

A: 25 M

Bogotá D.C., agosto 9 de 2012

Señores Magistrados
Corte Constitucional de Colombia
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Ciudad



Ref.: Intervención ciudadana dentro del Proceso de Constitucionalidad D-9107 en el cual se estudia una demanda presentada en contra de la Ley 1520 de 2012, "por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su Protocolo Modificatorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica".

Nosotros, Carolina Botero, Directora del grupo Derecho, Internet y Sociedad de la Fundación Karisma, entidad sin ánimo de lucro domiciliada en la ciudad de Bogotá y miembro del colectivo de Internautas RedPaTodos, Andrés Morales Arciniegas y Emmanuel Vargas Penagos, Director y Asesor de la Fundación Para la Libertad de Prensa, obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 y en el artículo 7° del Decreto 2067 de 1991, atendiendo la amable invitación hecha por la Corte Constitucional, de manera respetuosa presentamos ante ustedes esta INTERVENCIÓN CIUDADANA en el proceso de constitucionalidad de la referencia.

Para empezar, es importante indicar que la acción pública de constitucionalidad presentada por el demandante Senador Jorge Enrique Robledo está dividida en dos partes: en la primera, cuestiona los aspectos procedimentales del trámite legislativo de la Ley 1520 de 2012 que, a juicio del actor, vician el texto normativo en su conjunto. En la segunda parte, se formulan dos acusaciones sustanciales en relación con inexecutable de los artículos 6 y 13 de esta Ley. Esta intervención tiene como objeto coadyuvar específicamente la segunda parte de la demanda. Para tal efecto, se expondrán algunos elementos de juicio dirigidos a apoyar los cargos de constitucionalidad allí formulados con el fin de que sean tenidos en cuenta por la Corte al momento de decidir de fondo sobre la constitucionalidad de las dos (2) disposiciones acusadas.

I. El artículo 6 de la Ley 1520 de 2012 impone estándares de protección desproporcionados en menoscabo de los derechos fundamentales de acceso a la información y libertad de expresión de la ciudadanía en general.

Como se explica en la demanda, la norma acusada aumenta de cincuenta (50) a setenta (70) años el ámbito de protección que las disposiciones de derechos de autor destinan a la protección de la titularidad de la obra, lo cual tiene como resultado la imposibilidad de las personas de acceder, manipular, y difundir libremente la obra durante veinte (20) años más de lo previsto previamente en el ordenamiento jurídico colombiano. De acuerdo con el texto de la demanda, este aumento es desproporcionado y no responde a parámetros constitucionales objetivos que justifiquen su razonabilidad.

En la misma dirección de la demanda, en este capítulo de la intervención se demostrará cómo el aumento referido en el artículo 6 de la Ley 1520 de 2012 constituye un exceso en la libertad de configuración del legislador en la medida en que este aumento supone restricciones a derechos fundamentales, como el libre acceso a la información y a la libertad de expresión que no encuentran una justificación constitucional válida. A esta conclusión puede llegar la Corte si realiza un ejercicio de ponderación de las restricciones implícitas que conllevan la aplicación de la norma acusada, en relación con el la protección que busca asegurar. Veamos:

En relación con los argumentos propuestos por el Senador Robledo, queremos proponer la reflexión sobre cómo la nueva norma al extender por veinte (20) años más el monopolio de la explotación de los derechos patrimoniales cuando el titular es una persona jurídica, está generando un importante desequilibrio en el sistema de derecho de autor.

La protección a los derechos de autor tiene como finalidad ofrecer incentivos y recompensas económicas a los creadores de las obras (Pachón Muñoz, M. (1998). *Manual de derechos de autor*. Bogotá: Temis). En este orden de ideas, la ley de derecho de autor delimita temporalmente los años en los cuales los titulares de dichas creaciones (personas naturales y jurídicas) tienen protección respecto a sus obras y las controlan, estableciendo que al momento de agotamiento de ese plazo ellas pasan al dominio público. Este modelo regulatorio pretende asegurar, de un lado, el incentivo al creador y/o titular de la obra objeto de protección y, de otro lado, garantizar luego de un determinado período de tiempo el disfrute a la cultura, el conocimiento y el entretenimiento de las sociedad en forma libre, pues ya la sociedad ha limitado esa posibilidad en beneficio de la explotación económica del creador. La entrada de la obra al dominio público implica que estas dejan de ser protegidas por el derecho de autor, por tanto pueden ser utilizadas sin pagar valor alguno y sin requerir de la autorización del titular del derecho, dando de esta forma más insumos y posibilidades para la aplicación de la libertad de expresión y el acceso a la información por parte de los terceros.

El problema jurídico que surge al analizar el artículo 6 de la Ley 1520 consiste en determinar si su diseño normativo contiene un altísimo margen de protección al titular (persona jurídica) de la obra que resulta desproporcionado, irrazonable y, en esa medida, inconstitucional dado que impone restricciones al goce y disfrute de otros derechos fundamentales. A continuación mostraremos cómo la respuesta a este interrogante para el caso bajo examen es positiva:

La norma demandada, respecto a lo que señalaba la ley 23 de 1982 que ya había sido modificada por la Decisión 351 de 1993, extiende el tiempo de explotación de los derechos patrimoniales de la obra, por parte de **personas jurídicas**, por veinte (20) años más, es decir que la sociedad podrá copiar, distribuir, adaptar, interpretar o exhibir gratuitamente sólo setenta años después de la primera publicación de la obra. Así las cosas, la norma acusada no busca proteger el derecho de autor en estricto sentido, en la medida en que no constituye una extensión para favorecer a los autores, creadores de las obras, sino como lo apunta el demandante, contiene una limitación dirigida a favorecer

la explotación de los derechos patrimoniales de personas jurídicas, especialmente a las compañías que ven la transición de las obras (sus activos comerciales) al dominio público como una reducción de sus beneficios.

Colombia ya había hecho una ampliación en 1993 con la Decisión 351 del Pacto Andino la que extendió la protección de los derechos patrimoniales de autor para las obras cuyos titulares fueran personas jurídicas en 20 años. En ese entonces, se pasó de 30 a 50 años. Así en dos décadas las obras de editoriales, discográficas y también la producción del Estado, que es pagada con los recursos de todos nosotros, aumentó 40 años (más del doble). Y esto se ha venido haciendo sin justificar ni analizar el impacto económico del beneficio privado vs. el interés público en clave de derechos fundamentales. Adicionalmente, sin tener en cuenta que tal incremento en la protección, ciertamente, no reporta beneficios a los autores personas naturales, quienes en últimas constituyen la justificación de la existencia de un control temporal y protección al derecho de autor.

Esta misma obligación del TLC cuando fue implementada en Europa para derechos fonográficos fue criticada por la academia (Al respecto se puede consultar http://www.cippm.org.uk/downloads/Term%20Statement%2027_10_08.pdf) que señaló a la Comisión Europea cómo la medida generaría un costo de 1 billón de euros para el público. De este extra costo la academia europea apuntó que el 72% irá a disqueras, de los que 28% sería para artistas y de esa proporción sólo el 4% a quienes “inspiraron” la extensión, es decir los artistas que en su vejez sufren penurias económicas. No conocemos datos para nuestro país, pero además nadie se lo planteó, ni el Gobierno lo ha explicado, como puede advertirse al revisar las ponencias presentadas durante el trámite legislativo.

En este caso es fundamental que se analice la viabilidad de las restricciones a la libertad de expresión. De acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional, reafirmando lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, “la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.”¹

Según esto, al momento de examinar restricciones a la libertad de expresión, se debe hacer un examen estricto, que determine que la norma que las establece “(a) persigue una necesidad social imperiosa; (b) es razonable u oportuna para lograr dicha necesidad social; (c) entre todas las medidas disponibles para lograr el objetivo propuesto, es la más benigna para el derecho a la libertad de expresión; y (d) está justificada por la importancia del fin perseguido por la medida restrictiva.”² A continuación se presentarán los argumentos por los cuales se considera que dicha norma no cumple con estos estándares. Como punto de partida se debe tener en cuenta la tensión entre la protección de la propiedad intelectual y la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-442/11. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

² CORTE CONSTITUCIONAL. Idem

Teniendo en cuenta que el objetivo de la propiedad intelectual es otorgar un derecho exclusivo y temporal a los creadores sobre las obras (contenidos que son esenciales para la transmisión de las ideas, para la expresión de la creatividad, que son motores de desarrollo e innovación) generando un equilibrio con los derechos de la sociedad a accederlos como expresión esencial de los derechos a la libertad de expresión, el derecho a informar y a ser informado, y el derecho al acceso a Internet que ha sido considerado por la ONU y la OEA como un derecho humano (Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet). Una norma del tipo de la que analizamos rompe con el equilibrio entre la explotación privada y el interés público general de acceso a la obra. Si se amplían periódicamente los plazos de protección de los derechos patrimoniales de modo que de un plazo perenne efectivamente se pasa a uno prácticamente perpetuo se vulnera efectivamente los derechos al acceso a la información y a la libertad de expresión puesto que se restringe el uso de obras y de información a la comunidad, con el único propósito de incrementar injustificadamente los beneficios de las personas jurídicas que detentan la titularidad de la obra. La explotación de la obra por setenta (70) años, evidentemente limita el uso de ésta condicionándola a las autorizaciones que otorguen los titulares del derecho para acceder a las mismas.

El aumento irracional y desproporcional del tiempo de explotación de la obra se puede demostrar fácilmente, en la medida que en la práctica constituye una negación del derecho a la contraparte, en este caso, de la sociedad. Nos explicamos: si se debe esperar setenta (70) años para que una obra o creación entre al dominio público, se está imponiendo una carga prácticamente perpetua para poder disfrutar libremente del contenido que se espera circule libremente. En estos términos, la restricción acusada tiene como pretexto la protección que tienen los autores y artistas, sin embargo, en realidad, contiene un desequilibrio respecto de éstos, dado que en la práctica la norma está dirigida a beneficiar a los titulares, para explotar la obra en menoscabo del derecho fundamental de los ciudadanos de acceder libremente a la información que versa sobre las obras protegidas. Por esta razón, no se puede considerar que la norma que es objeto de análisis cumple con los requisitos necesarios para la imposición de restricciones a la libertad de expresión y el acceso a la información.

Basados en lo anterior, este artículo debería ser declarado inexecutable, o como mínimo interpretar su aplicación para que la extensión del plazo de protección³ se aplique sólo a las obras producidas con posterioridad a la vigencia de la ley lo que disminuiría el impacto negativo de este nuevo plazo al menos en lo relacionado con las obras ya existentes.

II. El artículo 13 viola los derechos a la educación, el acceso a la cultura y la ciencia, a la información e incluso a la libertad de expresión porque desconoce la aplicación de las excepciones y limitaciones como el elemento de equilibrio de los derechos fundamentales

³ Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco - Cerlalc - Zavalía

El texto del artículo 13 viola los derechos a la educación, el acceso a la cultura y la ciencia, a la información e incluso a la libertad de expresión porque desconoce la aplicación de las excepciones y limitaciones como el elemento de equilibrio de los derechos fundamentales y constitucionales en el sistema de derecho de autor específicamente al consagrar la inmunidad de los contenidos que se transmiten por TV a la aplicación de excepciones y limitaciones necesarias para el ejercicio de la sociedad de los mencionados derechos.

La exposición de motivos de la ley afirma en relación con esta norma que *“El artículo 13º consagra expresamente la obligación de no permitir la retransmisión de señales de televisión a través de Internet, sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal”, pero es la ponencia para primer debate en Cámara la que revela mejor la intención detrás de la norma “busca que no se permita 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. A través de esta disposición se consagra un derecho exclusivo en favor de los titulares de ese contenido de televisión en su circulación a través de Internet (...) [aunque] se dejó abierta la posibilidad para que se revise esta obligación una vez se cumplan los primeros dos años de entrada en vigencia del acuerdo, en caso de que se encuentre la viabilidad tecnológica para controlar la retransmisión de señales de televisión a través de la Internet”*.

Como se puede advertir de la lectura de la norma y de la exposición de motivos, se trata de proteger la inversión que hacen quienes producen televisión o transmiten, por este medio diversos espectáculos (por ejemplo, conciertos, grandes eventos deportivos, etc.). Este interés que, en principio, puede ser legítimo choca sin embargo con un entorno tecnológico en el que la convergencia de medios dificulta definir con precisión la expresión «señal de televisión» y plantea el despropósito de que la norma cree una inmunidad al sistema de equilibrios de derecho de autor con otros derechos fundamentales.

En concreto, cuando la norma dispone que las obras transmitidas por TV no pueden ser retransmitidas por Internet y que a este uso no se aplican las excepciones y limitaciones se está desconociendo los derechos fundamentales que protegen las excepciones y limitaciones en nuestro país. En Colombia, desde la entrada en vigencia de esta ley, una retransmisión de una emisión terrestre para el uso educativo se podrá considerar como uso fraudulento, a pesar de que la propia legislación -tanto la ley 23 de 1982 como la Decisión 351 de 1993-, consagran excepciones y limitaciones⁴ para usos académicos que deberían ser de aplicación respecto de cualquier obra protegida, precisamente por protección al derecho a la educación. Esto sucede también con la obligación que los Estados tienen de favorecer el acceso de todos a los resultados de la investigación científica, que cada vez más pasan por los medios audiovisuales y cuya obligación para el Estado se consagra en instrumentos internacionales tan importantes como la

⁴ Las excepciones y limitaciones son las alternativas normativas que los diversos regímenes y ordenamientos jurídicos contemplan para garantizar un equilibrio entre la protección de determinados derechos frente a la protección debida y al ejercicio de los derechos fundamentales. La no consagración de excepciones y limitaciones como ocurre con la norma acusada en el caso colombiano, conlleva a la implementación de un régimen totalizante y arbitrario.

Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que *"toda persona tiene derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten"* cuya protección es reiterada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, norma que hace parte del Bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico interno.

En Colombia desde la entrada en vigencia de esta ley, la retransmisión por Internet de una emisión terrestre de un evento de actualidad (pensemos en la señal de televisión de CNN que muestre la caída de las torres gemelas en Nueva York que está sucediendo en este momento) y que estaría cubierta por la excepción de noticias (art 34 de la Ley 23 de 1982), estaría también prohibida de acuerdo con la forma como quedó redactada esta disposición en la norma acusada y como se pretende aplicar en Colombia vulnerando con ello entonces el derecho a la libre expresión. Como bien lo referencia la demanda y que además es advertido incluso por profesores especialistas en propiedad intelectual de EEUU (ver carta firmada por académicos internacionales al respecto), la norma tiene efectos anómalos y resulta desproporcionada al punto de que el estándar colombiano no se aplica de la misma manera en EEUU. En la norma de nuestro par comercial no hay ese tipo de inmunidades para el copyright porque precisamente serían consideradas *«inconstitucionales»*.

La norma acusada va todavía más allá al limitar la posibilidad que tiene el propio Estado, el legislador, de crear nuevas excepciones y limitaciones a futuro. Este sin sentido de la norma implicaría que el legislador colombiano se auto impone una obligación de no hacer algo que es innato a sus capacidades.

La figura de las excepciones y limitaciones es la que permite, ciertamente, el equilibrio de derechos fundamentales en el sistema de derecho de autor. Una norma como la del artículo 13 desconoce ese papel en el ejercicio de los derechos fundamentales de la sociedad, del público, de los usuarios y por tanto hace que los derechos fundamentales a la educación, la cultura, la ciencia, la información y elementos importantes de la libertad de expresión estén en entredicho cuando se trate de señales de televisión, ni más ni menos.

Es importante en este punto establecer que Colombia es un país que todavía es informado, accede a la información y al conocimiento, a través de la TV pero que cada vez más usa Internet para informar y acceder a la información, es decir, ejercer los diferentes aspectos de la libertad de expresión a través de los diversos medios a su alcance. Si bien las obras son del dominio del titular, éstas para cumplir con una función social, deben ser expuestas a la sociedad pues de esta forma crean nuevos criterios propios y nuevas manifestaciones de expresión: es por esta razón que el legislador debe brindar las herramientas necesarias para permitir el acceso a Internet como herramienta esencial para asegurar que la propiedad intelectual cumple una función social.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta norma, a primera vista, puede desencadenar en una limitación a la libertad de expresión por medio de censura previa: Se establece la prohibición tajante de las retransmisiones de señales de televisión por internet. No se observa si la interrupción de este tipo de actividades deberá ser ordenada por un juez ni bajo qué criterios. Con respecto a esto, se

debe tener en cuenta que las restricciones a la libertad de expresión solo se pueden dar por medio de sanciones ulteriores, las cuales deben cumplir con los siguientes requisitos: i. La legalidad de la medida, ii. Que esta persiga un fin legítimo, iii. Que cumpla un juicio de necesidad y proporcionalidad⁵.

En este caso concreto, nos presentamos frente a una restricción a la libertad de expresión en internet. Esta situación es relativamente novedosa para el derecho colombiano, razón por la cual se deben tener en cuenta criterios de interpretación en la materia, como lo establecido en la Declaración Conjunta Sobre Libertad de Expresión e Internet, según la cual “La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).”

De acuerdo a lo anterior, se puede realizar la evaluación de los parámetros planteados. En primera medida, se puede observar que el requisito de legalidad se cumple parcialmente, por cuanto que la restricción se establece por medio de una ley en sentido formal. No obstante, no queda claro si esta implica una sanción ulterior o una restricción previa. Con respecto a la persecución de un fin legítimo, se encuentra la protección de la propiedad intelectual, el cual es un derecho que debe tener garantías para su goce y explotación.

En adición a lo anterior, se debe destacar que el juicio de necesidad y proporcionalidad no se cumple, por cuanto no se tiene en cuenta la potencialidad y el alcance de la divulgación de conocimiento y cualquier tipo de información en general que tiene internet. Este medio de comunicación es un potenciador de la libertad de expresión, un derecho que cuenta con una valoración superior dentro de un estado democrático. El Relator Especial de Libertad de Opinión y Expresión de la ONU se ha expresado en el mismo sentido en su informe del 10 de agosto de 2011:

“Internet se ha convertido en un medio de comunicación vital para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión o el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, como se garantiza en los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Internet, a diferencia de cualquier otro medio de comunicación anterior, permite a las personas comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y sus repercusiones en el intercambio y el acceso a la información y a las ideas, y en el propio periodismo, son impresionantes.”

Teniendo en cuenta tal importancia de la que goza internet para la garantía del derecho de libertad de expresión, se debe observar que las limitaciones en su uso deben ser restringidas. El artículo 13 de la ley 1520 de 2012 establece una prohibición general, que como se mencionó, no tiene en cuenta las excepciones razonables para el uso.

⁵ Cfr. Fontevecchia D' Amico Vs. Argentina, párr. 51

Basados en esto, al hacerse una ponderación entre el derecho protegido con la norma (Propiedad intelectual) y la libertad de expresión, se encuentra que para la defensa del primero, no se observa la necesidad, ni mucho menos la proporcionalidad de la medida.

Por las anteriores razones se solicita a la Corte declarar también la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 13 de la Ley 1520 o en su defecto, delimitar el alcance de la prohibición de retransmisión de señales de televisión, indicando que se aplican las excepciones y limitaciones legales en este caso de protección de derecho de autor como en cualquier otro y, por supuesto, que no es posible crear una inmunidad legal al propio Estado sobre su ejercicio legislativo soberano.

III. Pretensiones

Con base en lo anterior, solicitamos a la Corte Constitucional se sirva declarar:

1. INEXEQUIBLE el artículo 6 de la Ley 1520 o, en su defecto, interpretar la norma para que la extensión del plazo de protección se aplique sólo a las obras producidas con posterioridad a la vigencia de la ley.
2. INEXEQUIBLE el artículo 13 de la Ley 1520 o, en su defecto, precisar el alcance de la prohibición absoluta contenida en la norma acusada.

Atentamente



CAROLINA BOTERO CABRERA

CC. 52022199 de Bogotá

FUNDACION KARISMA www.karisma.org.co

REDPATODOS www.redpatodos.co



ANDRES MORALES ARCINIEGAS

CC. 80032443 de Bogotá

DIRECTOR EJECUTIVO

FUNDACION PARA LA LIBERTAD DE PRENSA

www.flip.org.co



EMMANUEL VARGAS PENAGOS

CC. 1020727252 de Bogotá

ASESOR

FUNDACION PARA LA LIBERTAD DE PRENSA

www.flip.org.co