



Bogotá, Colombia

Honorable Magistrado
Humberto Sierra Porto
Corte Constitucional
La ciudad

Ref.: Intervención ciudadana en la acción pública de inconstitucionalidad D-9107

1. OBJETO DEL AMICUS CURIE

Eduardo Bertoni, ciudadano argentino identificado con el pasaporte argentino número 17.423.809, ex Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina, y Carlos Eduardo Cortés, ciudadano colombiano identificado con la cédula número 80.085.113, investigador de la Iniciativa por la Libertad en Expresión (iLEI) adscrita al CELE, remitimos el presente escrito.

Solicitamos a la honorable Corte Constitucional de Colombia ser tenidos como ‘amigos del Tribunal’ para someter a su consideración algunos argumentos sobre protección de los derechos de autor a la luz de la libertad de expresión en Internet, con el propósito de que sirvan de insumo para resolver la acción pública de inconstitucionalidad D-9107.

2. RESUMEN¹

El presente documento se basa en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos para plantear que la protección de la propiedad intelectual debe balancearse con

¹ El archivo PDF de este documento puede descargarse en el siguiente enlace:
<https://www.dropbox.com/s/yi26llitzz346r1/Amicus%20Curie%20-%20CELE.pdf>

el derecho que tiene la sociedad de usar ese conocimiento. A partir de allí, se desarrollan cuatro conceptos relacionados con el tema y aplicables a la norma bajo estudio.

- **Eficiencia e innovación:** la literatura tradicional sobre propiedad intelectual señala que uno de los principales objetivos de esta protección es fomentar la innovación al retribuir a los creadores presentes y estimular a los futuros. Sin embargo, la creación – especialmente en el entorno digital– no opera bajo un sistema tradicional de incentivos. Al contrario, el establecimiento de un umbral alto de protección tiene un efecto perverso: los derechos de autor terminan siendo una barrera para la innovación.

Reformular el discurso de innovación y eficiencia que sustenta la regulación de derechos de autor no equivale a sugerir que este tipo de protección deba abolirse. Al contrario, se trata de darle vigencia a esa protección en el era digital, pero a luz de una nueva realidad.

- **Proporcionalidad:** la protección de los derechos de autor en Internet debe ponderarse con el ejercicio de la libertad de expresión en línea. Esto resulta importante a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que prohíbe las medidas que constituyan censura previa.

Si la única prioridad es detener la violación de derechos de autor en línea a cualquier costo, habrá más gente inocente afectada y un mayor grado de restricción de la libertad de expresión y el debido proceso. Por el contrario, si las prioridades son proteger los usos legítimos que terceros hacen de material privado, mantener un entorno saludable de libertad de expresión y respetar el debido proceso, un mecanismo alternativo se enfocaría en detectar y castigar únicamente los casos de violación de los derechos de autor.

- **Uso justo o usos permitidos:** la relevancia de un régimen razonable de usos permitidos o causales de uso justo busca atender la realidad de conductas habituales en línea que no van en detrimento de los titulares de derechos de autor. Y aunque este tipo de protección exista, puede terminar siendo irrisoria en la práctica si el proceso de protección es desproporcionado, o si una norma adicional prohíbe las acciones necesarias para llevar a cabo ese uso justo, como la elusión de ciertas medidas de protección digital.
- **Efectos inhibitorios:** la aplicación de un sistema desproporcionado de protección de derechos de autor y restringido en materia de usos permitidos, termina por estrechar el entorno digital e inhibir la libertad de expresión de los ciudadanos. Y mientras la piratería en línea puede resultar parcialmente afectada, el principal costo lo asumen los usuarios, que de simples consumidores de contenidos en el pasado, pasaron a jugar un rol activo en la producción de conocimiento.

3. INTERÉS DEL AMICUS CURIE

Los suscritos suscribimos este documento en calidad de director e investigador, respectivamente, del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo.² El CELE fue creado con el objetivo de proveer investigaciones a periodistas, instituciones gubernamentales, unidades académicas y demás sectores de la sociedad civil dedicados a la defensa y a la promoción de estos derechos, especialmente en América Latina. La libertad de expresión es un derecho fundamental en sociedades democráticas ya que permite el debate abierto de las ideas y el desarrollo de las personas. Junto con el derecho al acceso a la información, ayuda a transparentar el desempeño de la administración pública, a garantizar la participación de

² Las actividades del CELE pueden consultarse en <http://www.palermo.edu/cele/index.html>. La Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo está ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Su

la ciudadanía en las actividades políticas y contribuye al ejercicio pleno de otros derechos humanos. En este marco, la creación del CELE responde a la necesidad de construir espacios de debate dedicados a este tema.

Para ayudar a satisfacer esta necesidad, dentro del CELE se ha creado la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (iLEI), un programa especial que busca proporcionar asesoramiento y apoyo a los promotores de la regulación de Internet. Esto incluye i) la producción de análisis legal; ii) la publicación de artículos de opinión en periódicos de la región; iii) la elaboración de documentos de recomendaciones, y iv) la participación en eventos internacionales relacionados con la libertad de expresión en Internet.

4. ANÁLISIS

El artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza el derecho de toda persona *“a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*. No obstante, esta misma norma garantiza el derecho humano *“a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”*. Esto significa que la protección de la propiedad intelectual debe balancearse con el derecho que tiene la sociedad de usar ese conocimiento.

Las creaciones intelectuales contienen un elemento social inherente. El académico E. Hettinger considera que el trabajo de un individuo no es el único componente relevante en este tipo de creaciones. *“Inventar, escribir, y el pensamiento en general, no operan en el vacío; la actividad intelectual no surge de la nada”*, concluye.³ Es por esta razón que el derecho de autor no protege las ideas –que no pueden ser apropiadas por nadie–, establece

domicilio es calle Mario Bravo No.1050, piso 8.

un término para la protección de las creaciones e incluye unos criterios para que éstas últimas puedan ser utilizadas por terceros. En pocas palabras, la propiedad intelectual debe servir al desarrollo humano.

La expansión de Internet y el crecimiento exponencial de un entorno social en línea, han puesto este debate en el núcleo de la sociedad. Por un lado, subsiste la necesidad de proteger las creaciones individuales y, por el otro, existe una expectativa creciente de los usuarios de Internet de poder acceder a información, no solo para informarse o entretenerse, sino también para emprender procesos de aprendizaje y creación. Ante esta realidad, resulta imperativo hacer un adecuado balance que, sin desconocer los estándares legales en materia de propiedad intelectual, entienda el contexto que vivimos.

A continuación expondremos cuatro conceptos relevantes para analizar la tensión entre la protección de los derechos de autor y el uso de contenidos en línea: i) eficiencia e innovación, ii) proporcionalidad, iii) uso justo o usos permitidos y iv) efectos inhibitorios. En los apartes pertinentes, y a partir de esas consideraciones, comentaremos algunos artículos de la norma demandada.

a. Eficiencia e innovación

Las creaciones son en esencia información, la cual –ya sea en forma de canciones, textos o software– es un bien no rival y no excluyente. Esto quiere decir que, al contrario de lo que sucede con un bien fungible (un pedazo de carne, por ejemplo), el uso que una persona hace de ese bien no impide que otra haga lo mismo sin que se agote. Adicionalmente, no es posible controlar de manera natural el usufructo presente o futuro de la información: si

³ Hettinger, E. Justificando la propiedad Intelectual. En: 'Philosophy and Public Affairs'. Vol 18. No. 1, p. 38. [traducción informal]

alguien canta en una plaza pública, no es fácil impedir que cualquiera que esté presente oiga la interpretación o la grabe.⁴

El advenimiento de la imprenta, en 1415, convirtió las obras intelectuales en productos susceptibles de producirse en serie. Antes de ese invento, había apenas un puñado de copias de un libro, y su uso incluso podía agotarlo (las hojas podían dañarse o la tinta correrse). En la práctica, la información era rival y excluyente. La realidad de la imprenta conllevó a la creación de regímenes de privilegios, que no era otra cosa que un monopolio alrededor de la impresión y distribución de las obras.⁵

El derecho de autor o *copyright* reemplazó ese sistema de privilegios. No obstante, hoy en día las industrias creativas suelen tener un alto grado de concentración. La producción de insumos culturales o informativos es proclive a la generación de economías de escala, en parte debido al riesgo mismo de producirlos.⁶ Para muchos economistas, se trata de un mercado ineficiente: se produce para un segmento menor del que potencialmente podría beneficiarse sin incurrir en un mayor gasto, mientras que los 'beneficiarios gratuitos' o *freeriders* alteran la relación entre oferta y demanda. A esta ineficiencia económica se suma una ineficiencia social:

La creación de conocimiento es una tarea acumulativa. Un autor o científico o inventor es más productivo por las actividades de aquellos que lo antecedieron. Si los que crean no puedan aprovechar el trabajo de otros, el proceso de crear propiedad intelectual será, de lejos, menos eficiente.⁷

⁴ Cfr. Bettig, R. 'Copyrighting Culture. The Political Economy of Intellectual Property'. Oxford: Westview Press, 1996.

⁵ Cfr. Ríos Ruiz, W. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Temis, 2011.

⁶ Cfr. Op. Cit. Bettig.

La literatura tradicional sobre propiedad intelectual señala que uno de los principales objetivos de esta protección es, precisamente, fomentar la innovación al retribuir a los creadores presentes y estimular a los creadores futuros.⁸ Según este argumento, en ausencia de una protección adecuada y de una retribución acorde con el trabajo del creador, no habría estímulos para innovar. Sin embargo, el establecimiento de un umbral alto de protección tiene el efecto contrario: los derechos de autor terminan siendo una barrera para la creación.

Autores como Lawrence Lessig y Yochai Benkler⁹ han analizado la manera cómo funciona el proceso de creación en Internet. Basados en casos como el de la tecnología MP3, las redes de pares (P2P), las comunidades virtuales y el fenómeno de mezclas y remezclas de videos, concluyen que el ánimo de innovar trasciende la expectativa de recibir una remuneración o de explotar económicamente un derecho. Se trata, más bien, de una motivación propia de la naturaleza humana. Internet bajó los costos de producción de contenidos y conectó a millones de personas con intereses comunes. Esto generó una cultura digital que se caracteriza por el intercambio, la descentralización y la creación.

El académico norteamericano Tim Wu¹⁰ ofrece una explicación histórica: al hacer un recuento del desarrollo de la industria de las comunicaciones en Estados Unidos, enmarca el proceso creativo como una lucha constante de individuos externos (*outsiders*) contra quienes detenta el control de un sistema o de una tecnología. Ese fue el caso –explica Wu– de la telefonía, la televisión por cable y el Internet. En esos escenarios de disputa de poder la propiedad intelectual, antes que un aliado de la innovación, se utilizó como una barrera de entrada.

⁷ Besen, S. 'New Technologies and Intellectual Property: An Economic Analysis'. Santa Mónica: Rand, p. 44 [traducción informal].

⁸ Cfr. Op. Cit. Ríos.

⁹ Ver, entre otros, Lessig L. 'The Future of Ideas'. New York: Vintage Books, 2011, y Benkler, Y. 'The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom'. New Haven and London: Yale University Press. 2006.

Reformular el discurso de innovación y eficiencia que sustenta la regulación de derechos de autor no equivale a sugerir que este tipo de protección deba abolirse. Ninguno de los autores referenciados hace una propuesta semejante. Al contrario, se trata de darle vigencia a esa protección en el era digital, pero a luz de una nueva realidad.

b. Proporcionalidad

La protección de los derechos de autor en Internet debe ponderarse con el ejercicio de la libertad de expresión en línea. Esto resulta especialmente importante a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que en el artículo 13 de la Convención Interamericana prohíbe las medidas que constituyan censura previa.

En la 'Declaración conjunta acerca de Internet', los relatores de libertad de expresión de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, manifestaron que las restricciones a la libertad de expresión en Internet deben cumplir con la prueba 'tripartita'. Ésta establece que las medidas deben estar previstas en la ley, perseguir una finalidad legítima y ser necesarias para alcanzar tal objetivo. En el punto específico de la proporcionalidad, manifestaron:

Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto

¹⁰ Cfr. Wu, T. 'The Master Switch'. New York: Random House, 2010.

de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.¹¹

En perspectiva comparada, muchos autores norteamericanos se han referido a normas de protección de derechos de autor que resultan desproporcionadas no solo a la luz de la libertad de expresión, sino también de derechos como la intimidad o el debido proceso. La alusión a esta teoría no pasaría de ser una referencia secundaria de análisis de no ser porque la ley colombiana bajo estudio implementa algunos mecanismos en términos idénticos a la legislación de Estados Unidos (específicamente, del *Digital Millenium Copyright Act* –DMCA–, expedido por el congreso de ese país en 1998).

Las críticas se han centrado en particular en dos mecanismos: la notificación y retiro de contenidos, y las medidas sobre gestión digital de derechos o *Digital Rights Management* (DRM). Ambas se pueden entender mejor a través de ejemplos. Bajo la regulación norteamericana del DMCA, el titular de derechos de autor puede solicitar la remoción de un video en línea donde aparezca un niño cantando una canción de propiedad de aquel, o un adolescente haciendo lo propio en un concierto frente a un grupo de amigos. Solo cuando el material ya fue retirado, el afectado puede alegar que está amparado por un uso permitido (de eso hablaremos en el siguiente aparte), en desarrollo de un proceso posterior.

Por otro lado, bajo esa misma normatividad, una persona no puede modificar la protección digital de una archivo con el fin de manipularlo. Piénsese, por ejemplo, que un artista desea hacer una mezcla de una canción o de un video (y para eso necesita abrir el archivo para editarlo), o que una persona quiere copiar el archivo para tenerlo en varios dispositivos o para compartirlo con un amigo. La regulación sobre DRM prohíbe por igual cualquier elusión de las medidas técnicas de protección de los contenidos

¹¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa R50/11. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2> [consultado el 31 de julio de 2012].

El propósito de ambas disposiciones es combatir la piratería en línea. Sin embargo, en su aplicación resultan restringidas por igual expresiones legítimas de ciudadanos. Ha afectado, incluso, el debate político: durante la presente campaña presidencial en Estados Unidos, el mecanismo de retiro fue usado para censurar una de las cuñas publicitarias de uno de los candidatos.¹²

Académicos como Wendy Seltzer y Lawrence Lessig recopilan varios de estos casos para preguntarse si a pesar del fin legítimo que persiguen, este tipo de normas son necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos socialmente deseables. Para Seltzer, si la única prioridad es detener la violación de derechos de autor en línea a cualquier costo, habrá más gente inocente afectada y un mayor grado de restricción de la libertad de expresión y el debido proceso. Esta estrategia implica tener *“más delfines atrapados en las redes de pesca”*¹³. Es decir, más inocentes en el grupo de culpables. Por el contrario, si las prioridades son proteger los usos legítimos que terceros hacen de material privado, mantener un entorno saludable de libertad de expresión y respetar el debido proceso, un mecanismo alternativo se enfocaría en detectar y castigar únicamente los casos de violación de los derechos de autor.

Lessig considera que el contexto actual de protección es sin duda desproporcionado. Además de cuestionar la efectividad de estas estrategias para combatir la piratería, se pregunta si ese nivel de control es una prioridad para el Estado:

¹² Ver, 'Music publisher uses DMCA to take down Romney ad of Obama crooning'. ArsTechnica. Disponible en: <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/07/major-label-uses-dmca-to-take-down-romney-ad-of-obama-crooning/> [consultado el 1 de agosto de 2012].

¹³ Seltzer Seltzer, W. 'Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment'. Harvard Journal of Law and Technology. Volume 24, Number 1, Fall 2010. Pg. 180 [traducción informal].

Esta no es una situación de los derechos de autor imperfectamente protegidos; esta es una situación de derechos de autor fuera de control. A medida que millones [de personas] mueven sus vidas al ciberespacio, el poder de los dueños de los derechos de autor para monitorear y controlar el uso de ‘su’ contenido, solo aumenta. Esto aumenta, a su vez, el beneficio de los titulares de estos derechos, pero, ¿con qué beneficio para la sociedad y a qué costo para los usuarios ordinarios?¹⁴

La Ley 1520 demandada contiene varios preceptos cuya aplicación sería desproporcionada a la luz de estos planteamientos. El artículo 16, que modifica una norma penal, establece que incurrirá en prisión quien, entre otras conductas, sin la autorización previa del titular del derecho *“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”*.

En estos términos, cualquier uso no comercial –como el de un amigo que copia un disco de música de otro amigo– parece estar tipificado como delito (y, como se analiza más adelante, las excepciones no excluyen claramente este tipo de casos). Se trata, al parecer, de una respuesta estatal radical, que pone la sanción penal como primera solución y que abre la posibilidad de castigar conductas legítimas.

c. Usos permitidos

El concepto de *fair use* o uso justo proviene del derecho anglosajón, y se refiere al uso de una obra que no atenta contra la explotación comercial de ésta ni causa un perjuicio al autor.¹⁵ Los tratadistas de propiedad intelectual suelen ubicar el uso justo en las

¹⁴ Lessig, L. ‘The Future of Ideas: The Fate of The Commons in a Connected World’. Knopf E Book. Vintage Books. Posición 3844 (Edición de Kindle) [traducción informal].

¹⁵ Cfr. Op- Cit. Ríos.

excepciones y limitaciones al derecho de autor, pero desde la perspectiva de otros autores referidos se trata más bien de un derecho de los usuarios.

Bajo el DMCA norteamericano, existen cuatro factores para determinar si fue justo el uso de una obra protegida por parte de un tercero: i) el objetivo y tipo de uso, donde se considera si éste promueve la creatividad o el conocimiento, y si enriquece al público general; ii) la naturaleza de la obra protegida, que se refiere a si la obra es realmente una creación nueva o si es inédita y fue abiertamente copiada; iii) la cantidad y sustancialidad de la obra usada, según el cual entre menor sea la porción del trabajo usado, mayor será el uso justo, y iv) el efecto de ese uso en el mercado potencial o en el valor del trabajo protegido, que se considera un elemento clave. Si el uso del material protegido no sustituye el mercado del trabajo original –presente o futuro– o no afecta la explotación del material protegido, debe estar amparado por el uso justo.¹⁶

La aplicación de estos criterios corresponde al juez, lo cual implica que su alcance se define caso por caso. Contar con zonas grises resulta especialmente importante en el entorno digital, ya que el uso de material protegido varía según la persona que lo haga, el contexto en el que se haga y las herramientas empleadas.

Las causales del uso justo son más amplias que las contenidas en la legislación colombiana. La Ley 23 de 1982 se refiere, entre otros, al derecho de cita, la reproducción con fines de enseñanza o noticiosos, las representaciones o ejecuciones en instituciones de enseñanza y la excepción a favor de bibliotecas y archivos. Igualmente restrictiva era la ley chilena de derechos de autor, que fue modificada para dar cumplimiento a varios compromisos internacionales, entre ellos los pactados en el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos.

¹⁶ Cfr. Electronic Frontier Foundation. 'Copyright and Fair Use'. Disponible en: <http://www.chillingeffects.org/> [consultado el 1 de agosto de 2012].

En el caso chileno, el alcance del derecho de cita fue ampliado, se incluyó una disposición sobre sátira o parodia y, específicamente, se incorporó una protección al uso justo en los siguientes términos:

Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.¹⁷

Para algunos autores chilenos, aunque esta modificación fue importante, tiene un alcance impreciso y más estrecho que el del *fair use* anglosajón.¹⁸ Adicionalmente, la norma chilena no incluye ningún criterio de uso justo para la elusión de medidas de gestión DRM, lo cual tampoco se incluyó en la DMCA de Estados Unidos.

Los artículos 14 y 17¹⁹ de la Ley 1520 bajo estudio prohíben la elusión de medidas tecnológicas de manera general, el primero en el plano civil y el segundo en el plano penal. En el último caso, si bien condiciona el tipo penal a que se obtenga una “*ventaja comercial o ganancia económica privada*”, tal situación no protege a quienes, como se explicó anteriormente, alteran la gestión de los derechos digitales (DRM) para hacer un uso

¹⁷ Ley No. 20.435 del Congreso de Chile. Artículo 71, literal Q.

¹⁸ Cfr. Álvarez, D. En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor. Documento de Política Pública No. 12, diciembre de 2011.

¹⁹ “Artículo 17. El artículo 3° de la Ley 1032 de 2006 que modificó el artículo 272 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

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

1. Eluda las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones artísticas o ejecuciones, fonogramas o emisiones radiodifundidas. (...)”.

permitido de un contenido, más allá de que eso les reporte una ganancia económica que no afecta al titular del derecho. Recuérdese el ejemplo del artista que altera los DRM para hacer una mezcla. En ese caso, las excepciones incluidas en el artículo 15, aplicables a la responsabilidad civil, no lo protegerían.

El problema de las excepciones de uso justo ha sido expuesto por Lessig de manera contundente:

En teoría, el *fair use* significa que no necesitas permiso. La teoría, por lo tanto, apoya la cultura libre y la protege aislándola de una cultura del permiso. Pero en la práctica el *fair use* funciona de una forma muy diferente. Los límites borrosos de la ley, unidos a las extraordinarias responsabilidades legales si se cruzan estos límites, significan que el *fair use* efectivo es, para muchos creadores, algo muy reducido. La ley tiene el fin correcto; la práctica ha derrotado este fin.²⁰

Lo anterior no quiere decir que la idea de incorporar excepciones por uso justo deba ser abandonada por el legislador en Colombia. El punto importante que debe subrayarse es cómo se hace. La relevancia de un régimen razonable de usos permitidos o causales de uso justo busca atender la realidad de conductas habituales en línea que no van en detrimento de los titulares de derechos de autor. Y aunque este tipo de protección exista, puede terminar siendo irrisoria en la práctica si el proceso de protección es desproporcionado, o si una norma adicional prohíbe las acciones necesarias para llevar a cabo ese uso justo, como la elusión de ciertas medidas de protección digital.

d. Efecto inhibitorio

²⁰ Lessig, L. Por una cultura libre. Edición Traficantes de Sueños, 2005, p. 116.

La aplicación de un sistema desproporcionado de protección de derechos de autor y restringido en materia de usos permitidos, terminar por estrechar el entorno digital e inhibir la libertad de expresión de los ciudadanos. Y mientras la piratería en línea puede resultar parcialmente afectada,²¹ el principal costo lo asumen los usuarios, que de simples consumidores de contenidos en el pasado, pasaron a jugar un rol activo en la producción de conocimiento.

Lo anterior se puede ilustrar con un ejemplo: una de los objetivos más importantes de la lucha contra la piratería son las redes de pares o *peer to peer* (P2P), donde un usuario puede descargar música, videos, software o libros que otro usuario almacena en su computador. Sin duda, este tipo de redes se usan para descargar contenido protegido por derechos de autor, pero la asunción de que todos los usos son ilegales es equivocada.

Lessig ofrece una clasificación de los tipos de contenidos que comparten los usuarios en las P2P: i) algunos descargan los archivos en lugar de comprarlos; ii) otros los descargan para ‘probarlos’ –como una canción recomendada por un amigo– antes de comprarlos; iii) unos más descargan material protegido que ya no está a la venta –una canción de la infancia, por ejemplo– o cuyos costos de transacción resultan demasiados altos (el disco físico existe, pero está en una discoteca en una ciudad lejana), y, por último, iv) están quienes descargan contenido que no tiene derechos de autor o cuyas licencias fueron abiertas por los titulares de éste.²²

De los anteriores tipos de uso, solo el primero estaría realmente encaminado a adquirir material original sin pagar por él. No obstante, la restricción contra las P2P, al igual que la

²¹ El uso de este tipo de políticas públicas para combatir la piratería ha sido cuestionado por innumerables autores. Ver, por ejemplo, Social Science Research Council. Piratería de medios en las economías emergentes. 2012.

²² Cfr. Lessig L. Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad. Traducción de Antonio Córdoba/elástico.net. Madrid: Ed. Traficantes de Sueños, 2005. pg. 87 y ss.

prohibición de eludir medidas tecnológicas o el retiro de contenidos, se lleva por delante los usos legítimos. Además de presumir la mala fe de todos los usuarios, la prohibición general los priva de cualquier debido proceso, e inhibe sus posibilidades de expresarse libremente.

En el escenario norteamericano, el diseño de la DMCA creó los incentivos para que los prestadores de servicios remuevan expresiones de todo tipo –tanto legales como ilegales–, mientras que el ciudadano enfrenta un proceso desventajoso para que defender sus derechos. Este fenómeno se conoce como el 'efecto inhibitorio' o *chilling effect*: *“Disuadidos por el temor del castigo, algunos individuos se abstienen de decir o publicar algo que legalmente podrían, y de hecho, deberían [decir]”*.²³

En un sentido similar, el artículo 5 de la norma demandada otorga al titular del derecho de autor una potestad bastante amplia frente al uso de su material, como la prohibición de cualquier tipo de reproducción o comunicación en público.²⁴ Por otro lado, el artículo 13 de la misma ley *“prohíbe 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”*. Esta aproximación parece desconocer dinámicas propias de la actividad en línea que, reiteramos, no parecen afectar los intereses de los titulares. Y si a esta potestad se suma una definición demasiado estrecha de los usos permitidos –como expresamente lo estipula el propio artículo 13–, nos enfrentamos a una serie de condiciones susceptibles de retraer la libre expresión en Internet.

²³ Schauer, F. Fear. 'Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect'. Faculty Publications. Paper 879, 1978, p. 693. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879> [traducción informal].

²⁴ “Artículo 5°. El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

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

- a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (...)

Prevenir los efectos inhibitorios y la censura previa es una preocupación central de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En palabras de la Relatora Especial para la Libertad de Expresión, *“las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión”*.²⁵ Por esa razón, tales normas deben ser vistas con sospecha por el juez constitucional.

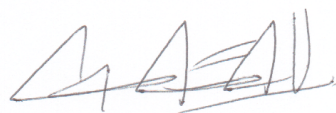
5. PETICIÓN

Esperamos que este documento sirva como aporte para el análisis de la honorable Corte Constitucional y contribuya a una decisión en Derecho. Solicitamos entonces a su Señoría que se tenga al CELE como amigo del Tribunal y que se tengan en cuenta los argumentos expuestos para resolver en consecuencia.

Respetuosamente,



Eduardo Bertoni
Director
CELE
Facultad de Derecho
Universidad de Palermo



Carlos Eduardo Cortés

Recibimos notificaciones la Calle 115 Bis # 58-04, Torre 2 Apto 201. Bogotá, Colombia

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2009 – Informe de la Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/indice2009.htm> [consultado el 2 de agosto de 2012].