

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET: UN VISTAZO DESDE EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Intellectual property on the internet: a glance from the Colombian legal system

— **Angélica María Mosquera Angarita *** —

Luis Alfredo Peña**

Daniel Fernando Suárez Rivero***

Resumen

Los avances tecnológicos conllevan como condición necesaria, la actualización de las estructuras de la sociedad, incluidas las normativas. Frente a la irrupción incontenible e inevitable del internet, uno de los aspectos que más afectación soporta es el de los derechos de la propiedad intelectual, debido a la facilidad con que se puede incurrir en usos no autorizados de creaciones y obras a través de la red. El propósito principal del presente artículo, es realizar una reflexión acerca de los derechos de autor frente al tráfico de contenidos en la red sin autorización de sus autores; con el fin de presentar un panorama real y simultáneamente generar juicios de valor, a manera de conclusiones, sobre los elementos involucrados y sus posibilidades de solución. Para tal fin, se acudió a la consulta bibliográfica sobre aspectos históricos, doctrinarios, conceptuales y jurídicos, que fueron procesados con un propósito descriptivo y analítico y, desde métodos inductivo-deductivos sistemáticos e integrales que generaron conclusiones validas frente al tema en cuestión. Como corolario, y a manera de síntesis, se encontró que si bien desde el

concierto internacional se cuenta con alguna regulación en los acuerdos y tratados administrados emitidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, pese a que estos instrumentos prevalecen sobre el ordenamiento interno de Colombia, la legislación nacional se queda corta para la regulación en el ámbito interno y, aún más, frente a los eventos violatorios de derechos de autor que ocurran en la red. Una solución provendría de la acción conjunta del derecho interno y externo para crear una jurisdicción global.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, internet, derecho internacional.

Abstract

Technological advances lead to a necessary condition to update the structures of society, including regulations. Faced with the irreconcilable and unavoidable irruption of the Internet, one of the most affected support aspects is the intellectual property rights, due to the ease with unauthorized uses of creations and works can be incurred through the network. The main purpose of this article is to reflect

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

about copyright against the traffic of contents on the network without authorization of its authors, in order to present a real panorama and, simultaneously, generate value judgments as a conclusion, about the elements involved and their solution possibilities. For this purpose, a bibliographical inquiry was made on historical, doctrinal, conceptual and legal aspects which were processed with a descriptive and analytical purpose and from systematic and integral inductive-deductive methods that generated valid conclusions regarding the topic in question. As a conclusion and as a synthesis, it was found that although from the international agreement, there is some regulation in the agreements and treaties issued by World Intellectual Property Organization (WIPO), although these instruments prevail over Colombia's domestic law, national legislation falls short for the regulation in the internal scope and even more, in front of the events of copyright violations occurring in the network. A solution would come from the joint action of national and foreign law to create a global jurisdiction.

Key words: Intellectual property, Copyright, Internet, International Right.



Introducción

Si bien el tema de la propiedad intelectual, incluidos en esta los derechos patrimoniales y morales del autor, parecían encontrarse en un nivel de desarrollo conceptual y jurídicamente óptimo, lo cierto es que la ciencia y la tecnología han evidenciado que solo estamos en el comienzo. La irrupción de la informática y su consecuente aumento en la circulación de datos de toda índole por la red, al punto de que la interacción en lo personal, lo colectivo, lo científico, lo académico y hasta el mundo de los negocios se vive, desarrolla y consolida en internet; lleva a asumir el fenómeno como inherente a la realidad actual. Diversos fenómenos culturales de naturaleza variopinta como las ideologías, la política, la geografía, la economía y el derecho, a merced de un agresivo movimiento globalizador, llevaron en un primer momento a regular los derechos de autor desde el concierto internacional.

A instancias de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, organismo especializado que administra 26 tratados internacionales regulatorios de la propiedad intelectual. Al contar con la adhesión de la mayoría de los Estados (Ompi, 2016), 189 miembros en la actualidad, se puede afirmar que existen lineamientos de alguna manera universales. No obstante, la masificación de internet ha terminado de romper las fronteras territoriales y jurídicas para lo cual el mundo no estaba preparado, máxime cuando la circulación de contenidos y datos no es controlable por medio de una normatividad erga omnes, entendido esto último como los habitantes del globo.

Ya adentrándonos en el contexto colombiano, se puede evidenciar por el sentido común y la observación de la cotidianidad, que no existen reglas eficaces para proteger los derechos pa-

trimoniales y morales de autor, respecto de los contenidos que circulan por la red. Esto es entendible en el sentido de que la jurisdicción no alcanza a vigilar y controlar conductas de personas que no están dentro del país y menos a sancionar. Se evidencia, sin embargo, un tímido intento de regular los derechos de autor frente al tráfico en internet, que se formalizó mediante la Ley 1520 de 2012, denominada coloquialmente, Ley Lleras, para aludir a su promotor. La citada Ley (Arteaga, 2012), pretendía implementar compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial, suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, firmado en Washington el 22 de noviembre de 2006 y el Protocolo Modificatorio al “Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América”, firmado en Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007. La Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sent. C-011 de 2013. M.S. Alexei Julio Estrada), por vicios de procedimiento y, de esta manera, la tímida regulación no llegó a adquirir mayor vigencia en el tiempo.

Similar situación ocurre con los demás Estados, donde se siente un clima de desprotección para unos y otros. Es un hecho que las normas locales no tienen alcances reales sobre las redes y, en tal evento, tampoco sobre la circulación de materiales o productos de conocimiento.

El propósito de la reflexión plasmada en el presente artículo consiste en realizar un ejercicio descriptivo de la normativa de derechos de autor en el plano internacional y, acto seguido, un vistazo a la regulación en nuestro país, para finalmente realizar un análisis que permita establecer el nivel de conformidad entre este sistema y las normativas internacionales. A su vez, exponer posturas de los autores en relación con las posibilidades que se abren, pero también, de las dificultades para abordar, vía legislación, asuntos que implican gran cantidad de conocimientos técnicos y procedimientos de detección que aún no se han elaborado.

En consecuencia con lo anotado, es necesario revisar hasta qué punto los derechos patrimoniales y morales del autor, están protegidos, por un lado, desde la legislación internacional, teniendo en cuenta que la web es un recurso que carece de fronteras y, por otro, desde la legislación colombiana. También es importante resolver interrogantes puntuales a saber, ¿cómo se protegen los derechos cuando un nacional colombiano publica un trabajo en la red y en otra nación lo plagian o lo toman sin reconocer su autoría, o aún, si se realiza el plagio por nacionales colombianos?, ¿es posible la vigencia de una norma con pretensiones de universalidad que permita garantizar la vigencia de los derechos de la propiedad intelectual, aún en la red?

Metodológicamente se acudió a la consulta documental y a la descripción de la normativa internacional y nacional de los derechos de propiedad intelectual, con lo cual, se abordó el ejercicio de análisis integral en cuanto involucra los contextos normativos internos y externos, las posturas jurisprudenciales y doctrinarias acerca del tema, para presentar luego las conclusiones.

El escrito consta, en un primer momento, de un breve abordaje histórico de la evolución de los derechos de autor con sus instrumentos de protección. En un segundo momento, se aborda el estado de la normatividad internacional, para pasar luego, al estado de la cuestión jurídica en el contexto colombiano. En seguida, se presenta el ejercicio analítico en concreto de la problemática, para terminar con la elaboración de conclusiones y juicios de valor de los autores como summum de la reflexión.

Breve acotación histórica al derecho de autor

Es apropiado comenzar por entender que, desde los inicios conocidos de la historia de la humanidad, su desarrollo ha estado mediado por la técnica. En ese sentido, la utilización de las manos para diversas tareas resulta ser un avance de la técnica originaria, entendida en este caso, como la necesidad de usarlas en diversas tareas, facilitando así la propia supervivencia. A partir de ahí, se pasaría a la construcción de instrumentos, hasta llegar a complejos sistemas que ya por cuestiones de economía pasan a ser de propiedad de los autores o patrocinadores, como una forma de generar lucro y adicionalmente reconocimiento; lo que en términos actuales ha de entenderse como derechos patrimoniales y morales de autor.

No es correcto afirmar que los derechos de autor hayan sido considerados en términos jurídicos, en la antigüedad. No obstante, debe entenderse que en tiempos remotos solo se podía reclamar sobre algún derecho, siempre que se contara con la fuerza para abordar tal reclamo. Pero en manera alguna, se hacía desde el derecho en términos jurídicos. Para aludir a momentos en que existiera algún tipo de protección estatal, es necesario ir a Roma y Grecia, en donde no había en sentido estricto, ley específica (Díaz, 1997) que protegiera las creaciones; lo cual se debía probablemente a que no existía interés comercial o lucrativo.

Sin embargo, en Grecia, en Atenas, se supo de un antecedente del derecho de autor (350 a. C), que establecía el depósito (Osa, 2007) de los textos originales de Esquilo, Sófocles y Eurípides, con el propósito de evitar que se hicieran copias no fieles. Por su parte, en Roma, la protección estaba destinada a las cosas tangibles y no a los productos intelectuales (Guzmán, 1995), por cuanto no conllevaba objeto

material, excepto por el objeto mismo considerado como susceptible de ser apropiado.

La edad media no aporta a la protección de los derechos de autor, ya que la producción queda relegada casi que únicamente a los monasterios y la difusión se realizaba de manera oral y solo respecto a los miembros notables de la sociedad. Diríase, para sintetizar, que los adelantados legados por el derecho romano se olvidaron y los que se atrevían a publicar lo hacían desde el anonimato.

Es tal vez, con la invención de la imprenta por el alemán Johann Gutenberg, a mediados del siglo XV, que lentamente el derecho de autor comienza a tomar forma, en cuanto ya se trataba de una verdadera circulación de información y saberes que generaban ganancias en esa masificación, como posibilidad de producir copias y difundirlas. Lo cierto es que no se contaría aun con alguna regulación que brindara protección, en ese momento, al impresor y menos aún, a los autores. Es, entonces, prematuro concebir la regulación, pero se *“hacía necesario articular un mecanismo jurídico que asegurase al impresor unos beneficios económicos que compensasen, cuanto menos, las ingentes cantidades de dinero que la actividad de la impresión requería”* (Plaza, 1997, p. 54); o lo que es lo mismo decir, que se protegiera frente a todo el colectivo social.

Un antecedente de notable importancia, en lo que hace relación al copyright anglosajón, es el conocido como Estatuto de la Reina Ana, que en 1710 crea un régimen de protección que se sobrepone al sistema de privilegios o de alguna manera lo supera, en cuanto se aplicaba generalmente al régimen de tierras. Ya en Francia, solo con la legislación posrevolucionaria se crea el derecho patrimonial de autor sobre la obra, mientras la legislación inglesa y la estadounidense de 1789 se enfocan en *“la necesidad de reglamentar la competencia entre los Publisher”* (De Sanctis, 1974, p. 206). En

consecuencia, el derecho francés se basó en el autor, mientras que el inglés, en la publicación, en el editor.

Es un evento destacado en la Europa del siglo XVII, cuando aparecen elementos definitivos para consolidar un derecho basado en el autor y se trata de la profesionalización de la actividad literaria para una “auto-representación de los autores en una ideología del genio propio, fundada en la autonomía radical de la obra de arte y el desinterés del gesto creador” (Chartier, 1994, p. 69). Entramos así a la era moderna caracterizada por el reconocimiento del autor desde la remuneración y el producto literario en el mercado.

La propiedad intelectual como derecho internacional

Es preciso ambientar el contexto indicando, en primer lugar, la diferencia que existe entre un sistema de derecho de autor y uno de copyright, lo cual resulta válido no solo para referir a dos escuelas jurídicas, sino para indicar las diferencias entre uno y otro. Lo cierto es que, el primero proviene del sistema de derecho continental; en mayor medida del derecho francés y, por su parte, el sistema copyright es una creación del derecho anglosajón. El derecho de autor reconoce básicamente al autor, tiene una tendencia clara hacia el reconocimiento del derecho moral, es decir, por el hecho de la creación; significando la disposición de un derecho por ser el autor original. Mientras que el sistema de copyright, se fundamenta básicamente en los aspectos patrimoniales, (Xalabarder, 2005), es decir, la explotación de la obra, difusión, reproducción, etc.

La protección internacional se ha materializado de diversas maneras, principalmente por medio de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales, lo que ha llevado a la inclusión

de esos acuerdos en las normativas locales, procurando, como es normal, ofrecer la protección a la producción extranjera. Y todo comienza en la era moderna con el convenio de Berna (1886), que propugnaba por la protección de las obras en el extranjero, independientemente de si contaban con protección en el país de origen y la regla universal de la ausencia de formalidad para gozar de protección. Ya en siglo XX el derecho de autor adquiere la categoría de derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de París, el 10 de diciembre, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Uno de los instrumentos más importantes y definitivos en la legislación internacional ha sido el convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi (1979), como instrumento que da vida a la protección internacional y que fuera firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entrando en vigencia en 1970 y enmendado en 1979. La Ompi nace con dos propósitos: fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y asegurar la cooperación administrativa entre las uniones surgidas en materia de propiedad intelectual.

La Ompi en la actualidad administra 26 tratados sobre la propiedad intelectual.

No obstante, la legislación internacional camina cada vez más hacia un sincretismo que contemple todos los aspectos de los dos sistemas, todo ello, en virtud de la necesidad de contar con reglas comunes que redunden en seguridad jurídica. Tal proceso de unificación lo define magistralmente Xalabarder al sostener que: “En los últimos 20-25 años, los sistemas del copyright y del *droit d’auteur* se han ido aproximando poco a poco, mediante concesiones hechas por ambas partes, bajo el paraguas de los instrumentos de la Ompi y de la OMC” (p. 2). La tendencia armonizadora deviene de

la presión de los organismos internacionales, del avance de la tecnología y diversidad de los medios de difusión y, por supuesto, de la necesidad de controlar la expansión de la piratería como actividad económica.

Lo que se deduce de un vistazo al desarrollo de la normatividad en el mundo, es el tránsito que hace el sistema de derechos de la propiedad desde un esquema basado en los privilegios (casi que solo frente al impresor y comerciante) a un esquema de la propiedad literaria, que ya tuvo en cuenta al creador. Empero, lo que finalmente se logra es unificar criterios y reglas que integra lo mejor del modelo anglosajón del copyright y el sistema conocido como de derecho de autor. No obstante, no desaparecen las preocupaciones por el avasallante poder de la internet que, so pretexto de la democratización del conocimiento, se lleva de calle los derechos de los contenidos que transitan por la web, desconociendo los derechos de sus autores, sin que hasta el momento exista un esfuerzo unificado que permita algún nivel de seguridad jurídica en cuanto al tema de los derechos de autor.

Derechos de autor en el sistema jurídico colombiano

Generalidades de los derechos de autor

Es necesario comenzar por aclarar que la propiedad intelectual se encuentra dividida en dos sub categorías como son: la propiedad industrial y los derechos de autor. En estas, se subsumen muchos de los aspectos de los derechos de autor, como son, la competencia desleal, el secreto industrial, las variedades vegetales, denominaciones de origen y descubrimientos científicos, entre otros. De la misma manera, se puede afirmar que la propiedad recae sobre los bienes tangibles y los intangibles, como lo es la propiedad intelectual.

En el sentido que se vienen presentando los elementos definitorios de la propiedad intelectual, es acertado lo sostenido por Zapata (2001), en tanto que: “el Derecho de Autor es una especie dentro de la institución de la propiedad intelectual, en virtud de la cual se otorga protección a las creaciones expresadas a través de los géneros literario o artístico (p. 10) siendo su única condición que puedan ser percibidas y apreciadas”. Por su parte, la propiedad industrial hace referencia a las invenciones, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, lemas y denominaciones comerciales, circuitos integrados, etc.

Fundamentos constitucionales y legales

El derecho de autor en el sistema jurídico colombiano, resulta de un conjunto de normativas del derecho internacional que fungen como orientadores y como marco de la normativa interna, lo cual representa en sentido amplio, la proyección globalizada del derecho y de la economía como forma de inserción en lo global, desde lo local.

Si bien es cierto que, los derechos de autor o propiedad intelectual cuentan con un sistema normativo internacional como el sistema de la Ompi, no lo es menos que cada país tiene sus propias variantes y asuntos particularísimos que lo hacen relativamente diverso. Además, en muchos países el desarrollo ha sido en verdad lento y confuso con un derecho sembrado de lagunas, como en el caso de Colombia que mantuvo durante muchas décadas, desde su inicio como república, las normas coloniales. En este sentido sostiene Pabón (2009, p. 61) que:

“Colombia mantuvo durante el siglo XIX un modelo de privilegios de duración de 15 años, que solo sería sustituido en el año de 1886. En ese sentido, Colombia parece ser el país del mundo que mantuvo hasta una época más reciente el modelo de protección de privilegios propios del Ancien Régime”

En cuanto a la norma de derecho positivo, el antecedente más remoto de Colombia data de 1834, pero como se anotara antes, conserva muchos de los elementos legados por la tradición colonial europea.

En efecto, la Ley 1ª del 10 de mayo de 1834 intenta regular la protección de obras literarias y artísticas, en cuanto al tiempo desde la producción, como una forma de evitar que se copiara de manera libre antes de culminar su período legal de amparo legal de la propiedad. Es así como el mismo Pabón Cadavid (2009, p. 83), resume los aportes de la citada norma de 1834:

“El contenido del derecho que se otorga es el de un monopolio sobre la reproducción por cualquier mecanismo que se haya usado o se usare en adelante para multiplicar los ejemplares (art. 1) y para la distribución de las reproducciones. La duración de estos privilegios es de quince años contados desde el otorgamiento de la patente, prorrogables por otros quince años. De forma explícita para las composiciones dramáticas, se concede que no podrán ser representadas en ningún teatro público sin el permiso escrito del autor, o del que represente sus derechos”.

En 1946, se expidió la Ley 86, que ya se puede considerar una ley específica que determinaba conforme a los tiempos, los derechos de autor. Prescribía que el autor o sus causahabientes podían “enajenar total o parcialmente su derecho de propiedad intelectual” (art. 48); y que, la enajenación del derecho de autor debía constar en instrumento público e inscribirse en el

Registro de Propiedad Intelectual, so pena que el adquirente no pudiera “hacer valer su derecho” (art. 52); que toda persona podía publicar, adaptar, transportar, extractar, compendiar, representar, ejecutar, exhibir y parodiar libremente las obras intelectuales pertenecientes al dominio público; pero si fueren de autor conocido, no podrían suprimir su nombre en las publicaciones o reproducciones (art. 7); y establecía, ya que propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y, después de su fallecimiento, disfrutarán de ella los que legítimamente la hayan adquirido por el término de ochenta años (art. 90).

Para justificar o explicar la vigencia de normas regulatorias antes de la Constitución de 1991, es necesario acotar que la Constitución colombiana de 1886, refería de alguna manera a los derechos de autor, al establecer:

Artículo 35.- *Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley. Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la Nación respectiva consigne en su legislación el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales.*

Nótese, sin embargo, que el alcance de la norma solo llega a la producción literaria y artística en general, pero ya contemplaba un amplio margen de protección en el tiempo y extendía las garantías a los propietarios de otras naciones, bajo condición de reciprocidad en los demás Estados.

En sentido estricto y en cuanto regulación amplia, el mayor avance se registró con la aparición de la Ley 23 de 1982 y, es a partir de esta, que se avanza en la cultura de protección de los derechos de autor, que como ya se anotara,

tiene una vasta influencia del sistema continental europeo y, en consecuencia, románico. Esta ley ha sido adicionada principalmente por la Ley 44 de 1993, entre otras, en procura de adaptarla a realidades más actuales. Lo cierto es que no contempla, sin embargo, el espectro de las redes de internet, pero deja abierta la posibilidad, cuando hace mención a la protección en cualquier medio conocido o por conocer; siendo su redacción así:

Artículo 2º.- Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. (Negrillas fuera de texto.)

En efecto pareciera existir la posibilidad de interpretar que también se puede por analogía aplicar a internet, pero materializar tal expectativa interpretativa requiere desarrollar la ley para aterrizar la situación particular, pero aun zanjada esa cuestión, quedaría por resolver el

punto de la creación de sistemas de detección que sean admisibles como prueba y que, además, sean eficaces.

Por su parte, la Constitución Política colombiana (1991), eleva a rango supremo los derechos de la propiedad intelectual en el capítulo de derechos sociales, económicos y culturales cuando en el art. 61 establece que, “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Semejante enunciado es lo que la ley ha desarrollado relativamente, quedando la deuda en lo que tiene que ver con la circulación de contenidos susceptibles de protección en la web.

Para Latinoamérica, y en particular en Colombia, se complementa su regulación, con las reglas y criterios internacionales incorporados en el ordenamiento interno y, entre ellas, es de particular importancia la Decisión 351 de 1993, o Régimen Común Andino sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, el cual es de aplicación directa y preferente. La Decisión 351, finalmente, es consecuente con la legislación internacional, específicamente con los tratados en vigor administrados por la Ompi.

En el ámbito nacional existen, además, normativas desde leyes a decretos, resoluciones y directivas relacionadas con aspectos diversos de los derechos de autor.

En la actualidad, pese al desarrollo de la normativa nacional, es obviamente contentiva de las normativas internacionales administradas por la Ompi y, especialmente, de la Decisión 351 de la comunidad andina; lo cierto es que no existen, en la actualidad, reglas de contenido jurídico para proteger los derechos patrimoniales y morales de autor, respecto de los contenidos que circulan por la red.

En materia de acuerdos suscritos y en vigencia, también es válido mencionar el Tratado de Libre Comercio (TLC), un acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (2006), que contempla asuntos referidos tangencialmente al comercio electrónico y, en consecuencia, de alguna manera relacionados con los derechos de autor. En el capítulo 15 de dicho acuerdo se encuentran disposiciones en tal sentido, a saber:

Artículo 15.3: Productos Digitales (...)

3. Ninguna Parte otorgará un trato menos favorable a algunos productos digitales que el otorgado a otros productos digitales similares: (a) sobre la base de que (i) los productos digitales que reciban un trato menos favorable sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, encomendados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales fuera de su territorio; o (ii) el autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor de dichos productos digitales sea una persona de otra Parte o de un país no Parte; o (b) que de otra manera proporcionen protección a otros productos digitales similares que sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados o hechos disponibles por primera vez en condiciones comerciales en su territorio.

(...)

(b) Ninguna Parte puede otorgar un trato menos favorable a los productos digitales cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de otra Parte que el que otorga a productos digitales similares cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de un país no Parte. (Capítulo 15.)

Ya en desarrollo del citado TLC, la única iniciativa que se logró concretar como expectativa de regulación, en cuanto medios en la red, fue

la Ley 1520 de 2012 (Ley Lleras), que pretendió implementar compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial⁸, suscrito entre Colombia y los Estados Unidos firmado en Washington el 22 de noviembre de 2006 y el Protocolo Modificatorio al “Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América”, firmado en Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007.

La citada ley, en últimas, buscaba cumplir con los compromisos suscritos en los mencionados acuerdos con los Estados Unidos de Norteamérica, básicamente en el punto de los derechos de retransmisión de eventos televisivos, pero no implicaba grandes aportes en términos de control de tráfico por internet, más allá de los ya mencionados, en cuanto al comercio digital entre las dos naciones. En ese sentido solo es rescatable el artículo 13 de la Ley 1520 (2012), que era del siguiente tenor:

“No obstante, la posibilidad que tiene el Estado de establecer limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos previstos en la legislación nacional sobre derecho de autor y derechos conexos, no se permite la retransmisión a través de Internet de señales de televisión, sean terrestres, por cable o por satélite sin la autorización del titular o titulares del derecho del contenido de la señal y, si es del caso, de la señal”.

Como se puede evidenciar, solo se trataba de impedir que las señales de televisión fueran transmitidas por internet sin la autorización de los titulares de los derechos de los programas o eventos, pero su protección iba en la dirección de los grandes conglomerados de la televisión internacional, mas no incluía la producción intelectual propiamente dicha, relacionada con la universalidad de las creaciones y sus autores. No obstante, la Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional,

⁸ Más conocido como TLC.

(Sent. C-011 de 2013. M.S. Alexei Julio Estrada) por vicios de procedimiento.

Lo anterior nos coloca en un panorama incierto, en cuanto a regulaciones siquiera parciales, máxime si el legislador regula solo para situaciones de coyuntura, originadas en deberes adquiridos mediante la suscripción de acuerdos comerciales con otras naciones.

La penalización de los delitos contra los derechos de autor en Colombia

Ya vistos de manera somera los fundamentos constitucionales y legales, así como las iniciativas del sector privado para la protección de los derechos de autor, resulta necesario articular el análisis descriptivo con las normativas que penalizan las conductas contra los derechos de autor. En tal evento, se hace referencia al Código Penal, Ley 599 (2000), del cual se transcriben apartes importantes.

Art. 270. *Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:*

1.- *Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
(...)

Art. 271 - Defraudación a los derechos patrimoniales de autor. *Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:*

1. *Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o*

cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

(...)

3.- *Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.*

7.- *Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.*

Art. 272- Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. *Incurrirá en multa quien:*
(...)

2.- *Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.*

En ninguno de los supuestos transcritos, se evidencia una alusión directa y específica al tráfico de contenidos por la red que violen los usos autorizados; a lo sumo, se llega hasta los programas de ordenador. Ya las interpretaciones extensivas que se hagan de la Ley no serían admisibles toda vez que la tipificación debe ser precisa para que se puedan enmarcar las conductas violatorias del derecho. De otra parte, no existen aún los protocolos para detección y recopilación probatoria y tampoco se podrían aplicar en la mayoría de los casos por las dificultades de individualización y la falta de jurisdicción frente a muchos de los transgresores, lo cual obligaría a suscribir multitud de acuerdos o tratados para conseguir, de alguna manera, controlar las violaciones a la ley por parte de personas de diversas latitudes.

Propiedad intelectual e internet: incertidumbre normativa

Pese a que han surgido iniciativas en pro de la protección de derechos de autor en la internet, lo cierto es que el legislador colombiano incurre en omisión al no abordar por lo menos un estudio profundo acerca de las diversas formas de defraudación de tales derechos en internet, a fin de poder tipificar las conductas infractoras y su correspondiente régimen de responsabilidad. Además, se debería encausar a los proveedores de servicios y los usuarios regulares, hacia una normativa que proteja a los autores en cuanto se usen sus contenidos, como en efecto lo hacen sin que medie protección alguna. Hasta el momento, la protección solo llega hasta los programas de ordenador⁹ (decisión Andina 351, 1993, art.), pero no va más allá, es decir, hasta el flujo de contenidos por la red.

Si tomamos en cuenta la expresión vaga del art. 2 de la Ley 23 de 1982¹⁰, en donde deja abierta la posibilidad de control de diversos medios y, “*en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer*”. Lo cierto es que termina siendo muy gaseosa la analogía como posibilidad de aplicación real, pues se requeriría de precisiones a través de instrumentos normativos, lo cual, además, implicaría la modificación de los tipos penales, y la puesta en marcha de mecanismos probatorios avalados desde la experticia tecnológica.

La gran dificultad para la protección de los derechos de autor en los eventos de circulación y aprovechamiento de conocimientos y creaciones por la red, en cuanto cuentan con autores reconocidos, es la universalidad de estas rutas de transmisión de datos, toda vez que no se pueden enmarcar aún dentro del concepto de jurisdicción para su debido control. Por otro lado, el mismo problema de inexistencia de fronteras en términos jurídicos, dificulta enormemente siquiera un mínimo control en cuanto los usuarios de la red pertenecen a diversas nacionalidades.

A nivel de proyectos presentados ante el legislativo colombiano, es destacable el Proyecto 001 de 2012, por medio del cual se establecen limitaciones y excepciones al derecho de autor; presentado a la Cámara de Representantes para su trámite y debate. Este contemplaba la siguiente previsión:

Artículo 1º. Sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas al derecho de autor y los derechos conexos en la legislación, será lícito realizar, sin autorización del autor o titular de los derechos y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) La reproducción temporal en forma electrónica a que se refieren los artículos 12 literal a), 166 literal c) y 172 literal a) de la Ley 23 de 1982 que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma.

⁹ Decisión Andina 351 de 1993. Art. 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

¹⁰ Esta Ley también acoge las previsiones normativas de la Decisión Andina 351 de 1993, en cuanto a dejar abiertos los espacios de protección en todos los medios conocidos y los por conocer.

Dicha forma de reproducción deberá entenderse exenta de cualquier finalidad de lucro”. (Negrillas fuera de texto.) (Augusto Posada Sánchez, Juan Manuel Campo Eljach y Diego Naranjo Escobar).

Tal proyecto pretendía dar una puntada a los derechos de autor en internet, aunque solo fuera para facilitar la difusión con fines educativos y para un segmento de la población en condición de vulnerabilidad.

Tal vez, una suerte de legislación universal a través de la Ompi, pudiera tener la virtud de dotar de alcances mundiales la normativa que se llegase a expedir en procura de la protección de la propiedad intelectual, pero los progresos en ese sentido requieren del concurso de las naciones que hacen parte de los acuerdos y tratados. Ahora, la dificultad se acrecienta si se tiene, que cada país cuenta con normativas propias para controlar el uso de creaciones y, si bien, contienen las medidas de protección para obras, aún las extranjeras, los medios de difusión y divulgación por la red de internet no son objeto directo de tales regulaciones.

Paradójicamente, hoy es posible incluso adelantar los trámites de registro de creaciones vía online, pero no cuentan con protección específica y efectiva en cuanto a los usos no autorizados, es decir, protocolos legales de intervención, recolección de pruebas y persecución a los infractores; por las dificultades anotadas y por cuestiones de jurisdicción.

Pudieran surgir voces para decir que en verdad todas las formas de la creación del intelecto humano se encuentran de manera general previstas en la Ley y eso es en sentido amplio, cierto; sin embargo, lo que no se encuentra reglado son las condiciones de la divulgación por las redes de internet, es decir, las normas adolecen de precisiones en cuanto a tipificación de las infracciones en la red. Es más, ni siquiera se han establecido protocolos para la

detección de conductas violatorias y para la individualización; mucho menos para que las medidas sean vinculantes frente a personas de otras nacionalidades.

Las iniciativas Creative commons

No obstante, la relativa pasividad de los entes gubernamentales competentes o lo que sería más exacto decir, su omisión, existen iniciativas de origen privado que obviamente persiguen objetivos relacionados con la protección y seguridad de sus negocios. Es destacable en ese sentido, la iniciativa privada convertida en organización, creada Lawrence Lessig (2001) y denominada Creative commons, a la cual se asociaron empresas y entidades colombianas y que básicamente consiste en un proyecto internacional que pretende fortalecer a creadores para que sean ellos los que decidan las condiciones en que sus obras pueden ser usadas; qué derechos ceden, entregan y en qué condiciones. Vale decir que desde el 2006, Colombia ha comenzado a adaptar este tipo de licencias dándoles cierta aceptación legal. El sistema pretende que sean los autores los que definan las limitaciones al uso de sus creaciones. Y lo que finalmente define esta iniciativa es la difusión no comercial de obras y productos del intelecto humano.

Puede ser una tarea compleja definir en pocas líneas todo lo que abarca la iniciativa Creative commons. Para sintetizar, Ariel Vercelli (2004, p. 2), sostiene que uno de “sus principales objetivos es restablecer un equilibrio entre los derechos de los autores, las industrias culturales y el acceso del público en general a la cultura”. El sistema de Creative commons, resulta muy dinámico para la difusión de contenidos por internet en cuanto básicamente permiten al autor dejar el producto liberado al dominio público. Funciona básicamente desde una plataforma web que facilita a los autores, que así

lo deseen, compartir sus obras estableciendo los límites y alcances de sus derechos, lo cual se hace a través de un sistema de licencias abiertas (Vercelli, 2004) en las que deciden las condiciones para permitir el aprovechamiento. No obstante, al no formar parte del sistema normativo es prudente que al menos en Colombia, se registre la obra ante la oficina de la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Conclusiones

El ejercicio de reflexión abordado a partir de la consulta de fuentes doctrinarias, normativas y del examen somero de los antecedentes del derecho internacional como nacional, hasta llegar al fenómeno de la sociedad de la información que se ha construido merced a internet y las dificultades que plantea, desde la legislación, la protección de los derechos de autor en este específico espacio virtual, han llevado a las siguientes conclusiones:

La fundamentación jurídica de los derechos de autor es un producto de la modernidad y en tal evento se ha visto signada más por aspectos de tipo económico en cuanto a comercialización, siendo de muy reciente cuño las previsiones referidas a los autores, en lo referido a los derechos morales, principalmente.

La conceptualización de los derechos de la propiedad intelectual se ha construido alrededor, o con los aportes de dos sistemas: el anglosajón conocido como, copyright y el sistema de derechos continental de derechos de autor.

El mayor aporte desde el plano internacional a la protección de los derechos de la propiedad intelectual, se da con la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi, organismo especializado que administra 26 tratados internacionales regulatorios de la propiedad intelectual y que, en suma, propor-

ciona lineamientos universales con fuerza vinculante sobre los ordenamientos internos de los países signatarios.

El sistema jurídico colombiano en sus comienzos no contó con verdaderos adelantos en cuanto a legislación protectora de los derechos de autor, pero en la actualidad, basa sus previsiones normativas sobre el tema en las normativas de la Ompi, la Decisión 351 del Pacto de Cartagena y todo ello se puede evidenciar en los contenidos de la Ley 23 de 1982, modificada de manera sucesiva para adoptar reformas con la pretensión de garantizar los derechos de autor.

La irrupción avasallante de la sociedad de la información en las autopistas de la red de internet, ha desbordado el universo normativo sin que, hasta la presente, al menos en Colombia, se hayan actualizado, por parte del legislador, las regulaciones protectoras de la propiedad intelectual en los nuevos escenarios tecnológicos.

Han existido eventos impulsores de la actualización normativa, tales como el Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (TLC), que han propiciado la aparición de leyes como la 1520 de 2012; la cual pretendió regular un mínimo de aspectos relacionados con la retransmisión de eventos televisivos, que sin abarcar un mínimo contexto de los eventos de la red de internet, resultaba sin embargo alentador, no obstante, de haber sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

También han existido iniciativas consistentes en proyectos de ley como el Proyecto 001 de 2012, que pretendía hacer claridad sobre el uso de obras y creaciones que favorecieran el uso autorizado y no oneroso para procesos pedagógicos en segmentos de población diversa, en cuanto se necesitaba adaptar los contenidos para su especial difusión.

La legislación penal colombiana no contempla normas con la descripción típica adecuada, que permitan el control y penalización de los usos no autorizados e ilegales de las obras y demás creaciones del intelecto, susceptibles de protección legal y tal carencia impide concretar normativamente la protección por medio de la sanción.

Desde el sector privado, y como una iniciativa casi global, ha surgido un sistema denominado Creative commons (al que han adherido empresas y particulares colombianos) que consiste en una plataforma web para que los autores, apartándose del sistema jurídico, pero sin transgredirlo, puedan registrar sus obras disponiendo con libertad de los derechos que quieran reservarse y expresando las condiciones para la difusión, uso, transformación y transferencia de sus creaciones. Se anota eso sí que al no ser parte integral del sistema normativo, la oposición a terceros debe estar mediada por el registro ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Ante la consolidación y masificación del fenómeno de internet en la sociedad del conocimiento de carácter universal, un sistema idóneo para la eficaz protección de los derechos de propiedad intelectual, debería ser una elaboración desde el derecho internacional, de manera que los infractores puedan ser vinculados desde una jurisdicción plurinacional o transnacional y de esta manera elevar los índices de protección.

Ya desde el sistema jurídico colombiano, se hace necesario que el legislador aborde la tarea regulatoria que consiga actualizar, desde los derechos, desde la tecnología y desde el régimen penal, la protección de los derechos de autor. Así mismo se requiere la actividad pedagógica en busca de una cultura de respeto por la propiedad intelectual.

Referencias

- Chartier, R. (1994). ¿Qué es un autor? Libros, lecturas y lectores en la edad moderna. (Trad. de Mauro Armíño). Madrid: Alianza.
- Colombia. Cámara de Representantes. (2012). Proyecto de Ley 001 de 2012, por medio de la cual se establecen limitaciones y excepciones al derecho de autor. Presentado por Augusto Posada Sánchez, Juan Manuel Campo Eljach y Diego Naranjo Escobar. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=001&p_consec=33420
- Colombia. Congreso de la República. (2012). Ley 1520 de 13 de abril 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 Modificadorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica”. Diario Oficial, No. 48.400 de 13 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46942>
- Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, 44097 del 24 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>
- Colombia. Congreso de la República. (1982). Ley 23 de 1982. (28 de enero de 1982). Sobre derechos de autor. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
- Colombia. Congreso de la República. (1946). Ley 86 de 1946. (26 de diciembre) (Derogada)
- Sobre propiedad intelectual. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791036>
- Colombia. (1886). Constitución Política de 1886. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#3>
- Colombia. Ministerio de Industria y Comercio. (2006). Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886). Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698
- Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (enmendado el 28 de septiembre de 1979). Estocolmo. Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/convention/>
- De Sanctis, V. (1974). Desarrollo y consagración internacional del derecho de autor. (Trad. de Juana Martínez-Arretz). París: Ed. RIDA.
- Díaz, J. (1999). Periodismo y derechos de autor: evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa. Revista de Estudios de Comunicación. Vol. 4 (7) Diciembre 1999. pp. 193-218. Disponible en: <http://www.ehu.eus/zer/hemeroteca/pdfs/zer07-11-diaz.pdf>
- Guzmán, A. (1995). Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lawrence Creative commons. (2001). Disponible en: http://co.creativecommons.org/?page_id=12

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General de Naciones Unidas. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ompi. (2016). Ginebra, Suiza. Disponible en: http://www.wipo.int/sme/es/e_commerce/ip_ecommerce.htm

Ossa, C. (2007). Derechos de autor y derechos conexos como herramientas estratégicas para avanzar hacia una sociedad del conocimiento. El caso de Chile. *Revista de Derecho Informático* (104). Marzo. 2007. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2291429>

Pabón, J. (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista la Propiedad Inmaterial*, No. 13. Universidad Externado de Colombia. pp. 59-104. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457>

Plaza, J. (1997). El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vercelli, A. (2004). Guía de licencias Creative commons. Versión 2.0. Buenos Aires. Disponible en: <http://www.arielvercelli.org/gdlcc2-0.pdf>

Xalabarder, R. (2005). Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? IDEP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. (1) Noviembre 2005. Universitat Oberta de Catalunya: Editora. Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>

Zapata, F. (2001). El derecho de autor y la marca. La propiedad inmaterial. *Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual*. Universidad Externado de Colombia. No. 2. pp. 9-25. Disponible en: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaPropiedadInmaterial/rpi2/revPropiedadInmaterial02.pdf