está promoviendo la discusión de un nuevo marco de derechos de autor, que lleva varios años discutiéndose y analizándose. Como ha dicho recientemente la registradora de la Oficina de Derechos de Autor de EE.UU. “la nueva gran ley de derechos de autor debe ser progresista y flexible. No debe buscar resolver el universo entero de posibles cuestiones, pero

*sobretudo debe servir al interés público*<sup>18</sup>. Colombia tiene ahora una oportunidad para asegurar el equilibrio en los derechos de autor en los próximos años y de reformarlo teniendo en cuenta el nuevo entorno tecnológico y de mercado. Por tal motivo, una reforma a la Ley 23 de 1982, como la que se propone en el proyecto de ley, no puede verse por parte del legislador como un mero trámite, sino que requiere de un debate profundo y abierto que no se ha dado hasta el momento.

Por último, reiteramos nuestro agradecimiento de permitirnos presentar estos comentarios.

Atentamente,

**F.D.O.**

**VICTORIA EUGENIA VIRVIESCAS CALVETE**  
Directora Ejecutiva

---

<sup>18</sup> Pallante, Maria. "THE NEXT GREAT COPYRIGHT ACT", Twenty-Sixth Horace S. Manges Lecture. Conferencia dictada en Columbia University el 4 de marzo de 2013. Ver 37 COLUM. J.L. & ARTS (forthcoming Spring 2013), pp. 9-10. Traducción libre.