

CON
FE
REN
CIA

INTER
NA
CIO
NAL

DERECHOS
HUMANOS

EN
LA

ERA
DI
GITAL

Programa

0800 – 0900	Inscripción
0900 – 0910	Apertura
0910 – 1000	Conferencia Magistral: Oportunidades y desafíos para la protección de los derechos humanos en entornos digitales Toby MENDEL, Director Ejecutivo, <i>Centre for Law and Democracy</i> , Canadá
1000 – 1030	Descanso para refrigerios
1030 – 1200	Sesión Plenaria I: Perspectivas nacionales, regionales e internacionales sobre las cuestiones de los derechos humanos en Internet Moderadora: Amalia TOLEDO, Fundación Karisma Panelistas: <ul style="list-style-type: none"> • Toby MENDEL, Director Ejecutivo, <i>Centre for Law and Democracy</i>, Canadá • Ramiro ÁLVAREZ, Director del Área de Acceso a la Información, Asociación por los Derechos Civiles, Argentina • Andrea BONNET, Asesora en Propiedad Intelectual, Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia • Fabiola CARRIÓN, Asesora de Políticas, Access, EE.UU.
1200 – 1400	Descanso para almuerzo
1400 – 1530	Sesión Plenaria II: Excepciones y limitaciones como mecanismos de equilibrio de los derechos humanos en el sistema de derecho de autor Moderadora: Luisa GUZMÁN, Fundación Karisma Panelistas: <ul style="list-style-type: none"> • Juan F. CÓRDOBA, Profesor de Derecho, Universidad de la Sabana, Colombia • Carlos A. CORREDOR, Jefe de la Oficina de Registro, Director Nacional de Derecho de Autor, Colombia • Peter JASZI, Profesor de Derecho, <i>American University</i>, EE.UU. • Mike GODWIN, Asesor Legal Principal del Programa de Política Mundial de Internet, <i>Internews</i>, EE.UU.
1530 – 1600	Descanso para refrigerios
1600 – 1730	Sesión Plenaria III: Responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet y los procedimientos de retiro de contenido Moderadora: Carolina BOTERO, Fundación Karisma Panelistas: <ul style="list-style-type: none"> • Liliana ARIZA, Asesora de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Colombia • Fabiola CARRIÓN, Asesora de Políticas, Access, EE.UU. • Carlos CORTÉS, Asesor Legal en regulación de medios, tecnología e Internet, Colombia • Francisco VERA, Analista Principal de Políticas, Access, EE.UU. • Lorenzo VILLEGAS, Profesor de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia
1730 – 1800	Clausura

Habrá traducción simultánea en los idiomas de trabajo de la conferencia (inglés y español). La traducción será provista por Mateo Reyes, frontera.traduccion@gmail.com.

Síguenos en las redes sociales con el hashtag #DigitalDDHH.

Esta conferencia es organizada por [Fundación Karisma](#) con el apoyo de [Google](#), la [Universidad del Rosario](#), [Fundación para la Libertad de Prensa](#), [Open Society Justice Initiative](#), [Access](#), [Internews](#), [American University](#) y [RedPaTodos](#).

CON
FE
REN
CIA

INTER
NA
CIO
NAL

DERECHOS
HUMANOS

EN
LA

ERA
DI
GITAL

Biografías



TOBY MENDEL es Director Ejecutivo del [Centre for Law and Democracy](#), una ONG internacional de derechos humanos con sede en Canadá que proporciona conocimiento legal y construcción de capacidades de los derechos fundamentales de la democracia, incluyendo el derecho a la información, la libertad de expresión, el derecho a participar y los derechos de reunión y de asociación. Previamente, fue durante 12 años Director Principal de Derecho de *Article 19*, una ONG de derechos humanos centrada en la libertad de expresión y el derecho a la información. Ha proporcionado conocimientos de nivel pico en estos derechos a una amplia gama de actores, incluyendo el Banco Mundial, varios órganos intergubernamentales de las Naciones Unidas y otros, y numerosos gobiernos y organizaciones no gubernamentales en países de todo el mundo. Esto incluye trabajos de reforma legislativa en 2012 en Bhután, Egipto, Marruecos, Myanmar y Túnez. Antes de unirse a *Article 19*, Toby trabajó como Asesor Principal de derechos humanos con *Oxfam* Canadá y como Analista de Política de Derechos Humanos de la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA, por sus siglas en inglés). Ha publicado extensamente sobre una amplia gama de cuestiones sobre libertad de expresión, derecho a la información, derecho a la comunicación y los problemas de refugiados, incluidos estudios jurídicos y de análisis comparados sobre radiodifusión del servicio público, derecho a la información y políticas de transmisión.



RAMIRO ÁLVARO UGARTE es abogado de la Universidad Católica de Argentina, con una Maestría en Periodismo por la Universidad de San Andrés y Maestría en Derecho (LL.M.) de *Columbia University*, donde fue *Fulbright* y *Harlan Fiske Stone Scholar*. Se ha desempeñado como asesor de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ramiro también ha trabajado como periodista en diversos medios de comunicación en Buenos Aires. Desde el año 2009, está trabajando con la ONG argentina [Asociación de Derechos Civiles](#) en el área de Libertad de Expresión y, en la actualidad, como Director del área de Acceso a la Información. Ramiro es también profesor universitario de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo.



ANDREA CRISTINA BONNET LÓPEZ es abogada colombiana con una maestría en Propiedad intelectual y Comercio del Centro de Estudios Internacionales sobre Propiedad Intelectual (CEIPI) de la Universidad de Estrasburgo, Francia, y una maestría en Protección Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, España. En la actualidad es asesora del gobierno colombiano en temas internacionales de Propiedad Intelectual, especialmente sobre aquellos que se negocian ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Andrea es autora de artículos en temas de protección de datos; su más reciente libro, publicado en Francia el año pasado, se titula ***Rentabilidad o Salud: El gran reto para los países en desarrollo***. Ha sido conferencista sobre temas de protección de datos, derecho a la intimidad y conocimientos tradicionales en universidades colombianas.



FABIOLA CARRIÓN es actualmente Asesora de Políticas de [Access](#), ONG de derechos humanos que defiende y extiende los derechos de internautas en riesgo por todo el mundo. En este cargo, lidera la iniciativa de Debido Proceso Digital – protegiendo el derecho a la justicia procesal en los espacios digitales. Fabiola cuenta con más de diez años de experiencia en materia de derechos humanos, centrandó su acción en acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), derechos de las mujeres y justicia penal. Ha sido consultora de diversas organizaciones no lucrativas en los Estados Unidos y América Latina. Anteriormente, fue Directora de Relaciones Gubernamentales de una ONG en Nueva York y asesora de políticas para legisladores estatales en Estados Unidos. Fabiola comenzó su carrera legal como asistente legal para el Juez Joseph Maltese de la Corte Suprema de Nueva York. Fabiola es graduada de la Universidad de California en Berkeley, la *American University* en Washington D.C., y la Universidad Alfonso X en Madrid.



JUAN FERNANDO CÓRDOBA MARENTES es abogado de la Universidad de La Sabana, con estudios de postgrado en Derecho de Autor de la Universidad de Buenos Aires y de maestría (LL.M.) en la Universidad de Queensland, Australia. Es candidato a doctor en Derecho (con énfasis en Propiedad Intelectual) de la Universidad Austral de Argentina con una tesis sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor y la regla de los tres pasos. Juan Fernando es árbitro, profesor universitario y conferencista en distintos foros académicos, además de haberse desempeñado como consultor legal en firmas de Colombia y Australia. También es miembro de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) y de la Junta Directiva del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA). Actualmente es profesor e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, además de ser el Director del Programa de Derecho.



CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO es abogado de la Universidad Industrial de Santander, con especialidad en Derecho Comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Además, ha sido becario de diferentes cursos especializados en Derecho de Autor, Observancia y Gobierno en línea por la Organización de Estados Americanos, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en Seúl, Panamá y Washington, respectivamente. Actualmente, Carlos se desempeña como Jefe de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia.



MIKE GODWIN es Asesor Principal de Políticas del Proyecto de Política Mundial de Internet de [Internews](#). Mike es abogado y escritor estadounidense que ha trabajado durante más de 20 años en una amplia gama de cuestiones sobre derecho de Internet y política. En 1990, inmediatamente después de terminar sus estudios en Derecho, fue contratado como el primer Asesor de [Electronic Frontier Foundation](#) (EFF), en donde trabajó durante nueve años. En esta etapa, Peter lideró y dio seguimiento al caso *Reno vs. ACLU* en la Corte Suprema de EE.UU., en el que se establecieron los principios de libertad de expresión en Internet bajo el derecho estadounidense. Mike es también famoso (o conocido) como el creador del adagio de Internet sobre la [Ley de Analogías Nazis de Internet de Godwin](#). En la década de 1990 y comienzos de 2000, trabajó en temas de propiedad intelectual y políticas de tecnología para el *Center for Democracy and Technology* y para *Public Knowledge*, dos ONG con sede en Washington, DC. Entre julio de 2007 a octubre de 2010, fue [consejero general](#) de la [Fundación Wikimedia](#) (WMF, por sus siglas en inglés), y desde entonces se ha mantenido como abogado consultor de *Wikimedia/Wikipedia*, en particular asesorando a WMF en la organización de las protestas de censura de *Stop Online Piracy Act* (SOPA) en enero de 2012. Mike ha trabajado en la junta de [Open Source Initiative](#) y en el consejo del Centro de Prensa de Estudiantes de Derecho. También se ha desempeñado como editor colaborador de la revista [Reason](#) desde 1994, no solo escribiendo sobre temas políticos y legales, sino también contribuyendo a través de reseñas de libros y entrevistas con autores de ciencia-ficción.



PETER JASZI enseña derecho de autor nacional e internacional en la Escuela de Derecho de la *American University*, supervisa estudiantes en la Clínica legal de Propiedad Intelectual *Glushko-Samuels* y escribe sobre historia y teorías del derecho de autor. Junto a Craig Joyce, Marshall Leaffer y Tyler Ochoa, es coautor de un libro de texto de normas de derecho de autor, *Copyright Law* (Lexis, 8th ed., 2010). Peter coeditó junto a Martha Woodmansee el libro *The Construction of Authorship*, publicado por *Duke University Press* en 1994. Su nueva colección, *Making and Unmaking Intellectual Property* (editado junto a Mario Biagioli), fue publicado por la *University of Chicago Press* en la primavera de 2011. En 1994, Peter fue miembro de la Comisión Asesora de Bibliotecarios del Congreso sobre Registro y Depósito del Derecho de Autor, y en 1995 fue organizador de la Coalición Futuro Digital. Es miembro de la Sociedad de

Derecho de Autor de los EE.UU., y miembro del consejo editorial de su revista. Desde 2005, Peter trabaja con la Profesora Patricia Aufderheide del [Centro para los Medios de Comunicación Social](#) de la *American University* en proyectos diseñados para promover el entendimiento del uso justo (*fair use*) por parte de documentalistas y otros creadores. Su libro, *Reclaiming Fair Use*, fue publicado el pasado año por Chicago. Entre 2006 y 2007, Peter lideró un equipo de investigación interdisciplinario, financiado por la Fundación Ford, cuyo [informe final](#) explora la conexión entre el derecho de propiedad intelectual y las artes tradicionales de Indonesia. En 2007, Peter recibió el Premio de Derecho de Autor *L. Ray Patterson* de la Asociación Estadounidense de Bibliotecarios; en 2009, la Sección de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados del Distrito de Columbia lo honró como Campeón de la Propiedad Intelectual del año; y en el año 2010 fue reconocido con el premio IP3 del grupo de interés público sin fines de lucro *Public Knowledge*. En la actualidad Peter es miembro de la junta directiva de *Independent Television Service* (ITVS), una importante fuente de financiación de proyectos de cine documental.



LILIANA ARIZA es abogada de la Universidad Nacional del Colombia, con especialización en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Tecnologías de las Información de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es Asesora de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dentro de sus funciones, Liliana coordina la mesa de Propiedad Intelectual en las negociaciones de los acuerdos comerciales.



CARLOS EDUARDO CORTÉS CASTILLO es abogado de la Universidad de Los Andes, Colombia. Fue director de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), asesor de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y profesor de Derecho de Medios del Programa de Periodismo y Opinión Pública de la Universidad del Rosario, Colombia. Ha trabajado como periodista en medios de comunicación colombianos como *Semana* y *La Silla Vacía*. Carlos tiene una maestría en Gobernanza de Medios del London School of Economics en Reino Unido. Es investigador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo, Argentina, y consultor de Open Society Foundations en el proyecto Medios Digitales. Durante 2013 Carlos ha asesorado a la [Fundación Karisma](#) y al colectivo [RedPaTodos](#) en temas de derechos de autor y regulación de Internet.



FRANCISCO VERA es actualmente analista principal de políticas para América Latina en [Access](#), ONG de derechos humanos que defiende y extiende los derechos de internautas en riesgo por todo el mundo. Está especializado en propiedad intelectual, protección de datos, derecho penal y libertad de expresión desde una perspectiva normativa. Además, Francisco trabaja como Director de Proyectos de la ONG [Derechos Digitales](#), organización chilena de derechos humanos y tecnología. Francisco se ha desempeñado en el pasado como abogado en derecho civil y penal en diferentes firmas de Chile.



LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA es abogado y politólogo de la Universidad de los Andes, Colombia. Tiene dos maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho Público de la Economía de la Universidad de París 2; además, es candidato a doctor de la Universidad de París 2. Ha hecho estudios en alto gobierno y en regulación de telecomunicaciones. Lorenzo ha sido director y comisionado de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia, asociado de *Freshfields Bruckhaus Deringer* y auxiliar del Magistrado Vladimiro Naranjo en la Corte Constitucional Colombiana. Es abogado experto en derecho de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), Derecho Informático y Derecho de Internet. Es profesor universitario en Derecho de TIC, Regulación y Arbitraje. Lorenzo es también árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente es director de Lorenzo Villegas Consultores, firma experta en Derecho de TIC e Internet.

CON
FE
REN
CIA

INTER
NA
CIO
NAL

DERECHOS
HUMANOS

EN
LA

ERA
DI
GITAL

Documentos

Del afán no queda sino la inexequibilidad: la caída de la Ley Lleras 2.0

JUAN FERNANDO CÓRDOBA MARENTES

Juan es árbitro, profesor universitario y conferencista. Actualmente es profesor e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, además de ejercer como Director del Programa de Derecho.

La declaratoria de inexequibilidad de la ley 1520 de 2012 (llamada Ley Lleras 2.0 por los internautas), que desarrolló algunos de los compromisos en materia de derecho de autor contenidos en el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, ha ratificado la opinión de muchos que calificaron de apresurada la aprobación de la misma. En efecto, según las confusas versiones de prensa, el principal argumento que fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional para determinar la inconstitucionalidad de la norma es el referido a los vicios de forma en los que se incurrió durante su trámite en el Congreso.

Con esto, se le habría dado razón a los varios accionantes que alegaban que la ley debía haber sido discutida en las comisiones encargadas de estudiar asuntos de propiedad intelectual y no en aquellas dedicadas a los temas de política internacional, como finalmente sucedió, seguramente para asegurar un trámite más expedito de la iniciativa gubernamental. En todo caso, el afán del Gobierno por mostrarle al presidente Obama que Colombia ya estaba cumpliendo con los compromisos adquiridos en el TLC, se vio reflejado no sólo en los vicios de forma de la ley sino en su misma sustancia. Por ejemplo, uno de los artículos que fue declarado inexequible, el 13, básicamente replica lo previsto en el 16.7.9 del TLC al establecer que “no obstante la posibilidad que tiene el Estado de establecer limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional sobre derecho de autor y derechos conexos, no se permite la retransmisión a través de Internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o por satélite, sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal y, si es del caso, de la señal”.

Llama la atención que, si en el mismo TLC se reconocía la potestad de las partes para establecer limitaciones y excepciones en esta materia, no se haya aprovechado esta ley para definir las, dándole argumentos a los detractores de la norma para alegar la violación de los derechos a la información, la educación y la cultura. ¿No tuvimos seis años, desde que fuera inicialmente aprobado el TLC, para preparar unas leyes que desarrollaran íntegra y adecuadamente lo acordado en dicho tratado? Desarrollar internamente lo establecido en el TLC no suponía únicamente transcribir una disposición, como ocurrió en este caso, sino ir más allá y adecuar el compromiso al entorno local, por ejemplo, definiendo los casos en los que la retransmisión prohibida no constituiría una infracción.

El mismo compromiso del artículo 13 lo tienen los Estados Unidos pero ellos sí hicieron la tarea de establecer las excepciones y limitaciones aplicables, además de que siempre contarán con la doctrina del fair use o uso leal que permite defenderse de reclamos por infracción cuando se cumple con determinados criterios de razonabilidad.

De todas maneras, tanto a la industria que desplegó un lobby poderoso para impulsar y defender una norma preparada a la ligera, como a aquellos que la han atacado por motivos políticos, habría que recordarles que con la decisión de la Corte no muere el derecho de autor ni desaparecen las facultades exclusivas de los titulares para reproducir y comunicar públicamente las obras y demás materias protegidas, como lo prevé el ordenamiento vigente, por lo que no sería acertado afirmar que la declaratoria de inexequibilidad de la norma permitirá automáticamente la retransmisión de señales de televisión por Internet sin la autorización de sus titulares.

Más allá de esta situación coyuntural, se percibe la necesidad de entender que la globalización y la celebración de tratados de libre comercio implican una mayor flexibilidad en los paradigmas que gobiernan nuestros sistemas de protección de la propiedad intelectual, de manera que no nos quedemos únicamente con lo odioso e impositivo de un sistema como el

estadounidense, sino que también aprendamos de la forma como allí se han ideado alternativas para equilibrar los distintos intereses en juego, como es el caso del fair use. Claro, esto requiere una profunda reflexión, incompatible con el afán del momento.

Artículo publicado inicialmente en el sitio Web de la Universidad de la Sabana. Disponible en <http://www.unisabana.edu.co/nc/la-sabana/campus-20/noticia/articulo/del-afan-no-queda-sino-la-inexequibilidad-la-caida-de-la-ley-lleras-20-columna-de-opinion/>.

Más allá de la Tecnología y las Tácticas

En el nuevo mundo de la política de Internet, la libertad online está en juego

MIKE GODWIN

Mike (mgodwin@internews.org) es Asesor Principal de Políticas para el Proyecto de Política Mundial de Internet de Internews, una organización internacional sin fines de lucro cuya misión es empoderar a los medios de comunicación locales en todo el mundo para poner a disposición de las personas las noticias y la información que necesitan, la capacidad para conectarse y los medios para hacer oír su voz. Formada en 1982, Internews ha trabajado en más de 90 países, y en la actualidad cuenta con oficinas en África, Asia, Europa, Medio Oriente, América Latina y América del Norte. Visita <http://www.internews.org>.

Deja a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA; por sus siglas en inglés) y al Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera poner al “espía” de nuevo en “espionaje”. En las últimas semanas, el público ha conocido lo que muchos de nosotros los especialistas hemos sabido por mucho tiempo, y es que vastas extensiones de las comunicaciones de los ciudadanos de a pie han sido barridos en invasivas redadas, y el marco legal para todo este figoneo en realidad es producto de un órgano secreto de ley generado por un tribunal especial secreto. Sin embargo, estas revelaciones de lo mucho que el gobierno de EE.UU. ha estado espionando a su población no debe ser tan sorprendente, dado que la ley subyacente –la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera– ha estado en vigor desde 1978.

Si la era digital ha permitido a los ciudadanos comunes hacer y decir más *online*, también nos ha hecho más vulnerables a intrusiones de todo tipo a la intimidad –y las tecnologías digitales fortalecen a los gobiernos, al menos tanto como empoderan al resto de nosotros. Pero ese es precisamente el aspecto positivo de la historia del NSA. Ha alertado a la opinión pública que la ley y la elaboración de políticas de Internet tienen un significado para todos nosotros, no solo para los legisladores.

Pero no siempre fue claro que las políticas digitales fueran tan importante en nuestra vida cotidiana. Cuando en 1990 empecé a trabajar en “derecho de Internet”, los juristas dudaban de que había suficiente cuestión jurídica en el ciberespacio para tan siquiera ser objeto de preocupación. Al mismo tiempo, los técnicos hablaban con facilidad sospechosa acerca de cómo las herramientas como los omnipresentes ordenadores personales harían que la necesidad de resolver cuestiones jurídicas y políticas fuesen una cosa del pasado; todo el mundo estaría facultado para participar en el diálogo público, una especie de democracia directa dejando a los legisladores y burócratas en la insignificancia.

Ambas suposiciones eran erróneas. Las políticas digitales son más importante que nunca, pues, rápidamente el ciberespacio se ha convertido en un punto de encuentro vital para la participación política en la era moderna. Para una prueba no hace falta más que ver a Italia y a los Estados Unidos. En ambos países, en 2012, legislaciones represivas llevaron a activistas de *Wikimedia* a protestar por el cierre temporal del acceso a la *Wikipedia*. Esto también promovió nuevos diálogos entre los gobiernos, las compañías de Internet y las organizaciones de la sociedad civil. En ambos casos, los legisladores retiraron los proyectos de ley.

La conmoción del NSA y los bloqueos a *Wikipedia* han subrayado la continua y actual tensión que enfrentan los gobiernos: ¿cómo pueden los gobiernos garantizar la seguridad, la propiedad intelectual y otros derechos de los ciudadanos al tiempo que protege plenamente la intimidad

y la libertad de expresión *online*? De una forma u otra, se trata de un drama que se está manifestando en todos los países del mundo.

De hecho, nos encontramos en un momento crucial en el que muchos países en desarrollo están revisando sus políticas de comunicación y de Internet. Mientras muchas naciones se han comprometido con la libertad *online* –o en todo caso así lo declaran– muy pocos están trabajando para controlar la libertad de expresión o para imponer la vigilancia omnipresente, superando incluso las ambiciones de la NSA. Nuevas y viejas naciones se apresuran a actualizar sus leyes en la era digital; hay una estrecha ventana de oportunidad para dar forma al futuro digital antes de que estos regímenes políticos de Internet se establecen en la ley. Por lo tanto, este es el momento preciso para que los activistas en los países emergentes y en transición se centren en el desarrollo del marco jurídico en el que la libertad de expresión –tradicional y *online*– pueda desempeñar el papel que le corresponde en una sociedad democrática.

En las democracias en desarrollo y en transición se ha hecho evidente que no importa cuán logradas sean sus herramientas digitales, si no existe un fuerte consenso acerca de lo que significa tener medios de comunicación libres. A pesar de las llamadas “revoluciones de *Twitter*,” esto es un hecho duro que los activistas en el Medio Oriente, África, América Latina y Asia Oriental están aprendiendo de la manera más difícil en estos días. Sabemos que los medios sociales y la codificación **no** son la respuesta a cada problema de la libertad de expresión y la intimidad. Mientras los gobiernos a menudo proclaman la libertad de prensa, la libertad de expresión y la participación política, al mismo tiempo promulgan leyes y políticas que socavan dichos valores.

Estas amenazas políticas pueden adoptar muchas formas. Dos ejemplos importantes: (1) a veces un nuevo gobierno, sintiendo su propia fragilidad, quiere construir una infraestructura de vigilancia generalizada en los servicios de Internet del país; y (2) a veces los políticos y los ciudadanos adinerados se dan cuenta que los usuarios de Internet, empoderados por esta herramienta, pueden utilizar las plataformas digitales para criticar los poderes fácticos, por lo que utilizan leyes de difamación y casos judiciales como intimidación.

Para bien o para mal, el duro trabajo de desarrollo de política en sí mismo no se presta para las protestas callejeras o *tweets* - y la mayoría de los problemas políticos no pueden ser resueltos con bloqueos a *Wikipedia* en ausencia de un compromiso profundo con un enfoque multisectorial sostenible. Resulta que la promoción de políticas digitales se parece menos a la programación de un ordenador o la soldadura de cables, que a la construcción de un matrimonio, que gira en torno a la creación y el mantenimiento de relaciones de confianza y el diálogo transparente. Lo que realmente hace falta son reuniones cara a cara entre activistas y los responsables políticos, para razonar y crear un entendimiento compartido de qué debe significar la libertad y la privacidad en Internet, independientemente de las herramientas que se estén utilizando.

En mi trabajo con *Internews* en el Proyecto sobre Política Mundial de Internet, ayudo a fortalecer la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil para trabajar en pro de una política de Internet más humana y progresista en sus países. En los debates políticos, estos ciudadanos, valientes activistas y abogados están aprendiendo cómo hacer que sus voces sean escuchadas por los gobiernos, así como por los actores institucionales que, tradicionalmente, han tenido el monopolio de la atención de los gobiernos. He visto de primera mano que el resultado de un proceso maduro de incidencia política es el diálogo y el coloquio en el que todas las partes interesadas –incluyendo ministerios gubernamentales, activistas digitales, periodistas, *bloggers*, organizaciones de la sociedad civil, proveedores de servicios de telecomunicación y de Internet– reconocen el valor de otros puntos de vista y el alcance de soluciones.

A.J. Liebling dijo la famosa frase: “La libertad de prensa está garantizada solo para aquellos que poseen una”. El hecho fundamental de la moderna era digital es que, cada vez

más, todo el mundo tiene una. Los ciudadanos que captan la violencia en la calle con un teléfono habilitado con cámara están haciendo periodismo. Lo hacen también los *bloggers* que publican solo con un ordenador portátil y una cuenta de *Tumblr*. Y cuando vivía en el centro de Oakland durante las manifestaciones *Occupy Oakland* de 2011, sabía que las personas que reportaban con *tweets* los movimientos de la policía y las acciones multitudinarias estaban honrando la tradición más noble del periodismo: dar testimonio.

La creciente ola de periodismo ciudadano y la multitud de voces ciudadanas hace que muchos gobiernos se sientan incómodos, especialmente aquellos acostumbrados a imponer mordazas a la prensa. Controlar a tus críticos es más fácil con la censura, con la introducción de restricciones a los medios *online*, y la limitación de licencias de radiodifusión. Por lo tanto, cuando todo somos, efectivamente, un periódico o estación de radio o reportero, un nuevo, más frágil o nervioso gobierno puede encontrar motivos para entrar en pánico.

Es aquí donde la sociedad civil desempeña un papel esencial en materia de política de medios de comunicación: está para impedir que los gobiernos entren en pánico y adopten políticas represivas que atenten contra la intimidad y atacan los medios de comunicación libres de todo tipo, (incluyendo cualquiera construido por un *blogger* con una cuenta de *Facebook* o *Wordpress*). Para fomentar buenas políticas de Internet, las protestas públicas o acciones legales puede ser el inicio del diálogo, mas no puede ser el final de la misma. En cambio, los defensores de un Internet abierto y libre deben aprender cómo mantener la calma de los gobiernos frente a la rápida democratización digital. En efecto, tienen que convertirse en sus propios recursos institucionales para garantizar la libre expresión y la intimidad *online*. En el proceso, los grupos de la sociedad civil pueden legitimar todo el proceso de participación, de forma tal que sus gobiernos los consideren recursos y socios, no únicamente adversarios.

Alcanzar el éxito significará que la gobernanza de Internet ya no es solo para los gobernantes, y que las políticas de Internet no son únicamente para los legisladores. Y pondrá de relieve la simple realidad de que el periodismo ya no es exclusividad de los periodistas. En las democracias digitales de hoy, donde cada uno de nosotros puede desempeñar cualquiera de estas funciones, la más valiosa ayuda que podemos ofrecer a aquellos que abogan en nuestro nombre por una buena política es el reconocimiento de que cada uno de nosotros tenemos un interés personal directo en la libertad de prensa, que hoy en día es tan universal e individual como la libertad de expresión.

Esto significa que los activistas tienen que mirar más allá de las tecnologías digitales y las tácticas de protesta para fijar los marcos de políticas a largo plazo que protejan la expresión y intimidad *online*. Cuanto antes logremos el consenso social internacional sobre esto, más pronto vamos a entender cómo manejar la compleja mezcla de privilegios y responsabilidades individuales que conlleva la vida en la era digital.

Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos en las comunicaciones de Vigilancia

Versión final, 10 de julio 2013

A medida que avanzan las tecnologías que facilitan la vigilancia estatal de las comunicaciones, los Estados están fallando en garantizar que las leyes y reglamentos en materia de vigilancia de las comunicaciones estén en consonancia con los normas internacionales sobre derechos humanos y en proteger adecuadamente los derechos a la privacidad y a la libertad

de expresión. Este documento busca explicar cómo se aplica el derecho internacional de los derechos humanos en el actual entorno digital, en particular a la luz del aumento y de los cambios que están teniendo las tecnologías y técnicas de vigilancia de comunicaciones. Estos principios pueden proporcionar a los grupos de la sociedad civil, a la industria, a los Estados y a otros con un marco para evaluar si las leyes y las prácticas de vigilancia, actuales o propuestas, están en línea con los derechos humanos.

Estos principios son el resultado de una consulta mundial con grupos de la sociedad civil, la industria y expertos internacionales en legislación sobre vigilancia de comunicaciones, política y tecnología.

Preámbulo

La privacidad es un derecho humano fundamental, es esencial para el mantenimiento de sociedades democráticas. Es cardinal para la dignidad humana y refuerza otros derechos como la libertad de expresión e información y la libertad de asociación. Además, es reconocido por las normas internacionales sobre derechos humanos.¹ Las actividades que restringen el derecho a la intimidad, incluida la vigilancia de las comunicaciones, solo pueden justificarse cuando son prescritas por ley, son necesarias para alcanzar un objetivo legítimo, y son proporcionadas al fin perseguido.²

Antes de la adopción pública de Internet, principios jurídicos bien establecidos y límites operativos inherentes al monitoreo de las comunicaciones, crearon barreras a la vigilancia estatal de las comunicaciones. En décadas recientes, esos límites operativos a la vigilancia han disminuido y la aplicación de principios jurídicos en los nuevos contextos tecnológicos ha perdido claridad. La explosión del contenido en las comunicaciones digitales y de la información sobre las comunicaciones o “metadatos de comunicaciones” –información sobre las comunicaciones de las persona o el uso de sus aparatos electrónicos–, el decreciente costo de almacenamiento, la minería de grandes cantidades de datos y el suministro de contenido personal a través de proveedores de servicios tercerizados, hacen posible la vigilancia estatal a una escala sin precedentes.³ Mientras tanto, las conceptualizaciones de la legislación vigente sobre derechos humanos no ha seguido el ritmo de las modernas y cambiantes capacidades de vigilancia estatal de las comunicaciones, la habilidad del Estado para combinar y organizar la información obtenida desde diferentes técnicas de vigilancia, o el aumento de la sensibilidad de la información disponible a la que se puede tener acceso.

La frecuencia con la cual los Estados están intentando acceder al contenido de las comunicaciones y a los metadatos de las comunicaciones está aumentando dramáticamente, sin que éstas cuenten con el escrutinio adecuado.⁴ Cuando se acceden y analizan los metadatos de las comunicaciones se pueden crear perfiles de la vida de las persona, incluyendo condiciones médicas, orientaciones políticas y religiosas, asociaciones, interacciones e intereses, revelando tanto o incluso más detalles de lo que sería discernible a partir del contenido de las comunicaciones.⁵ A pesar del enorme potencial de intrusión en la vida de una persona y del efecto amedrentador sobre las políticas y otras asociaciones, los instrumentos legislativos y de política pública, a menudo, permiten que los metadatos de las comunicaciones tengan un nivel de protección menor y no imponen restricciones suficientes sobre cómo pueden ser utilizados posteriormente por los organismos, incluyendo cómo se hace la minería de datos, cómo se comparten y cómo se retienen.

Con el fin de que los Estados realmente cumplan sus obligaciones dimanantes de la legislación internacional sobre derechos humanos en relación con la vigilancia de las comunicaciones, deben cumplir con los principios que se presentan a continuación. Estos principios se aplican a la vigilancia que hacen los Estados sobre sus propios ciudadanos en su territorio, así como también a la vigilancia que hacen de otros extraterritorialmente. Además, los principios se

aplican independientemente de la finalidad de la vigilancia –sea para aplicar la ley, para garantizar la seguridad nacional o para cualquier otro propósito normativo. De igual forma, se aplican no solo a la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas, sino también a la obligación de proteger a los individuos de la vulneración de sus derechos por agentes no estatales, incluidas las personas jurídicas.⁶ El sector privado asume la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeña en el diseño, desarrollo y difusión de las tecnologías, activación y suministro de las comunicaciones, y –cuando así se requiere– en la cooperación con las actividades de vigilancia estatal. Sin embargo, el alcance de los presentes Principios se limita a las obligaciones del Estado.

Cambio de tecnología y definiciones

En el mundo moderno, la “vigilancia de las comunicaciones” abarca el monitoreo, interceptación, recopilación, análisis, uso, conservación y retención, interferencia, o acceso de información que incluye, refleja, proviene o está relacionada con comunicaciones de una persona en el pasado, presente o futuro. Las “comunicaciones” incluyen actividades, interacciones y transacciones transmitidas a través de medios electrónicos, tales como el contenido de las comunicaciones, la identidad de las partes en las comunicaciones, la información de rastreo de localización –incluidas las direcciones de protocolo de Internet (IP)–, la hora y duración de las comunicaciones, y los identificadores de equipos de comunicación utilizados en las comunicaciones.

Tradicionalmente, la capacidad de invasión de la vigilancia de las comunicaciones ha sido evaluada sobre la base de categorías artificiales y formalista. Marcos legales existentes distinguen entre “contenido” o “no contenido”, “información de suscriptores” o “metadatos”, datos almacenados o en tránsito, datos guardados en el hogar o en posesión de un proveedor de servicios externos.⁷ Sin embargo, estas distinciones ya no son apropiadas para medir el grado de intrusión que la vigilancia de comunicaciones tiene en la vida privada de las personas y las asociaciones. Aunque desde hace tiempo se ha acordado que el contenido de las comunicaciones merece una protección significativa en la ley dada su capacidad para revelar información sensible, ahora está claro que existe otra información que surge de las comunicaciones –metadatos y otros tipos de datos que no son contenidos– que puede revelar mucho más acerca de una persona que el contenido mismo y, por lo tanto, merece una protección equivalente. Hoy en día, cada uno de estos tipos de información puede, tomada individualmente o analizada de forma colectiva, revelar la identidad de una persona, comportamientos, asociaciones, condiciones físicas o médicas, raza, color, orientación sexual, origen nacional, o cualquier otra orientación; o permitir trazar la ubicación de una persona, movimientos e interacciones a lo largo del tiempo,⁸ o de todas las personas en un lugar determinado, incluyendo una manifestación pública u otro acontecimiento político. Como resultado, toda información que incluye, refleja, proviene o está relacionada con comunicaciones de una persona y que no es de fácil e inmediato acceso para el público en general, debe ser considerada como “información protegida” y, por consiguiente, debe recibir la máxima protección legal.

A la hora de evaluar la capacidad de invasión de la vigilancia estatal de las comunicaciones, es necesario tener en cuenta tanto el potencial que ésta tiene de revelar información protegida, como también la finalidad para la que el Estado solicita la información. La vigilancia de comunicaciones, que con toda probabilidad dará lugar al descubrimiento de información protegida que puede poner a una persona en riesgo de investigación, discriminación o violación de sus derechos humanos, constituirá una infracción grave en el derecho a la intimidad de una persona, y también menoscabará el disfrute de otros derechos fundamentales, incluido el derecho a la libre expresión, a la asociación y a la participación política. Esto es así porque estos derechos requieren que las personas sean capaces de comunicarse libremente sin la amenaza de la vigilancia gubernamental. Por lo tanto, en cada caso será necesaria la determinación del carácter y posibles usos de la información solicitada.

Al adoptar una nueva técnica de vigilancia de comunicaciones o al ampliar el ámbito de aplicación de una técnica existente, el Estado debe determinar, en una primera instancia, si la información que quiere adquirir está dentro del ámbito de “información protegida”, y debe someterse a controles judiciales u otro mecanismo de supervisión democrático. La forma, el alcance y la duración de la vigilancia de las comunicaciones son factores relevantes al momento de considerar si la información obtenida alcanza el nivel de “información protegida”. Debido a que el monitoreo generalizado o sistemático tiene la capacidad de revelar información privada más allá de las partes que lo componen, la vigilancia de información no protegida puede aumentar su capacidad de invasión a tales niveles que se vuelve imperativo una mayor protección.⁹

La determinación de si un Estado puede llevar a cabo la vigilancia de comunicaciones que interfieran con la información protegida deberá ser compatible con los siguientes principios.

Los principios

Legalidad: Cualquier limitación al derecho a la intimidad deberá estar prescrita por ley. Un Estado no deberá adoptar o implementar medidas que interfieran con el derecho a la intimidad en la ausencia de un acto legislativo disponible de manera pública, que reúna normas claras y precisas suficientes para garantizar que las personas sean notificadas con antelación y puedan prever su aplicación. Dado el ritmo de los cambios tecnológicos, las legislaciones que limiten el derecho a la intimidad deberán ser objeto de revisiones periódicas por medio de procesos legislativos y normativos participativos.

Fin legítimo: Las legislaciones deberán únicamente permitir la vigilancia de las comunicación por autoridades estatales específicas, para lograr un fin legítimo que corresponda a un interés legal predominantemente importante y necesario en una sociedad democrática. Ninguna medida debe aplicarse de forma tal que discrimine por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

Necesidad: Las legislaciones que permitan la vigilancia de las comunicaciones por parte del Estado deberán limitar tal vigilancia a lo estricto y evidentemente necesario para lograr un fin legítimo. La vigilancia de las comunicaciones solo debe llevarse a cabo cuando es el único medio para lograr un fin legítimo, o bien, cuando haya varios medios y sea el medio menos probable de atentar contra los derechos humanos. La carga de establecer esta justificación, en los procesos judiciales y legislativos, será del Estado.

Adecuación: Cualquier instancia de vigilancia de las comunicaciones autorizada por ley deberá ser apropiada para cumplir el fin legítimo específico determinado.

Proporcionalidad: La vigilancia de las comunicaciones deberá ser considerada como un acto altamente intrusivo que interfiere con los derechos a la intimidad y a la libertad de opinión y expresión, amenazando los cimientos de una sociedad democrática. Las decisiones sobre la vigilancia de comunicaciones deberá hacerse sopesando el beneficios que se persigue vis-à-vis el daño que podría causar a los derechos de las personas y a otros intereses en conflicto, y deberá incluir una consideración a la sensibilidad de la información y la gravedad de la infracción al derecho a la intimidad.

En concreto, esto requerirá que, si un Estado busca acceso o uso de información protegida obtenida a través de la vigilancia de las comunicaciones en el marco de una investigación penal, deberá establecerse que una autoridad judicial competente, independiente e imparcial evalúe:

- a) Si existe un alto grado de probabilidad de que un delito grave haya sido o será cometido;

- b) Si los elementos probatorios de la comisión del delito serán obtenidos al acceder a la información requerida;
- c) Si otras técnicas menos invasivas de investigación disponibles han sido agotadas;
- d) Si la información a la que se accede se limitará a lo que es razonablemente relevante al presunto delito y si cualquier exceso de información recopilada será destruida o devuelta sin demora; y
- e) Si la autoridad determinada es la única con acceso a la información que utilizará para los fines para los cuales se concedió la autorización.

Si un Estado solicita acceso a información protegida a través de la vigilancia de las comunicaciones para un fin que no pone a una persona en riesgo de una acción penal, investigación, discriminación o infracción a los derechos humanos, éste deberá establecer una autoridad competente, independiente e imparcial para determinar:

- a) Si otras técnicas menos invasivas de investigación disponibles han sido consideradas;
- b) Si la información a la que se accede estará limitada a lo que es razonablemente relevante y si cualquier exceso de información recopilada será destruida y devuelta sin demora a la persona afectada; y
- c) Si la autoridad determinada es la única con acceso a la información que utilizará para los fines para los cuales se concedió la autorización.

Autoridad judicial competente: Las decisiones en materia de vigilancia de las comunicaciones deberán ser tomadas por una autoridad judicial competente que sea imparcial e independiente. Tal autoridad judicial deberá (1) ser distinta de la autoridad encargada de la vigilancia de las comunicaciones, (2) ser versada en temas relacionados con, y competente para, tomar decisiones judiciales sobre la legalidad de la vigilancia de las comunicaciones, las tecnologías utilizadas y los derechos humanos, y (3) disponer de recursos adecuados en el ejercicio de las funciones que le son atribuidas.

Debido proceso: El debido proceso de ley requerirá que los Estados respeten y salvaguarden los derechos humanos de las personas al garantizar que los procedimientos legales que rigen cualquier interferencia con dichos derechos estén debidamente provistos en la ley, sean consistentemente ejercidos y estén disponible al público en general. En concreto, para la determinación de sus derechos humanos, toda persona tiene derecho a una audiencia justa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal imparcial, independiente y competente establecido por ley,¹⁰ salvo en casos de emergencia cuando existe el riesgo inminente de peligro para la vida humana. En tales casos, la autorización con efecto retroactivo debe obtenerse dentro de un plazo razonable y factible. El mero riesgo de fuga o de destrucción de pruebas no podrá considerarse justificación suficiente para solicitar la autorización con efecto retroactivo.

Notificación de usuario: Las personas deberán ser notificadas de una decisión de autorización de vigilancia de las comunicaciones con el tiempo e información suficientes para permitirles apelar la decisión, y deberán tener acceso a los materiales presentados en apoyo de la solicitud de autorización. El retraso en la notificación solo se justificará en las siguientes circunstancias:

- a) La notificación pone en serio peligro el fin por el cual se otorga la autorización de vigilancia, o hay un riesgo inminente de peligro para la vida humana; o
- b) La autorización para demorar la notificación es otorgada por la autoridad judicial competente en el momento en que se concede la autorización de vigilancia; y
- c) La persona afectada es notificada tan pronto como el riesgo desaparece o dentro de un período de tiempo razonable y factible, lo que ocurra primero, y en todo caso en el momento en que la vigilancia de las comunicaciones se ha completado. La obligación de notificar recae en el Estado, pero en el caso de que éste no haya dado aviso, los proveedores de servicios de comunicaciones estarán en la libertad de notificar a las

personas sobre la vigilancia de las comunicaciones, de manera voluntaria o previa solicitud.

Transparencia: Los Estados deberán ser transparentes sobre el uso y alcance de la técnicas y controles de vigilancia de comunicaciones. Deberán publicar, como mínimo, información global sobre el número de solicitudes aprobadas y rechazadas, un desglose de solicitudes por parte de proveedores de servicios, y de acuerdo al tipo y propósito de la investigación. Los Estados deberán proporcionar a las personas información suficiente para que les permitan comprender plenamente el alcance, naturaleza y aplicación de las leyes que permiten la vigilancia de las comunicaciones. Los Estados deberán permitir que los proveedores de servicios publiquen los procedimientos que aplican cuando se trata de la vigilancia estatal de las comunicaciones, se adhieran a esos procedimientos, y publiquen los registros de vigilancia estatal de las comunicaciones.

Supervisión pública: Los Estados deberán establecer mecanismos de supervisión independientes que garantice la transparencia y rendición de cuentas de la vigilancia de comunicaciones.¹¹ Los mecanismos de supervisión deberán tener la facultad para acceder a toda información potencialmente relevante sobre las acciones estatales, incluyendo, si procede, el acceso a información secreta y clasificada, para valorar si el Estado ha llevado a cabo un uso legítimo de sus capacidades legales; para evaluar si el Estado ha estado publicando de manera transparente y precisa información sobre el uso y alcance de las técnicas y controles de vigilancia de comunicaciones; y para publicar informes periódicos y otra información relevante en torno a la vigilancia de las comunicaciones. Los mecanismos de supervisión independientes deberán ser instituidos además de cualquier supervisión ya proporcionada a través de otra rama del gobierno.

Integridad de las comunicaciones y sistemas: Con el fin de garantizar la integridad, seguridad y privacidad de los sistemas de comunicaciones, y en reconocimiento de que poner en peligro la seguridad con fines estatales casi siempre afecta la seguridad en un plano más general, los Estados no deberán obligar a los proveedores de servicios o proveedores de *hardware* o *software* a desarrollar en sus sistemas la capacidad de vigilancia o monitoreo, ni a recoger o conservar determinada información exclusivamente para fines de vigilancia estatal. *A priori* la conservación o recolección de datos nunca deberá requerírsele a los proveedores de servicios. Las personas tienen el derecho a expresarse anónimamente, por lo cual los Estados deberán abstenerse de obligar a la identificación de usuarios como condición previa para la prestación de servicios.¹²

Salvaguardas para la cooperación internacional: En respuesta a los cambios en el flujo de información, y en las tecnologías y servicios de comunicaciones, los Estados puede que necesiten procurar la asistencia de un proveedor de servicio extranjero. En consecuencia, los tratados de asistencia legal mutua (TALMs) y otros acuerdos celebrados por los Estados para garantizar que, cuando las legislaciones de más de un Estado pudiera emplearse en la vigilancia de las comunicaciones, se aplicará la norma disponible con el nivel más alto de protección a las personas. En caso de que los Estados procuren asistencia para fines de aplicación de la ley, deberá emplearse el principio de la doble incriminación. Los Estados no podrán utilizar los procesos de asistencia legal mutua y las solicitudes extranjeras de información protegida para burlar las restricciones legales nacionales en materia de vigilancia de las comunicaciones. Los procesos de asistencia legal mutua y otros acuerdos deberán estar claramente documentados, a disposición del público, y sujetos a las garantías de equidad procesal.

Salvaguardas contra el acceso no legítimo: Los Estados deberán promulgar legislaciones que penalicen la vigilancia ilegal de las comunicaciones por parte de actores públicos o privados. La ley deberá proveer sanciones civiles y penales suficientes y adecuadas, protecciones para los denunciantes, y medios de reparación para las personas afectadas. La legislación deberá estipular que cualquier información obtenida de una manera que sea inconsistente con estos

principios no podrá ser considerada prueba admisible en ningún procedimiento legal, al igual que cualquier prueba derivada de dicha información. Los Estados también deberán promulgar leyes que establezcan que, después de que el material obtenido a través de la vigilancia de las comunicaciones ha sido utilizado con el fin para el cual fue obtenida la información, deberá ser destruido o devuelto a la persona.

Signatarios

- Article 19* (Internacional)
- Asociación por los Derechos Civiles (Argentina)
- Bits of Freedom* (Países Bajos)
- Center for Internet and Society* (India)
- Comisión Colombiana de Juristas (Colombia)
- Electronic Frontier Foundation* (Internatconal)
- Fundación Karisma (Colombia)
- Open Media* (Canadá)
- Open Net* (Corea del Sur)
- Privacy International* (Internacional)
- Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic* (Canadá)
- Statewatch* (Reino Unido)
- Open Rights Group* (Reino Unido)

(Endnotes)

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 12; de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Artículo 14, Artículo 16 Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 17; las convenciones regionales, incluyendo el artículo 10 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, el Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Artículo 4 de los Principios de la Unión Africana para la Libertad de Expresión, el Artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Libre Expresión y Acceso a la Información, los Principios de Camden para la Libertad de Expresión y la Igualdad.

2 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 29; Observación General N^o 27, adoptada por el Comité de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999; véase también Martin Scheinin, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, A/HRC/17/34 de 2009.

3 Los metadatos de las comunicaciones pueden incluir información acerca de nuestras identidades (información del suscriptor, información del dispositivo), interacciones (origen y destino de las comunicaciones, especialmente las que muestran los sitios Web visitados, libros y otros materiales de lectura, personas con las que se interactuó, amigos, familia, conocidos, búsquedas realizadas, recursos utilizados) y ubicación (lugares y tiempos, proximidades a otros); en suma, los registros de casi todas las acciones de la vida moderna, nuestros estados mentales, intereses, intenciones y nuestros pensamientos más íntimos.

4 Solo en el Reino Unido, por ejemplo, hay cada año cerca de 500.000 solicitudes de metadatos de las comunicaciones, que en la actualidad están bajo un régimen de “autorización propia” ara las agencias del orden público, que pueden a autorizar sus propias solicitudes de acceso a la información en poder de proveedores de servicio. Mientras

tanto, los datos proporcionados por el informe de transparencia de Google muestra que las solicitudes de datos de usuario de los EE.UU. aumentaron de 8.888 en 2010 a 12.271 en 2011. En Corea, hay cada año alrededor de 6 millones de solicitudes de información de suscriptores/posteadores y cerca de 30 millones de solicitudes de otras formas de metadatos de las comunicaciones entre el período 2011-2012, de las cuales casi todas fueron concedidas y ejecutadas Datos de 2012 disponibles en <http://www.kcc.go.kr/user.do?mode=view&page=A02060400&dc=K02060400&boardId=1030&cp=1&boardSeq=35586>.

5 Véanse como ejemplos la obra de Sandy Petland, “Reality Mining”, en *MIT’s Technology Review*, 2008, disponible en <http://www2.technologyreview.com/article/409598/tr10-reality-mining/> y Alberto Escudero-Pascual y Gus Hosein, “Questioning lawful access to traffic data”, en *Communications of the ACM*, Vol. 47, No. 3, Marzo de 2004, pp. 77-82.

6 Frank La Rue, *Informe del Relator Especial de la Naviones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, 16 de mayo de 2011. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf.

7 “Las personas revelar a sus proveedores de telefonía móvil números de teléfono que marcan o envían en un texto, las direcciones URL que visitan y las direcciones de correo electrónico con el que responden a sus proveedores de servicios de Internet, y libros, alimentos y medicamentos que compran a los distribuidores en línea... No asumiría que toda la información voluntariamente revelada a algún miembro del público para un propósito limitado esté, por esa sola razón, excluida de la protección consagrada en la Cuarta Enmienda.” *United States v Jones*, 565 EE.UU. ___, 132 S. Ct. 945, 957 (2012) (Sotomayor, J., voto concurrente).

8 “El monitoreo a corto plazo de los movimientos de una persona en la vía pública concuerdan con las expectativas legítimas de privacidad”, pero “el uso a más largo plazo de monitoreos de sistema de posición global en investigaciones de seguimiento de la mayoría de los delitos incide en las expectativas legítimas de privacidad.” *United States v Jones*, 565 EE.UU., 132 S. Ct. 945, 964 (2012) (Alito, J., voto concurrente).

9 “La vigilancia prolongada revela tipos de información no reveladas por la vigilancia a corto plazo, como lo qué una persona hace repetidamente, lo qué no hace, y lo qué hace en conjunto. Este tipo de información puede revelar más sobre una persona que cualquier viaje individual visto de forma aislada. Repetidas visitas a una iglesia, un gimnasio, un bar o a un corredor de apuestas cuenta una historia no contada por una sola visita, al igual que ninguna visita a cualquiera de estos lugares a lo largo de un mes. La secuencia de movimientos de una persona pueden revelar todavía más; un simple viaje a la oficina de un ginecólogo dice poco acerca de una mujer, pero un siguiente viaje semanas después a una tienda de artículos de bebé cuenta una historia diferente.* Una persona que sabe todo sobre los viajes de otra puede deducir si es un asistente semanal al iglesia, un bebedor empedernido, un habitual en el gimnasio, un marido infiel, un paciente ambulatorio que recibe tratamiento médico, un socio de individuos particulares o grupos políticos - y no solo uno de estos hecho sobre una persona, pero todos estos hechos”. *EE.UU. v Maynard*, 615 F. 3d 544 (EE.UU., DC Circ., CA) p. 562, *EE.UU. v Jones*, 565 __ EE.UU., (2012), Alito, J., voto concurrente. “Por otra parte, la información pública puede estar en el ámbito de la vida privada donde es sistemáticamente recogida y se almacena en archivos en poder de las autoridades . Eso es aún más cierto cuando dicha información está relacionada con el pasado lejano de una persona ... En opinión del Tribunal, dicha información, cuando sistemáticamente se recoge y se almacena en un archivo en poder de agentes del Estado, , entra en el ámbito de la “vida privada” a los efectos del Artículo 8(1) de la Convención.” (*Rotaru v. Rumania*, [2000] CEDH 28341/95, párrs. 43-44.

10 El término “debido proceso” puede utilizarse indistintamente con la “equidad procesal” y la “justicia natural”, y está bien articulado en el Artículo 8(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11 El Comisionada de Interceptación de Comunicaciones (CIC) del Reino Unido es un ejemplo de un tipo de mecanismo de supervisión independiente. El CIC publica un informe que incluye algunos datos agregados, que, sin embargo, no proveen datos suficientes para examinar los tipos de solicitudes, la extensión de cada petición de acceso, el propósito de las

solicitudes, y el escrutinio empleado en las mismas. Ver <http://www.intelligencecommissioners.com/sections.asp?sectionID=2&type=top>.

12 Fran La Rue, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27, párr. 84.

Repensando los contrapesos del derecho de autor

Una necesidad especial de política para Internet

**CAROLINA BOTERO
CABRERA, LUISA FERNANDA
GUZMÁN MEJÍAS & LAURA
VICTORIA PÉREZ**

Carolina es Directora del Grupo Derecho Internet y Sociedad de la Fundación Karisma en el que colaboran Luisa y Laura. Todas son abogadas a las que les interesa la relación entre el derecho y la sociedad de la información.

Presentación

Cuando hablamos del derecho de autor como sistema legal es importante tener presente que éste se compone de distintos elementos, sin los cuales no está completo. De un lado se encuentran los mecanismos de protección a los derechos de los titulares que, dice la teoría, les permiten controlar sus obras para generar ingresos y así constituir un mecanismo de incentivo a la creación. Sin embargo, este control no recae sobre cualquier cosa: es un control sobre los artefactos en los que circula la información, el conocimiento y la cultura de las sociedades humanas (las obras). Por esta razón, el propio sistema reconoce la necesidad de garantizar mecanismos que equilibren esa intención controladora con el interés de la sociedad de que esa información, conocimiento, cultura circulen lo mejor posible. Esta función de equilibrio la cumplen esencialmente la figura del dominio público y la de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.¹

Durante décadas se han venido fortaleciendo los mecanismos de protección de los autores y titulares (aumento de plazos, más tipos penales, entre otros) sin una actualización similar en relación con los derechos fundamentales afectados –la educación, la salud, la libertad de expresión, el acceso a la ciencia y la cultura–. Esto se traduce en un amplio desequilibrio a favor del derecho de autor en detrimento de tales derechos fundamentales. En el escenario actual las normas sobre excepciones están desactualizadas y, peor aún, no hay una reflexión adecuada sobre la necesidad de globalizar los equilibrios del sistema tanto como se globalizan los mecanismos de fortalecimiento.

Esto es especialmente cierto en un mundo mediado por las tecnologías digitales en el que se marcan con más fuerza los vacíos, pues se trata de un mundo en el que los usuarios de Internet han borrado la otrora clara línea entre autores y consumidores de contenido susceptible de ser protegido por el derecho de autor. Cada forma de acceder a contenidos digitales y cada interacción con una obra que genera un nuevo contenido, es un reto a las prerrogativas tradicionalmente reconocidas por el derecho de autor. Y es que “es muy difícil ya hablar de autores o usuarios, en Internet todos somos creadores”². Si no actuamos pronto para equilibrar este sistema legal la desventaja de Colombia será más evidente frente a otros países en el entorno digital.

La importancia de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, la forma como éstas garantizan la cotidianidad de los ciudadanos –que además poco las entienden–, algún detalle sobre los vacíos más importantes en esta materia y las principales recomendaciones para solucionar el escenario más preocupante, serán objeto de este documento.

Una contextualización necesaria

El sistema de derecho de autor se compone de varios elementos. En primer lugar tiene dentro de sí una serie de derechos para los autores, productores e inversionistas de la industria. Estos son:

- a) De contenido moral, regulando la relación de los autores con su obra y las consecuentes prerrogativas, como por ejemplo la paternidad o la integridad de la obra, y
- b) De contenido patrimonial, incluyendo el derecho a explotar la obra. Éste suele estar en cabeza de los autores³, quienes pueden negociarlo, autorizarlo, cederlo y, en general, gestionarlo con terceros (otras personas naturales, compañías disqueras, empresas productoras, entidades de gestión colectiva de derechos de autor –como SAYCO–, etc.).

Estos derechos otorgados a los autores o a quienes ejerzan como titulares por cuenta de la gestión que los autores o la ley hacen⁴, supone que sean ellos los facultados para decidir sobre las formas en que se usará y explotará su obra (incluye decisiones sobre formatos, copias, formas de exposición al público, geografías en las que se distribuye, entre otros).

Ahora bien, esta facultad se encuentra limitada legalmente por una figura cuyas funciones son permitir el uso del material protegido sin contar con la autorización del autor/titular: este mecanismo se conoce como **las excepciones y limitaciones al derecho de autor**. En países de tradición de derecho civil como Colombia, las excepciones y limitaciones al derecho de autor son listados legales de casos que describen en forma taxativa las condiciones de tiempo, modo y/o lugar que permiten el uso de una obra sin que medie la autorización. La misma función la cumplen las figuras del *fair use*⁵ y el *fair dealing*⁶ (**en países de tradición de derecho consuetudinario como Estados Unidos o Reino Unido, respectivamente**) siendo el *fair use* más abierto que el *fair dealing*, que en algunas legislaciones es muy similar a la lista cerrada. Pese a las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de tradición civil y de derecho consuetudinario, en ambos sistemas el uso de las obras sin la autorización previa de los autores o titulares se encuentra permitido. Y en caso de presentarse un conflicto frente al uso efectuado, es el juez quien decide basándose en criterios que serán más amplios o restrictivos dependiendo de la tradición jurídica. Vale la pena agregar que en países de tradición de derecho consuetudinario es común que se combine su figura flexible con la lista cerrada de casos.

Es importante considerar que las excepciones no son un elemento ajeno al sistema de derecho de autor: son el mecanismo que permite que este conjunto de normas se armonice con intereses económicos, sociales, educativos, y de derechos humanos. Como apunta la *Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor*⁷ del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia (*en adelante La Declaración Max Planck*), la armonización de los intereses de los titulares de derechos de autor y el público en general es uno de los objetivos generales de la regulación de la propiedad intelectual. Indica que existe “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular, en la educación, la investigación y el acceso a la información”. Este compromiso puede encontrarse en el artículo 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el preámbulo del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor; en el caso del derecho de autor, una aproximación a esta armonización no puede dejar de lado los intereses del público en general.

Aunque las normas internacionales que han venido estandarizando el derecho de autor no limitan a los países la posibilidad de crear y adoptar excepciones y limitaciones, lo cierto es

que tradicionalmente tampoco han fomentado que se consagren⁸. En la práctica, no obstante, la lista no es muy amplia siendo esta situación más preocupante cuando el sistema es de lista cerrada, pues los casos quedan rápidamente desactualizados⁹. En ese escenario, no sorprende el resultado de un paralelo realizado por el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés)¹⁰, a través de una encuesta sobre la adopción de estas figuras en diferentes países. Los resultados de la encuesta mostraron cómo en los países desarrollados tiende a haber un amplio número de excepciones y limitaciones en comparación con aquellos en desarrollo. Es decir, los países en desarrollo han descuidado las garantías que su marco legal puede ofrecer para mejorar el acceso al conocimiento, para estimular la creación y, en general, para promover derechos fundamentales. En cambio, han priorizado el fortalecimiento de los derechos de los titulares, acogiendo sin mayor análisis crítico los argumentos que son el eje de la política internacional de los países desarrollados¹¹.

Y es que una defensa a ultranza de los derechos de los autores, especialmente los derechos patrimoniales de los titulares, puede generar impactos negativos no deseados respecto de los derechos de otros sectores de la sociedad. En este marco aparecen las excepciones y limitaciones que consisten en el permiso legal¹², bajo ciertos supuestos, para el uso de obras protegidas por el derecho de autor sin tener que conseguir autorización ni realizar pago alguno al titular de los derechos sobre la obra¹³.

Los supuestos o condiciones que enmarcan las excepciones deben a su turno ajustarse a **La regla de los tres pasos**¹⁴ que es reconocido como “el más importante principio en materia de excepciones al derecho de autor”¹⁵. La Declaración Max Planck recuerda que “la Regla de los Tres Pasos cumple con diferentes funciones en los diversos ámbitos normativos y sistemas legales” y continúa “A nivel internacional, controla la autonomía de los Estados para diseñar excepciones y limitaciones domésticas. A nivel nacional, la Regla puede ser directamente incorporada a la ley o bien servir exclusivamente como ayuda para su interpretación”¹⁶.

Fue concebida como una regla de interpretación legal a ser aplicada por el legislador al momento de analizar la pertinencia de incluir en la legislación nacional una nueva excepción. Establecida por primera vez en el Acta de Estocolmo de 1967 que revisó el Convenio de Berna, la regla identifica tres puntos que el legislador debe tener en cuenta a la hora de establecer una excepción al derecho de reproducción:

- a) Que se trate de determinados casos especiales.
- b) Que con su aplicación no se atente contra la explotación normal de la obra y
- c) Que con ellas no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.¹⁷

Aunque fue pensada originalmente para el derecho de reproducción, se ha extendido su alcance a otros derechos exclusivos. De hecho, existe una fuerte presión de los titulares para que su aplicación sea cada vez más comprehensiva, insistiendo en un alcance bastante restrictivo frente a la flexibilidad requerida por los usuarios, el público, la sociedad en general, que es precisamente la razón de ser de esta estipulación.

En la actualidad hay importantes discusiones sobre su alcance. Por ejemplo, la interpretación literal de los pasos que la integran ha llevado a que algunos países entiendan necesario aplicarla en un orden estrictamente consecutivo e incluso acumulativo¹⁸. Ante este tipo de situaciones otros actores, como los reunidos en la Declaración Max Planck, han sostenido que es viable y necesario hacer una interpretación más integral de la regla, según la cual ninguno de los pasos debe ser priorizado por encima de los otros y, por tanto, el análisis debería pedir una evaluación general que tenga como prioridad el balance de los intereses de los titulares de derechos con los de la sociedad.¹⁹

Aunque se insiste que la aplicación de la regla de los tres pasos en jurisdicciones de derecho civil solo es un mecanismo de interpretación para el legislativo en la creación de nuevos casos para la lista legal, es un tema también en discusión²⁰. Sobre esto cabe recordar que en Colombia la Corte Suprema de Justicia en 2008 aplicó directamente la regla analizando un caso penal en casación²¹. La Corte aplicó la regla de los tres pasos a partir del texto presente en la norma andina (artículo 21 de la Decisión 351 de 1993) para descriminalizar actos económicamente insignificantes, recordando a los demandantes que el derecho penal debe ser el último recurso.

¿Cuáles son las necesidades en materia de excepciones en Colombia y cómo las podemos enfrentar?

La última reforma importante al derecho de autor en Colombia se hizo en el marco del Pacto Andino, a través de la Decisión 351 de 1993, que completó el catálogo que existía en la Ley 23 de 1982. Desde entonces se han ido modificando aspectos puntuales que, en términos generales, responden a la agenda global que ha privilegiado el fortalecimiento de los derechos de los autores, especialmente de los titulares, brillando por su ausencia el análisis y trabajo sobre una agenda pública de excepciones.

Dado que nuestro sistema es el de una **lista cerrada pensada para un entorno pre-Internet**, la situación de desactualización es clara y sentida, y el descuido para aprovechar estas flexibilidades en beneficio del desarrollo del país es evidente. Solo se han contemplado algunas excepciones aisladas dentro de las recientes propuestas legislativas sin que exista una política pública que las articule y, sobre todo, que las piense con y para los diferentes sectores beneficiarios de la sociedad. La mencionada sentencia de la Corte Suprema en 2008, aunque constituye un importante precedente para la aplicación directa de la Regla de los Tres pasos en Colombia, aparece como un caso aislado que no se soporta en una norma expresa que legitima, fuera de cualquier duda, la interpretación directa por el juez.

La actual coyuntura de la sociedad colombiana, que nos obliga a reformar el marco legal del derecho de autor para adaptarlo a las obligaciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, abre una ventana de oportunidad para este análisis. Con este fin, el legislador y el gobierno pueden llenar el vacío y echar mano de las posibilidades existentes en la legislación nacional, así como de las flexibilidades del marco jurídico internacional para crear una fórmula que permita un balance entre los intereses de los titulares de derecho de autor, que ya se están movilizando en el TLC, y la realidad de una sociedad cada vez más apoyada en las comunicaciones digitales y el comercio electrónico. Es decir, balancear las necesidades y los intereses generales del país²². El socio comercial de Colombia, con quien estamos haciendo la tarea de estandarizar nuestras normas comerciales –los Estados Unidos–, tiene en su legislación importantes equilibrios para el sistema: no solo tiene un catálogo amplio de excepciones estatutarias, sino también posee una cláusula abierta de *fair use* que le da una mejor capacidad de reacción y adaptabilidad frente a los cambios que la era digital requiere. No hacer lo propio en Colombia pone al país en desventaja estratégica.

Las necesidades en Colombia respecto a incluir un sistema de pesos y contrapesos al derecho de autor son amplias. Los ajustes al listado actual incluyen muchos temas relacionados con los retos de la sociedad en un mundo digital: se debe pensar en la generación de contenidos por usuarios; en la excepción de copia temporal que garantice el funcionamiento legal de Internet; en aquellas que facilitarían e impulsarían la educación virtual, las que promoverían el acceso a la información y al conocimiento por parte de personas en situación de desventaja (especialmente por alguna situación de discapacidad)²³; las múltiples necesidades de las bibliotecas; los vacíos frente a la libertad de expresión que no se cubren con “la cita” o cláusulas abiertas de excepciones flexibles para permitir una mejor adaptabilidad tecnológica o incluso que el ejercicio de las excepciones sea por sí mismo una justificación general para la elusión legítima de las Medidas Tecnológicas de Protección²⁴. Este listado no es exhaustivo, antes bien,

surge de una mirada demasiado superficial del panorama actual.

En una selección que se antoja arbitraria pero que busca esencialmente ilustrar los graves vacíos existentes y ayudar a proponer soluciones concretas -especialmente en relación con la flexibilidad que facilitaría el uso en los entornos digitales- nos ocuparemos de tres casos concretos: la excepción de parodia, la excepción que haría legal la actividad de préstamo de las bibliotecas y archivos, y la excepción flexible a través de una cláusula abierta que permita de adaptabilidad al sistema para fortalecerlo frente a los cambios tecnológicos.

Parodia

La parodia es un recurso de libertad de expresión y de comunicación de opiniones que alimentan el debate público en temas de coyuntura nacional. Una herramienta clave para el país. Esta figura es recurso constante de los medios de comunicación para la difusión de posiciones e informaciones de actualidad nacional, pero también es usada por personas individuales y variados grupos de la sociedad civil. Hoy en día la figura se encuentra contemplada por la Ley 23 de 1982, que reitera la regla general de autorización previa; es decir, la parodia de una obra del dominio privado se puede hacer **previo permiso expreso del autor o de sus titulares**, la razón de esta reafirmación es que la parodia sería una obra derivada como lo es una traducción.

Este escenario legal colombiano significa que en el presente la mayoría de las parodias en nuestro país son simplemente “toleradas” por los titulares o funcionan en el marco de licencias que los medios pagan a la sociedad de gestión colectiva (Sayco, por ejemplo, incluye en algunas de sus licencias esta autorización para la música de su catálogo). Dicha situación, plantea en nuestro país una discusión importante sobre la necesidad de garantizar la parodia, a pesar del autor, por tratarse del ejercicio de la libertad de expresión. Es evidente que la libertad de expresión en un país puede verse limitada por la facultad de un autor de prohibir el uso de su obra para una parodia, afectando de esta forma el ejercicio de opinión y crítica por parte de la ciudadanía.

En este sentido, se debe observar el estándar que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual se debe cumplir una prueba “tripartita” para establecer restricciones a la libertad de expresión: la legalidad de la medida, la búsqueda de un fin legítimo y que esta sea necesaria y proporcional para obtenerlo²⁵. De acuerdo a esto, bajo la restricción actual a la parodia, se podría entender que no se cumplen la totalidad de los requisitos mencionados: la legalidad de la medida se encuentra en el marco legal que protege la voluntad de un autor para controlar si se puede o no hacer parodia de una obra suya; el fin legítimo es la defensa de los derechos de autor; pero la necesidad y proporcionalidad de la medida no se encuentra si se mira que al darse la prerrogativa al titular se dificulta e impide, en algunos casos, la posibilidad de crear nuevas obras con diferentes fines o de acudir a recursos de la vida cotidiana que pueden facilitar la comprensión de hechos a través del humor. A manera de ejemplo se puede ver un caso en el que ocurre un hecho de corrupción que genera mucha indignación en la opinión pública. Como parte de la movilización en contra de lo ocurrido se puede ver a varios ciudadanos tomando y publicando canciones de diferentes autores después de hacer mezclas para lograr juegos de palabras con lo que pasó. Cada una de estas personas debería pedir permiso o pagar regalías al titular de las canciones por su propuesta de burla. En los casos que esto no se dé podría enfrentar sanciones civiles o penales. Al final, se tendría como efecto una disminución en el impacto de la denuncia ciudadana.

En 2011, el profesor inglés Ian Hargreaves presentó el informe *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth*²⁶, a petición del entonces Primer Ministro del Reino Unido, David Cameron, con el fin de servir de guías al gobierno británico sobre la política pública en materia de derecho de autor en un contexto digital. Dentro de los puntos que más llaman la atención, según Hargreaves, es que el Reino Unido no ha hecho uso de los derechos que le

da el marco jurídico de la Unión Europea en varios campos, entre ellos, el de permitir que las personas puedan usar material protegido para parodiar. Hacerlo, de acuerdo a Hargreaves, “traerá beneficios culturales y económicos en el Reino Unido, hará que el derecho de autor sea mejor comprendido y aceptado por el público”²⁷; es decir, se generarán beneficios sociales, permitiendo que el sistema pueda enfrentar las importantes y crecientes críticas, pero también redundará en un positivo impacto económico.

El rechazo de los autores/titulares a una excepción de este tipo parece cimentado en el temor por la pérdida de control sobre potenciales modificaciones de su obra, que a su vez se reflejaría en la pérdida de ingresos por cuenta de imitaciones y covers. Por su parte, los argumentos a favor van por cuenta del interés público, que reclama facilitar la libertad de expresión de los ciudadanos, incentivar la creación de nuevas obras y fortalecer un sector importante de la economía, el de la comedia.

Esa discusión se inició en Colombia con el ya retirado proyecto de ley 001 de 2012²⁸ que establecía:

Sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas al derecho de autor y los derechos conexos en la legislación, será lícito realizar, sin autorización del autor o titular de los derechos y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...) d) La transformación de obras artísticas o literarias divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y no implique riesgo de confusión con la obra originaria, no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra originaria.

A los fines del presente literal debe entenderse por parodia la imitación jocosa que implica una burla o chanza (...)

Las buenas intenciones de legalizar las parodias que usan libremente obras protegidas sin solicitar permiso, no lograron superar los desaciertos del proyecto. La discusión y la resistencia de los parodistas por lo limitado del texto, que no cumplía con el marco legal de garantías a la libertad de expresión, llevaron a que el proyecto fuera retirado por su autor, el representante Augusto Posada, quien enfrentó las críticas pero finalmente se rindió pidiendo el retiro del proyecto al tiempo que el Ministerio del Interior le desconocía su apoyo.

Aunque creemos que el respeto a la libertad de expresión es la justificación para la parodia, resulta interesante como este eje central se combina con bases económicas. Así el Reino Unido reaccionó al Informe Hargreaves con un análisis de impacto para medir la necesidad de la excepción²⁹. El documento reconoce que “la comedia y la sátira suele implicar la imitación y el uso de obras de otros a través de la parodia, la caricatura y el pastiche”, y agrega que “mientras la tecnología permite hoy muchas más oportunidades a las personas para expresarse ellas mismas de muchas formas, las leyes de derecho de autor limitan la libertad de expresión y la creatividad”. Del análisis puede rescatarse que se identifica a la comedia como un renglón económico importante en el Reino Unido, clave para la cultura y para el debate público. Asimismo, el estudio confirma la recomendación del Informe Hargreaves de introducir una excepción al derecho de autor para propósitos de parodia, “que remueva regulaciones innecesarias y libere a los creadores de parodias, que apoye la libertad de expresión e impulse el crecimiento económico de los sectores creativos”.³⁰

De este estudio de la Oficina de Propiedad Intelectual (IPO) británica, resaltemos que la viabilidad de la excepción se da luego de un análisis realista que supone aceptar que “los titulares del derecho de autor en obras que son parodiadas perderán la habilidad de controlar todos los usos de su obra y la capacidad de licenciar el uso de la parodia en la medida en que es autorizado por la excepción”. El estudio continúa diciendo que “la parodia puede crear

competencia para la obra original y eventualmente impactar las ventas de la obra o tener efectos negativos en su reputación, pero la investigación sugiere que en la vasta mayoría de los casos, las parodias suelen tener el efecto contrario, es decir, un efecto positivo³¹.

El reto de pensar en el ejercicio de la parodia como uno de libertad de expresión es extrapolable a otros casos como el de comentarios, sátira, pastiche, etc., y su potencialidad para que lo usen no sólo medios tradicionales sino cualquier ciudadano en Internet también lo es.

Bibliotecas y archivos

A pesar de la misión que tienen los archivos y las bibliotecas de preservar el patrimonio cultural de nuestro país, y promover y facilitar el acceso al conocimiento, en Colombia estas entidades solo cuentan en su marco jurídico con la excepción de efectuar la reproducción de una obra para fines de preservación. Es importante resaltar que las condiciones descritas en el artículo 38 de la Ley 23 de 1982 respecto de esta excepción confieren esa posibilidad de preservación solo a las bibliotecas públicas y cuando esto sea requerido para fines de conservación. Ahora bien, la Decisión 351 amplía esta excepción para incluir a los archivos y bibliotecas que no tengan fines de lucro, permitiendo la copia no solo para preservación, sino también para sustitución de un ejemplar en caso de extravío, destrucción o inutilización. Es evidente que incluso en un contexto análogo las necesidades de las bibliotecas en Colombia están totalmente subvaloradas con esa única excepción. Pero la situación de su marco jurídico es todavía más complicado y vergonzoso para el país. En Colombia hay una situación muy particular que consiste en que **es ilegal el préstamo público que hacen las bibliotecas de las obras que custodian.**

Aunque la Ley 1379 de 2010 (aplicable a la Red Nacional de Bibliotecas Públicas, integrada por las bibliotecas públicas estatales y sus servicios bibliotecarios en los diferentes órdenes territoriales) dispuso que en razón a su carácter educativo, las bibliotecas no están obligadas a solicitar la autorización de los titulares para prestar los libros y materiales, poniéndolos al servicio de sus usuarios. Agrega que esto es posible “en aquellos casos contemplados de manera expresa por las normas que regulen las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos”. El problema surge, precisamente, porque no existe una excepción y limitación expresa que abarque el derecho de distribución en este caso, pues Colombia no ha ejercido la facultad de determinar las condiciones bajo las cuales se agota este derecho – conferida en el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996–, en esta medida, los autores y titulares aún conservan la facultad de controlar cómo se distribuye su obra, incluyendo su préstamo, así ya se haya efectuado la venta de un ejemplar de la misma.

En el marco actual de discusión en torno al TLC, vale señalar que, diferente a lo que sucede en Colombia, nuestro socio comercial reconoce en su sistema legal la “doctrina de la primera venta”. Esto significa que la primera venta o transferencia de propiedad del objeto que contiene la obra agota el derecho de distribución del titular sobre el bien material (el libro representado en la pasta y hojas que lo componen, o el CD de la película). Por tanto, el dueño de ese bien físico puede disponer libremente del mismo, ya sea regalándolo, vendiéndolo o prestándolo. En palabras más sencillas, la consecuencia de una lectura sistémica de esta situación legal en Colombia es que cuando compramos un libro, nos hacemos propietarios del mismo pero no podemos distribuirlo³², ya que no se agotan los derechos patrimoniales del autor o del titular. Por tanto, aunque la biblioteca y archivos lo adquiera de forma lícita, no pueden legalmente prestar al público ese ejemplar físico sin tramitar la autorización correspondiente³³.

Las circunstancias en este caso se asemejan a las de la parodia: en Colombia los titulares “toleran” esta situación. Mientras el país invierte millonarias sumas en promover redes públicas de bibliotecas, fomenta una actividad que es abierta pero ilógicamente ilegal.

El hecho de que las bibliotecas y archivos no tengan un marco completo para desarrollar su mandato legal debería ser objeto de preocupación y de acción³⁴, pero plantea apenas el primero de los problemas que bibliotecas y archivos enfrentan. El marco legal de las bibliotecas y de los archivos no está pensado para el futuro; mucho menos se proyecta a un entorno mediado por la tecnología digital donde su rol incluso ha cambiado sustancialmente.

Las bibliotecas colombianas necesitan legalizar sus prácticas de servicios como el préstamo interbibliotecario, el apoyo a personas con discapacidad y todos los que surgen de un entorno digital desarrollado (como la digitalización masiva de nuestro patrimonio cultural, los límites que suponen para su trabajo las Medidas Tecnológicas de Protección o los retos que representa el préstamo de *ebooks*), tal y como lo vienen planteando las propias bibliotecas en la propuesta que cursa actualmente en la OMPI acerca de un instrumento jurídico internacional sobre excepciones y limitaciones para las bibliotecas y archivos³⁵.

Cláusula Abierta

Un problema de base en un sistema de excepciones restringido a una lista cerrada de casos, o incluso en visiones un poco más flexibles como las del *fair dealing*, es la estrechez de su aplicación. Lo que implica que, en un mundo cambiante, dicha lista se vuelva obsoleta rápidamente, tal y como sucede en Colombia. La discusión actual sobre la reforma al derecho de autor para ajustar nuestras normas a las obligaciones del TLC, abre una oportunidad para mirar todo el contexto, así como ya lo hicieron Chile, Corea, Australia, Reino Unido, la Unión Europea, Singapur o Irlanda, que no se limitaron a cambiar aquello que era el compromiso.

Debemos analizar que el marco jurídico internacional no limita la posibilidad de consagrar en las legislaciones nacionales cláusulas abiertas, que permitan interpretaciones flexibles de los casos excepcionales a cargo de los jueces. Son ellos los que entonces se ocupan de analizar la aplicabilidad de principios a una situación concreta. El sistema existente en los Estados Unidos es el *fair use*, y en menor medida en la legislación inglesa y canadiense al establecer el *fair dealing*³⁶.

Concretamente en los Estados Unidos –nuestro socio comercial– se aplican unos criterios desarrollados históricamente por sus jueces para evaluar si una circunstancia determinada persigue alguno de los fines que la ley identifica como de *fair use*³⁷. *Debemos agregar que en dicho país, los casos en los que es permitido el uso libre y gratuito de una obra no se limitan al sistema flexible del fair use.* También se combinan con listas cerradas de casos, pero, es el *fair use* el que supone una evaluación constante de nuevas circunstancias y de los fines que éstas persiguen, permitiendo a los jueces actualizar las situaciones excepcionales. Las características del *fair use* le dan al sistema estadounidense adaptabilidad y flexibilidad, permitiendo reconocer nuevos espacios con los mismo fines establecidos en la ley; una ventaja que se ha mostrado especialmente útil en el actual entorno globalizado del derecho de autor.

Podemos plantear entonces que la posibilidad de garantizar el dinamismo y la flexibilidad de un sistema de excepciones pasa también por plantear la adopción de soluciones que ya se usan legalmente en otras jurisdicciones y, por tanto, pedir que en Colombia se adopte una cláusula abierta para que sea aplicada por los jueces.

Es un punto común de la doctrina afirmar que en la tradición civil la aplicación de la regla de los tres pasos se limita a servir de parámetro de evaluación para la consagración legal de casos concretos. Es decir, que la regla de los tres pasos la aplica únicamente el legislador para analizar si un caso puede entrar en la lista cerrada o no. Pero, como ya vimos antes, esta visión es objeto de debate pues varios autores afirman que la consagración directa de cláusulas abiertas no contradice la regla de los tres pasos³⁸ y jueces, como la Corte Suprema

colombiana, han fallado usando la regla como mecanismo de interpretación judicial directa³⁹.

Precisamente, el Informe Hargreaves, al analizar los cambios que Reino Unido debería adoptar para modernizar su sistema de derecho de autor, incluye la consagración de una cláusula abierta estilo *fair use*⁴⁰. El Informe justifica su recomendación indicando que el *fair use* ha permitido que en los Estados Unidos florezca el Internet y toda una economía de empresas tecnológicas, en clara comparación sobre las desventajas del *fair dealing* inglés – que se asemeja más al de lista cerrada nuestro que al *fair use*–.

La pertinencia de adoptar mecanismos flexibles choca con una barrera constante que es la afirmación de que una solución de este tipo no es posible en una jurisdicción de derecho civil. En medio de esa discusión varios países de otros sistemas van adoptando cláusulas abiertas⁴¹, superando la polémica para flexibilizar su sistema, mientras algunos jueces usan los criterios de la Regla de los Tres Pasos directamente (nuevamente, el ejemplo es el de la Corte Suprema colombiana en el fallo de 2008 ya mencionado). Paralelamente, se refuerza esta posición con los datos de varios informes que demuestran el valor económico de las industrias que se soportan en las excepciones⁴². De hecho en una experiencia cercana, Brasil se encuentra analizando la inclusión de una cláusula de este tipo a su norma de derecho de autor.

Conclusión: no podemos perder la oportunidad de ajustar nuestro entorno legal.

El que no haya excepción de parodia, préstamo público o las necesarias para facilitar el acceso al conocimiento de personas ciegas, es una muestra de normas abiertamente injustas que la sociedad simplemente desobedece y allí está la urgencia de su adopción.

Pero, donde no podemos esperar a que como sociedad decanemos lo que es injusto o no lo es (en procesos que toman décadas), es en los entornos tecnológicos. Los nuevos retos que enfrentamos están necesariamente de la mano de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y del comercio digital y en ellos nos jugamos el ejercicio de derechos fundamentales, el desarrollo y la competitividad del país, por eso debemos plantear y discutir las reglas de la sociedad actual que poco se parece a la que pensó el derecho de autor para la imprenta, para la revolución francesa o para el siglo XX.

Como indica Hargreaves, la tradicional potestad de reproducción de una obra, originalmente en cabeza exclusiva del autor o el representante a quien hubiera cedido sus derechos, se enfrenta hoy en día con la copia de texto, imágenes y datos que se da de forma rutinaria en las comunicaciones digitales⁴³. Los usuarios, al integrarse en la dinámica de comunicaciones digitales, no sólo van a acceder desde distintos dispositivos a contenidos sujetos al derecho de autor para fines muy diversos –de los que destacamos aquellos que se relacionan con el ejercicio de derechos fundamentales– sino que los potencian, pues, pueden interactuar con estos contenidos para crear otros. Es decir, ya no solo se informan sino que informan; los videos caseros compartidos a través de la web, las fotos subidas a redes sociales o los contenidos publicados en *blogs* y otros espacios virtuales son solo algunos ejemplos.

Frente a esta nueva realidad resulta crucial discutir los términos en que la sociedad va a poder interactuar con contenidos protegidos por el derecho de autor de forma balanceada. La gestión y el impacto económico de tener que adquirir autorización de los autores para un video casero en el que se escucha un trozo de una canción que sonaba en dicho momento en una emisora radial, o la posibilidad de modificar el formato de un libro adquirido legalmente para superar una situación de discapacidad, afectarían gravemente la dinámica misma del Internet, sin que pueda demostrarse que afecten sustancialmente en términos económicos a los titulares de derechos de autor.

La discusión sobre los equilibrios del sistema de derecho de autor es un tema de la mayor actualidad. El debate público por reformar el derecho de autor, para ajustarlo a los compromisos del TLC, debe permearse por uno sobre un sistema más balanceado en el que no arranquemos en desventaja con nuestro socio comercial.

Conscientes de la necesidad de seguir proponiendo casos para aumentar el catálogo de excepciones, creemos que como mínimo deben incluirse dos excepciones fundamentales dentro del catálogo colombiano y complementarse con una excepción flexible a través de una cláusula abierta que permita el dinamismo que requiere el país para desarrollarse en un entorno tecnológico cambiante. Siguiendo las recomendaciones que el colectivo RedPaTodos⁴⁴ hiciera al Congreso dentro del trámite del Proyecto 306 de 2013, los textos propuestos son los siguientes:

Artículo ____: Excepción de parodia. No constituirá infracción a los derechos de autor la creación, reproducción, comunicación pública y distribución de una nueva obra a través del uso de una obra existente o sus derechos conexos o su copia que haya sido publicada o puesta al alcance del público cuando corresponda a los propósitos de investigación, estudio en el ámbito privado, educación, parodia, sátira, pastiche, reseña o crítica pública

Artículo ____: Excepción para el préstamo público en bibliotecas. Es permitido el préstamo por una biblioteca o archivo, de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas o señales fijadas, siempre que figuren en sus colecciones y hayan sido lícitamente adquiridos. Lo anterior, siempre que no tengan como propósito fines de lucro.

Artículo ____: De las excepciones y limitaciones 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 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:

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

Este artículo hace parte de la colección DoKumentos de la Fundación Karisma. Próximamente estará disponible en el sitio Web de Karisma (<http://karisma.org.co>) como DoKumento 3.

(Endnotes)

1 En el derecho consuetudinario o *common law* esta figura es equivalente a la de *fair use* y *fair dealing*. Si bien también en ese sistema se usan listas cerradas de excepciones y limitaciones.

2 CORTÉS CASTILLO, Carlos. *DoKumento 2: Mirar hacia el norte es mirar hacia*

atrás: el impacto negativo del DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas de Protección Tecnológica. (Artículo, inédito). Julio, 2013.

3 Al decir “suele estar” nos referimos a que el derecho patrimonial en ocasiones ni siquiera nace en cabeza del autor. En sistemas como el colombiano, por ejemplo, la propia ley asigna el derecho patrimonial al Estado sobre las obras que producen sus funcionarios públicos en ejercicio de las funciones de su cargo (artículo 91 de la Ley 3 de 1982). En consecuencia, aunque es el autor quien “suele tener” la potestad de negociar sus derechos esto no siempre es así, bien porque ya los cedió él mismo o bien porque hay casos en que desde el inicio no es él quien puede hacerlo. Por eso la figura del Titular adquiere importancia frente al componente económico. Esto es todavía más cierto en sistemas de derecho consuetudinario como el estadounidense, del que hablaremos más adelante, donde el sistema está más diseñado para intermediarios que para autores.

4 Cfr la nota anterior.

5 La doctrina del *fair use* establecida en Estados Unidos (Section 107 U.S. Copyright Law) permite realizar el uso de las obras sin autorización de sus titulares para propósitos como crítica, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza e investigación. Empero, no se trata de una lista exhaustiva, por tal motivo se dice que el *fair use* tiene un carácter flexible y abierto. El análisis de cada uso es realizado por los jueces individualmente a través de la consideración de factores como el propósito y carácter del uso (incluyendo si es de carácter comercial o para fines educativos sin ánimo de lucro), la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada en relación con la totalidad de la obra, y el efecto de su uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra.

6 El *fair dealing*, por su parte, establece una lista codificada de los propósitos para los cuales se puede hacer uso de una obra sin la autorización del titular de los derechos. En este sentido, la realización de un uso de una obra con un propósito diferente al enunciado por la ley queda fuera del ámbito de aplicación del *fair dealing*. En Reino Unido, por ejemplo, los propósitos permitidos son el estudio e investigación privada, la crítica, la revisión y el reportaje de noticias de actualidad. Para decidir si un uso se encuentra cubierto por el *fair dealing* también se debe atender a ciertos factores tales como si la parte tomada de la obra se encontraba publicada, la cantidad copiada, la naturaleza del uso, las consecuencias para la obra, entre otras.

7 Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia. *Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el Derecho de Autor.* Consultado el 19/07/2013 en <http://www.ip.mpg.de/de/pub/aktuelles/declaration-threestep-test.cfm>: este documento es el resultado de la versión de la conferencia internacional de la Asociación Internacional para el Avance de la Enseñanza e Investigación en Propiedad Intelectual (ATRIP por sus siglas en inglés) que se celebró en Munich en el año 2008, en la cual un grupo de académicos de esta especialidad decidieron firmar una declaración que abogaba por una aproximación menos restrictiva a esta regla (artículo “*IP Experts Sign Declaration Seeking Balanced Copyright Three-Step test*” ,consultado el 22/07/2013 en la página web Intellectual Property Watch, <http://www.ip-watch.org/2008/07/24/ip-experts-sign-declaration-against-unbalanced-copyright-three-step-test/>).

8 Por contraste, los tratados multilaterales y bilaterales que se ocupan de estos temas suelen ser muy detallados en esquemas y mecanismos de protección mínima, logrando hasta la fecha estandarizar ampliamente la protección. Por ejemplo, hoy en día el plazo de protección es de mínimo 50 años, mientras que para quienes están celebrando Tratados de Libre Comercio con países desarrollados se incrementa a 70 años.

9 En Colombia la última consagración de excepciones y limitaciones se hizo en 1996 en el marco del Pacto Andino. Se trata de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.

10 Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). *IPEG Survey on Copyright Limitations & Exceptions Report on Copyright L&E in APEC Economies.* Publicado en Enero 2010 como Manual del Grupo de Expertos de Derechos de Propiedad Intelectual (Intellectual Property Rights Experts’ Group (IPEG)). Consultado el 19/07/2013 en http://publications.apec.org/publication-detail.php?pub_id=971.

11 Varios análisis que explican la ruta de estandarización de las normas internacionales de derecho de autor coinciden en afirmar que estas se han hecho siguiendo los intereses de los países desarrollados. Por ejemplo, varios profesores estadounidenses, en un análisis sobre propiedad intelectual en el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés), indicando que la política de negociación de tratados comerciales de los Estados Unidos durante las últimas décadas han tenido y tienen como meta “la armonización de las leyes de propiedad intelectual a su imagen y semejanza”. Esto también lo comparan con una propuesta “one size fits all”, que precisamente ha sido el origen de las críticas más importantes de procesos como el que terminó con la suscripción del ADPIC. FLYNN, Sean M., BAKER, Brook K., KAMINSKI, Margot E. and KOO, Jimmy. “The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement (December 4, 2012)”, en *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 1, pp. 105-202, 2013; *Northeastern University School of Law Research Paper No. 133-2013*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2185402>.

12 LIPZYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 2006, p. 222.

13 Pese a los debates académicos sobre el significado de los términos “excepción” y “limitación”, conviene mencionar que en este texto ambas nociones se tratan como sinónimas y harán referencia a la utilización de las obras sin autorización por parte del autor o titular y sin el pago de una contraprestación.

14 “Commonly referred to as the ‘three-step test’, this has now come to enjoy something of the status of holy writ’ (...)” RICKESTSON, Sam. *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, June 23, 2003.

15 RODRIGUEZ MONROY, Juan Carlos. *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe*. Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, 30 de septiembre de 2009. P. 31

16 Esta afirmación, tomada de la *Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el Derecho de Autor* del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia (consultado el 19/07/2013 en <http://www.ip.mpg.de/de/pub/aktuelles/declaration-threestepstest.cfm>), pág. 3, recuerda que actualmente no hay un solo mecanismo de aplicación de la regla a nivel mundial sino que tiene muy diversas aplicaciones.

17 Artículo 9.2 del *Convenio de Berna*. Hay versiones posteriores de la regla en el artículo 10 de TODA y en el artículo 13 del ADPIC. En este último, además, se habla más del titular que del autor.

18 Quizá el caso más representativo sea el adelantado ante la OMC en el 2000, relacionado con la “compatibilidad de dos exenciones previstas en el artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que permite determinadas limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor” (visto el 22/07/2013 en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm). Las consideraciones del grupo especial se encuentra en el Informe del Grupo Especial: *Estados Unidos- Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*. Organización Mundial de Comercio, 15 de junio de 200, WT/DS160/R.

19 Instituto Max Planck, *op. cit.*

20 Un grupo de expertos internacionales vienen analizando el tema en el marco de un proyecto coordinado por la American University, Washington College of Law: Program on Information Justice and Intellectual Property. que se denomina *Global Network on Flexible Copyright Limitations and Exceptions: Model Flexible Copyright Exception*. Los documentos que han trabajado se encuentran disponibles en: <http://infojustice.org/flexible-use>.

21 La Corte Suprema establece que, en relación con el tipo penal para la reproducción de obras de carácter literario científico o artístico, se “(...) reafirma su sentido

lógico a partir de la concepción ecuménica de las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que considera lícita la “invasión” a esos derechos siempre que no atenten contra la normal explotación de la obra o no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o los titulares de los derechos”; más aún, corrobora el contenido del artículo 72 de la Ley 23 de 1982 al señalar que: “El derecho patrimonial de autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión (...)” (subrayado e itálica fuera del texto). Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, proceso No. 29188, aprobado acta Número 105, 30 de abril de 2008.

22 En este sentido han coincidido distintas organizaciones relacionadas con áreas de aprendizaje y formación en sociedades. La Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones de Bibliotecas (IFLA, por sus siglas en inglés) expresó en su documento *Limitations and Exceptions to Copyright and Neighbouring Rights in the Digital Environment: An International Library Perspective (2004)* su posición según la cual a menos que a las bibliotecas y a los ciudadanos se les garantice acceso y uso a obras en el marco de excepciones adecuadamente formuladas, hay peligro de que solo aquellos que pueden costear el acceso a la información tomen ventaja de la sociedad de la información, llevando a una división aún mayor entre información rica y pobre, entre naciones desarrolladas y en vías de desarrollo. Consultado el 19/07/2013 en: <http://www.ifla.org/publications/limitations-and-exceptions-to-copyright-and-neighbouring-rights-in-the-digital-environm>.

La organización *Commonwealth of Learning*, por su parte, manifestó en el documento *Document for Commonwealth Countries on Copyright Matters in Education (May 2005)* que los países tienen que asegurar que el contenido de aprendizaje esté disponible para la mayor base posible como parte del enfoque para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pues, el acceso a la información y el conocimiento es crucial para el desarrollo de mentes creativas, que a su vez contribuirán a las economías nacionales. Consultado el 19/07/2013 en: <http://www.col.org/SiteCollectionDocuments/Copyright%20Document.pdf>. Los tres textos citados en este pie de página son traducciones propias.

23 Con datos como que la oferta de libros accesibles en el país es tan sólo de 1.5 libros por cada 1000 de los que están disponibles para las personas que ven, la excepción para personas con discapacidad ha sido tal vez la única temática en la que se ha dado cierto nivel de discusión en Colombia recientemente. Por el momento, si bien aún no existe una disposición jurídica que permita realizar sin la autorización de los autores o titulares de derechos, entre otras, la adaptación de las obras protegidas por el derecho de autor o los derechos conexos a formatos accesibles (como por ejemplo, al braille o al libro hablado) existe en esta línea una iniciativa en discusión en el Congreso (proyecto de ley 138/2012S - 264/2013C). A su vez, Colombia firmó el pasado 20 de junio 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*, quedando pendiente su ratificación por parte del Congreso, y su posterior implementación interna. De esto dependerá realmente que las personas con discapacidad puedan acceder al conocimiento, a la educación y a la cultura en condiciones de igualdad, autonomía e independencia, según lo establece la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de la que Colombia es signataria.

24 Este tema es explicado en DoKumento 2. CORTÉS CASTILLO, Carlos, *op. cit.*

25 Cfr. Fontevecchia D’ Amico vs. Argentina, párr. 51.

26 HARGREAVES, Ian. *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth*. May, 2011. Consultado el 19/07/2013 en <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>.

27 *Íbid*, p. 4. Los textos citados son traducciones propias.

28 Texto del Proyecto de Ley 001 de 2012 disponible para consulta en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=001&p_consec=33420

29 Documento de Evaluación de Impacto de la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido:

<http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1057.pdf>

30 *Íbid.* Los textos citados son traducciones propias

31 *Íbid.* Los textos citados son traducciones propias

32 Cuando se compra un libro no se compran los derechos de la obra. Es decir, cuando una persona compra una edición de *Cien años de Soledad*, no adquiere autorización alguna para traducirlo al alemán o cualquier otro idioma. Lo que ha comprado es el ejemplar físico y es sobre esto que tiene “propiedad” el comprador. La paradoja creada en el marco legal colombiano (y de otros países) es que la “propiedad” adquirida sobre la pasta y hojas del libro tampoco es real, pues, esa persona no puede disponer libremente de ese bien físico que tiene en las manos.

33 Concepto 2-2005-6647 del 14 de julio de 2005 de la DNDA.

34 La inexistencia de este marco legal supone que, mientras algunos titulares son tolerantes, otros no lo son, como lo documentó en su momento el profesor Lucas Ospina en una columna de opinión en Esfera Pública (Disponible en <http://esferapublica.org/nfblog/?p=16325>). Ospina explica la situación que se presentó en la Universidad de los Andes frente al reclamo que el Programa Antipiratería de Obras Cinematográficas hizo a la biblioteca de esa universidad, indicando que el préstamo externo de películas era un delito.

35 *Documento de trabajo en el que figuran los comentarios acerca de un instrumento jurídico internacional adecuado (independientemente de su forma) sobre excepciones y limitaciones para las Bibliotecas y los Archivos, y las sugerencias de contenido a ese respecto.* Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ginebra, 15 de abril de 2013 http://wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_26/sccr_26_3.pdf.

36 RODRIGUEZ MONROY, *op cit.*, p. 35.

37 Ver CÓRDOBA MARENTES, Juan F. *El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

38 Tal es el caso de la propuesta de la American University Washington College of Law: Program on Information Justice and Intellectual Property. *Global Network on Flexible Copyright Limitations and Exceptions: Model Flexible Copyright Exception.* Documentos disponibles en: <http://infojustice.org/flexible-use>.

39 Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, proceso No. 29188, aprobado acta número 105, 30 de abril de 2008.

40 Recordemos que en el sistema británico se consagra al *fair dealing*. Aunque un tanto más flexible que el *fair use*, es más cercano al listado cerrado del derecho civil.

41 American University Washington College of Law. *Appendix II: Examples of Flexible Limitations and Exceptions from Existing and Proposed Laws.* Disponible en: <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/12/Appendix-II.pdf>.

42 En la Unión Europea: AKKER, Ilan et al. *Economic Contribution of EU Industries Relying on Exceptions and Limitations to Copyright.* Commissioned by the Computer & Communications Industry Association. Amsterdam, Junio 2010. Consultado el 19/07/2013 en <http://www.cciainet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000398/FairUseEUstudy.pdf>.

En Australia: Lateral Economics. *Excepting the Future Internet intermediary activities and the case for flexible copyright exceptions and extended safe harbour provisions*, Agosto 2012. Consultado el 19/07/2013 en

[http://www.lateraleconomics.com.au/outputs/Excepting%20the%20Future%20-%20Report%20to%20ADA%20\(Sept%202012\).pdf](http://www.lateraleconomics.com.au/outputs/Excepting%20the%20Future%20-%20Report%20to%20ADA%20(Sept%202012).pdf).

En Estados Unidos: ROGERS, Thomas, and SZAMOSZEGI, Andrew. *Fair Use in the U.S. Economy. Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use.* 2010. Consultado el 19/07/2013 en <http://www.cciainet.org/CCIA/files/ccLibraryFiles/Filename/000000000354/fair-use-study-final.pdf>.

43 HARGREAVES, *op. cit.*, p. 3.

44 Colectivo RedPaTodos, *Comentarios jurídicos al proyecto de ley 306 de 2013 (Ley Lleras4)*, junio de 2013. Consultado el 21/07/2013 en: <http://redpatodos.co/blog/comentarios-juridicos-al-proyecto-de-ley-306-de-2013-leylleras4/>.

Las discusiones pendientes sobre internet en Colombia

EMMANUEL VARGAS PENAGOS

Emmanuel es asesor en acceso a la información de la Fundación para la Libertad de Prensa.

Han pasado varios años desde que John Perry Barlow, fundador de la Electronic Frontier Foundation, suscribió la declaración de independencia del ciberespacio en 1996. En esta, Barlow expresaba el interés de que los gobiernos se mantuvieran alejados de internet y que este medio de comunicación se rigiera por una especie de contrato social alejado del mundo material. Además de esto, indicaba que “Estamos creando un mundo en el que todos pueden entrar, sin privilegios o prejuicios debidos a la raza, el poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento. Estamos creando un mundo donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o al conformismo.”¹

Desde ese entonces ya se había visto que la visión de un internet como la que planteaba Barlow no se iba a hacer realidad del todo. Los gobiernos han mostrado un interés en dar cierto orden a las actividades que realizan los usuarios de este medio de comunicación. En algunos casos, bajo la defensa de fines legítimos. Pero en otros, desmidiéndose frente a derechos de gran relevancia como la libertad de expresión. Esto se ha visto potencializado en los últimos años con iniciativas legislativas que buscaban regular actividades relacionadas con los derechos de autor en internet como SOPA, PIPA, HADOPI y Sinde en Estados Unidos, Francia y España, respectivamente.

En Colombia, la discusión sobre regulaciones que pueden afectar la libertad de expresión en internet se ha enfocado principalmente con los derechos de autor. Las llamadas “ley Lleras” se refieren al desarrollo de obligaciones establecidas en el Tratado de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos. La situación actual tiene al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo desarrollando mesas de trabajo para incluir observaciones de la ciudadanía a la cuarta versión de esta saga legislativa², que busca incluir definiciones, sanciones y algunas excepciones relacionadas con el derecho de autor bajo fuertes críticas de la sociedad civil por el posible menoscabo de otros derechos fundamentales.

A pesar de esto, la idea del potencial de internet que planteaba Barlow se ha mantenido y se ha hecho más fuerte con el paso del tiempo. En ese sentido, se ha logrado un reconocimiento a nivel internacional de la importancia que tiene la red para el desarrollo de los derechos fundamentales, un ejemplo de esto es el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU en mayo de 2011 en el cual, entre otras cosas, se destaca que “al permitir el intercambio instantáneo de información e

1 Declaración de independencia en el ciberespacio. Disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_independencia_del_ciberespacio

2 Durante el primer semestre del 2013, el Gobierno presentó a través de dicha cartera y del Ministerio del Interior el proyecto de ley 306 de 2013. Esta iniciativa consiste en una re edición de la ley 1520 de 2012 (Ley Lleras 2), declarada inexecutable por razones de forma por parte de la Corte Constitucional. El proyecto fue archivado por falta de debate, pero la obligación con Estados Unidos persiste.

ideas a bajo costo a través de las fronteras nacionales, Internet facilita el acceso a información y conocimientos que antes no se podían obtener, lo cual, a su vez, contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto.”³ En concordancia con esto, en la declaración conjunta suscrita entre el mismo relator y sus homólogos de la Organización de Estados Americanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa se establecieron unos principios generales para la libertad de expresión en internet y destaca “el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información.”⁴

A nivel práctico, si se toman los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 13 de la Convención Americana, se observa que estos garantizan la libertad de expresión como el derecho “de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras.” Y “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, respectivamente. Bajo este entendido, Wong, Dempsey y Roberts, miembros del Centro para la Democracia y la tecnología consideran que estas actividades inherentes a la libertad de expresión tienen mayores posibilidades en internet. Los diferentes espacios y plataformas, como las redes sociales, los blogs, los espacios de microblogging como twitter, entre otros, hacen que dar y recibir expresiones se pueda hacer con más fuerza que en el mundo análogo⁵. Un ejemplo de esto se puede ver en las cifras de medios virtuales en Colombia, según el estudio Medios periodísticos Digitales en Colombia, de Consejo de Redacción, mientras que en el 2010 se registró la existencia de 391 medios de este tipo, la cifra llegó a 745 en el 2012⁶. Un crecimiento bastante significativo.

Mientras la discusión se mantiene en el campo de los derechos de autor, existen otros aspectos relacionados con la internet libre que han venido y siguen tomando fuerza a nivel global y en Colombia: la gobernanza de la red, las responsabilidades de intermediarios, el bloqueo y filtrado de contenidos, la neutralidad y las potestades de vigilancia que tienen los gobiernos sobre los usuarios. Una regulación equilibrada de estos temas permitirá que este espacio para el desarrollo de derechos se mantenga como tal y pueda lograr los fines con los que fue creado.

¿Intereses encontrados o que se acoplan?

Las políticas públicas sobre internet tienen diferentes ángulos en disputa. Entre otras cosas, se busca la prevención del crimen y peligros contra la seguridad en todos sus niveles y garantizar los derechos de terceros, como los de los menores y los derechos de autor. Por el otro lado, se encuentra la visión de una red donde la difusión y recepción de información y la posibilidad de innovar deben ser completamente irrestrictas. Estos puntos de vista no tienen por qué ser incompatibles. Wong, Dempsey y Roberts han dicho que “El derecho a la libertad de expresión no solo sirve a los intereses democráticos, sino que también promueve la innovación. El

3 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. Mayo 16 de 2011. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85

4 Comunicado de prensa relatoría especial para la libertad de expresión. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2>

5 Cfr. WONG, et al. (2011). Desarrollando políticas de Internet en Latinoamérica: una perspectiva global. En BERTONI, Eduardo (comp), *Hacia una Internet libre de censura Propuestas para América Latina* (pp. 313-339)

6 REY y et al. (2012). *Medios Digitales en Colombia. Agendas periodísticas y sostenibilidad*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.

derecho a la privacidad no solo es fundamental para la autonomía y el desarrollo personal, sino que también es necesario para el crecimiento del comercio electrónico. Tanto en las esferas nacionales como internacionales, un enfoque hacia las políticas de Internet basada en principios de derechos humanos generará un marco legal y regulatorio que maximizará el potencial social y económico de Internet.⁷⁷ De acuerdo a esto, como marco de referencia pueden servir los diferentes instrumentos internacionales de protección del derecho a la libertad de expresión, entre los que se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Teniendo esto en cuenta, se puede usar como insumo la mencionada declaración conjunta de los relatores de libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la CADHP. En esta, dentro de los principios generales se pueden tomar las siguientes conclusiones:

1. La libertad de expresión es la misma tanto en internet como en los demás medios de comunicación. Cualquier restricción a este derecho debe basarse en un test conocido como la “prueba tripartita”: “estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”.
2. Las restricciones deben ser proporcionales. Se debe poner en una balanza la ganancia del derecho o interés protegido vs el impacto de la medida en el carácter de promotor y garante de la libertad de expresión que tiene internet.
3. Las reglamentaciones de internet no pueden ser las mismas de otros medios de comunicación. En el mismo sentido, las medidas que busquen contrarrestar contenidos ilícitos no pueden ser adaptaciones directas del mundo análogo. En ambos casos hay que basarse en las particularidades de la red.
4. “La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.”
5. Debe haber un fomento de actividades de fortalecimiento de capacidades para promover un uso “autónomo, independiente y responsable de Internet”.

La Neutralidad de la red

Cuando nos referimos a neutralidad de la red hablamos de un principio según el cual todos los contenidos de internet deben circular con igualdad. Es decir, una empresa prestadora del servicio de internet no puede decidir que una página de videojuegos funcione con mayor rapidez que una de noticias. El criterio que se acepta internacionalmente para segmentar el mercado es el de velocidad: el usuario que paga más recibe un internet más rápido. Otras formas de discriminación están vetadas por violar este principio.

Uno de los principales avances en esta materia en Colombia se encuentra en el plan nacional de desarrollo que tiene vigencia entre 2010 y 2014. En este, entre otras cosas, se determinó que, salvo las excepciones previstas en la ley que busca castigar la pornografía infantil, “no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados

7 WONG, et al.(2011). Desarrollando políticas de Internet en Latinoamérica: una perspectiva global. En BERTONI, Eduardo (comp), *Hacia una Internet libre de censura Propuestas para América Latina* (pp. 313-339)

en la fuente de origen o propiedad de estos.” Además, se estableció la obligación de que la Comisión de Regulación de Comunicaciones realizara una reglamentación sobre la materia, de la cual surgió la Resolución 3502 de 2011.

Esta resolución desarrolla principios interesantes como la libre elección del contenido por parte de los usuarios, la no discriminación, y las obligaciones de transparencia por parte de los proveedores en la gestión del tráfico y de entrega de información sobre las condiciones de prestación del servicio. No obstante, esta normativa ha tenido como principal preocupación por parte de la sociedad civil el artículo 9, que regula los planes de acceso a internet⁸. En este caso se indica que los prestadores de los servicios pueden ofrecer planes en los que se limita el acceso a “tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones, según la necesidades de segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo”. Esto ha llevado a que en la práctica se ofrezcan planes de datos para dispositivos móviles en los que solo se puede tener acceso a redes sociales, correo o chat, limitando la experiencia del uso de la red para los usuarios que no tienen la capacidad de pago de un plan con acceso libre a todos los contenidos.

Más allá de lo anteriormente mencionado, este aspecto no ha tenido un mayor desarrollo a nivel legal. En el primer semestre de 2011 hubo dos iniciativas legislativas que tenían este fin (Proyectos de ley 246/11 y 29/2011 de Senado). No obstante, las dos fueron retiradas sin tener siquiera un debate. Hay aspectos de lo que se tiene actualmente que no son completamente claros o que requieren un mejor análisis e implementación. Por ejemplo, según afirma Pilar Sáenz, de la Fundación Karisma “Hay páginas donde tú no puedes ingresar porque están bloqueadas porque tienes de forma pre seleccionada los controles parentales que impiden que uno pueda entrar a ciertas páginas. Ese tipo de acciones que no se podrían hacer sí se están haciendo y la regulación sobre neutralidad debería impedir ese tipo de cosas, pero eso no es tan claro.” De acuerdo a esto, y teniendo en cuenta que la vigencia del plan nacional de desarrollo está próxima a terminar y que hay cierta voluntad por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, esta temática es un reto que debe abordarse próximamente.

La remoción de contenidos. De la DMCA a Chile

Muy en relación con lo anteriormente mencionado se encuentra la remoción de contenidos y el proceso para que esto se dé. Para refrescar la memoria, en Colombia, durante buena parte del año 2011, hubo un intento de regulación que fue bastante infructuoso. Esta propuesta legislativa fue radicada bajo el número 241 de 2011 de Senado para luego ser mejor conocida como la Ley Lleras 1. Su origen se dio bajo la obligación de cumplir acuerdos comerciales con Estado Unidos en el marco del Tratado de Libre Comercio. En este, y dentro de la exposición de motivos del proyecto de ley que lo buscaba implementar, se indica que los países deben tener “incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por derechos de autor.”

Esto en la práctica significa que los prestadores o proveedores de servicios de internet (PSI), como ETB, Google, Facebook, etc, al ser intermediarios entre los diferentes emisores y receptores de la información que circula en la red, tienen capacidades para controlar los contenidos que circulan, mantienen, alojan o indexan con sus servicios. Esto causa que los PSI se encuentren como posibles coparticipes o facilitadores del daño que se pueda causar. Los titulares de derechos de autor tienen esta situación como oportunidad a favor de sus intereses.

⁸ Durante el proceso de elaboración de la reglamentación se recibieron muchos comentarios, principalmente de las empresas de telecomunicaciones. Un punto de vista muy interesante desde este ángulo es el de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE). Todo el proceso se puede encontrar en la página <http://www.crcom.gov.co/index.php?idcategoria=54500&pag=1>

Para esto, se presentó como modelo la Digital Milenium Copyright Act de Estados Unidos, que carece de buenas garantías para el debido proceso y la libertad de expresión.

Bajo este modelo, en la Ley Lleras 1, quien considerara que hay una violación de sus derechos de autor, podía notificar al PSI para que decidiera en un “periodo expedito” el retiro del contenido e informara la decisión al supuesto infractor del derecho de autor, en un plazo de 72 horas. Como medida de respuesta, el usuario podía pedir que restablecieran su derecho al presentar una declaración juramentada en la que afirmaba que el retiro se había dado por error y que se sometía a cualquier procedimiento judicial que se diera posteriormente. Después de esto, el PSI tendría 14 días para decidir si se mantiene o no en su decisión.

La iniciativa no prosperó por la fuerte resistencia de la sociedad civil por los problemas que tenía con relación a la libertad de expresión y al debido proceso, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) Se dejan por fuera a los jueces y se otorga esta función a empresas de carácter privado. Esto tiene como problema que, entre otras cosas, tal y como lo afirma Carlos Cortés “los PSI no tienen los elementos de juicio –ni la autoridad– para evaluar usos legítimos.... En cambio, sí cuentan con un incentivo fuerte para inhabilitar el contenido.”⁹
- b) Existe un desbalance entre el tiempo que se da para resolver la solicitud de retiro del contenido y el que se da para la solicitud de restablecimiento.
- c) El usuario tiene la obligación de probar que el contenido que subió no es infractor del derecho de autor.
- d) Es una medida que puede considerarse como desproporcionada. En muchos casos, solicitudes erróneas o malintencionadas de remoción de contenidos pueden desencadenar en la censura de información de interés público. Además, incluso si se logra que el retiro sea cancelado, el impacto que buscaba el usuario se verá reducido o terminado. Por ejemplo, un caso reseñado por Carlos Cortés y Eduardo Bertoni ilustra el problema: “Durante las elecciones presidenciales de 2008 en Estados Unidos, la campaña de John McCain fue objeto de varias notificaciones de remoción de videos en Youtube. Se trataba de comerciales legítimos de la campaña en un momento clave del debate.”¹⁰

Si bien esta iniciativa fue retirada por su autor y han pasado dos años desde que ocurrió, la obligación con el TLC se mantiene vigente y el Gobierno se encuentra preparando la nueva versión del proyecto de ley que presentará al Congreso. No obstante, se debe mantener como ventana de esperanza que en el artículo 16.11.1 del TLC se establece que “Cada Parte entiende que los procedimientos y recursos establecidos en este Artículo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, son establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso que cada Parte reconoce, así como con los fundamentos de su propio sistema legal”.

Bajo este entendido, se pueden tomar como ejemplo legislaciones más congruentes con el derecho colombiano, como por ejemplo la chilena. Esta última es completamente opuesta a la DMCA y estableció un procedimiento judicial para el retiro de contenidos. Según la organización Global Chokepoints, “Este marco legal está basado en las obligaciones de Chile en material de derechos humanos como signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos y los

9 CORTÉS CASTILLO, Carlos. (2013) *Documento 1: El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en internet. ‘El caso de la Ley Lleras’*.

10 BERTONI, et al. La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de Contenidos en la red A propósito del caso cuevana en argentina y la ‘ley lleras’ en Colombia. Disponible en <http://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/la-tension-entre-la-proteccion-de-la-propiedad-intelectual.pdf>

principios fundacionales de la Constitución Chilena.¹¹”(Traducción libre)

Bajo la legislación chilena, la remoción de contenidos se tiene que dar después de la orden de un juez. El procedimiento consiste en que, quien considere que se están violando sus derechos de autor, notificará al prestador del servicio, quien informará al usuario que subió el contenido. Esta persona tendrá la opción de, por un lado, retirar lo que subió a internet o, por el otro, continuar con un procedimiento judicial.

Este modelo, más garante del debido proceso de los ciudadanos, puede tener ciertas reticencias. Principalmente se puede encontrar una técnica, basada en que el TLC con Chile no tiene la carta adjunta que sí tiene Colombia, en la cual se establece como modelo de implementación la DMCA. No obstante, esta carta adjunta se debe ver como un ejemplo de modelo, no un mandato definitivo. Por otro lado, entre otras cosas, se puede argumentar que los procesos judiciales en Colombia se caracterizan por ser lentos, principalmente por una fuerte congestión en los despachos y estas vías pueden ser más costosas para los que deseen remover contenidos. A pesar de esto, la posibilidad que tiene el usuario de mantener la pelea o retirar el contenido es fundamental y además, la versión que se apruebe en Colombia puede incorporar medidas como la obligación de acudir mecanismos alternativos de solución de conflictos antes de llevar el proceso a los estrados. De esta manera, se puede lograr un equilibrio entre los intereses de las partes en disputa.

La vigilancia de internet

Más allá de las violaciones al derecho de autor, existen intereses de contrarrestar otros tipos de actividades ilegales en internet. La defensa de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo son temas vigentes y muy posicionados en la agenda pública a nivel global. En Colombia, al haber un conflicto armado interno se fortalece esta situación. No obstante, existen precedentes muy preocupantes y recientes con respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia en el país.

Desde febrero de 2009 se presentaron en los medios de comunicación denuncias sobre seguimientos ilegales, interceptación de comunicaciones y persecución a representantes de la oposición, defensores de derechos humanos, periodistas y magistrados por parte de funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Esto llevó al juzgamiento de varios de los implicados, al posterior cierre de la entidad por el siguiente presidente, Juan Manuel Santos y a la creación de una ley que regulará las actividades de inteligencia y contrainteligencia.

Paralelamente a esto, desde el 2007, el ministerio de defensa creó un grupo encargado de la administración de la Plataforma Única de Monitoreo y Análisis (PUMA) de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía (DIJIN). Esto con el fin de recopilar información de personas vinculadas a investigaciones judiciales. Luego, en el 2012 a través de una reglamentación de la ley 1453 de 2011 de seguridad ciudadana se creó un sistema de vigilancia de ciudadanos a través de su celular o de internet. Además de esto, en junio del 2013 se dio el anuncio de aumentar el campo de acción de esta plataforma.

Esta reglamentación ha sido fuertemente criticada y se da poco tiempo después de que se descubrieran las irregularidades cometidas en el DAS. Además de esto, ha sido un golpe fuerte en la opinión pública ya que ocurre paralelamente a la denuncia hecha por el ex agente de la CIA y la NSA, Edward Snowden, de que el gobierno estadounidense hace seguimientos a los usuarios de internet.

11 Human Rights and Internet Intermediary Regulation in Chile. Disponible en <https://globalchokepoints.org/human-rights-and-internet-intermediary-regulation-chile>

Actualmente es poco lo que se sabe sobre el funcionamiento de esta plataforma. No obstante, según indica Carolina Botero, directora de la Fundación Karisma y experta colombiana en derechos digitales en un artículo publicado en Razón Pública “Aunque el decreto no ha sido reglamentado después de un año, todo indica que la vigilancia se hará al estilo del PRISMA de Estados Unidos — usando una interfaz que facilita la transferencia de datos del intermediario a la plataforma policial — o incluso a través de backdoors: puertas traseras en un sistema informático que se saltan los sistemas de seguridad —una especie de entrada secreta para los organismos de vigilancia.”¹²

Finalmente, la incertidumbre es mayor en temas como la inteligencia y contrainteligencia, que son precisamente las actividades que se realizaban en el antiguo DAS. La ley que regula estas actividades fue fuertemente criticada durante su debate en el Congreso en 2011, y en su revisión final por parte de la Corte Constitucional. Esta última etapa, según algunos, como el abogado y activista, Mauricio Albarracín, fue inferior a las expectativas. Para el caso que nos ocupa, el artículo 17 de dicha norma, que permite realizar monitoreo al espectro electromagnético sin orden judicial¹³, es uno de los más preocupantes. Sobre este, Albarracín considera que “la Corte no tuvo en cuenta que la apropiación de los avances tecnológicos permitirán que el monitoreo sea cada vez más dirigido y completo, convirtiéndolo así en una forma de interceptación de comunicaciones generalizada. En una sorprendente decisión, la Corte Constitucional autorizó una práctica similar al programa PRISMA denunciado por Snowden (ver sentencia C-540 de 2012).”¹⁴

La vigilancia de internet tiene fines legítimos. No obstante, estas actividades se deben realizar bajo un marco de respeto de los derechos humanos. Tal y como se menciona anteriormente, la aplicación de políticas sobre internet debe observar las particularidades técnicas de este. De lo contrario, la libertad que siente la gente para comunicarse a través de este espacio no será la misma. La pérdida de confianza en este entorno puede significar un gran detrimento a sus fines. En resumen, el simple hecho de saber que se está siendo vigilado crea un temor de no saber cuándo se está actuando bien y cuándo se está cruzando la línea, causando finalmente un efecto inhibitor del ejercicio de los derechos de las personas.

Foro de Gobernanza en Internet, un modelo que se debe fortalecer

Para las discusiones sobre políticas públicas en internet es clave mirar enfoques como los usados en el foro de gobernanza de internet. En dicho espacio, creado a fines de 2005 por el Secretario General de las Naciones Unidas, se discuten políticas relacionadas con internet desde un enfoque multisectorial, es decir, recibiendo las opiniones de diferentes sectores a nivel mundial que tienen interés, como las empresas de telecomunicaciones, la sociedad civil y los gobiernos. La dinámica de esta iniciativa está basada en que no existe un control centralizado de la red, como afirma Sebastián Bellagamba, de la Internet Society, “La gobernanza en internet está dada de alguna forma por las características propias que internet tiene. Es una red de redes que

12 BOTERO, Carolina. (2013) PUMA: amenazas a la intimidad y a la libertad de expresión. *Razón Pública*. Consultado el 21 de julio de 2013, de <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/6929-puma-amenazas-a-la-intimidad-y-a-la-libertad-de-expresion.html>

13 El espectro electromagnético es esa franja por la que transmitan muchas señales, entre esas la de los celulares y por consiguiente la del acceso móvil a internet. Normalmente la vigilancia a comunicaciones privadas requiere de autorización de un juez, no obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C 540 de 2012 consideró que esta actividad no es una interceptación de comunicaciones por tener un carácter arbitrario y aleatorio.

14 ALBARRACÍN, Mauricio. (2013) Por amor a la seguridad. *La Silla Vacía*. Consultado el 21 de julio de 2013, de <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/blog/por-amor-la-seguridad-45200>

funciona colaborativamente.”¹⁵ Al terminar el foro no se obtiene el resultado tradicional de una declaración de principios o una resolución, sino que se obtienen conclusiones y lineamientos a partir de la reflexión que se haga como país sobre los temas planteados.

Lamentablemente la participación colombiana en este tipo de espacios no ha sido la mejor. Si bien Colombia fue organizador del foro regional de gobernanza en internet del 2012, las acciones del país se han quedado cortas. Como afirma Gloria Meneses, voluntaria de la Fundación Mozilla y RedpaTodos “a pesar de algunos primeros intentos, la participación de los diferentes grupos se ha dado de forma aislada, no se han conformado los escenarios ni se han dado las discusiones que facilitarían crear una posición como país que nos permita participar y afectar la toma de decisiones reales en lo que se refiere a la legislación global de internet.”¹⁶ Uno de los aspectos más preocupantes es que, pese a que el Gobierno ya delegó en una entidad para que trabaje el tema –la Comisión de Regulación de Comunicaciones- y se cuenta con un plan de trabajo¹⁷, la asignación presupuestal y la validación de las acciones todavía está en espera.

Pese a esto, es destacable el hecho de que ya haya sectores interesados en trabajar el tema. Es decir, existe la voluntad de sentarse en la mesa para hablar sobre lo que se va a planear y formar una posición como país. Solo hace falta abrir las puertas de la casa para poder tomar asiento. De ser así, se puede iniciar una agenda de trabajo para explotar las diferentes ventajas de internet y la defensa equilibrada de los intereses encontrados.

15 Sebastián Bellagamba explicó varios aspectos de la Gobernanza de la red en uno de los talleres de Internetactiva, organizados por Fundación Karisma. <http://www.youtube.com/watch?v=Expr-zdakI&feature=c4-overview&playnext=1&list=TLFtR8VZ92pI0>

16 MENESES, Patricia. Gobernanza de Internet: ¿en qué está Colombia? *Las dos orillas*

17 Se puede encontrar una presentación del plan de trabajo en el siguiente enlace: <http://prezi.com/bbswpnw6l4-q/estado-de-la-gobernanza-de-internet-en-colombia/>