

Bogotá, diciembre 12 de 2017

**Señores Comisión Primera del Senado de la República de Colombia**

**Aten. Doctor Hernán Andrade Serrano del partido Conservador (Ponente Proyecto de ley 146/17)**

Ref. Comentarios

Respetados señores:

Cuando se inició la discusión del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, la realidad era diferente a la actual. Internet no había logrado los alcances que tiene hoy en día y era visto como un sueño. Actualmente, los avances de este medio de comunicación son más visibles. Organismos internacionales y diferentes naciones lo han reconocido. Un ejemplo de esto es lo plasmado en la declaración conjunta de los relatores de libertad de expresión de la CIDH, la ONU, la OSCE y la CADHP, en la que se 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.”

La experiencia previa con las anteriores propuestas normativas sobre el TLC con Estados Unidos ha demostrado que hay aspectos que pueden ser demasiado conflictivos con los intereses de la ciudadanía y el libre desarrollo de internet. Además de esto, se debe resaltar que el trabajo conjunto de legisladores, gobierno y ciudadanía es la forma en que se deben crear pautas y reglas del juego de la sociedad de la información y el conocimiento. Aunque este proyecto de ley ha demorado varios años en regresar al Congreso, el proceso que ha seguido no ha significado un verdadero proceso de debate y participación ciudadana. A meses de silencio se suelen seguir semanas apuradas de mesas de comentarios que no han sido sustancialmente atendidos, socializados, ni respondidos.

Por esta razón es importante abrir el Congreso para dar un diálogo sobre el articulado propuesto y hacer de la construcción de esta ley un documento que cumpla los compromisos adquiridos con Estados Unidos, pero, sobre todo, que se adapte a las garantías de nuestra constitución. Así lo ha reconocido el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH cuando llama la atención sobre el impacto de tratados internacionales que incluyen obligaciones sobre derechos de propiedad intelectual, resaltando que se deben adecuar a las necesidades locales y dar espacios transparentes de participación social para legislar legítimamente en esta materia. Vale la pena indicar que precisamente en Australia, en Estados Unidos o en la Unión Europea la responsabilidad por analizar la reforma al derecho de autor ha estado a cargo de sus congresos y eso es algo que el Congreso colombiano debe analizar.

Como punto de partida para proponer un diálogo nacional y multisectorial presentamos los siguientes comentarios y propuestas de modificación al articulado.

Cordialmente



CAROLINA BOTERO (en representación de un grupo de abogadas como figura en el cuadro que acompaña esta carta)

Recibimos comentarios o notificaciones en  
Carolina Botero [carobotero@karisma.org.co](mailto:carobotero@karisma.org.co),  
Cristina Narvaez [crisnarvaez87@gmail.com](mailto:crisnarvaez87@gmail.com)  
Karen Cabrera [kicabrerap@gmail.com](mailto:kicabrerap@gmail.com)  
Luisa Guzmán [lfdagm@gmail.com](mailto:lfdagm@gmail.com)  
Carolina Mejía [engel339@gmail.com](mailto:engel339@gmail.com)

### **Comentarios al proyecto de ley 146 de 2017 Senado**

El presente documento fue

Elaborado por: Carolina Botero (en nombre propio y en representación de Fundación Karisma), Cristina Narvárez y Karen Cabrera.

Con el apoyo de: Luisa Guzmán y Carolina Mejía.

<b>Texto del articulado</b>	<b>Comentarios</b>
-----------------------------	--------------------

<p>ARTÍCULO 1. Adiciónese al artículo 10 de la Ley 23 de 1982 el siguiente inciso: En todo proceso relativo al derecho de autor y los derechos conexos, y ante cualquier jurisdicción se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, que la persona natural o jurídica cuyo nombre es indicado de la manera usual, es el titular de los derechos de la obra, interpretación o ejecución o fonograma. También se presume que, en ausencia de prueba en contrario, el derecho de autor o derecho conexo subsiste en relación con la obra, interpretación o ejecución o fonograma.</p>	<p>El artículo del TLC dice: cap 16.11.5. En los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos al derecho de autor y los derechos conexos, cada parte dispondrá una presunción que, en ausencia de prueba en contrario, la persona cuyo nombre es indicado de la manera usual, es el titular designado de los derechos de dicha obra, interpretación, ejecución o fonograma. Cada parte también dispondrá una presunción que, en ausencia de prueba en contrario, el derecho de autor o derecho conexo subsiste en dicha materia.</p> <p>El texto del TLC es expreso en el tipo de jurisdicciones a las que se aplica y por tanto se debería usar ese mismo texto y no modificarlo. Si se va a hacer algún cambio debe ser para indicar que este artículo no puede ir en contra de los derechos de las audiencias. Por tanto, se debe indicar que estas presunciones no pueden aplicarse en detrimento de los usos honrados y de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, reconocidos en la legislación vigente.</p>
--	---

**Propuesta:** Reemplazar el artículo por el del TLC: En los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos al derecho de autor y los derechos conexos, cada parte dispondrá una presunción que, en ausencia de prueba en contrario, la persona cuyo nombre es indicado de la manera usual, es el titular designado de los derechos de dicha obra, interpretación, ejecución o fonograma. Cada parte también dispondrá una presunción que, en ausencia de prueba en contrario, el derecho de autor o derecho conexo subsiste en dicha materia.

**Agregar:** Estas presunciones no pueden aplicarse en detrimento de los usos honrados y de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, reconocidos en la legislación vigente.

<p>Los artículos 3 y 7 modifican el artículo 12, 166 y 172 de la Ley 23 de 1982 e incluyen el siguiente párrafo:</p> <p>Parágrafo. El derecho de distribución se agota con la primera venta únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos.</p>	<p>Estos artículos incluyen un párrafo para reconocer el “agotamiento del derecho” en Colombia, sin embargo, su alcance es limitado pues se indica que este “únicamente respecto de las sucesivas reventas. pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos”.</p> <p>Esta afirmación evita los efectos del agotamiento del derecho y por tanto no debería incluirse. Consiste en un reconocimiento inútil de una figura que existe en la normativa internacional sin los condicionamientos que el proyecto de ley pretende imponer.</p>
<p><b>Propuesta:</b> El párrafo de los artículos 3, 7 y 8 debería ser ajustado así: Parágrafo. El derecho de</p>	

distribución se agota con la primera venta.

<p>ARTÍCULO 4. El artículo 27 de la Ley 23 de 1982, quedará así: Artículo 27. En todos los casos en que una obra literaria o artística tenga por titular una persona jurídica, el plazo de protección será de 70 años contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra. Si dentro de los 50 años siguientes a la creación de la obra no ha existido publicación autorizada, el plazo de protección será de 70 años a partir del final de año calendario de la creación de la obra.</p>	<p>Este artículo extiende por 20 años más el monopolio de la explotación de los derechos patrimoniales por parte de los titulares. Ésta extensión sólo favorece a las compañías que detentan la explotación de obras comerciales, aquellas cuyo ingreso al dominio público conlleva una reducción de sus beneficios y arrastra con esa expectativa a la gran mayoría de producciones interesantes que con el paso del tiempo quedan enterradas y con poca probabilidad de revivir.</p> <p>La constante extensión del plazo de protección privilegia exclusivamente intereses particulares de obras altamente comerciales pero, además, olvida que la reversión de los derechos exclusivos a la sociedad es algo justificado por sí mismo.</p> <p>Colombia ya aprobó esta obligación en el TLC pero el Congreso debería reconocer como mínimo que es un tema polémico y que incluso el sistema legal de Estados Unidos ha cuestionado si es necesario revisar los plazos de protección, porque son muy extensos (<a href="http://judiciary.house.gov/hearings/113th/03202013/Pallante%20032013.pdf">http://judiciary.house.gov/hearings/113th/03202013/Pallante%20032013.pdf</a>)</p> <p>En Colombia esta modificación supondrá el cambio de 50 a 70 años para la protección de los derechos patrimoniales de autor para obras cuyos titulares sean personas jurídicas (es decir la inmensa mayoría las grandes editoriales o discográficas, pero también la producción del Estado que es pagada con los recursos públicos).</p> <p>Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que , si bien se reconoce que el derecho de autor es importante, este se está posicionando por encima de otros derechos que tienen un rango igual y superior, como son el derecho a la igualdad, las libertades informativas y el acceso a la cultura.</p> <p>Reconocemos que en esta disposición hay una ventaja: establecer plazos para obras publicadas e inéditas disminuye la incertidumbre que actualmente puede estar generando nuevas obras huérfanas.</p>
--	---

**Propuesta:** Eliminar el artículo 5, en su defecto, modificarlo de la siguiente forma:

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

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

<p>ARTÍCULO 6. El artículo 165 de la Ley 23 de 1982 quedará así: Artículo 165. La protección ofrecida por las normas de este capítulo no afectará en modo</p>	<p>Técnicamente, sí hay jerarquía pero al revés: los derechos de acceso al conocimiento, educación y libertad de expresión en que se basan los sistemas de excepciones y limitaciones, las</p>
---	--

<p>alguno la protección del derecho del autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas consagradas por la presente ley. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en él podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.</p> <p>A fin de no establecer ninguna jerarquía entre el derecho de autor, por una parte, y los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por otra parte, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto del autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de la autorización del autor no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.</p> <p>Así mismo, en aquellos casos en donde sea necesaria la autorización tanto de autor de una obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o del productor titular de los derechos del fonograma, el requerimiento de la autorización del artista intérprete o ejecutante o productor de fonogramas no deja de existir debido a que también se requiera la autorización del autor</p>	<p>flexibilidades al derecho de autor son de mayor categoría que el derecho de propiedad privada en que se basa la protección otorgada a los titulares de derechos de autor y conexos.</p>
<p><b>Propuesta:</b> “En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en la ley de derechos de autor podrán interpretarse como menoscabo a sus derechos, n podrán desconocerse las excepciones y limitaciones y se deberán respetar los usos justos”</p>	

<p>ARTÍCULO 10. Medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos.  ARTÍCULO 11. Excepciones a la responsabilidad por la elusión de las medidas tecnológicas.  ARTÍCULO 13 Obligación de informar.</p>	<p>Las Medidas de Protección Tecnológica (MPT) se incorporaron a la legislación norteamericana en 1998, cuando apenas comenzaba a masificarse el uso del correo electrónico y no existían dispositivos como tabletas o reproductores de MP3. Hoy, dos décadas después, la mayoría de expertos y académicos norteamericanos coinciden en señalar que las MPT son ineficientes para combatir la piratería en línea y peor aún, restringen la innovación y el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y la privacidad, de los ciudadanos. Por cuenta de las MPT se han visto afectados los sistemas de compatibilidad en aplicaciones de seguridad, la investigación científica, los mercados de partes de dispositivos</p>
---	--

(como los cartuchos de impresoras) y la divulgación de críticas y análisis de productos comerciales. El impacto ha significado por ejemplo que Chile no haya regulado este tema a pesar de que es parte de su obligación TLC con EEUU, porque aún no hay un consenso sobre cómo se debería hacer, o Portugal haya prohibido recientemente su uso para limitar el acceso a obras en el dominio público o a las obras que financia el Estado (ver <https://www.eff.org/deeplinks/2017/10/portugal-bans-use-drm-limit-access-public-domain-works>). Se pueden revisar análisis como estos de [Australia](#) y de [Chile](#), Para Chile también el International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) [publicó uno](#). Desde 2011 que el gobierno plantea esta reforma debió hacer este análisis, y sin embargo en 6 años no presentó ningún estudio ni datos sobre el tema, se ha limitado a hacer ajustes de maquillaje a los textos propuestos que acogen algunos de los comentarios presentados en 2014 por las personas interesadas en este tema como un "mal menor" y recientemente, a un cuidadoso examen realizado por una profesora de la Universidad Sergio Arboleda, quien además propuso cambios concretos usando propuestas de legislación comparada, sin embargo el texto no mereció revisión de fondo.

Hacemos un nuevo llamado al gobierno para que tome en serio la idea impulsada por la OCDE y sus miembros de elaborar políticas públicas basadas en la evidencia y analizar la forma como se puede cumplir los compromisos internacionales sin generar efectos más nocivos a la innovación y mercados nacionales, sobre todo cuando estos temas están precisamente siendo analizados y estudiados por el socio comercial desde hace ya varios años sin que haya podido llegar a conclusiones definitivas. Consideramos que el Congreso debe retirar este tema de la reforma para hacer ese análisis si es que el gobierno no piensa hacerlo porque a los perjuicios de mercado se agrega que los derechos de los usuarios, consumidores, públicos y audiencias no son debidamente considerados en este texto.

**Propuesta:** En lo relacionado con el artículo 10, 11, 13 y, en general sobre temas de MPT nos unimos una vez más en su integridad a los comentarios que la profesora Marcela Palacio hará del texto y apoyamos el conocimiento académico y técnico que la respalda en esta materia

Artículo 11, literal g)

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

El Gobierno Nacional a través de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica, en intervalos de no más de tres años, para determinar la necesidad y conveniencia de emitir un concepto en que se consagren los usos no infractores que han de ser objeto de la excepción prevista en este numeral. Los usos no infractores mencionados en el concepto de la Dirección Nacional de Derecho de Autor serán permanentes, pero susceptibles de revocación, si desaparece la excepción o limitación al derecho de autor o a los derechos conexos en que se fundamentó la excepción de la medida tecnológica o si hay evidencia sustancial de que la necesidad de su existencia ha desaparecido.

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

Respaldado los comentarios de la profesora Marcela Palacio, resaltamos que el procedimiento de revisión y creación de excepciones a las MPT debe ser de carácter administrativo y así debe quedar expresamente consagrado en este artículo.

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

Las MTP no son una protección de propiedad intelectual, pues no pretenden proteger la creación intelectual original que realice una persona sino que actúan como un candado que limita el acceso a contenidos en el ámbito digital. Lo que protege los artículos 10 y 11 del presente proyecto de ley es ese candado y por tanto, la reglamentación de las excepciones a las MTP no está incluida en las facultades exclusivas legislativas del Congreso respecto de los derechos de autor. Por el contrario, el poder ejecutivo tiene la potestad reglamentaria para ejecutar el procedimiento administrativo de creación y revisión de excepciones a las MTP, conforme a los parámetros establecidos por el Congreso que deberán ser otorgados en este proyecto de ley. Tal como la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad para negar u otorgar registros de marcas y

patentes conforme a los criterios dispuestos en las normas aplicables, se otorgaría la capacidad para crear, modificar o revocar excepciones a las MTP. Es importante resaltar que Estos Unidos, el socio comercial de Colombia, tiene un esquema similar de revisión de excepciones a las MTP con base en los mismos argumentos. Realizando un análisis de derecho comparado nos damos cuenta que la Constitución de Estados Unidos también tiene una disposición que otorga al congreso de manera privativa la función legislativa sobre asuntos de propiedad intelectual. Sin embargo, al tener claro que las MTP no constituyen un derecho de autor sino un mecanismo tecnológico que limita el acceso a contenidos, el Congreso de Estados Unidos en la DMCA estableció que la Biblioteca del Congreso sería la entidad gubernamental para implementar el procedimiento de revisión periódica de las excepciones a las MTP.

Aunado a lo anterior, se debe eliminar el requisito probatorio de evidencia *sustancial* del impacto adverso real o potencial de las MPT sobre usos no infractores. El estándar de evidencia sustancial no se encuentra consagrado en la legislación colombiana en materia de derecho procesal, pues ni siquiera puede ser considerado como un sistema de tarifa legal ya que no establece los medios probatorios idóneos para demostrar el impacto adverso.

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

Finalmente, y teniendo en cuenta la importancia del procedimiento administrativo de revisión y creación de excepciones a las MTP, es imperativo que se fije un término perentorio para que la DNDA reglamente e implemente tal procedimiento.

**Propuesta:** Establecer expresamente que la revisión y creación de excepciones a las MPT se realizará a través de un procedimiento administrativo.

Eliminar el requisito de evidencia *sustancial* del impacto adverso real o potencial de las MPT sobre

usos no infractores.

Adicionar el siguiente párrafo al final del literal g del artículo 11:

La Dirección Nacional de Derechos de Autor reglamentará el procedimiento administrativo para la creación y revisión de excepciones a las medidas tecnológicas de protección en un término de 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 11, literal h) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión, amparados por las limitaciones y excepciones establecidas por la ley en favor de personas con discapacidad visual, baja visión y dificultad para acceder al texto impreso.

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

Adicionalmente, en virtud del derecho constitucional a la igualdad y en el marco de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ratificada por Colombia, se debe ampliar el literal h del artículo 11 a otras personas con discapacidad, en los términos de los comentarios que se propondrán más adelante respecto del artículo 26, literal d del proyecto de ley. En efecto, el propósito de la Convención no se limita a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad visual, sino que incluye a todas las personas que tengan discapacidades físicas mentales, intelectuales o sensoriales. En este sentido, es obligación de Colombia adoptar todas las medidas legislativas y administrativas para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. Adicionalmente, la Convención explícitamente establece la obligación de Colombia de garantizar el acceso en condiciones de igualdad para las personas con discapacidad a la información y las comunicaciones incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones en zonas urbanas y rurales. La

Convención también obliga a Colombia a adoptar medidas pertinentes para garantizar que las personas con discapacidad ejerzan su derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de recabar y recibir información de manera oportuna y sin costo adicional en formatos accesibles. Esto también tiene una consecuencia directa en la educación de las personas con discapacidad, así como su participación en la vida cultural y actividades recreativas, ya que Colombia debe asegurar que tengan acceso en condición de igualdad.

Lo anterior va de la mano con las conclusiones del reciente reporte del Comité Permanente de Derechos de Autor y Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el Acceso a Obras Protegidas por Derechos de Autor por Personas con Discapacidad, que ha identificado a personas que tienen categorías de discapacidad adicionales a la visual que enfrentan retos para acceder a obras protegidas por derechos de autor. En este sentido, el reporte reconoce la utilidad de las nuevas tecnologías para permitir a las personas con discapacidad acceso a la información y la cultura, en la medida en que brinda herramientas útiles para adaptar obras a sistemas de comunicación accesibles. El reporte concluye que existe la necesidad de transformar o adaptar obras protegidas por derechos de autor y conexos a formatos accesibles para las personas con discapacidad que requieren condiciones particulares para acceder a la información y la cultura.

Aunado a lo anterior, en Estados Unidos se ha documentado que las MTP impiden que se adapten obras protegidas por derechos de autor a formatos accesibles para personas con discapacidad auditiva, como el closed caption. De acuerdo con la regulación de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC por sus siglas en inglés), es obligación incluir el sistema de closed caption para programas de televisión en inglés y en español que se transmitan en Estados Unidos. Incluso hay quienes argumentan que adaptar las obras protegidas por derechos de autor se encuentra exceptuado por ser fair use. Así las cosas, realizar la adaptación de obras al formato closed caption es un uso no infractor pero implica desbloquear MTP. Es por esta razón que varias

	<p>organizaciones prepararon una solicitud de excepción a las MTP que protegen obras audiovisuales para que se puedan desbloquear y se puedan adaptar para sistemas de closed caption y audiodescripción en el proceso de revisión y creación de excepciones de 2018.</p> <p>Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta lo establecido en la normativa Colombiana con respecto a las personas con discapacidad, específicamente en la Ley 1618 de 2013. Esta ley tiene el objeto de garantizar el ejercicio efectivo de derechos a las personas con discapacidad y/o en condiciones de discapacidad, entendidas como aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.</p> <p>En conclusión, es evidente que la protección a nivel internacional y nacional del ejercicio real y efectivo de las personas con discapacidad no se limita a las personas con discapacidad visual, sino que incluye a todas las personas que por una condición de discapacidad tengan barreras para acceder a las obras protegidas por las MTP. Con el fin de garantizar el acceso a la información y la cultura en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad, resulta imperativo acoger en esta excepción a las MTP a todas las personas con discapacidad de acuerdo a lo establecido en las normas mencionadas.</p>
<p><b>Propuesta:</b> Adicionar personas con discapacidad que requieren acceder a la información y eliminar “amparados por las limitaciones y excepciones establecidas por la ley”:</p> <p>h) Usos no infractores de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión en favor de <b>toda persona con y/o en situación de discapacidad en los términos de la Ley 1618 de 2013, que en razón a las barreras definidas en dicha ley, no pueda acceder a las obras en los modos, medios y formatos de comunicación accesibles de su elección y adecuados a su tipo de discapacidad.</b></p>	

<p>ARTÍCULO 12° Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán a todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones que, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley no hayan pasado al dominio público.</p>	<p>Como se explicó más atrás es necesario valorar y revalorar el dominio público. Las reformas legislativas actuales en el mundo están en ese proceso. El artículo 12 establece la forma como se cuenta el plazo de protección y dado que esta ley ampliará la protección de las obras creadas por</p>
--	--

	<p>personas jurídicas como resultado de la obligación de Colombia con el TLC se debería como mínimo indicar que su efecto sea ultractivo y no, como está diseñado, retroactivo. De esta forma el nuevo plazo aplicará para las obras nuevas y no para las ya creadas.</p>
<p><b>Propuesta:</b> Eliminar el artículo 12, o en su defecto modificarlo de la siguiente manera:</p> <p>ARTÍCULO 12° Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán a todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, fonogramas y emisiones que se creen a partir del momento de la entrada en vigencia de la presente ley</p>	

<p>ARTÍCULO 14° Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos. Se adicionan a las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982, las siguientes:</p>	<p>Tal y como señala la ‘Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor’, promovida por el Instituto Max Planck (Institución educativa alemana de mayor reconocimiento en el área de la propiedad intelectual), las limitaciones y excepciones son flexibilidades del derecho de autor fundamentales para conciliar los intereses protegidos por los derechos de autor con los colectivos e individuales. Éstas se constituyen en la facultad que tienen los países de ajustar el derecho de autor a los intereses de acceso, libertad de expresión, creatividad y apropiación de las obras sujetas, en desarrollo de una política que satisfaga también el interés general. Organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), han reconocido que la sociedad necesita flexibilizar el derecho de autor para contar con un sistema balanceado de derecho de autor. En 2009, el APEC adelantó una encuesta comparativa sobre la adopción de estas figuras en diferentes países, y encontró que los países desarrollados tienden a tener un amplio número de excepciones y limitaciones en comparación con aquellos en desarrollo. Para esta organización, resulta fundamental que este último grupo de países –entre los que se encuentra Colombia– tenga en cuenta sus necesidades a la hora de adoptar flexibilidades al sistema de propiedad intelectual. Particularmente, debe garantizar un marco legal que propenda por la ampliación del acceso del conocimiento y la estimulación de la creación. En Colombia nos han dicho que tenemos una de las listas más largas de la</p>
--	--

región, como si el balance de derechos se midiera en cantidad y no en calidad. Las flexibilidades del sistema en Colombia no están a la altura de países que están reformando sus sistemas de derecho de autor y eso es lo que el gobierno no ha considerado. Como diversas organizaciones lo han manifestado, este equilibrio se concreta en la inclusión de una cláusula abierta de uso justo o ‘fair use’, que ha sido incorporada en países como Filipinas, Japón, Singapur y Canadá, y que se está debatiendo en Brasil.

Esta cláusula abierta no se limita a regímenes de derecho común, también complementa el sistema legal de países de derecho civil, con lo que se obtiene un sistema híbrido (situación de países como Canadá). Cláusulas de este estilo ya se han adoptado en los sistemas civiles de países como China, Corea del Sur y Taiwan.

Es decir, además del listado de flexibilidades se debe consagrar una cláusula abierta inspirada en el uso justo del sistema internacional. En la medida en que su alcance sea razonablemente previsible, este tipo de cláusula tampoco riñe con la regla de los ‘tres pasos’.

**Una reforma al derecho de autor al día de hoy que no incluya una cláusula abierta de uso justo y amplíe el catálogo de flexibilidades no tiene sentido, no debe ser aceptada por la sociedad civil pues impondrá nuevas cargas sin el balance necesario.**

Adicionalmente consideramos que el catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor propuesto por el gobierno en este proyecto de ley es totalmente insuficiente para satisfacer las necesidades de un país en el siglo XXI, es necesario recoger nuevas flexibilidades que ya se ha establecido como necesarias para el ejercicio de derechos por las personas.

**Propuesta:** El artículo 14 debe incluir un sistema flexible.

**En primer lugar:** Cláusula abierta estilo “*Fair Use*”.

Si el uso de la obra se enmarca dentro de alguna de las excepciones y limitaciones al derecho de autor aquí consagradas, para constatar la efectiva vulneración al /a los derechos exclusivos de autor, se deberá verificar:

1. Que, sin importar el material y su naturaleza, su uso sea para a) fines de educación e investigación b) reportaje de noticias y c) críticas y comentarios.

2. Que el uso no entre en conflicto sobre la explotación normal de la obra o perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

3. Que el porcentaje utilizado de la obra no constituya más de la mitad de ésta, sin que este requisito se incluya en las obras usadas para fines investigativos.

**En segundo lugar:** Propuesta Documento 4 de Fundación Karisma que puede encontrarse en <https://karisma.org.co/leylleras-5-y-la-inclusion-de-una-clausula-de-uso-justo-para-el-derecho-de-autor-en-colombia/>

**En tercer lugar:** Se propone adoptar la disposición existente en la Directiva Infosoc de la Unión Europea (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=EN>)

### **En cuarto lugar actualizar la lista de Excepciones y limitaciones**

Se adicionan a las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982, las siguientes:

1. Los actos de reproducción temporal en forma electrónica de una obra a la que se refiere el artículo 14, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 14.

2. Al derecho de reproducción:

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 10;

c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;

d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;

e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

3. Serán usos lícitos que constituyen excepciones o limitaciones los siguientes casos:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

- b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;
- c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;
- d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;
- e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;
- f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;
- g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;
- h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;
- i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;
- j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;
- k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;
- l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;
- m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;
- n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones;
- o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el país, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.

4. Excepción al derecho de distribución, los usos mencionados en los numerales 2 y 3 se extienden al derecho a la distribución siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

5. Las excepciones y limitaciones únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

<p>a) La reproducción temporal en forma electrónica de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión fijada, que sea transitoria o accesoria, que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes por un intermediario; o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, fonograma, o emisión fijada que no tengan por sí mismos una significación económica independiente. Para los fines del presente literal, se entiende que la reproducción temporal en forma electrónica incluye, los procesos tecnológicos que sean necesarios en la operación ordinaria de computadores, dispositivos digitales o de internet, siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados en el párrafo anterior.</p>	<p>Se soluciona con esta excepción un importante vacío del proyecto de ley desde 2011. Sin embargo su redacción es tan compleja que puede evitar los fines que persigue. Proponemos simplificarla como se encuentra en la Unión Europea: “Están permitidos los actos de reproducción temporales que están integrados en un proceso tecnológico para permitir la transmisión a una red o permiten el uso legal de una obra protegida, incluyendo actos que permiten la búsqueda en redes y la operación efectiva de sistemas de transmisión digital”.</p>
--	--

**Propuesta:** La propuesta es que adoptemos la versión de la UE integralmente, en este caso sería :

1. Los actos de reproducción temporal en forma electrónica de una obra a la que se refiere el artículo 14, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

- a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
- b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 14.

<p>b) El préstamo por una biblioteca, archivo o centro de documentación, cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, de copias o ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas y emisiones fijadas, siempre que figuren en las colecciones permanentes de esta y hubiesen sido lícitamente adquiridas.</p>	<p>Resulta muy positivo que el gobierno decidiera incluir esta excepción y retirara de su definición la calificación del uso, sin embargo incluyó el ánimo de lucro. La limitante de esta excepción es para entidades con una naturaleza en concreto y es a ese espacio al que se debe restringir sin calificar su ánimo de lucro. Como mínimo se debe retirar la expresión "indirecta" que va a limitar demasiado lo que una entidad de este tipo pueda hacer pues cualquier uso puede considerarse 'indirectamente' vinculado con intención de lucro.</p>
---	---

**Propuesta::** Modificar el literal b) de la siguiente manera:

- b) El préstamo por una biblioteca, archivo o centro de documentación de copias o ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas y emisiones fijadas, siempre que figuren en las colecciones permanentes de esta y hubiesen sido lícitamente adquiridas.

<p>c) La puesta a disposición por parte de bibliotecas, archivos o centro de documentación a través de terminales especializados instalados en sus propios locales o en función de los servicios de extensión de las bibliotecas públicas de la ley 1379 de 2010 para fines de investigación o estudio personal de sus usuarios, de obras, fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones fijadas. lícitamente adquiridas y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia.</p>	<p>En la última etapa del proceso de construcción de este proyecto de ley el gobierno agregó la expresión “y que no estén sujetas a condiciones de adquisición o licencia.” Esta expresión anula por completo la excepción que se concede a estas entidades. Si la ley permite que una excepción sea evitada mediante los contratos o acuerdos que los proveedores de contenidos les ofrecen está haciendo inocua la excepción. Este tipo de limitantes no solo deben evitarse, deben proscribirse y denunciarse como violatorios de los derechos de las personas.</p>
--	--

**Propuesta:** es que adoptemos la versión de la UE integralmente, y no sujetarla a previsiones que hacen inocua la disposición. En este caso el literal c) quedaría de la siguiente manera:

c) La puesta a disposición por parte de bibliotecas, archivos o centro de documentación a través de terminales especializados instalados en sus propios locales o en función de los servicios de extensión de las bibliotecas públicas de la ley 1379 de 2010 para fines de investigación o estudio personal de sus usuarios, de obras, fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones fijadas. lícitamente adquiridas

<p>e) Se permitirá la reproducción por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes por instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, breves extractos de obras lícitamente publicadas, y obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o figurativo, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta o transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro. Lo anterior siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente</p>	<p>El texto de esta excepción agrega la posibilidad del uso no solo de obras textos, sino además obras plásticas, fotográficas y figurativas. Sin embargo, en una norma que quiere actualizar el sistema de derecho de autor al mundo digital el uso de la expresión “medios reprográficos” no corresponde con su intención. La excepción soluciona un problema muy puntual que no abarca las necesidades más amplias de la educación.</p>
--	--

**Propuesta:** En este caso si se mantiene esta excepción se deberá modificar el literal e) de la siguiente manera:

e) Se permitirá la reproducción para la enseñanza o para la realización de exámenes por instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, de una obra lícitamente publicada o divulgada, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta o transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro. Lo anterior siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente

<p>f) Será lícito realizar sin autorización ni pago de remuneración, por parte de instituciones de</p>	<p>Esta excepción busca legalizar los usos que hacen los docentes e instituciones que se</p>
--	--

educación sin ánimo de lucro, la puesta a disposición y la reproducción con fines de puesta a disposición a estudiantes inscritos específicamente en un programa de educación a distancia, en el marco de una sesión de clase en vivo o asincrónica, en cantidad comparable con la que se desarrolla en una sesión de clase presencial y en la medida justificada por el fin que se persiga, obras lícitamente publicadas o prestaciones protegidas por los derechos conexos relacionados con los temas del curso, siempre que los contenidos usados no sean típicamente adquiridos por los estudiantes, o estos no hubiesen sido desarrollados de manera específica para usos en línea, a condición que la institución de educación cumpla con todas las condiciones que se enumeran a continuación:

- i. Desarrolle una política sobre derecho de autor y la comunique a los estudiantes, docentes y personal administrativo de la institución
- ii. informe a sus estudiantes que el curso puede contener creaciones protegidas incluyendo a su vez una advertencia específica de la protección en los materiales puestos a disposición en línea
- iii. incorpore medidas tecnológicas de protección, más allá de asignar un usuario y contraseña a los estudiantes, que aseguren el cumplimiento de las políticas y los requerimientos de esta limitación, incluyendo como mínimo la autenticación de usuario y sitio a través de la comprobación de protocolos de Internet, interrupción por tiempo de acceso a contenidos, deshabilitación de funciones como imprimir, cortar y pegar, entre otras, y
- iv. designe un tutor, docente o instructor, encargado en la dirección y supervisión del programa de educación a distancia, que se encargue de asegurar que los usos tengan una finalidad meramente educativa.

Parágrafo. mediante la presente limitación no es posible realizar repositorios electrónicos, empaquetado de cursos, préstamo interbibliotecarios, distribución comercial de documentos, utilización de textos o cualquier otro material digital ordinariamente ofrecido mediante licencia del autor, el titular, editor, agregador o cualquier otra entidad, ni la conversión de fonogramas análogos a formatos digitales a

dedican al tema de “educación a distancia”, es decir estamos actualizando nuestro sistema jurídico al siglo XX, falta ahora que lo hagamos al uso de la tecnología digital en el siglo XXI. La norma está inspirada en el sistema norteamericano, que tiene esta solución como una medida concreta para dar seguridad jurídica a este tipo de usos, pero que además tiene una cláusula abierta “fair use”. De modo que el gobierno nos reconoce una migaja de lo que existe en el sistema de nuestro socio comercial.

Como si no fuera suficiente esta crítica nos permitimos reproducir un aparte del documento “Giving knowledge for free” de la OCDE (<http://www.oecd.org/edu/ceeri/38654317.pdf>): “In their White Paper on obstacles to educational use of copyrighted material in the digital age, Fisher and McGeeveran (2006) conclude that the exceptions to copyright that may protect uses of content for digital learning are “frequently narrow, cumbersome, incompatible with new technology, or vague”. In United States a classroom use exception gives teachers and pupils the right to use materials “in a classroom or similar place devoted to instruction”. But it is not clear whether this exception allows for the use of a class webpage, blog or wiki even if online access is limited to teachers and students. Fisher and McGeeveran (2006) explain that: “While the [classroom use] exception immunises teachers from liability for the public performance rights involved in displaying content in the classroom, other rights, including reproduction rights, are not included. When teachers simply displayed directly an analog copy of the work, this was sufficient. In a digital environment, however, incidental reproduction is commonplace – as when a teacher inserts an image into a PowerPoint slide. ... While there are good arguments that the reproduction is protected under the fair use doctrine, the omission of other rights certainly limits the effectiveness of the classroom use exception.” The US Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2001

excepción que estos sean autorizados, o que la versión digital no se encuentre disponible o su uso no sea posible debido a que está protegido por una medida tecnológica.

represents an attempt by the Congress to update educational use exemptions in light of new technological realities. According to Fischer and McGeveran (2006), the new provision for distance learning does provide some limited additional protection for educators operating in a digital environment. However, a number of stipulations sought by rightsholders were also incorporated in the statute. In combination, these restrictions – one of the primary problems being the restriction of the scope of digital learning covered – so limit the reach of the act, and make it so difficult for educators to comply with its requirements, that most observers believe the exception from liability it offers has little or no value.” (resaltado fuera del original)

Ya en EEUU está identificada que esta excepción no es suficiente ni ofrece prácticamente ningún valor agregado. Parece que en todo caso como una concesión acaso ¿más vale esto que nada?

Si Colombia sigue tratando las flexibilidades al derecho de autor como una concesión de los titulares a la sociedad el cerramiento del acceso al conocimiento será tan grave en algún momento que se pondrá en peligro el desarrollo del país y de la sociedad. Esto es lo que vemos en una excepción tan mezquina como la que ofrece el gobierno para los sistemas de educación a distancia que son quizá uno de los procesos de inclusión educativa más importantes sobre los que se apoya buena parte de la educación rural y para población vulnerable. No podemos pedir que la retiren porque al final acá prima el “más vale algo que nada”, pero es ofensiva.

De igual manera, en orden de pedir a las instituciones educativas la utilización de Medidas Tecnológicas de Protección bajo la presente excepción, la regulación de éstas establecida en los artículos 10 y sucesivos debe modificarse. Tan solo traemos a colación un ejemplo: en Estados Unidos, país que inspira esta regulación, eludir una MTP de copia es libre para poder hacer usos justos. En el presente caso, se está pidiendo que se utilicen

	<p>MTP de copia que controlen tiempo de acceso, impresión y otras funciones. Si el curso a distancia curso impartido en USA el estudiante que sabe de tecnología puede eludir esta MTP para poder habilitar dichas funciones y hacer un uso justo como una cita. Si el estudiante se encuentra en Colombia y realiza la misma actividad del estudiante de USA, estaría sujeto, por lo menos, a una sanción civil que puede terminar en la imposición de una indemnización a través de un sistema de daños pre-establecidos.</p>
<p><b>La propuesta</b> es que adoptemos la versión de la UE integralmente. En esa propuesta hay una excepción para educación a distancia que es menos compleja que la de EEUU y por tanto debería considerarse.</p>	

<p>ARTÍCULO 15° Actualización de limitaciones y excepciones: El Gobierno Nacional, a través de la Dirección Nacional de Derecho de Autor hará una revisión periódica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos, en intervalos de tres años, con el objetivo de determinar la necesidad y conveniencia de presentar ante el Congreso de la República un proyecto de Ley que reforme o consagre nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor. Dicho proyecto deberá observar las reglas establecidas en los tratados internacionales ratificados por Colombia para incorporar limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos, y tendrá como finalidad armonizar las prerrogativas consagradas en favor de los autores y titulares, con los avances tecnológicos y otros derechos fundamentales,</p>	<p>Esta disposición parece ser el contentillo para no ofrecer una cláusula abierta estilo fair use, es la promesa de revisar y actualizar el sistema cada 3 años presentando un proyecto de ley al congreso. El desastre de este proyecto de ley que estamos viendo hoy, que fue presentado por primera vez en 2011, muestra lo débil de esta promesa que no consigue ni en este proyecto actualizar el sistema de derecho de autor al siglo XXI a pesar de que el proceso ha tenido más de 6 años. La Dirección Nacional de Derecho de Autor no representa los intereses de los diferentes sectores en esta discusión y, en todo caso, es su obligación presentar proyectos de ley cuando lo vea necesario. En todo caso, el principal problema de esta disposición es no reconocer que el propósito central de consagrar flexibilidades al derecho de autor no es el de garantizar las prerrogativas de autores y titulares, sino la de garantizar los derechos de la sociedad reconociendo que las obras son los artefactos que permiten la circulación y apropiación del conocimiento. Una cláusula de este tipo no reemplaza los efectos de una cláusula abierta estilo “fair use”.</p>
<p><b>Propuesta:</b> retirar este artículo que no tiene ningún propósito real y en cambio sí puede servir como excusa para que reformas necesarias deban esperar el plazo de 3 años para ser discutidas.</p>	

Sobre Obras Huérfanas. Artículos 16 a 25	Esta reforma está pendiente y es muy
--	--------------------------------------

	<p>importante en Colombia pues debería garantizar el acceso, uso y apropiación de nuestro patrimonio cultural. Sin embargo, la discusión que había abierto la Biblioteca Nacional en 2014 con una propuesta legislativa era mucho más amplia de lo que incluye el gobierno en este proyecto de ley sin haber socializado con los interesados pues fue incluida en la versión socializada por el gobierno en octubre antes de llevarla al congreso.</p> <p>Pueden ver un análisis más detallado acá <a href="http://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-innovacion/historia/las-obras-huerfanas-en-colombia-seguiran-en-el-orfanato">http://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-innovacion/historia/las-obras-huerfanas-en-colombia-seguiran-en-el-orfanato</a></p>
<p>El Congreso debe abrir a comentarios y discusión este tema para retomar incluso lo realizado por la Biblioteca Nacional y garantizar la discusión democrática que significará cambios sustanciales a la propuesta del gobierno, como que no puede ser solo para bibliotecas sino que la solución debe incluir la posibilidad de que personas podamos hacer uso de obras huérfanas.</p>	
<p>Sobre implementación del Tratado de Marrakech Artículos 26 a 28</p>	<p>Estos artículos también se incluyeron en el proyecto a última hora. En consecuencia, las personas beneficiarias de estas disposiciones, quienes tienen alguna discapacidad para acceder a textos impresos, se les ha negado el beneficio de consultar y comentar. Estas personas simplemente deben aceptar que se lleve al Congreso la versión de texto de la implementación que el Gobierno considera apropiada. Así, el Gobierno se salta lo dispuesto en la Resolución de la ONU para la “promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet” que en su numeral 7 “[a]lienta a todos los Estados a que adopten las medidas oportunas para promover, con la participación de las personas con discapacidad, el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluidas tecnologías de apoyo y adaptación, que sean accesibles para las personas con discapacidad”.</p>
<p>El Congreso debe abrir el debate a las personas beneficiarias de estas disposiciones para que hagan comentarios y participen activamente de darle forma a las normas que les afectan y que garantizan el ejercicio de sus derechos.</p> <p>Sobre este tema acogemos los comentarios que se presentan por parte de los diferentes grupos de beneficiarios y en particular los que firma la doctora Luisa Guzmán y otros.</p>	

<p><b>ARTÍCULO 31</b> Destrucción de implementos y mercancía infractora.</p> <p>En los procesos sobre infracciones al derecho de autor, los derechos conexos, la elusión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de cualquier información sobre la gestión de derechos, el juez estará facultado para ordenar que los materiales e implementos que hayan sido utilizados en la fabricación o creación de dichas mercancías infractoras sean destruidos, a cargo de la parte vencida y sin compensación alguna, o en circunstancias excepcionales, sin compensación alguna, se disponga su retiro de los canales comerciales.</p> <p>En el caso de mercancías consideradas infractoras, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma. En ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales.</p>	<p>Si bien legalmente no es posible desmejorar las condiciones del accionante a través de una demanda interpuesta por el mismo y en este caso, particularmente, obligar al autor/titular que entregue el material incautado para cualquier fin diferente al que él decida, si consideramos importante que él sepa que tiene la opción de entregar “la mercancía” para que haga parte de las colecciones de las bibliotecas teniendo en cuenta que algunas no tienen recursos suficientes para el desarrollo de sus colecciones y el material incautado puede ser una forma de compensar esta falencia.</p>
<p><b>Propuesta:</b> que la segunda parte diga:</p> <p>En el caso de mercancías consideradas infractoras, el juez deberá ordenar su destrucción, a cargo de quien resulte condenado en el proceso, a menos que el titular de derecho consienta en que se disponga de ellas de otra forma, por ejemplo que sean entregadas a bibliotecas para que hagan parte de sus colecciones y sean usadas para fines educativos e investigativos. En ningún caso los jueces podrán permitir la exportación de las mercancías infractoras o permitir que tales mercancías se sometan a otros procedimientos aduaneros, salvo en circunstancias excepcionales.</p>	

<p><b>Nuevo artículo:</b> “<i>El artículo 2° de la Ley 1032 de 2006 que reformó el artículo 271° de la Ley 599 de 2000, quedará así:</i></p> <p><i>“Artículo 2. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:</i></p>	<p>El proyecto de ley en su artículo 33 modifica el artículo 272 del código penal para dejar claro que la elusión a las Medidas de Protección Tecnológicas debe relacionarse con las normas sustantivas y para castigar no cualquier elusión sino aquella que se hace por quien busca lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada.</p> <p>Con la misma lógica debe reformarse el artículo 271. Bajo estándares internacionales no cualquier infracción al derecho patrimonial de autor es un delito, esta sanción se reserva para las acciones vinculadas con piratería. Es decir, hay violación al</p>
---	---

1. *Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, exporte, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.*
2. *Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.*
3. *Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.*
4. *Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.*
5. *Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.*
6. *Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.*
7. *Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.”*

derecho patrimonial de autor cuando la conducta se hace con ánimo de lucro, a escala comercial, y con intención, con dolo. Esos son los estándares que se exigen en los principales acuerdos comerciales internacionales para usar el derecho penal como un mecanismo disuasorio de piratería. El artículo 271 está siendo usado en Colombia en contra de actuaciones cotidianas como lo representa el caso de Diego Gómez quien se encuentra defendiendo en apelación un fallo de primera instancia que lo absolvió.

Cuando Diego era un estudiante de biología en la Universidad del Quindío, contaba con un acceso muy limitado a recursos y bases de datos, necesarios para su investigación. En esos días, Diego encontró y compartió un documento académico en internet para que sus compañeros pudieran leerlo y aprender de ese trabajo, así como él lo había hecho. Su acción, que es una práctica común entre estudiantes e investigadores como lo comprobó la juez de primera instancia, lo tiene enfrentando un proceso penal por más de 3 años.

De manera similar se debe recordar el caso de un joven de 23 años que fue condenado en 2007 a 48 meses de prisión por el delito de violación al derecho patrimonial de autor, había comprado 6 CDs piratas en la calle de una pequeña ciudad colombiana, Montería. El caso fue noticia y se conoció no porque sea una decisión judicial aberrante, se conoce es porque fue el primer condenado en recibir un brazalete electrónico que le permitía cumplir su condena en casa. ¿Cuántos casos como los de este joven son resultado de la aplicación abusiva de la norma? La respuesta a esta pregunta no la conocemos.

La norma consagra además una pena muy alta comparada con otros delitos como el de abuso sexual violento (3 a 6 años) y, junto con Perú, es el país de la región que tiene penas más altas. Esto tan solo justificaría revisarlo y debería ser objeto de análisis por quienes tengan a cargo la política criminal del país.

Entonces, si ya están identificados abusos con esta norma ¿por qué no se aprovecha esta oportunidad para corregir el texto?

Resulta de la mayor relevancia indicar que el TLC que Colombia suscribió con EE.UU. y que se busca

	<p>implementar con este proyecto de ley incentiva la implementación de penas “disuasorias” que incluyan prisión para los infractores, pero el lenguaje que se usa hace constantes referencias a “piratería” y a “escala comercial” (ver <a href="http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853">http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853</a>).</p>
<p>Incluir un nuevo artículo:  “El artículo 2° de la Ley 1032 de 2006 que reformó el artículo 271° de la Ley 599 de 2000, quedará así:  <i>“Artículo 2. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada, salvo las excepciones previstas en la ley:</i>  1. <i>Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, exporte, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.</i>  2. <i>Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.</i>  3. <i>Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.</i>  4. <i>Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.</i>  5. <i>Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.</i>  6. <i>Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.</i>  7. <i>Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.”</i></p>	