

**¿NOTICE AND TAKEDOWN EN COLOMBIA?**  
**Remoción de contenidos y control del discurso en Internet**

**LUISA FERNANDA ISAZA IBARRA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE DERECHO**  
**BOGOTÁ D.C.**  
**2016**

**¿NOTICE AND TAKEDOWN EN COLOMBIA?  
Remoción de contenidos y control del discurso en Internet**

**LUISA FERNANDA ISAZA IBARRA**

**Trabajo de grado para obtener el Título de Abogada**

**DIRECTOR**

**Lorenzo Villegas Carrasquilla**

**Profesor**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2016**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

# **¿NOTICE AND TAKEDOWN EN COLOMBIA?**

## **Remoción de contenidos y control del discurso en Internet**

### **Resumen:**

Con la firma de tratados de libre comercio, Colombia se ha comprometido a la protección de los derechos de autor en Internet, adquiriendo obligaciones puntuales en cuanto a la adopción de medidas para la remoción de contenidos infractores en línea. La presente monografía de grado estudia los compromisos adquiridos a la luz de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y del debido proceso, con el objetivo de hacer recomendaciones para una eventual regulación.

### **Palabras clave:**

Remoción y retirada, derechos de autor, Internet, libertad de expresión, debido proceso, Ley Lleras, DMCA, OCILLA, puerto seguro, contenido generado por usuarios, censura en Internet.

### **Abstract:**

With the signing of free trade agreements, Colombia committed to protect copyrights on the Internet by acquiring specific obligations regarding the removal of infringing online content. This graduation monograph studies the commitments acquired by Colombia in light of the fundamental rights to freedom of speech and due process, ultimately seeking to make recommendations in the case of an eventual regulation.

### **Key words:**

Notice and Takedown, copyright, Internet, freedom of speech, due process, Lleras Act, DMCA, OCILLA, safe harbor, user generated content, Internet censorship.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	7
<b>CAPÍTULO UNO: LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE AUTOR</b>	11
I. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN COLOMBIA	11
II. ¿QUIÉNES SON LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET?	12
1. Proveedores de servicios de Internet	
2. Operadores de servicios web	
3. Proveedores de motores de búsqueda y de hipervínculos	
4. Proveedor de red o de infraestructura de telecomunicaciones	
III. EL DILEMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET	16
<b>CAPÍTULO DOS: RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LOS MECANISMOS DE REMOCIÓN DE CONTENIDOS EN LA DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT (NOTICE AND TAKEDOWN)</b>	18
I. DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT (DMCA)	18
1. El modelo <i>Safe Harbor</i> y la remoción de contenidos en Internet	
2. <i>Notice and Takedown</i> en la DMCA	
II. LAS DEFICIENCIAS DEL NOTICE AND TAKEDOWN	22
1. Observaciones preliminares	
2. Casos problemáticos	
3. Excepciones y limitaciones al derecho de autor	
<b>CAPÍTULO TRES: EL BALANCE DE DERECHOS FUNDAMENTALES, UN ESTUDIO CONSTITUCIONAL</b>	36
I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN	37
1. Constitución y bloque de constitucionalidad	
2. Delimitación del derecho a la libertad de expresión por la Corte Constitucional	
3. La libertad de expresión en Internet	
4. Responsabilidad de los Intermediarios y Safe Harbor	

II. DEBIDO PROCESO	51
III. DERECHOS DE AUTOR	55
IV. ¿NOTICE AND TAKEDOWN EN COLOMBIA?	57
<b>CAPÍTULO CUATRO: LOS COMPROMISOS DEL TLC</b>	<b>62</b>
I. EL CAPÍTULO 16 DEL TLC	62
II. INTERMEDIARIOS Y SU RESPONSABILIDAD, SEGÚN EL TLC	63
III. LA LEY LLERAS	70
IV. LA EXPERIENCIA DE CHILE	72
<b>CAPÍTULO CINCO: CONCLUSIONES</b>	<b>77</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>81</b>

*“Todas las censuras existen para impedir que se desafíen las concepciones actuales y las instituciones existentes. Todo progreso es iniciado al desafiar las concepciones actuales y es ejecutado al cambiar las instituciones existentes. Por lo tanto, la primera condición para el progreso es la supresión de la censura” - George Bernard Shaw*

*“La peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana, a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error” - John Stuart Mill*

## INTRODUCCIÓN

Internet ha sido descrito como la máquina copiadora más grande del mundo. Esto responde a que las características de Internet permiten la reproducción de todo tipo de material digital, a altas velocidades, a un costo prácticamente nulo y por personas alrededor de todo el mundo. Los Estados, interesados en estimular la innovación y la creatividad, conceden protección legal a los autores y productores de las obras y contenidos a través de normas de derechos de autor. No obstante, a pesar de estas garantías legales, el material protegido es permanentemente copiado y compartido sin la autorización de los titulares de tales derechos.

Buscando proteger los legítimos derechos de los creadores de las obras, y en respuesta a las presiones recibidas por parte de las industrias productoras de contenidos (música, películas, libros, etc.), distintos sistemas jurídicos han creado procedimientos para la remoción o bloqueo de contenidos infractores en línea. Estos procedimientos, sin embargo, han generado preocupaciones por posibles violaciones a la libertad de expresión, ya que, en repetidas ocasiones, estos mecanismos han sido utilizados como medio para el silenciamiento de toda clase de discursos. En consecuencia, han sido ampliamente criticados por la ciudadanía, por organizaciones que abogan por protección de la libertad de expresión y por los mismos prestadores de servicios de Internet.

En 2009, el director y productor canadiense Brent Leung publicó su documental *House of Numbers*, a través del cual sostiene que el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) es inofensivo, y que no es la causa del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), apoyándose en el testimonio de científicos del VIH, sobrevivientes y activistas. Posteriormente, en 2013, el químico y bloguero inglés Myles Power publicó en su canal de YouTube (Myles Power [power1985]) una serie de videos críticos desacreditando los hechos y testimonios del documental, dando ejemplos de cómo el documental, entre otras cosas, había editado las frases de los entrevistados para cambiar su significado y amañado la secuencia y fechas de los exámenes de VIH presentados, para hacer creer que estos eran inútiles (Power, 2014). En 2014, distintas personas involucradas en la producción del documental hicieron varias solicitudes a YouTube para que removiera los videos de Power, ya que en estos se incluían pequeños



videoclips del documental con el objetivo de mostrar las supuestas irregularidades. Los reclamantes argumentaban que el uso de tales clips no estaba autorizado<sup>1</sup>. Tras las reclamaciones, YouTube bloqueó los videos. Power se defendió alegando que la inclusión de los clips del documental en su video constituyen *fair use* o “uso razonable”, tras lo cual YouTube decidió restablecer el acceso a los videos.

El anterior no es un caso atípico. Por el contrario, los sistemas de remoción y bloqueo de contenido en línea son constantemente utilizados con fines de censura, y, en muchas ocasiones, los contenidos nunca son restablecidos. Esta situación no deja de ser preocupante, ya que Internet no sólo debe ser visto como una gran máquina fotocopiadora, sino también como la más grande plataforma de expresión de pensamiento en el mundo, y como tal es merecedor de especial protección por parte de los Estados. Internet, a diferencia de otros medios de comunicación (como la radio, la prensa, el cine o la televisión), abre sus puertas a todos los que quieran expresar sus ideas u opiniones, fácilmente y a bajo costo. En este sentido, se podría argumentar que no existe un medio de comunicación tan democrático. El anterior argumento se acentúa cuando se considera que, hoy en día, otros medios masivos de expresión de ideas se sirven de éste para reproducir sus propios contenidos y alcanzar otras audiencias.

Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia resaltó las características que hacen de Internet un espacio idóneo para la manifestación de todo tipo de formas de expresión:

(i) libertad de acceso; (ii) multiplicidad de formatos de información; (iii) descentralización en la producción y consumo de información; (iv) posibilidad de interacción de los usuarios en tiempo real; (v) neutralidad en cuanto al tipo de información compartida, entre otras. En consecuencia no se tiene duda de la importancia que tiene Internet para la garantía de la libertad de expresión en el siglo XXI. (Sentencia T-277 de 2015, 2015).

---

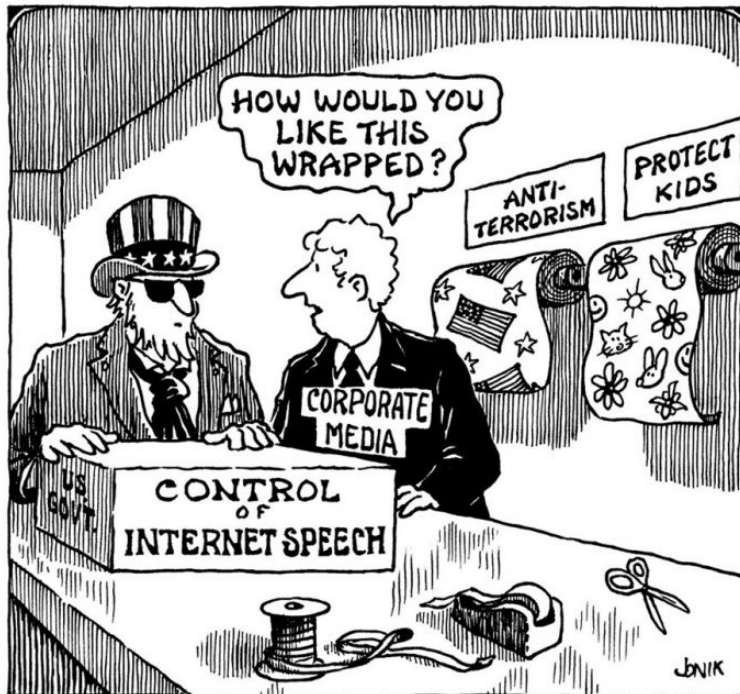
<sup>1</sup> Según resalta el mismo Power, curiosamente ninguna persona vinculada con el documental *House of Numbers* inició reclamaciones en contra de otros usuarios que habían cargado y compartido en YouTube el documental completo, sin autorización alguna. Al día de hoy, el documental completo puede ser visto en este sitio web, publicado en cuentas de varios usuarios.

Es por esta razón que cualquier medida o restricción que se adopte respecto de la libertad de expresión en Internet (como los mecanismos de remoción y bloqueo de contenidos) debe tener en cuenta sus características como plataforma de expresión de ideas y los derechos que se ven involucrados. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos explica:

(...) una determinada medida restrictiva puede parecer leve si la estudia solamente desde la perspectiva de la persona afectada. Sin embargo, la misma medida puede tener un impacto realmente devastador en el funcionamiento general de Internet y, en consecuencia, en el derecho a la libertad de expresión de todo el conjunto de los usuarios. En este sentido, es indispensable evaluar cada una de las medidas, de forma especializada, bajo lo que puede ser denominado una perspectiva sistémica digital. (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 27)

A través de la firma de tratados de libre comercio, especialmente el celebrado con Estados Unidos, Colombia ha adquirido compromisos específicos en cuanto a la remoción y bloqueo de contenidos infractores de derechos de autor en Internet. En 2011, el gobierno colombiano propuso ante el Congreso el Proyecto de Ley 241 de 2011, mejor conocido como la “Ley Lleras”, con el cual se pretendía dar cumplimiento a estos compromisos. Si bien el proyecto fracasó, las obligaciones del tratado se mantienen.

En el primer capítulo de la presente monografía se estudia quiénes son los distintos intermediarios que intervienen en el proceso de generación de contenidos en Internet y se plantean cuestionamientos en cuanto a su responsabilidad. A continuación, se analiza la “DMCA”, ley estadounidense que creó el sistema de remoción y bloqueo de contenidos, y se revisarán algunos casos problemáticos. El tercer capítulo estudia, con perspectiva constitucional, los derechos fundamentales involucrados en estos procesos, buscando dar luz sobre los parámetros que deben seguirse. Los compromisos internacionales adquiridos por Colombia son revisados en el cuarto capítulo. Finalmente, entendiendo tanto los compromisos adquiridos como los parámetros constitucionales a seguir, se hacen recomendaciones a tener en cuenta en caso de una eventual regulación.



How would you like this wrapped?  
-Caricatura de John Jonik.  
Alternative Press Review (Otoño 2000)

## **CAPÍTULO UNO: LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE AUTOR**

Antes de estudiar los mecanismos de remoción y/o bloqueo de contenidos en Internet, es necesario entender que, para que los contenidos que se proveen o se comparten estén disponibles a través de éste medio, se requiere la intervención de una serie de proveedores de distintas clases de servicios. Estos intermediarios son también los que están técnicamente habilitados para remover o bloquear los contenidos en caso de reclamaciones por violaciones a los derechos de autor y derechos conexos.

En éste capítulo se hace una breve exposición sobre el derecho de autor y derechos conexos en Colombia. Entiendo esto, se explica quiénes son los Intermediarios que pueden intervenir en caso de reclamaciones por contenidos violatorios de éstos derechos. Finalmente, se plantean algunos cuestionamientos en cuanto a la responsabilidad de los intermediarios, relevantes para efectos del estudio desarrollado en esta monografía.

### **I. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN COLOMBIA**

Los derechos de autor y los derechos conexos hacen parte del derecho de la propiedad intelectual, un área del derecho a través de la cual se busca proteger toda creación del intelecto humano (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 3). Los derechos de autor son la protección que el Estado brinda a los autores de obras literarias, científicas y artísticas<sup>2</sup>, generalmente consistente en titularidad sobre los derechos patrimoniales derivados de la

---

<sup>2</sup> La Ley 23 de 1982 establece protección para los autores de: “*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 o 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*”. (Ley N° 23, 1982, art. 2)

explotación de la obra (por un determinado tiempo), y los derechos morales a través de los cuales se reconoce la paternidad sobre la obra. Adicionalmente, los Estados también dan protección a los intérpretes o ejecutantes a través de derechos conexos.

Existe un mandato constitucional para otorgar protección a la propiedad intelectual a través de la ley (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 61)<sup>3</sup>. Además, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se tiene la Decisión 351 de 1993, a través de la cual se busca reconocer *“una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión...”* (Comunidad Andina de Naciones, 1993, art. 1). Con la adopción de esta Decisión, los Estados se comprometen a brindar ciertos mínimos de protección a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

En Colombia la Ley 23 de 1982 establece quién se considera titular de derechos de autor o derechos conexos, y los derechos patrimoniales y morales que, como tal, le corresponden. Así, por ejemplo, el artículo 12 establece que el autor de una obra tendrá derecho exclusivo a realizar o autorizar (i) la reproducción de la obra; (ii) la traducción, adaptación, arreglo o transformación de la obra; y (iii) la comunicación de la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio (Ley N° 23, 1982). La ley también regula otros aspectos del régimen de protección a los derechos de autor, como las limitaciones y las excepciones al derecho del autor; límites al derecho de reproducción; transmisión del derecho; obras que pertenecen al dominio público, entre otros. Algunos de estos temas se estudiarán más adelante en esta monografía.

## **II. ¿QUIÉNES SON LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET?**

Existe una serie de actores que intervienen en la provisión de servicios, ya sean pagos o gratuitos, necesarios para que los usuarios de Internet (en adelante, “Usuarios”) puedan compartir contenidos. Ejemplos de ellos son la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), Claro, YouTube, Netflix, Google, Yahoo, Facebook o Twitter. Para efectos de este

---

<sup>3</sup> Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

trabajo los identificaremos como “Intermediarios de Internet” o simplemente “Intermediarios”. Delia Lipszyc explica:

Varios son los tipos de intermediarios involucrados en la entrega en línea a los usuarios finales de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos [a los de autor], porque éstos y la mayor parte de los proveedores de contenidos no pueden acceder directamente y por sí mismos a la red mundial de información sino que deben hacerlo a través de operadores de esa clase. (Lipszyc, 2005, p. 2)

Es decir, tanto quienes entregan contenidos como los Usuarios que acceden a ellos se sirven de estos Intermediarios. Para entender los distintas clases de Intermediarios de Internet, proponemos la siguiente clasificación<sup>4</sup>:

**1. Proveedores de servicios de Internet (ISP – Internet Service Provider):** en general, los ISP proveen servicios necesarios para acceder y usar Internet. Algunos de ellos son:

- a. Proveedor de acceso a Internet:** (*IAP - Internet Access Provider*) es un tipo de ISP que específicamente brinda el servicio de conexión a Internet “*es decir, el enlace a las redes de ordenadores interconectados que forman Internet*” (Lipszyc, 2005, p. 2).
- b. Proveedor de alojamiento (Hosting):** “*brinda el servicio de almacenamiento y mantenimiento de contenidos en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse a Internet (...), acceder a esos contenidos y recuperarlos*” (Lipszyc, 2005, p. 2).
- c. Servicios de mera transmisión:** “*cuando se transmiten o enrutan datos o se suministra conexión a una red mundial de información que facilite el acceso a una red de comunicaciones. Alló se encuentran involucrados servicios como el de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y sea intermedio o transitorio, es decir, no permanente*” (Ríos Ruiz, 2011, p. 557).

---

<sup>4</sup> Esta clasificación toma como base la presentación realizada por Delia Lipszyc (2005, p. 2-7).

- d. Servicios de memoria caché:** *“de ordinario, cuando se accede a un sitio web, el sistema debe ir a buscarlo en la Red y el proceso puede tomar algún tiempo; por ello, el almacenamiento de la información que hace el ISP en la memoria caché o temporal del equipo busca que no se tenga que ir a la Red a localizarla, sino a esa memoria provisional y se accede a ella”* (Ríos Ruiz, 2011, p. 557).

Así, por ejemplo, una empresa que se dedique a la provisión de contenidos (como Netflix) contrata a un IAP para tener acceso a Internet. Una vez tiene acceso, la empresa puede cargar los contenidos que ofrecerá –series, películas, documentales, etc.–, a través de otro ISP, y albergarlos en un servidor (proveedor de almacenamiento), para que sus Usuarios puedan acceder a través de Internet al mismo servidor y ver o descargar los contenidos que éste aloja. En ocasiones, un mismo ISP se encarga de proveer varios de estos servicios.

**2. Operadores de servicios web.** Su servicio es brindar al público medios y espacios para el intercambio de información y contenidos<sup>5</sup>. Por ejemplo, estos pueden prestar la siguiente clase de servicios:

- a. *Chat Rooms* (espacios de conversación).
- b. Correo electrónico (*E-mail*).
- c. Redes sociales.
- d. Foros y blogs.
- e. Alojamiento de imágenes o videos.

**3. Proveedores de motores de búsqueda y de hipervínculos:** *“ponen a disposición del público megabases de datos que registran los contenidos temáticos que circulan por Internet, clasificándolos para una averiguación rápida y eficaz (como los muy conocidos Google y Yahoo) mediante hipervínculos. A su vez, los proveedores de hipervínculos prestan servicios que*

---

<sup>5</sup> LIPSZYC, Delia. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. Análisis de la jurisprudencia internacional. XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. Asunción, 2005. P. 3.

*consisten en poner a disposición de los usuarios a través del propio sitio web un conjunto seleccionado y ordenado de enlaces a otros sitios web”<sup>6</sup>.*

**4. Proveedor de red o de infraestructura de telecomunicaciones:** *“suministra una infraestructura técnica (líneas telefónicas, de cable, por antena, por satélite, etcétera) con la finalidad de que el usuario se conecte a través de un proveedor de servicios de Internet con la página o sitio donde se encuentran almacenados determinados contenidos”* (Lipszyc, 2005, p. 7).

Para entender el rol de estos intermediarios se presenta el siguiente ejemplo: un Usuario A crea un documental sobre la música rock en los años sesenta. Desea hacerlo disponible a través de Internet a otros Usuarios, en este proceso intervienen varios Intermediarios: (i) el Usuario A contrata un IAP (como ETB) para acceder a Internet; (ii) accede a YouTube (operador de servicio web) donde carga su video; (iii) YouTube alberga el video en sus servidores (proveedor de alojamiento), de tal manera que otros Usuarios puedan acceder posteriormente a él. El Usuario B está interesado en aprender sobre música rock en los años sesenta, y busca información relevante en Internet. En esta operación intervienen también varios Intermediarios: (i) el Usuario B también requiere acceso a Internet, el cual es provisto por un IAP; (ii) accede a Google (proveedor de motor de búsqueda) para buscar información sobre el tema; (iii) los resultados de la búsqueda lo llevan al contenido generado por el Usuario A, albergado en los servidores de YouTube (operador de servicios web y proveedor de alojamiento); (iv) el Usuario B accede frecuentemente a YouTube, en consecuencia en su equipo se almacena cierta información de este sitio web (servicios de memoria caché) de forma que el Usuario B pueda acceder al sitio rápidamente, sin que el sistema tenga que ir a la red a localizar esta información cada vez que el Usuario B requiera acceder.

Tenemos entonces que una legislación podría exigir que, así como algunos de Intermediarios intervienen para que un determinado contenido generado por un Usuario esté disponible en Internet, estos mismos Intermediarios pueden intervenir técnicamente, de acuerdo con el

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* P. 4.



servicios que cada uno presta, para eliminar o bloquear los mismos contenidos. En adelante, a esta exigencia la llamaremos “Remoción y/o Bloqueo de Contenidos en Internet” (“RBCI”).

## **II. EL DILEMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET**

La clasificación de los Intermediarios nos permite concluir que, para que los contenidos generados por los Usuarios estén disponibles a través de Internet, se requiere no solo la acción de estos Usuarios, sino también la provisión de los servicios de algunos de estos Intermediarios. Sin embargo, en ocasiones estos contenidos son violatorios de derechos de autor (supongamos que, en el ejemplo propuesto, el Usuario B no comparte su propio documental sobre música rock, sino un video musical de una banda de rock, sin ningún permiso de los titulares de derechos de autor).

Esta situación ha levantado cuestionamientos sobre el tipo de responsabilidad que podrían tener estos Intermediarios. Por ejemplo, ¿debería condenarse a YouTube por un video musical que uno de sus Usuarios comparte, sin autorización del titular de los derechos de autor? o ¿debería responsabilizarse a un ISP, proveedor de alojamiento (*hosting*), por permitir que en uno de sus servidores se guarde un libro copiado sin la autorización del titular de los derechos de autor?

Estos cuestionamientos se estudiarán y resolverán más adelante en este estudio, por ahora se plantea ésta disyuntiva: ¿debería responsabilizarse a un Intermediario por los contenidos infractores de sus Usuarios, considerando que es materialmente imposible que aquellos monitoreen toda la actividad que éstos realizan y/o aprueben previamente todos los contenidos que estos deseen enviar o compartir a través de Internet? ¿O deberían los Intermediarios ser completamente eximidos de responsabilidad, si se considera que los contenidos violatorios de derechos de autor no estarían disponibles sin su intervención, y que éstos podrían incluso verse beneficiados de la provisión de tales contenidos?

Para resolver estos interrogantes, pasaremos a estudiar la “DMCA”, ley estadounidense a través de la cual se introdujo el sistema de remoción y bloqueo de contenidos en Internet, y estudiaremos algunos casos problemáticos.

## **CAPÍTULO DOS: RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LOS MECANISMOS DE REMOCIÓN DE CONTENIDOS EN LA DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT (NOTICE AND TAKEDOWN)**

Para efectos de entender los sistemas de RBCI, es necesario estudiar y analizar la ley estadounidense *Digital Millennium Copyright Act* o “DMCA”, primer antecedente legislativo en este tema. Entendiendo ya el proceso detrás de la provisión de contenidos en Internet y los Intermediarios que intervienen en él, se estudian en este capítulo las reglas previstas en la DMCA en cuanto a RBCI y responsabilidad de los Intermediarios. A continuación, se estudian las deficiencias de este sistema.

### **I. DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT (DMCA)**

La Ley de Derechos de Autor “Milenio Digital” de 1998 (*Digital Millennium Copyright Act*, en adelante “DMCA”), es una ley a través de la cual Estados Unidos adoptó varias disposiciones para la protección de los derechos de autor e implementó el Tratado sobre Derechos de Autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, adoptados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1996. Estos dos tratados se conocen conjuntamente como los “Tratados de Internet de la OMPI”, y establecen normas internacionales que buscan prevenir el acceso y el uso no autorizado de material protegido por derechos de autor a través de Internet y otras redes digitales (Oficina Internacional de la OMPI).

El segundo título de la DMCA es conocido como la Ley para la Limitación de la Responsabilidad por las Infracciones a los Derechos de Autor en Internet (*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, en adelante “OCILLA”). La OCCILA se ocupa del asunto de la responsabilidad de los Intermediarios de Internet (¿deben los Intermediarios ser responsables por los contenidos generados por sus Usuarios?), y lo resuelve con la adaptación de un modelo “*Safe Harbor*”, o de “Puerto Seguro”.

#### **1. El modelo *Safe Harbor* y la remoción de contenidos en Internet**

Las normas *Safe Harbor* establecen una serie de condiciones bajo las cuales una persona, en este caso un Intermediario, no será considerado responsable. Como explican Claudio Ruíz y Juan

Carlos Lara, “[p]or medio de este modelo, se establece una exención o limitación de responsabilidad en caso de que el prestador de servicios cumpla de buena fe con ciertos estándares establecidos por la ley” (2012, p. 69). De esta manera, si el Intermediario cumple el grupo de condiciones exigidas se asegura de no ser posteriormente hallado responsable por los contenidos que generen sus Usuarios (se sitúa dentro del “puerto seguro”). Por ejemplo, se podría establecer que un Intermediario no será responsable mientras no intervenga en la producción del contenido y mientras cumpla con la RBCI.

La DMCA contiene normas *Safe Harbor* para algunos Intermediarios de Internet (Digital Millennium Copyright Act, 1998)<sup>7</sup>, es decir, establece una serie de condiciones para que esos Intermediarios sean exonerados de toda responsabilidad por las violaciones a los derechos de autor en las que incurran sus Usuarios. Tales condiciones incluyen, por ejemplo, que el material transmitido no sea modificado en su contenido por el Intermediario (Sec. 512 (b)(2)(A)) o que, si el acceso al contenido por parte del Usuario está condicionado a que tal Usuario cumpla algún requisito (como el pago de una tarifa o el ingreso de una contraseña), el Intermediario permita el acceso únicamente si el Usuario ha cumplido con tal requisito (Sec. 512 (b)(2)(D)).

Otra de las condiciones establecidas para la exoneración del Intermediario es la establecida en la Sec. 512 (b)(2)(E), según la cual si el Usuario hace disponible material protegido sin la autorización del titular de los derechos de autor, el Intermediario tiene que remover el contenido o deshabilitar el acceso al mismo, tan pronto reciba una notificación por parte del titular, de acuerdo con el procedimiento de *Notice and Takedown*, o de “Notificación y Retirada”, establecido en la DMCA.

---

<sup>7</sup> El término utilizado en la DMCA es el de “Prestador de Servicios”, nombre con el que se identifica a dos clases de personas: (i) las que ofrecen la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para comunicaciones digitales en línea de material elegido por usuarios, sin modificación del contenido enviado o recibido, y (ii) las que proveen servicios de internet o acceso a la red, o el operador de las instalaciones de los mismos. Es decir, la definición no cubre a todos los Intermediarios que pueden verse involucrados en casos de violación a derechos de autor. Para efectos de este trabajo se mantendrá el término “Intermediario de Internet” o “Intermediario” para referirse a estos prestadores de servicios.

## 2. *Notice and Takedown* en la DMCA

El sistema de *Notice and Takedown*, o de “Notificación y Retirada”, según su traducción al español, es probablemente el modelo de RBCI más conocido en el mundo. Con el cumplimiento de este proceso (y de las demás exigencias dispuestas en OCILLA), el Intermediario se asegura de ser exonerado de responsabilidad por los contenidos infractores de sus Usuarios.

¿En qué consiste el *Notice and Takedown*? En términos generales, el proceso establecido en la DMCA (Sección 512) se compone de las siguientes etapas:

- a. **Notificación:** el titular de los derechos de autor, o quien esté autorizado por éste, envía una notificación al Intermediario sobre el contenido violatorio de los derechos de autor. Los DMCA exige que la notificación contenga los siguientes elementos (Sección 512 (c)(3)):
  - Firma de la persona autorizada para actuar en nombre del titular.
  - Identificación de la obra que se alega ha sido infringida.
  - Identificación del material infractor e información suficiente que permita al proveedor localizar el material.
  - Información que permita al proveedor contactar a la persona que hace la reclamación.
  - Una declaración en la que sostenga que cree de buena fe que el uso del material no está autorizado.
  - Una declaración, bajo pena de perjurio, sosteniendo que la información brindada es precisa.
  
- b. **Retiro:** tan pronto reciba la notificación, el Intermediario tiene que remover el material o deshabilitar el acceso al mismo. El Intermediario deberá notificar prontamente al Usuario que había subido el contenido removido.
  
- c. **Contra-notificación:** si el Usuario cuyo contenido ha sido removido o deshabilitado, considera que tal contenido no es violatorio de los derechos de autor del reclamante,

puede enviar un contra-notificación al Intermediario informando tal situación. Por su parte, la contra-notificación debe contener los siguientes elementos (Sección 512 (g)(3)):

- Firma de quien suscribe la contra-notificación.
- Identificación del material que ha sido removido o bloqueado y la ubicación donde se encontraba el material antes de se remoción o bloqueo.
- Una declaración, bajo pena de perjurio, en la que sostenga que cree de buena fe que el material fue removido o bloqueado como resultado de un error o de una identificación errónea del material.
- Nombre, dirección y número telefónico de la persona que hace la contra-notificación y una declaración sosteniendo que el suscrito acepta someterse a la jurisdicción del Tribunal del Distrito Federal del distrito judicial de su domicilio, o si el está domiciliado por fuera de los Estados Unidos, de cualquier distrito judicial en el que se encuentre el prestador de servicios.

**d. Transmisión de contra-notificación:** el Intermediario debe enviar una copia de la contra-notificación a quien envió la notificación de violación, informándole que, si en el término de 10 días hábiles en la DMCA, no envía al Intermediario prueba de que ha iniciado un proceso judicial para lograr que el Usuario no infrinja sus derechos de autor en relación con el material removido o deshabilitado, el Intermediario reemplazará el material y/o habilitará nuevamente el acceso al mismo.

**e. Reemplazo o habilitación del material:** de no recibir tal prueba, el Intermediario deberá reemplazar el material removido y/o habilitar el acceso al mismo en un término no menor a 10 días y no mayor a 14, después de recibir la contra-notificación.

La DMCA prevé, además, que los Intermediarios deberán desactivar las cuentas de Usuarios reincidentes.

## II. LAS DEFICIENCIAS DEL NOTICE AND TAKEDOWN

### 1. Observaciones preliminares

Una vez estudiado el sistema del *Notice and Takedown*, preliminarmente es posible hacer algunas observaciones:

- a. El proceso es enteramente extrajudicial. La RBCI no es ordenada por un juez, con conocimiento de causa. Es decir, no es necesario que el Intermediario tenga un conocimiento certero sobre la existencia de la infracción alegada, ya que no se requiere un pronunciamiento judicial que valide la solicitud.
- b. Nótese que lo único que se exige para que un Intermediario retire el contenido es que el titular envíe una notificación en la que alegue una violación. No se exige que el titular demuestre, si quiera someramente, o que tan solo explique cómo se ha dado la violación.
- c. Si el Intermediario desea mantener la inmunidad que le dan las normas *Safe Harbor*, debe remover o bloquear el contenido tan pronto reciba la notificación, sin que haya lugar para hacer consideraciones sobre la legalidad o ilegalidad de la conducta del Usuario.
- d. Si el Usuario envía una contra-notificación y el titular decide a iniciar un proceso judicial y envía prueba de ello al Intermediario, el material se mantendrá removido o bloqueado hasta tanto el juez resuelva, es decir, incluso si posteriormente éste encuentra que el material no era infractor.

El sistema de *Notice and Takedown* ha levantado serias preocupaciones por posibles amenazas a los derechos a la libertad de expresión. Pero, ¿cuál es el problema de este sistema, si se está tratando de proteger a los titulares de derechos de autor? En principio, la ley debe permitir que estos se defiendan ante el uso ilegal de sus creaciones a través de Internet. Al respecto, Junele Harris sostiene lo siguiente:

Podríamos pensar que está bien que los titulares de derechos de autor ataquen la piratería que les roba parte del mercado. ¿Pero qué pasa si el material que se busca remover cumple con un importante propósito de libertad de expresión de la Primera Enmienda<sup>8</sup>?

---

<sup>8</sup> “El Congreso no podrá hacer ninguna referente al establecimiento de una religión, o prohibiendo el libre ejercicio de la misma; ni limitando la libertad de expresión, o de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de personas, ni a solicitar al Gobierno una compensación de agravios”. Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos.

¿Y qué si el titular de los derechos de autor no busca proteger su trabajo como un activo económico sino que busca suprimir información poco favorecedora o silenciar la crítica? Seguramente, debe haber formas de distinguir el uso para la libertad de expresión de la mera piratería. Por lo menos, considerando tanto los riesgos de la piratería en línea como la importancia crítica de Internet como un foro de discurso democrático, ¿no debería realizarse una ponderación de los derechos de autor del titular frente a los derechos de la Primera Enmienda? Esta pregunta se está planteando de manera cada vez más frecuente. (2004, p. 91)

Las preocupaciones se hacen mayores si se considera que, a pesar de que muchos de los Intermediarios prestan servicios alrededor de todo el mundo, estos están localizados en Estados Unidos y, en consecuencia, están sujetos a la legislación estadounidense. Éste es el caso especialmente de redes sociales como Facebook y Twitter o motores de búsqueda como Google y Yahoo.

## **2. Casos problemáticos**

Para ilustrar las críticas que el procedimiento de *Notice and Takedown* ha suscitado, mencionamos a continuación algunos casos:

- a. En 2013, la oficina de turismo de Alberta, Canadá, publicó un video con el objetivo de promover el turismo a esta región canadiense, bajo el eslogan “Recuerda respirar”. En 2014, el guionista Andy Cobb y el productor Mike Damanskis decidieron hacer un documental sobre los perjuicios sociales y medioambientales de un proyecto de explotación petrolera adelantado en Alberta por una compañía de producción y explotación de hidrocarburos, para efecto de lo cual subieron a YouTube un tráiler<sup>9</sup> del documental, solicitando donaciones para su financiación. En el tráiler, de una duración de dos minutos y medio, se usaban alrededor de 6 segundos de imágenes del video de la oficina de turismo de Alberta y el lema “Recuerda respirar” para resaltar la ironía del lema frente a la destrucción medioambiental que la explotación petrolera ha causado. La oficina de turismo de Alberta, cuya firma de abogados también representa a un grupo de grandes compañías petroleras en la región (Horn, 2013), envió a YouTube una

---

<sup>9</sup> Disponible en <https://vimeo.com/72381345>. Recuperado el 28 de noviembre de 2015.



reclamación por violación a derechos de autor, y el video fue temporalmente removido (Electronic Frontier Foundation, 2013).

- b. La Iglesia de la Cienciología ha sido acusada de valerse repetidamente de reclamaciones por violaciones a los derechos de autor para callar a sus críticos en Internet. En 2013, la organización de la Iglesia de la Cienciología Internacional (ICI) solicitó a GoDaddy, Intermediario que presta los servicios de registro de nombres de dominio y alojamiento, que removiera la página web [www.cheerupwillsmith.com](http://www.cheerupwillsmith.com). Parodiando a la ICI y de manera satírica (haciendo énfasis en el estricto control que presuntamente ejerce la iglesia sobre sus miembros), la página incluía una carta supuestamente enviada por David Miscavige, líder de la iglesia, en la que se exigía a sus miembros ir a ver, al menos tres veces, la película *After Earth*, protagonizada por el actor Will Smith (quien supuestamente estaba vinculado con la iglesia), ya que no había sido un éxito de taquilla. La reclamación se soportaba en la supuesta violación a los derechos de autor y de marca de la ICI, ya que el sitio usaba los logos de la ICI e imágenes de David Miscavige. Tras la reclamación, GoDaddy removió la página web (Electronic Frontier Foundation, 2013).

Operation Clambake es una organización sin ánimo de lucro y una página web<sup>10</sup> crítica de la Iglesia de la Cienciología, según la cual “[l]a Iglesia de la Cienciología es un peligroso y vicioso culto enmascarado de religión. Su propósito es hacer dinero” (Operation Clambake). El sitio web utiliza material de esta iglesia para apoyar sus argumentos y sus críticas. Por su parte, la Iglesia de la Cienciología, alegando que el material utilizado violaba sus derechos de autor, inició una reclamación bajo la DMCA contra el motor de búsqueda Google (The Berkman Center for Internet & Society, 2002) para que los resultados de la búsqueda de la palabra “cienciología” no mostrarán el sitio web de Operation Clambake (BBC News, 2002). Tras las amenazas de la iglesia, Google procedió remover temporalmente la página web de sus resultados. Este caso también ha resultado en amenazas para los Intermediarios que soportan la página web de Operation Clambake (Loney, 2002).

---

<sup>10</sup>Disponible en [www.xenu.net](http://www.xenu.net). Recuperado el 28 de noviembre de 2015.

- c. El sistema de *Notice and Takedown* también ha sido un medio utilizado por algunos gobiernos para censurar la crítica. En octubre de 2013, YouTube removió el pequeño documental “Acoso a Intag” del cineasta ecuatoriano Pocho Álvarez, el cual relata la lucha de la comunidad indígena Intag, la cual, de acuerdo con el documental, viene siendo hostigada por transnacionales mineras desde los años noventa. El documental incluía menos de 20 segundos de video del presidente Rafael Correa en el cual insinuaba que las comunidades locales eran culpables por retrasar el desarrollo regional (Vivanco & Bertoni, 2014).

En septiembre de 2014, Facebook eliminó un video subido por un ciudadano ecuatoriano que hacía una compilación de imágenes y videos de abuso policial durante unas manifestaciones en Quito. Éste incluía un videoclip del presidente Correa en el cual felicitaba a la policía por su actuación durante las manifestaciones, tomado del programa semanal del presidente emitido en la televisión pública (Vivanco & Bertoni, 2014).

- d. En 2008, durante las elecciones presidenciales en Estados Unidos, anuncios de ambos candidatos fueron objeto de ataques. Lizbeth Hasse explica:

Durante las elecciones presidenciales de 2008, NBC solicitó a YouTube remover un anuncio a favor de Obama de su página web porque este incluía material ‘no autorizado’ de las transmisiones de NBC News y MSNBC. Unas semanas antes CBS había logrado que YouTube removiera un anuncio de la campaña de McCain que mostraba a la entonces presentadora de CBS Katie Couric amonestando a Obama. La campaña de McCain perdió tantos de sus videos publicados en YouTube a través del proceso de remoción de la DMCA que finalmente escribió a YouTube lamentando los costos para su campaña. (2012)

La situación se repitió durante la campaña presidencial de 2012, cuando BMG (empresa alemana de administración de derechos de escritores y artistas musicales), hizo que YouTube retirara un video de la campaña de Mitt Romney en el cual se incluía audio y video del presidente Obama cantando la canción “Let’s Stay Together” de el cantante Al Green, para criticar su relación con sus grupos de lobby y recaudadores de fondos para su

campana. Debido a que BMG tiene los derechos sobre esta canción, envió una reclamación a YouTube bajo la DMCA para que el anuncio fuera removido (Hasse, 2012).

### **3. Excepciones y limitaciones al derecho de autor**

Por regla general, el uso y/o la reproducción de material protegido por derechos de autor requiere la autorización del titular de tales derechos. Sin embargo, el estudio de estos y otros casos de RMCI a través del proceso de *Notice and Takedown* hace que nos cuestionemos sobre qué usos del material protegido deberían permitirse sin necesidad de tener autorización del titular de los derechos de autor. ¿Se debe permitir la reproducción de videos, imágenes o textos con fines de información, por ejemplo por un periódico o un noticiero? ¿Debería permitirse su uso para la crítica, incluso del mismo autor? ¿Y la parodia o la sátira? Estas preguntas se han tratado de resolver a través de la aplicación del denominado “Régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor”. Ríos Ruiz explica:

Se han establecido una serie de circunstancias en las cuales, sin obtener autorización del autor o el titular y sin el pago de remuneración o contraprestación alguna, se pueden utilizar textos de terceros siempre y cuando se respeten y cumplan los distintos requisitos establecidos en los denominados regímenes de excepciones y limitaciones al derecho de autor (2011, p. 109).

Debido a que las excepciones y limitaciones son consagradas en la legislación de cada Estado, éstas son particulares a cada país<sup>11</sup>. Clásicos ejemplos de excepciones y limitaciones a los derechos de autor son: la citación de obras literarias, con indicación del autor y el título de la obra; la reproducción de obras literarias o artísticas en obras destinadas a la enseñanza; la reproducción de noticias difundidas en prensa o en radio; y la reproducción de la Constitución, leyes, decretos, actos administrativos, decisiones judiciales, entre otros.

---

<sup>11</sup> En Colombia el régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor está consagrado en el Capítulo III de la Ley 23 de 1982 y en el Capítulo VII de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos).

Si bien el tema del régimen de excepciones y limitaciones no es objeto de estudio del presente trabajo, vale la pena mencionar que, en los casos presentados, aquellos que han utilizado obras protegidas por derechos de autor en los contenidos que posteriormente fueron removidos o bloqueados, han alegado que dichos usos se han dado de conformidad con estas excepciones y limitaciones. Específicamente se han referido a la doctrina del *Fair Use* o del “uso razonable”, una excepción del sistema jurídico estadounidense que permite el uso limitado de obras protegidas para ciertas actividades como el reportaje de noticias, la crítica, la parodia o con fines educativos<sup>12</sup>.

La existencia de un régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor pone en evidencia las deficiencias del sistema de *Notice and Takedown*, ya que, incluso si los contenidos publicados por los Usuarios incluyen legítimamente material protegido, los Intermediarios son prácticamente forzados a removerlos. Si bien algunos contenidos son eventualmente restaurados, luego de el envío de contra-notificaciones, las remociones o bloqueos pueden darse en momentos críticos (por ejemplo, durante una campaña presidencial). Las críticas se pueden sintetizar con las palabras de Carlos Cortés Castillo:

De la descripción del sistema de notificación y retiro puede colegirse su principal problema: se trata de un mecanismo desproporcionadamente desequilibrado en contra del ciudadano. Con el único propósito de salvaguardar el interés de los titulares de contenidos, el sistema desconoce los propios avances del derecho de autor y, peor aún, vulnera el debido proceso y la libertad de expresión de los usuarios. (Cortés Castillo, 2013, p. 5)

---

<sup>12</sup> El concepto de *Fair Use* está consagrado en la legislación estadounidense en la Sección 17 § 107 de la Ley de Derechos de Autor de 1976, la cual establece que no será una infracción a las normas de derechos de autor el uso razonable de material protegido para propósitos tales como crítica, comentario, reportaje de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para uso en el salón de clases), becas o la investigación. Nótese que la lista de propósitos permitidos no es taxativa. La ley establece cuatro factores (no exclusivos) a considerar al momento de determinar si un uso de un material protegido constituye *Fair Use*: (i) el propósito y carácter del uso, considerando si el uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educativos sin ánimos de lucro; (ii) la naturaleza del material protegido con derechos de autor; (iii) la cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación con el trabajo protegido en su conjunto, y (iv) el efecto de ese uso en el valor de la obra o en su mercado potencial.

A continuación, se enuncian algunas de las críticas recibidas por este sistema:

**a. El sistema no diferencia verdaderas infracciones de usos legítimos. No se requiere la intervención de un juez**

El sistema de *Notice and Takedown* tiene un problema de raíz, y es que permite la remoción de toda clase de material sin distinguir entre contenidos infractores y contenidos protegidos por el régimen de limitaciones y excepciones a los derechos de autor y por el derecho a la libertad de expresión. Esto se deriva, según se resaltó anteriormente, del hecho de que las decisiones sobre RBCI no son tomadas por un juez, con conocimiento fáctico y legal, sino por particulares.

Incluso si la notificación no fuese temeraria, actuando el titular con verdadera buena fe, creyendo que el uso de su obra no es legítimo, podría ocurrir que tal uso sí esté autorizado. Al titular no se le puede exigir conocer la legislación sobre derechos de autor, así como tampoco se le puede exigir al Intermediario que toma la decisión de remover el contenido. En consecuencia, existe un grave riesgo de que los contenidos sean removidos sin sustento jurídico alguno.

**b. El sistema incentiva la remoción del contenido**

La RBCI es un requisito para que el Intermediario mantenga la inmunidad que le otorga el régimen de *Safe Harbor*, esto crea un incentivo perverso a favor de la remoción de contenidos, ya que el Intermediario podría verse enfrentado a costosos procesos legales que puede evitar simplemente removiendo o bloqueando contenidos. La alternativa que la DMCA plantea al Intermediario es la siguiente: si usted, Intermediario, no retira el contenido, puede ser responsable indirecto de las violaciones a derechos de autor de sus Usuarios (con el riesgo de tener que asumir los perjuicios que la posible violación genere); si lo retira, no será responsable en ningún caso.

En teoría, el Intermediario podría revisar las reclamaciones y apostar por aquellos contenidos que, en su opinión, usen legítimamente las obras protegidas, manteniéndolos disponibles en Internet. Sin embargo, lo anterior implica un esfuerzo (humano y

económico) que los Intermediarios no siempre estarán dispuestos a realizar. Tenemos pues que existen dos factores que favorecen la RBCI, a saber: por una parte el Intermediario mantiene su inmunidad, por otra se evita los costos relacionados con la revisión de notificaciones. Sobre este punto, Wendy Seltzer sostiene que:

Cada semana, se redactan entradas en blogs, se borran videos y páginas web son removidas del los resultados de las búsquedas en Internet bajo reclamaciones por infracciones de derechos de autor. Las provisiones “safe harbor” de la DMCA alientan a los proveedores de servicios a responder a las quejas por violaciones a los derechos de autor con la remoción del contenido, lo que asegura la inmunidad de los proveedores de servicios, mientras se disminuyen los derechos de sus subscriptores y usuarios. El escudo de la ley para los proveedores de servicios se convierte, paradójicamente, en una espada en contra del público, que depende de los proveedores como plataformas para la expresión. (2010, p. 175)

**c. ¿Censura previa? ¿Medida cautelar?**

El sistema previsto en la DMCA podría estar muy cercano a la censura previa. Wendy Seltzer sostiene que las barreras que impone la DMCA funcionan como censura previa al hacer que el proveedor de servicios remueva el contenido antes de que exista una decisión judicial sobre su ilegalidad. En este sentido sostiene que:

Los procesos de remoción que resultan de las notificaciones de la DMCA tienen muchas de las características de las restricciones previas del discurso: se imponen para limitar el discurso antes de cualquier fallo sobre el fondo de las reclamaciones de derechos de autor. (2010, p. 190)

De acuerdo con Seltzer, hay quienes argumentan que el castigo posterior es una restricción más severa a la libertad de expresión que la censura previa, porque quien se expresa pierde la oportunidad de que la legitimidad de su discurso sea evaluada previamente, y no después cuando ya pueda verse enfrentado a cargos criminales (2010, p. 192). Sin embargo, Seltzer perspicazmente resalta que la DMCA trae lo peor de ambas opciones, debido a que el Usuario puede sufrir tanto la restricciones previas a la revisión

del juez, como las subsiguientes procesos judiciales (civiles y/o penales), ya que la remoción del contenido solo ofrece inmunidad al Intermediario, y no al Usuario. En este sentido sostiene que:

Incluso si la DMCA y la responsabilidad secundaria [del Intermediario] no puedan ser invalidadas como una clásica censura previa, muchas de las razones para desfavorecer la censura previa aplican aquí también. La DMCA priva al público tanto del acceso al discurso que en últimas se dictaminaría como legal y la certeza judicial que viene de la revisión previa de muchas de estas disputas. (Seltzer, 2010, p. 192)

Otro aspecto cuestionable de este sistema es que, si el titular decide iniciar un proceso judicial después de recibir la contra-notificación, el contenido se mantiene removido o bloqueado hasta tanto el juez no resuelva, con lo cual el *Notice and Takedown* se convierte en una verdadera medida cautelar, decidida por el Intermediario y no por un juez. Al respecto, Wilson Ríos explica que:

En la mayoría de códigos y normas de procedimiento aplicables ante la jurisdicción ordinaria, quien solicita una medida cautelar debe garantizar o constituir pólizas que aseguren el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios que con su conducta pueda causar al presunto infractor. (2011, p. 577)

Es decir que el *Notice and Takedown* se convierte en una medida cautelar, sin el previo conocimiento del juez que una medida de esta clase demandaría y sin la prestación de las garantías que normalmente se requieren.

#### **d. *Chilling Effects***

El sistema desincentiva que los Usuarios presenten contra-notificaciones y debatan la legalidad de sus contenidos. Así lo explica Carlos Cortés, quien sostiene que:

Mientras la DMCA incentiva las solicitudes de retiro, claramente desincentiva las contra-notificaciones y solicitudes de restablecimiento. Tener que presentar una declaración juramentada y aceptar expresamente la jurisdicción de cualquier Corte para defender una

foto o un video se vuelve una acción arriesgada, reservada únicamente para usuarios expertos, abogados o activistas. (2013, p. 5)

Esta forma de actuar, -o mejor, de no actuar- de los Usuarios es lo que ha sido llamado en el derecho constitucional estadounidense como *Chilling Effects*, o “Efectos Inhibitorios”, definidos como:

La inhibición o la disuasión del legítimo ejercicio de un derecho constitucional, especialmente de uno protegido por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, por la potencialidad o la amenaza de un enjuiciamiento o la aplicación de una ley o sanción. (Webster's New World Law Dictionary, 2010)

Por supuesto, es natural que un Usuario promedio, sin conocimiento legal, prefiera abstenerse de enviar una contra-notificación en vista de un eventual proceso judicial y de consecuencias legales cuyo alcance desconoce. En este caso, si bien el Usuario está dispuesto a publicar el contenido, no lo está para enviar la contra-notificación luego de que este es removido. En este sentido, Carlos Cortes nos recuerda que la DMCA obliga a quien realiza la contra-notificación a hacer una declaración, bajo gravedad de juramento (cuya falsedad constituye el delito de perjurio), sosteniendo que se cree que el material fue removido o bloqueado como resultado de un error o de la identificación errónea del material (2013, p. 5). Además, también se debe declarar que se está dispuesto a llevar el caso ante un juez. Las anteriores exigencias contrastan con las que se hacen a quien envía la notificación, quien solo declara, bajo gravedad de juramento, que la información contenida en la notificación es precisa.

De acuerdo con Wendy Seltzer, existen varias razones por las cuales un individuo puede abstenerse de ejercer su derecho a expresarse con contenidos que la ley no prohíbe: (i) porque teme ser encontrado culpable a pesar de no haber actuado mal; (ii) porque anticipa que el costo de defensa será alto, incluso si está convencido de haber actuado correctamente; y (iii) porque duda de la corrección absoluta de su posición y teme los altos costos que tendría que asumir en caso de ser encontrado culpable (2010, p. 194).



**e. No hay consecuencias negativas graves para quien envía la notificación. Avalancha de notificaciones**

Quien logra silenciar la expresión legítima de un Usuario no sufre consecuencias trascendentales, en consecuencia, no se desincentiva efectivamente esta manera de actuar. La DMCA establece que cualquier persona que a sabiendas sostenga falsamente que el material es infractor o que el material fue removido o bloqueado por error o por una identificación errónea del material será responsable por cualquier daño que genere (Digital Millennium Copyright Act, 1998, Sección 512 (f)). Sin embargo, esta solución no es práctica para el Usuario (la necesidad de iniciar un proceso judicial podría traer consigo un efectos inhibitorio para el Usuario).

Un ejemplo de esto, señalado por Carlos Cortés, es el caso de Stephanie Lenz contra Universal. En 2007, la Electronic Frontier Foundation, una organización sin ánimo de lucro que lucha por la defensa de las libertades civiles en el mundo digital, ayudó a Stephanie Lenz a demandar a Universal por la violación de su libertad de expresión al haber hecho que YouTube bloqueara un video de 29 segundos de su bebé bailando la canción “Let’s Go Crazy” del cantante Prince, que se escuchaba en el fondo<sup>13</sup>. El caso tardó alrededor de seis años en ser resuelto en primera instancia (Mullin, 2013). La decisión definitiva, luego del proceso de apelación se adoptó en septiembre de 2015 (Electronic Frontier Foundation, 2015). Lo anterior nos permite pensar que, incluso bajo esta amenaza, el titular puede preferir asumir los eventuales perjuicios que genere con el silenciamiento injustificado de un Usuario que las repercusiones derivadas de mantener los contenidos disponibles. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la compañía petrolera en Alberta, Canadá, estudiado anteriormente.

La falta de consecuencias severas y el efecto inhibitorio que la regulación tiene sobre los Usuarios promueven el envío de notificaciones injustificadas y sin restricción por parte del titular. Carlos Cortés señala que *“es usual el empleo de herramientas automáticas*

---

<sup>13</sup> Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=N1KfJHFWlhQ>. Recuperado el 28 de noviembre de 2015.

*que barren la red en busca de contenido en sitios no previstos por el propietario para después generar masivamente solicitudes de notificación y retiro”* (2013, p. 5).

Esto fue lo que ocurrió cuando en 2013 la cadena de televisión americana Fox, a través de una herramienta automatizada, envió una cantidad desmedida de notificaciones a Google para que removiera de sus resultados de búsqueda todos los links relacionados con la palabra “homeland” (“patria”, en español), pretendiendo bloquear videos que ilegalmente reprodujeran capítulos de su serie de televisión “Homeland”. Sin embargo, es apenas previsible que en Internet exista todo tipo de material relacionado con esta palabra, que nada tenga que ver con la serie producida por Fox. El daño colateral de la temeraria acción de Fox fue recibido por el escritor canadiense Cory Doctorow, quien ese mismo año había publicado en Internet bajo una licencia de Creative Commons su novela “Homeland”, en nada relacionada con la serie de Fox, y la cual, irónicamente, trata el tema de la lucha contra la censura (Electronic Frontier Foundation, 2013) (Van der Sar, 2013).

**f. Otras deficiencias del *Notice and Takedown***

- **Eliminación injustificada de Usuarios:** como agravante de la RBCI injustificada, está la eliminación también injustificada de Usuarios en apariencia reincidentes.
- **Demora en restablecer los contenidos:** el término durante el cual el contenido se mantiene removido (de diez a catorce días hábiles, de acuerdo con la DMCA) puede ser planeado estratégicamente para restringirlo durante el tiempo de mayor impacto (Seltzer, 2010, p. 191).
- **Acciones privadas, fuera del conocimiento público:** La RBCI es enteramente extrajudicial, realizada por privados (Intermediarios). *“Las acciones privadas están incluso menos abiertas a la evaluación del público que aquellas que el gobierno censura; la naturaleza indirecta de la regulación desvía la crítica”* (Seltzer, 2010, p. 191).

Las amenazas del sistema de *Notice and Takedown* a la libertad de expresión han llamado la atención de organizaciones activistas como la ya mencionada Electronic Frontier Foundation, líder en la lucha por la libertad de expresión en Internet, que, entre otras cosas, proporciona ayuda legal y acompañamiento en casos de abusos del *Notice and Takedown*. Por su parte, *Chilling Effects* es un archivo, creado Wendy Seltzer, que pretende dar más publicidad a los procesos de *Notice and Takedown* recolectando y analizando millones notificaciones (tanto legítimas como cuestionables) enviadas en el marco de la DMCA. En Colombia están la Fundación Karisma, y el colectivo RedPaTodos los cuales se dedican a la defensa de las libertades civiles y los derechos humanos en Internet, participando activamente en los debates relacionados con el tema.

El estudio de las deficiencias del sistema creado por la DMCA nos muestra que, en los conflictos surgidos a partir de los procesos de RMCI, pueden verse enfrentados distintos derechos jurídicamente protegidos. Por una parte encontramos los derechos de autor y conexos, y por otra los derechos a la libertad de expresión y el debido proceso. Estos derechos son analizados en el próximo capítulo, con el objetivo de dar luz sobre los parámetros a seguir en caso de una eventual regulación y de la adopción de un sistema de RMCI en Colombia.



Protecting Democracy would be a lot simpler without all this free speech!

-Caricatura de Joel Pett.

Joel Pett's Editorial Cartoons  
(16 de abril de 2013)

<sup>14</sup> Disponible en <http://www.cartoonistgroup.com/store/add.php?iid=11481>. Recuperado el 28 de noviembre de 2015.

## CAPÍTULO TRES: EL BALANCE DE DERECHOS FUNDAMENTALES, UN ESTUDIO CONSTITUCIONAL

Hemos estudiado el proceso de RBCI establecido por la DMCA, entendiendo también sus deficiencias y los conflictos que pueden suscitarse, en los cuales se ven enfrentados distintos derechos. Por un parte, están los derechos de los autores e intérpretes sobre sus obras, y por la otra, los derechos a la libertad de expresión y el debido proceso. En este capítulo se estudian, con perspectiva constitucional, los derechos involucrados en los procesos de RBCI, con el objetivo de conocer las bases constitucionales que tendrían que considerarse en el evento de la expedición de tal regulación.

En primer lugar, vale la pena aclarar que no existen casos en la jurisprudencia constitucional colombiana en los que se estudie en específico el tema de la RBCI, precisamente porque la ley no ha consagrado aún un sistema como el de la DMCA o similar. Sin embargo, sí existen múltiples pronunciamientos de la Corte en los que se analizan los derechos que se ven enfrentados en estos casos.

Antes de analizar lo que la Corte Constitucional ha estudiado respecto de estos derechos, es importante referirse a la Sentencia C-1147 de 2001, en la cual este tribunal declaró que las garantías de la Constitución son igualmente aplicables en Internet:

En Internet, entonces, puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: **se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado ‘ciberespacio’ también debe velar el juez constitucional.**

A nadie escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.), la intimidad y el habeas data (artículo 15 C.P.), la libertad de conciencia o de cultos (artículos 18 y 19 C.P.), la libertad de expresión (artículo 20 C.P.), el libre ejercicio de una profesión u oficio (artículo 26 C.P.), el secreto profesional (artículo 74 C.P.) y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares

participar en las decisiones que los afectan (artículos 2 y 40 C.P.), por citar tan sólo algunos ejemplos. **Nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales.** (Corte Constitucional, 2011)(Negrita fuera de texto original)

Es claro entonces que los derechos constitucionales demandan igual protección en Internet, ya que las prerrogativas se mantienen incluso si son ejercidas en este escenario. Partiendo de la anterior aclaración, estudiaremos a continuación algunos pronunciamientos de la Corte sobre el derecho a la libertad de expresión, el derecho al debido proceso y los derechos de autor, todos ellos de consagración constitucional.

## **I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

### **1. Constitución y Bloque de Constitucionalidad**

La Constitución Política de Colombia establece la libertad de expresión como un derecho fundamental en su artículo 20, el cual dispone lo siguiente:

*Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.*

*Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.*

La libertad de expresión tiene una larga historia de protección como derecho fundamental a través de diversos instrumentos internacionales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en 1789, la contempla como un derecho inalienable de la persona<sup>15</sup>. También la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la

---

<sup>15</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 11. *La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.*

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948 la incluye como un derecho humano en su decimonoveno artículo<sup>16</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), también adoptado por la Asamblea General de la ONU, establece en su artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
  - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup> (CADH, también conocida como el Pacto de San José) base del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), trata la libertad de pensamiento y de expresión en su decimotercer artículo, entendiéndola como un derecho que pertenece a todas las personas. De acuerdo a lo establecido en el mismo artículo, dicho derecho implica la libertad de buscar, recibir y difundir ideas de toda índole y por cualquier medio. El artículo contiene, además, una serie de preceptos prácticos relacionados con el ejercicio de este derecho, así:

- El ejercicio del derecho no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades posteriores, establecidas con el fin de asegurar la protección de los derechos y la

---

<sup>16</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 19. *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

<sup>17</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

reputación de los demás, así como la seguridad nacional, el orden público y la salud y la moral públicas. Estas responsabilidades deben fijarse expresamente en la ley.

- No se puede restringir el derecho por vías indirectas (por ejemplo, restringiendo el acceso de papel para la impresión de periódicos).
- Se establecen como límites a la libertad de expresión: la propaganda a favor de la guerra; la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o acciones similares, por ningún motivo (como la raza, la religión, el idioma u el origen nacional). También éstas limitaciones, por exigencia de la misma convención, deben estar establecidas en la ley.

La DUDH, el PIDCP y la CADH hacen parte del ordenamiento jurídico interno colombiano, de acuerdo con lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, según el cual los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno. Asimismo, dicho artículo ordena que los derechos y deberes consagrados en la constitución sean interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión debe decirse que nuestra actual Constitución Política, promulgada en 1991, trajo consigo una visión bastante más garantista que su predecesora de 1886<sup>18</sup>, consagrando en su artículo 20 a la libertad de expresión como un derecho fundamental de todas las personas.

---

<sup>18</sup> La Constitución Política de 1886 no contemplaba expresamente la libertad de expresión. Por el contrario, con la promulgación de esta constitución se eliminó la referencia explícita a la libertad de expresión que traía la Constitución de 1863, según la cual los habitantes y transeúntes en Colombia eran libres de expresar “*sus pensamientos de palabra o por escrito sin limitación alguna*” (Art. 15 inc. 7). También la Carta Política de 1863 contempló la libertad absoluta de imprenta y de circulación de impresos, tanto nacionales como extranjeros (Art. 15 inc. 7).

De manera un poco más estricta, la Constitución de 1886 dispuso la libertad de prensa “en tiempos de paz”, pero con responsabilidad con arreglo a las leyes cuando se atente a la honra de las personas, el orden social o la tranquilidad pública (Art. 42). Adicionalmente, entre las disposiciones transitorias de este estatuto estaba el artículo “K”, según el cual mientras no se expidiera la ley de imprenta, el Gobierno quedaba facultado para prevenir y reprimir los “abusos de la prensa”.



Finalmente, la Carta Democrática Interamericana<sup>19</sup> de 2011, adoptada por la Asamblea General de la OEA, se reconoce expresamente a la libertad de expresión y de prensa como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

## **2. Delimitación del derecho a la libertad de expresión por la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional de Colombia se ha encargado de precisar el concepto y el alcance de libertad de expresión. Así, a través de sentencia T-1037 de 2010 este tribunal aclaró que éste derecho cuenta con dos dimensiones: una individual y una colectiva.

[L]a dimensión individual, consiste “en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones, y [la] colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”.

Partiendo de esta doble connotación, se ha explicado por la jurisprudencia que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos, que implica tanto el derecho a comunicar a otros el propio punto de vista y las informaciones u opiniones, como el derecho de todos a recibir y conocer tales puntos de vista, informaciones, opiniones, relatos o noticias, libremente y sin interferencias. Sobre este punto se ha precisado que para el ciudadano es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otros, como el del legítimo derecho a difundir la propia. (Corte Constitucional, 2010)

Posteriormente, la misma Corte, a través de sentencia C-422 de 2011, sostuvo que la libertad de expresión se define como:

[E]l derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una libertad negativa pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una

---

<sup>19</sup> Adoptada el 11 de septiembre de 2011, en Lima, Perú.

libertad positiva pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación. (Corte Constitucional, 2011)

De la mano de lo establecido por la Carta Democrática Interamericana, la Corte Constitucional también se ha referido a la libertad de expresión como un principio del ejercicio de la democracia (Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 2013). En efecto, la participación ciudadana está condicionada a la posibilidad de expresar libremente todo tipo de opiniones, sin temor a recibir represalias del Estado o la sociedad.

Por supuesto, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. Los mismos instrumentos internacionales que lo declaran como un derecho fundamental, hablan de sus límites. Así también lo ha hecho, de la mano de lo dispuesto en dichos instrumentos, la Corte Constitucional. A continuación se sintetizan algunos pronunciamientos relevantes de éste tribunal que delimitan el alcance y los límites de la libertad de expresión:

- Existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos. Hay diferentes grados de protección constitucional de los discursos amparados por la libertad de expresión (Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2011).
- La libertad de expresión cobija tanto el contenido de la expresión como el medio elegido por quien se expresa. *“Cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicas relevantes”* (Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2011).
- Se ampara tanto el contenido de la expresión como su tono. En consecuencia, se protegen no solo expresiones socialmente aceptadas sino también *“aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias”* (Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2011). *“En ejercicio de la libertad de expresión, toda persona es libre de opinar lo que a bien tenga, sin importar qué tan molesta, equivocada, provocadora, revolucionaria o inmoral pueda ser la idea expresada”* (Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 1995).

- La libertad de expresión sólo puede limitarse para preservar derechos de una jerarquía comparable, es decir, derechos fundamentales (v. gr. la intimidad, el buen nombre, la prohibición de discriminación). *“La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infraconstitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política”* (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007).
- El derecho a la libertad de expresión es prevalente, por regla general prima sobre los derechos al buen nombre y a la honra *“salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales”* (Corte Constitucional, Sentencia T-80 de 1993).
- Son límites a la libertad de expresión: el orden público (tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad pública), el interés general, el bien común y los derechos de los demás (Corte Constitucional, Sentencia T-317 de 1994). No obstante lo anterior se debe respetar el principio de legalidad. Al respecto la Corte ha sostenido que:

Sin embargo, como en nombre de la seguridad y el orden público se han cometido numerosos atropellos contra la libertad de expresión, es particularmente importante que en este ámbito, los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar. (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 1994)

- Existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión, la cual tiene un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional. Esta presunción a favor de la libertad de expresión tiene tres efectos jurídicos:

Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional; presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; sospecha de

inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto. (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 1994)

- La presunción de constitucionalidad ha sido desvirtuada para los siguientes tipos de expresión: (i) la propaganda a favor de la guerra; (ii) la apología al odio que constituya una incitación a la discriminación o la violencia; (iii) pornografía infantil; y (iv) la incitación directa y pública a cometer genocidio (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 1994).
- En cuanto a las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, la Corte ha sostenido que, para ser consideradas constitucionales, estas deben cumplir con los siguientes requisitos básicos: (i) estar previstas de manera precisa y taxativa en la ley; (ii) perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas<sup>20</sup>; (iii) ser necesarias para el logro de dichas finalidades; (iv) ser posteriores y no previas a la expresión; (v) no constituir censura, lo cual incluye mantener neutralidad frente al contenido de la expresión que se limita; (vi) ser proporcionada, es decir, “*no incidir de manera excesiva en el ejercicio de este derecho fundamental*” (Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 1994).

### **3. La libertad de expresión en Internet en las sentencias de la Corte Constitucional**

Tal vez por su relativa “novedad” en comparación con otros medios masivos de comunicación (como la prensa, la radio y la televisión), el tema de la libertad de expresión en Internet aún no ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional. Sin embargo, existen algunos pronunciamientos relevantes para el presente análisis.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha aclarado que la libertad de expresión es un derecho que también se aplica en Internet. Lo anterior es predicable tanto de las prerrogativas que tal

---

<sup>20</sup> En la misma sentencia, la Corte sostuvo que las autoridades que pretenden establecer límites a la libertad de expresión tienen tres cargas, a saber: una definitiva (exponer la finalidad que se persigue, su fundamento legal preciso, y el impacto del ejercicio de la libertad de expresión en el bien que se pretenden de proteger); una argumentativa (expresar los argumentos que demuestran que se han derrotado las presunciones constitucionales a favor de la libertad de expresión y que se han cumplido con los requisitos de las limitaciones); y una probatoria (que los elementos fácticos y técnicos en los que se apoya la decisión estén sólidamente evidenciados).

derecho concede a los ciudadanos, como de los límites impuestos en su ejercicio. Así lo hizo en su sentencia T-550 de 2012, en la cual analizó el tema de la libertad de expresión vinculada a las redes sociales:

De todo lo anterior se colige que la libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación. Ciertamente, ningún fundamento se deriva del artículo 20 de la Constitución, ni de la normativa internacional, ni de precepto alguno que, al margen de la veracidad, valide la divulgación de agravios, improperios, vejámenes ni infundios por cualquier clase de medio de comunicación. (Corte Constitucional, 2012)

En cuanto a los Intermediarios de Internet, la Corte se ha referido a los motores de búsqueda (como Google o Yahoo). En 2013, éste tribunal estudió el caso de un ciudadano que interpuso una acción de tutela debido a que, al ingresar su nombre en el motor de búsqueda Google, encontraba, como primer resultado de la búsqueda, un artículo del diario El Tiempo en el que se le vinculaba a una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes. El ciudadano, sin embargo, no había sido vinculado a ningún tipo de investigación o proceso penal por conductas relacionadas con dicha actividad. En consecuencia, el accionante solicitó a El Tiempo y a Google que se eliminaran los registros de dicho artículo. Si bien la Corte decidió amparar los derechos al buen nombre, la honra y la dignidad del accionante, ordenando a El Tiempo aclarar en el artículo la situación del ciudadano, no exigió la eliminación del mismo. No obstante, la Corte resolvió exonerar a Google, por encontrar que no tenía responsabilidad en los hechos:

En virtud de ello, por los elementos fácticos y para efectos de resolver el caso sub examine, no es competencia ni responsabilidad de Google, rectificar, corregir, eliminar o complementar la información que arroja una búsqueda concreta, sino del medio de comunicación, escritor, columnista, etc., que incluye y procesa la información en internet. Sin perjuicio de que, por características distintas, haya casos donde una base de datos que cumple la función de Google, pueda generar alguna vulneración de un derecho fundamental por la información que administra. (Corte Constitucional, Sentencia T-40 de 2013).

Recientemente, la Corte estudió nuevamente la responsabilidad de Google por indexar entre sus resultados un artículo del El Tiempo en el que se vinculaba a una ciudadana a una organización de tráfico humano, a pesar de haber sido exonerada durante el proceso penal debido a la prescripción de la acción. (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015). Para determinar la responsabilidad de Google en el caso, la Corte estudió la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet (“Declaración Conjunta”), adoptada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Según la Corte, hay dos elementos de la Declaración Conjunta relevantes para el estudio del tema, a saber: (i) la responsabilidad que cabe a los Intermediarios de Internet (como Google), y (ii) el principio de neutralidad de la red. Sobre la responsabilidad de los Intermediarios de Internet, la Declaración Conjunta dispuso que:

Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (‘principio de mera transmisión’).

Según aclaró la Corte, se trata de una especie de inmunidad. Es decir, se busca permitir a estos Intermediarios realizar sus funciones, sin temor a ser responsabilizados por los contenidos generados por sus Usuarios, siempre que estos no intervengan en tales contenidos y que cumplan con las órdenes judiciales que exijan su eliminación. En relación con lo anterior y la libertad de expresión en Internet, la Corte sostuvo:

La relación existente entre el libre tráfico de ideas en la red y la libertad de expresión se deriva de que este derecho no solo faculta a las personas para manifestar sus ideas y opiniones, y para

transmitir información, sino que también protege que el contenido expresado se difunda y llegue a otros. Así las cosas, imponer responsabilidades a los intermediarios de Internet por los contenidos transmitidos limitaría de forma importante la difusión de ideas por este medio de comunicación, pues les daría el poder para regular el flujo de información en la red. (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Por otra parte, en cuanto a la neutralidad en la red, el otro principio estudio por la Corte, la Declaración Conjunta sostiene que: *“El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”*.

En palabras de Tim Wu (2003, p. 141), quien acuñó el término, el Internet será un red neutral si no favorece una aplicación (como por ejemplo, el correo electrónico), sobre otras (como los servicios de *streaming* de películas por Internet<sup>2122</sup>. Chad Sansing explica:

La “neutralidad de la red” describe un internet que transmite todos los bits de información a la misma velocidad. Sin la neutralidad de la red, independientemente de cuánto ancho de banda tenga cualquier en particular, los proveedores de servicio de Internet pueden ‘regular’ la velocidad de entrega para privilegiar algunos bits de información sobre otros, retrasando algunas páginas web y servicios mientras se aceleran otros. (2014, p. 14).

---

<sup>21</sup> En otro de sus trabajos WU sostiene que *“el ideal de la neutralidad nos habla de una red que trata por igual a todo lo que transporta, indiferente a la naturaleza del contenido o a la identidad del usuario”* (Wu, *The Master Switch. The Rise and Fall of Information Empires.*, 2013). De acuerdo con Wu y Lessig, existen dos razones por las cuales la red debe mantenerse neutral: (i) garantizar una red neutral elimina el riesgo de una futura discriminación, lo cual incentiva la inversión en el desarrollo de aplicaciones de banda ancha; y (ii) una red neutral facilita la competencia justa entre aplicaciones, asegurando la sobrevivencia de las más aptas en lugar de aquellas favorecidas por el sesgo de la ley (Lessig & Wu, 2003).

<sup>22</sup> Adam Estes propone una manera sencilla de entender la neutralidad de la red: *“A los defensores de la neutralidad de la red les gusta usar la metáfora de carros en una autopista, en la cual los carros representan el tráfico de internet y el camino representa la red. Si se le deja inalterada (entiéndase: neutral), cualquier vehículo puede desplazarse en la autopista que quiera sin interferencia, mientras el carril esté abierto. Pero ¿qué pasaría si alguien construyera carriles de alta velocidad donde solo se le permite viajar a ciertos tipos de carros? ¿Y si se establecieran peajes a lo largo del camino ya existente, solo para que otros carros tengan que pagar extra para usar el camino?”* (Estes, 2014).

Si bien el tema de la neutralidad de la red no es estudiado en detalle en este trabajo, vale la pena mencionar que en su sentencia la Corte pareciera malinterpretar este concepto. De acuerdo a la conceptualización antes vista, la neutralidad de la red se relaciona con la velocidad de la transmisión y los tipos de aplicaciones o servicios disponible en Internet. Sin embargo, la Corte relaciona el concepto con un tema de bloqueo, censura o controles previos, que busca evitar que los Intermediarios controlen el contenido y el tipo de información compartida por los Usuarios (no la velocidad de las aplicaciones). La Corte sostiene que el principio de neutralidad de la red:

[S]e orienta a garantizar el acceso a internet en condiciones de igualdad para todas las personas que se valen de este medio para expresar sus ideas y opiniones. Lo anterior demanda evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración, que puedan llegar a implicar tratamientos diferenciales entre quienes pretenden hacer uso de la red. Esto a su vez, implica la eliminación de controles previos o de cualquier tipo de censura, salvo en aquellos supuestos específicos contemplados en la ley, por ejemplo, para evitar la difusión de pornografía infantil, entre otros. (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

A pesar de que la interpretación dada por la Corte no pareciera ser la más precisa, sus pronunciamientos sí nos permiten ver su posición respecto de estos temas. En este caso en particular, la Corte encontró que los derechos al buen nombre y a la intimidad de la accionante se estaban afectando. Para determinar si las medidas a adoptar eran legítimas, la Corte aplicó un test desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocido como la “Prueba Tripartita”, aplicado a casos en los que se pretende restringir la libertad de expresión. De acuerdo con la Prueba Tripartita, deben cumplirse tres requisitos:

- Que la limitación se encuentre contemplada en la ley.
- Que la misma pretenda garantizar unos determinados objetivos, considerados admisibles.
- Que aquella sea necesaria para lograr dicho fin. Esto incluye verificar si existen otros medios constitucionalmente admisibles idóneos, que, además, sean menos lesivos a la libertad de expresión.

La Corte ordenó a El Tiempo actualizar la información contenida en el artículo de forma tal que



se informara que la accionante había sido exonerada. Además, le ordenó la implementación de herramientas tecnológicas para reducir el acceso al artículo a través de Google y otros motores de búsqueda. Sin embargo, en cuanto a Google, la Corte decidió exonerarlo al encontrar que no tenía responsabilidad en la afectación de tales derechos, sosteniendo que:

Además de hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, esta medida entraña la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la red. Esto, a juicio de la Sala, y como lo advierten varios de los intervinientes, puede afectar la arquitectura de Internet por la vía de desconocer sus principios rectores de acceso en condiciones de igualdad, no discriminación, y pluralismo. (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

A la fecha, la Corte Constitucional no ha estudiado la responsabilidad de otros tipos de intermediarios (distintos de los motores de búsqueda), sin embargo, en estos dos últimos pronunciamientos vemos que la Corte, si bien reconoce los límites del derecho a la libertad de expresión para los ciudadanos que la ejercen, se resiste a endilgar responsabilidad a los Intermediarios.

Finalmente, vale la pena mencionar el conocido caso de María Belén Rodríguez en contra de Google, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el cual se estudió la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet (Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios, 2014). En 2006, la modelo María Belén Rodríguez instauró una demanda por daños y perjuicios en contra de Google Inc. y Yahoo de Argentina SRL, por haber vinculado su imagen, a través de sus resultados de búsqueda, a páginas web de contenido erótico y/o pornográfico. El juez de primera instancia falló a favor de Rodríguez al considerar que las Google y Yahoo habían incurrido en “negligencia culpable” por no bloquear los contenidos ilegales, luego de que se les comunicara la circunstancia, ordenando el pago de una indemnización y la eliminación de la vinculación del nombre o imagen de la modelo con esta clase de sitios web. La sala de apelaciones revocó el fallo de primera instancia, rechazando la demanda en contra de Yahoo y reduciendo la indemnización a cargo de Google.

Luego de la aceptación de los recursos extraordinarios interpuestos por la demandante y Google, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) procedió a estudiar el caso, profiriendo sentencia en octubre de 2014. La Corte inicia por resaltar el papel fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático. También resalta la importancia del rol de los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet<sup>23</sup>, para luego referirse a la experiencia internacional en cuanto a las obligaciones de monitoreo de los Intermediarios y su responsabilidad (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 2014, pár. 15 y 16). Así, resalta que en Europa (Directiva Europea 2000/31 EC) y en Chile (Ley 17.336) existen reglas que prohíben a los Estados imponer a los Intermediarios obligaciones de supervisión de datos que se transmitan, almacenen o referencien. En Brasil (Ley 12.965) y en España (Ley 24 de 2002) se ha establecido que los proveedores no serán civilmente responsables por los daños que se deriven de los contenidos generados por sus Usuarios<sup>24</sup>.

La Corte, siguiendo los estándares internacionales en la materia, establece que un buscador solo puede llegar a responder por un contenido ajeno si no procura su bloqueo luego de tener conocimiento efectivo de la ilicitud de tal contenido. En Argentina no existe regulación que defina cuándo un Intermediario tiene conocimiento efectivo de una infracción (¿se requiere un pronunciamiento de la autoridad competente o es suficiente con una notificación privada?), en consecuencia la CSJN establece la siguiente regla: se deben diferenciar los casos en los que el daño es manifiesto y grosero (como los contenidos relacionados con pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la vida de las personas, que hagan apología al genocidio al racismo o inciten a la violencia, etc.) de los otros en los que el daño es *“opinable, dudoso o exige esclarecimiento”*. En el segundo caso se requiere aclaración y pronunciamiento de la autoridad competente, sin que se pueda exigir a los buscadores que

---

<sup>23</sup> La CSJ cita una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, sentencia del 13 de mayo de 2014), en la que se sostuvo que: *"la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos"*.

<sup>24</sup> La CSJN establece la siguiente analogía: *"si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita - que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél"* (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 2014, pár. 16)

suplan la función del juez, en consecuencia, no basta la simple comunicación del particular hipotéticamente afectado (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, 2014, pár. 18)

#### **4. Sobre la responsabilidad de los Intermediarios y la adopción de normas *Safe Harbor***

En junio de 2011, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) adoptaron la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet<sup>25</sup> (en adelante, la “Declaración Conjunta”), con recomendaciones legislativas para los Estados relativas a la libertad de expresión en Internet. En cuanto a la responsabilidad de los Intermediarios, la Declaración Conjunta prevé la adopción de un modelo *Safe Harbor* respecto de los contenidos generados por los Usuarios:

##### 2. Responsabilidad de intermediarios

a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión").

b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" que se aplican actualmente).

---

<sup>25</sup> La Declaración Conjunta no es un tratado internacional firmado por Estados, y, como tal, no tiene ninguna fuerza vinculante. Ésta consiste en una serie de recomendaciones a los Estados hechas en el marco de la ONU, la OSCE, la OEA y la CADHP.

En la Declaración Conjunta se recomienda la exoneración de los Intermediarios que presten servicios de acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché con dos condiciones: (i) que el Intermediario no intervenga específicamente sobre los contenidos y (ii) que no se niegue a cumplir una orden judicial que exija la eliminación de los mismos. Además, sugiere que se considere brindar protección (en las mismas condiciones) a otros Intermediarios.

Es importante observar que la Declaración Conjunta hace dos sugerencias respecto del proceso de RBCI. En primer lugar, la RBCI por parte del Intermediario debe seguir a una orden judicial. Además, los Intermediarios no deben estar sujetos a normas extrajudiciales sobre RBCI que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión. Según la Declaración Conjunta, muchas de las normas sobre “notificación y retirada” que se aplican actualmente no ofrecen tal protección.

## **II. DEBIDO PROCESO**

El debido proceso, y todas las garantías asociadas a él, está contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual dispone lo siguiente:

*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

La Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso como *“una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados”* (Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000). Así, todas las actuaciones de las autoridades deben sujetarse a los procedimientos señalados en la ley, y no a su propio arbitrio (Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002).

La misma Constitución consagró al debido proceso como un derecho fundamental, al incluirlo en el Capítulo I de su segundo Título (“De los derechos fundamentales”). Como derecho fundamental el debido proceso es de obligatorio cumplimiento en todo tipo de actuaciones, tanto judiciales como administrativas, lo cual, según la Corte esto garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas (Corte Constitucional, Sentencia T-78 de 1998).

En el escenario internacional el derecho al debido proceso se ha consagrado en instrumentos como la DUDH<sup>26</sup> y el PIDCP<sup>27</sup>, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El debido proceso también recibe protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al ser consagrado en el artículo octavo de la CADH, el cual dispone en su primer inciso que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

---

<sup>26</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 10 y 11.

Art. 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Art. 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

<sup>27</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 14 y 15.

El artículo incluye además una lista de garantías mínimas a las que toda persona tiene derecho en caso de ser inculpada de un delito. Estas garantías son: presunción de inocencia; derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; comunicación previa y detallada de la acusación; concesión del tiempo y los medios para la preparación de su defensa; derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de un defensor, en caso de no hacerlo dentro del plazo establecido por la ley, tendrá el derecho de ser asistido por un defensor público; derecho a solicitar e interrogar testigos y peritos; derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo; y derecho de recurrir el fallo ante un juez superior. El artículo establece también que el proceso penal debe ser público.

Si bien esta disposición se refiere a procesos penales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías del artículo octavo no se limitan a los procesos penales, sino que deben existir en todas las instancias procesales de cualquier actuación emanada del Estado (tanto judiciales como administrativas) en cuanto se sean aplicables (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

Según se ha visto, el debido proceso es una derecho que se compone de una serie de garantías, de las cuales queremos resaltar las siguientes:

- El derecho al juez natural: es decir, el juez competente para adelantar el trámite. Dicho juez, dice la Corte, *“debe ser funcionalmente independiente e imparcial y por ello sólo está sometido al imperio de la ley”* (Corte Constitucional, Sentencia C-1083 de 2005).
- Presunción de inocencia: toda persona se presume inocente mientras no se a declarada culpable.
- Derecho a la defensa: *“consiste en la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten”* (Corte Constitucional, Sentencia C-1083 de 2005).
- Proceso público.

Estos y los demás elementos propios del debido proceso no son optativos para el legislador, ya que deben ser tenidos en cuenta a la hora determinar la estructura de los procesos judiciales y

administrativos. Así lo aclaró la Corte Constitucional al sostener que, si bien el legislador es autónomo para decidir sobre la estructura de los procesos, éste debe respetar los principios establecidos en la Constitución:

De esta manera, aunque la libertad de configuración normativa del legislador es amplia, tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales.

Por lo anterior, la Corte ha señalado que la legitimidad de las normas procesales está dada en función de su proporcionalidad y razonabilidad “pues sólo la coherencia y equilibrio del engranaje procesal permite la efectiva aplicación del concepto de justicia y, por contera, hace posible el amparo de los intereses en conflicto”. “Así las cosas, la violación del debido proceso ocurriría no sólo en el supuesto de la omisión de la respectiva regla procesal o de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue diseñada, sino especialmente en el evento de que ésta aparezca excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización”. (Corte Constitucional, Sentencia C-741 de 2013)

En consecuencia no solo las actuaciones judiciales y administrativas pueden ser violatorias del debido proceso al no ajustarse a las leyes procesales, sino también la misma ley procesal al no ajustarse a los mandatos y propósitos de la Constitución. Debe recordarse que, por mandato del artículo 228 de la misma Constitución, en las actuaciones de la administración de justicia deberá prevalecer el derecho sustancial sobre el formal. En reiteradas ocasiones la Corte ha reafirmado esta circunstancia. Así lo hizo en el año 2000 al sostener que:

Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales (C.P., art. 228), como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender **al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia**. (Corte Constitucional, Sentencia C-383 de 2000) (Negrita fuera de texto original)

En relación con este tema, la Corte también ha aclarado que el fin del proceso (ley formal) es la realización de los derechos consagrados por el derecho objetivo. En otras palabras, las normas procesales, si bien son de orden público, son un medio para hacer efectivos los derechos sustanciales (Corte Constitucional, Sentencia T-892 de 2011). En consecuencia, la existencia de normas procesales que no solo no estén al servicio de la realización de derechos sustanciales, sino que por, el contrario, impidan su defensa, constituye tanto una incoherencia como una violación al debido proceso.

### **III. DERECHOS DE AUTOR**

Los derechos de autor, como parte de los derechos de propiedad intelectual, reciben protección constitucional a partir del artículo 61 de nuestra Carta Política, el cual dispone que:

*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.*

Los derechos de autor, como parte de los derechos de propiedad intelectual, reciben protección constitucional a partir del artículo 61 de nuestra Carta Política. Para efectos de este estudio, conviene determinar hasta dónde se extiende esta protección, de cara a un enfrentamiento entre tales derechos y otros derechos de protección constitucional. El mencionado artículo 61 se encuentra dentro del Capítulo que trata los derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo II del Título II de la Constitución), es decir, por fuera del conocido Capítulo I, que trata los derechos fundamentales. Como es bien sabido, éste no es un criterio conclusivo para determinar si un derecho tiene o no carácter de fundamental<sup>28</sup>. Entonces, ¿pueden los derechos de autor ser

---

<sup>28</sup> “El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental...” (Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992).



considerados como derechos de carácter fundamental? Y, si es así, ¿cuál es el alcance de su protección?

Según explica la Corte Constitucional, en el derecho de autor concurren dos dimensiones: los derechos morales (o personales) y los derechos patrimoniales. Así, sobre estas dimensiones ha sostenido que:

La primera, la que se traduce en el **derecho personal o moral**<sup>29</sup>, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.

La segunda dimensión es la de los denominados **derechos patrimoniales**, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra). (Corte Constitucional, C-276 de 1996)

De estas dos dimensiones, la Corte Constitucional ha reconocido expresamente que los derechos **morales** de autor tienen rango fundamental, entendiendo que desconocer la autoría de un individuo sobre su propia obra, la cual es fruto de su creatividad e intelecto, implicaría desconocer la propia naturaleza del hombre, como individuo creador y pensante. En este sentido sostuvo que:

---

<sup>29</sup> La Ley 23 de 1982 reconoce los siguientes derechos morales de manera perpetua, inalienable e irrenunciable: (i) Reivindicar en todo tiempo la paternidad sobre su obra; (ii) Oponerse a toda deformación, mutilación u modificación de la obra; (iii) Conservar su obra inédita o anónima; (iv) Modificar su obra, antes o después de su publicación; y (v) Retirarla de circulación o suspender cualquier forma de utilización.

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. (Corte Constitucional, 1998)<sup>30</sup>

En consecuencia, la Corte ha reconocido que la sección de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos) dedicada a la protección de los derechos morales de autor<sup>31</sup> hace parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2000). En tal sección, se establece el derecho inalienable, inembargable e irrenunciable del autor de (i) conservar su obra inédita o divulgarla; (ii) reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y (iii) oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Por su parte, los derechos **patrimoniales** de autor son renunciables y enajenables, en consecuencia no son fundamentales. Al igual que otros derechos, los derechos de autor, incluso los morales, no son absolutos. Ejemplo de ello son los regímenes de excepciones y limitaciones a los derechos de autor vistos en el primer anterior.

Estudiados los derechos fundamentales involucrados en los procesos de RBCI, y considerando los pronunciamientos de la Corte Constitucional, procedemos a continuación a resolver la siguiente pregunta: ¿es factible la implementación de un sistema de RBCI como el Notice and Takedown en Colombia?

#### **IV. ¿NOTICE AND TAKEDOWN EN COLOMBIA?**

Tenemos pues a los derechos a la libertad de expresión y al debido proceso de todos los Usuarios de Internet, enfrentados a los derechos de autor de los creadores cuyos derechos puedan ser infringidos por este mismo medio. La Corte Constitucional se ha referido a los casos de

---

<sup>30</sup> La protección de los derechos morales también aplica para los titulares de derechos conexos a los derechos de autor, es decir, aquellos que se conceden a los artistas, intérpretes o ejecutantes de las obras (Corte Constitucional, Sentencia C-424 de 2005).

<sup>31</sup> Ver Arts. 11 y 12 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

enfrentamiento de derechos constitucionales considerando que se debe propender por una aplicación armónica de los derechos, en consecuencia, el legislador y los demás operadores jurídicos deben buscar la forma de conciliar los derecho enfrentados. De no ser posible tal conciliación se debe proceder a realizar un juicio de ponderación para determinar las condiciones de prevalencia de uno sobre otro (Corte Constitucional, Sentencia T-13 de 2006). Al respecto, esta Corporación explica que:

[L]a Carta Política no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso, de manera que le compete al legislador y a los operadores jurídicos, en el ámbito de sus competencias, procurar armonizar los distintos derechos y principios, y cuando ello no sea posible, es decir, cuando surjan conflictos entre ellos, entrar a definir las condiciones de prevalencia temporal del uno sobre el otro. (Corte Constitucional, Sentencia T-933 de 2005).

Es decir, no existe un sistema de jerarquías entre las normas de la constitución, sino una “*preferencia relativa*” que se tendrá que estudiar atendiendo a las circunstancias de cada caso (Corte Constitucional, Sentencia T-13 de 2006).

Una vez se han estudio las bases constitucionales de estos derechos, es posible concluir que un sistema como el *Notice and Takedown* no resistiría ningún análisis constitucional serio. Este sistema genera la peligrosa posibilidad de se remuevan o se bloqueen toda clase de expresiones protegidas constitucionalmente, sacrificando injustificadamente el derecho a la libertad de expresión y el debido proceso. Retomando los pronunciamientos de la Corte, tenemos que el derecho a la libertad de expresión tiene una posición privilegiada en el sistema constitucional, como elemento esencial para el ejercicio de la democracia y como medio necesario para la reivindicación de otros derechos, que lo hace merecedor de una especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano, contrastante con las medidas de un sistema como el *Notice and Takedown*. La protección es tan amplia que se permite que las personas opinen y digan libremente, incluso si sus ideas son molestas, equivocadas, revolucionarias o inmorales, según explicó la Corte en uno de los pronunciamientos estudiados.

De ser adoptado en Colombia un sistema de *Notice and Takedown*, se acabaría con la presunción constitucional a favor de la libertad de expresión a la que se refería la Corte en una de sus sentencias, según la cual (i) se presume que el contenido está protegido constitucionalmente, (ii) se presume que la libertad de expresión prima sobre otros derechos constitucionales en caso de conflicto, y (iii) se sospecha de la inconstitucionalidad de las limitaciones. Por el contrario, con este sistema se presume que el contenido es infractor.

Como se vio, las limitaciones a este derecho siguen criterios muy estrictos. En primer lugar, solo pueden limitarse para preservar derechos de protección comparable en la Constitución, como la seguridad nacional y el orden público. Sin embargo, los derechos morales de autor, que son los únicos considerados fundamentales, no tienen un nivel de protección e importancia comparable en nuestra Constitución. Incluso, en el evento en que se pretenda limitar el derecho a la libertad de expresión, están deberán cumplir con los rigurosos requisitos establecidos por la Corte:

- Estar previstas de manera precisa y taxativa.
- Perseguir el logro de ciertas finalidades imperativas.
- Ser necesarias para el logro de dicha finalidades.
- Ser posteriores y no previas a la expresión.
- No constituir censura.
- Ser proporcionada, es decir, no incidir excesivamente en el ejercicio del derecho fundamental.

Sin embargo, si se recuerdan las conclusiones del capítulo anterior, fácilmente se puede concluir que el sistema de *Notice and Takedown* no satisface estos requisitos. En especial porque las limitaciones a la libertad de expresión no están justificadas, no se cumple con el principio de legalidad (si bien el sistema estaría estipulado en la ley, éste no se prevé como una limitación a la libertad de expresión, con finalidades específicas que cumplir, sino que se convierte en un medio indirecto de bloqueo) y porque son completamente desproporcionadas.

Enfrentado al derecho al debido proceso el sistema de *Notice and Takedown* también resultaría inconstitucional, por las deficiencias antes señaladas. En síntesis, se elimina la presunción de

inocencia del Usuario; las decisiones son tomadas por un Intermediario y no con por un juez con el conocimiento legal requerido; se dificulta el derecho de defensa del Usuario; y, debido a que las acciones son particulares, el trámite no tiene la publicidad que el debido proceso demanda. Recuérdese que, en caso de que se inicie un proceso judicial, el *Notice and Takedown* termina convirtiéndose en una medida cautelar deficiente por no haber sido declarada por un juez, con la entrega de garantías que generalmente la ley exige.

Entendiendo que existen serias razones constitucionales para descartar la adopción de este sistema en Colombia y conociendo la posición de la Corte respecto de estos derechos, procedemos a estudiar los compromisos adquiridos por Colombia en el TLC, para luego evaluar posibles alternativas en caso de una eventual regulación.



32

I'm all for free speech...  
-Caricatura de Ann Telnaes  
Ann Telnaes' Editorial Cartoons  
(16 de abril de 2007)

---

<sup>32</sup> Disponible en <http://www.cartoonistgroup.com/store/add.php?iid=25921>. Recuperado el 28 de noviembre de 2015.

## **CAPÍTULO CUATRO: LOS COMPROMISOS DEL TLC**

Colombia ha adquirido compromisos internacionales en cuanto a la RMCI. En este capítulo se analizan específicamente a qué nos comprometimos y se estudia el primer intento fallido de regulación. Finalmente, se revisa la experiencia chilena, como antecedente regulatorio, para obtener más elementos de juicio para hacer recomendaciones para una futura reglamentación.

### **I. EL CAPÍTULO 16 DEL TLC**

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América<sup>33</sup>, mejor conocido como el Tratado de Libre Comercio (en adelante, el “TLC”), referente obligado en cuanto a tratados de libre comercio firmados por Colombia, dedica su décimo sexto capítulo a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Entre las creaciones protegidas están las marcas, las indicaciones geográficas, las patentes y los derechos de autor y derechos conexos a los de autor.

En términos generales, el capítulo busca brindar protección a los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a los usos no autorizados de sus creaciones, estableciendo la obligación para los estados firmantes de adherirse a determinados tratados internacionales sobre propiedad intelectual (TLC, Art. 16.1 num. 1, 2 y 3)<sup>34</sup>, e incorporar a su legislación interna cierta reglamentación. Lo anterior incluye, entre otras cosas, compromisos puntuales en cuanto a los usos no autorizados que puedan darse a través de Internet. Así, por el ejemplo, el artículo 16.7.9 establece que ninguno de los estados firmantes podrá permitir la retransmisión de señales de televisión a través de Internet sin la autorización del titular o titulares de los derechos respectivos.

---

<sup>33</sup> Suscrito en Washington D.C., EE-UU, el 22 de noviembre de 2006. Incorporado a la legislación interna de Colombia a través de Ley 1143 de 2007. El Protocolo Modificatorio del acuerdo fue suscrito en la misma ciudad, el 28 de junio de 2007. Ambos fueron promulgados a través del Decreto 993 de 2012.

<sup>34</sup> Estos tratados no se estudian en este trabajo, ya que no contienen disposiciones específicamente en cuanto a RBCI.

La obligaciones regulatorias se extienden incluso a la reglamentación de la responsabilidad de los proveedores de servicios y a las acciones que éstos deben seguir en caso de que existan infracciones a los derechos de autor a través de Internet. Las disposiciones al respecto están contenidas en la sección 16.11.29 del mencionado capítulo, titulada “Limitaciones a la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios”, analizada a continuación.

## II. INTERMEDIARIOS Y SU RESPONSABILIDAD, SEGÚN EL TLC

El TLC trae dos definiciones de **proveedor de servicios** (TLC, Art. 16.11.29 lit. b.xii):

- El proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificar su contenido entre los puntos especificados por el Usuario del material seleccionado por el Usuario
- El proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea o acceso a redes.

Nótese que esta definición, al igual que da la DMCA, no cobija a todos los Intermediarios que pueden verse involucrados en casos de violación a derechos de autor. Hecha esta aclaración, durante este capítulo se mantendrá el término “Intermediario” usado a lo largo de este trabajo.

El TLC impone a los Estados firmantes dos obligaciones regulatorias en cuanto a la responsabilidad de Intermediarios respecto de las infracciones a los derechos de autor y conexos, a saber:

- Crear incentivos legales para que los Intermediarios colaboren en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos.
- Establecer **limitaciones** relativas al alcance de los recursos disponibles contra los Intermediarios por infracciones que estos no controlen, inicien o dirijan, y que ocurran a través de sistemas o redes controlados u operados por ellos, o en su representación. Es decir, prevé la creación de normas *Safe Harbor*.

Tal y como lo hace la DMCA, el TLC establece una serie de condiciones de las cuales depende la exoneración del Intermediario respecto de las infracciones a los derechos de autor que realicen sus Usuarios. Las condiciones son particulares al tipo de función de cada Intermediario



(transmisión, *caching*, almacenamiento, etc.), sin embargo, para todos ellos se imponen dos condiciones, previamente estudiadas, por estar también consagradas en la DMCA (TLC, Art. 16.11.29 lit. b)<sup>35</sup>:

- Los Intermediarios tienen que adoptar e implementar una política de terminación de cuentas de Usuarios infractores reincidentes.
- Los Intermediarios deben remover material infractor. Sobre este punto el TLC hace la siguiente distinción:

Tipo de función <sup>36</sup>		RBCI
1	Transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido, o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello	No se exige RBCI.
2	Almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático ( <i>caching</i> )	Las limitaciones a la responsabilidad del Intermediario estarán condicionadas a que este “ <i>retire o inhabilite de forma expedita el acceso, tras recibir una <b>notificación efectiva de reclamo por infracción, al material almacenado temporalmente (caching) que ha sido removido o al que se le ha inhabilitado su acceso en el sitio de origen</b></i> ” (TLC, Art. 16.11.29 lit. b (iv)(D)).

<sup>35</sup> Debe aclararse que, según señala el mismo TLC, el solo incumplimiento de éstas condiciones por parte del Intermediario (lo que resultaría en la no aplicabilidad de la exención de responsabilidad) no implica, por sí mismo, su responsabilidad. Así mismo se recuerda que el proveedor dispone, además, de los medios de defensa de aplicación general en los casos de infracciones a los derechos de autor, como, por ejemplo, las limitaciones y excepciones al derecho de autor, que sean reconocidas dentro del país en cuestión (TLC, Capítulo 16. Nota al pie No. 27).

<sup>36</sup> En TLC prevé la creación de exenciones para los Intermediarios que realicen estos cuatro tipos de funciones, y según el Art. 16.11.29 literal b (i) las exenciones se limitarán a estas funciones. Sin embargo se establece que: “*Cada Parte podrá realizar consultas con otra Parte con el fin de considerar cómo dirigir, bajo este párrafo, funciones de similar naturaleza que la Parte identifique después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo*” (TLC, Capítulo 16. Nota al pie No. 28).

Tipo de función		RBCI
3	Almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios	Las limitaciones a la responsabilidad del Intermediario estarán condicionadas a que este <i>“retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que reside en su sistema o red <b>al momento de obtener conocimiento real de la infracción o al darse cuenta de los hechos o circunstancias a partir de los cuales se hizo evidente la infracción, tal como mediante notificaciones efectivas de las infracciones reclamadas de conformidad con la cláusula (ix)”</b> (TLC, Art. 16.11.29 lit. b (v)(B)).</i>
4	Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios	

En relación con la notificación y el proceso de RMCI, específicamente en el caso de las funciones de almacenamiento y de búsqueda e información (funciones 3 y 4), el TLC establece que *“cada Parte deberá establecer procedimiento apropiados para la **notificación efectiva de infracciones reclamadas, y contra notificaciones efectivas por parte de aquellas personas cuyo material haya sido removido o inhabilitado por error o errores en la identificación**”* (TLC, Art. 16.11.29 lit. b (ix)). Cada Estado también deberá establecer sanciones pecuniarias contra cualquier persona que a sabiendas realice falsas representaciones en la notificación o contra-notificación que lesione a cualquier parte interesada.

El capítulo 16 del TLC contiene una carta adjunta (en adelante, la “Carta Adjunta”) del 22 de noviembre de 2006, aceptada por ambos Estados, con provisiones respecto de las notificaciones y contra-notificaciones. Los entendimientos consignados en dicha carta hacen parte integrante del TLC. Esta Carta Adjunta crea compromisos específicos para Colombia en cuando a la RMCI, debido a que la legislación estadounidense ya consagra disposiciones al respecto en la DMCA. Básicamente, Colombia se compromete a la creación de notificaciones y contra-notificaciones prácticamente idénticas a las establecidas en la DMCA, veamos:

### 1. Notificación efectiva al Intermediario

De acuerdo con la Carta Adjunta, la notificación al Intermediario debe hacerse por escrito y, entre otras cosas, debe contener: información sobre la obra presuntamente infringida; información que permita al Intermediario localizar el material que reside en el sistema o red controlado u operado por este o para este; una declaración expresando que cree que el

uso que se está dando al material protegido no cuanta con la autorización requerida; y una declaración con el suficiente indicio de confiabilidad (tal como una declaración bajo la pena de perjurio) en donde se demuestre que la parte recurrente es el titular del derecho de autor o que se está autorizado para autor en nombre de aquel.

## **2. Contra-notificación efectiva por escrito por aquellos cuyo material es removido o inhabilitado.**

Por su parte, el modelo de contra-notificación establecido en la Carta exige que el suscriptor cuyo contenido es removido, entre otras cosas, realice una declaración con el suficiente indicio de confiabilidad (como una declaración bajo la pena de perjurio) expresando que cree que el material fue removido o inhabilitado como consecuencia de un error o de una indebida identificación del material. Además, el suscriptor debe declarar que accede a estar sujeto a las órdenes impuestas por el juez competente que pudiera llegar a conocer de una demanda por infracción al derecho de autor interpuesta con respecto a la infracción alegada.

Los Estados también acordaron disponer que los Intermediarios que hayan actuado de buena fe estén exentos de responsabilidad por los reclamos que resulten del retiro o la inhabilitación del acceso a material que resida en su sistema, a condición de que **(i) notifiquen prontamente a la persona que sube el material sobre el retiro o la inhabilitación, y (ii) restauren el material en línea si dicha persona realiza una contra-notificación y está sujeta a la jurisdicción en una demanda por infracción, a menos que la persona que realizó la notificación original procure una orden judicial dentro de un plazo razonable** (TLC, Art. 16.11.29 lit. b (x)).

¿Significa esto que con la firma de la Carta Adjunta Colombia se comprometió a la adopción de un sistema de *Notice and Takedown* extrajudicial? En nuestra opinión, sí. Las disposiciones del Capítulo 16 y la Carta Adjunta son tan similares a las provisiones de la DMCA que sugieren que esto era lo que se pretendía, y las provisiones sobre notificación y contra-notificación apuntan a un procedimiento sin intervención judicial. Ahora, ¿quiere decir lo anterior que a la hora de implementar los compromisos del Capítulo 16 Colombia está obligada a adoptar este sistema?

En nuestra opinión, la respuesta es un tajante “no”. Esta conclusión se basa en los siguientes argumentos.

En primer lugar tenemos la Sentencia C-750 de 2008, a través de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del TLC y de la ley que lo aprueba. En la sentencia la Corte reconoce la importancia de proteger los derechos de autor, en especial los derechos morales a los que, de acuerdo con su jurisprudencia, reconoce como fundamentales. Sin embargo, al estudiar el Capítulo 16, reconociendo el impacto que este podría tener sobre los derechos fundamentales de los colombianos, la Corte sostuvo que *“este Capítulo deberá interpretarse a la luz de los principios y valores constitucionales y los derechos fundamentales...”* (Corte Constitucional, Sentencia C-750 de 2008). Ciertamente, ningún tratado de libre comercio y ninguna de leyes adopten para implementarlo pueden quebrantar los principios y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, debe hacerse mención de algunas disposiciones del mismo TLC que soportan este argumento, contenidas en el artículo 16.11 del Capítulo 16:

- El numeral primero de dicho artículo exige que se siga el debido proceso: ***“Cada Parte entiende que los procedimientos y recursos establecidos en este Artículo para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, son establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso que cada Parte reconoce, así como con los fundamentos de su propio sistema legal”.***
- A través del numeral sexto, las Partes se comprometieron a poner a disposición de los titulares de derechos procedimientos judiciales civiles relacionados con la observancia de los derechos de propiedad intelectual.
- Por último, los numerales 18 y 19 comprometen a los Estados a crear disposiciones sobre Medidas Provisionales, las cuales deben ser resueltas en forma expedita ***“de acuerdo con las reglas de su procedimiento judicial”.*** Además, las autoridades judiciales deberán

estar facultadas para (i) requerir al demandante para que proporcione evidencia que permita al juez tener un grado de certeza suficiente con respecto a la infracción, y (ii) ordenar al demandante que proporcione garantías para proteger al demandado y para evitar abusos.

De todo lo anterior se deriva que un sistema de *Notice and Takedown* completamente extrajudicial no puede ser adoptado en Colombia a la hora de implementar el Capítulo 16 del TLC. Así, el proceso de RMCI que se adopte tendrá que cumplir con las garantías del debido proceso estudiadas en el capítulo anterior y asegurarse de no sacrificar el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La RedPaTodos sostiene que el Capítulo 16 del TLC no obliga a los Estados a desarrollar un mecanismo de *Notice and Takedown* extrajudicial o privado, en opinión de esta organización una interpretación sistemática del TLC lleva a concluir que el mecanismo contemplado es judicial. Al respecto explica:

[E]s esencial clarificar que en ningún momento se prevé en el Capítulo 16 del TLC la obligación para que las partes del tratado desarrollen un mecanismo de notificación y retiro de contenidos extrajudicial o privado. Es más, al interpretar de manera sistemática el TLC se desprende que el mecanismo en él contemplado es un mecanismo judicial, y no extrajudicial, que permita garantizar los derechos de las partes involucradas en el proceso. (...)

En ese sentido, la obligación de Colombia es disponer procedimientos que permitan una acción efectiva, incluyendo recursos civiles, de forma compatible con los dispuesto en el capítulo 16, es decir, de conformidad con las normas nacionales sobre debido proceso y con los fundamentos del sistema legal colombiano. Por lo tanto, la obligación es la de disponer un procedimiento judicial efectivo que es aquél que permite garantizar el debido proceso y se ajusta a los fundamentos de nuestro sistema legal de protección de derechos. Consideramos entonces que al diseñar y establecer el procedimiento que prevé el capítulo 16.11 numeral 29, Colombia debe hacerlo conforme con el debido proceso y de acuerdo con los fundamentos de nuestro sistema legal (...) pues sólo así puede proteger debidamente los derechos de sus ciudadanos. (RedPaTodos, 2012)

En nuestro concepto, esta opinión es, en parte, discutible, ya que el Capítulo 16 trae varias disposiciones que sugieren que el sistema pensado era como el *Notice and Takedown* de la DMCA, es decir, extrajudicial. Un ejemplo de lo anterior es el artículo 16.11.29 lit. (x), el cual establece lo siguiente:

Si el proveedor de servicios, de buena fe, retira o inhabilita el acceso al material basado en una infracción reclamada o aparente, cada Parte dispondrá que el proveedor de servicios estará exento de responsabilidad por cualquier reclamo resultante, a condición que, en relación con el material que resida en su sistema o red, tome prontamente los pasos razonables para notificar a la persona que pone el material a disposición en su sistema o red que así lo ha hecho y, si dicha persona hace una contra-notificación efectiva y está sujeta a la jurisdicción en una demanda por infracción, restaure el material en línea a menos que la persona que realizó la notificación efectiva original procure una orden judicial dentro de un plazo razonable.

Sin embargo, coincidimos con RedParaTodos en lo fundamental, esto es, en que al estar supeditados los compromisos del TLC a las disposiciones de la Constitución (incluyendo las normas sobre debido proceso), la obligación para Colombia es la de establecer un proceso judicial con el que se preserve el debido proceso y los demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo anterior se logrará adaptando las disposiciones ya acordadas a la naturaleza de un proceso judicial, y obviando aquellas que no se ajusten a él.

Tenemos pues que el Capítulo 16 prevé la adopción de un sistema que incluye, por una parte, una notificación por parte del titular de los derechos de autor dirigida al Intermediario, y, por otra, una contra-notificación del Usuario para que el contenido sea restaurado. No obstante, este proceso no excluye expresamente que entre la notificación y la RMCI medie una orden judicial. Se hace necesario, entonces, determinar cuál sería el procedimiento específico de dicho proceso, con base en los compromisos expresamente adquiridos, sin perder de vista las consideraciones constitucionales antes referidas.

Retomando lo estudiado, los compromisos regulatorios del Capítulo 16 en cuanto a la responsabilidad de los Intermediarios y la RMCI incluyen:

- El establecimiento de normas *Safe Harbor* a favor de los Intermediarios que realicen las funciones descritas en el Capítulo 16.
- Condicionar la aplicación de las normas *Safe Harbor* a que el Intermediario retire o inhabilite en forma expedita el acceso al contenido al momento de obtener conocimiento real de la infracción o al darse cuenta de las circunstancias a partir de las cuales se hizo evidente la infracción (como mediante notificaciones efectivas de las infracciones).
- Condicionar la aplicación de las normas *Safe Harbor* a que el Intermediario implemente una política de terminación de cuentas de Usuarios infractores.
- El establecimiento de sanciones pecuniarias contra las personas que realicen falsas representaciones en el envío de las notificaciones o contra-notificaciones, y que lesionen a cualquiera de las partes interesadas.

En el siguiente capítulo se analiza la forma de cumplir con estos compromisos en el caso de una eventual regulación.

### **III. LA LEY LLERAS**

Antes de presentar nuestras propuestas para la regulación del tema, vale la pena hacer una breve mención del Proyecto de Ley No. 241 de 2011 (“Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet”), mejor conocido como “Ley Lleras”, por el entonces Ministro de Interior y Justicia Germán Vargas Lleras, autor del proyecto.

En aquel entonces el proyecto generó fuertes críticas por parte de la ciudadanía y de distintas organizaciones activistas de Internet, por posibles violaciones a los derechos al debido proceso y a la libertad de expresión (Revista Semana, 2011). Este establecía un proceso de RBCI extrajudicial siguiendo el modelo de *Notice and Takedown*, y criminalizaba a quienes pusieran a disposición del público a través de redes informáticas, a efectos de comercialización, obras

protegidas por el derecho de autor o que vendieran y ofrecieran reproducciones de las mismas, imponiendo una pena de cuatro a ocho años de prisión.

Durante la primera discusión del proyecto en la Comisión Primera Constitucional del Senado<sup>37</sup>, algunos congresistas expusieron sus preocupaciones. Así se pronunció el congresista Camilo Ernesto Romero Galeano, dirigiéndose a senador Roy Barreras, coordinado del proyecto:

Cómo vamos a hacer por ejemplo pregunto yo, Senador Roy Barreras, en este ejercicio de lo político, si por ejemplo alguno se equivoca en una intervención y eso le costara un riesgo eminente para las siguientes elecciones, ese político perfectamente puede llamar a la empresa prestadora del servicio de Internet o decirle que él es quien habla y reclama derechos de autor y entonces que quiten ese contenido de allí, dónde queda el derecho a la información de la sociedad, otro riesgo que tiene este proyecto, miren ustedes que ya como sociedad colombiana tenemos una complejidad enorme y es que aquí el Estado de Derecho está vulnerado, porque en muchos escenarios de nuestra vida pública nacional, tenemos jueces que además de jueces son parte, tenemos quien investiga y llama a juicio y juzga, pasa con la Procuraduría, pasa con la Corte Suprema, digamos este será un debate de grueso calibre que tenemos que dar más adelante.

Pero en este caso ni siquiera tenemos un juez, en este caso basta con darle la potestad a los prestadores de servicios de Internet para que sean ellos quienes decidan cortar el servicio a quien ha vulnerado los derechos de autor (...)

Durante la discusión la congresista Karime Mota y Morad expresó sus reservas en estos términos:

[A] los proveedores del servicio le estamos dando unas funciones prejudiciales, funciones para las que ellos no están capacitados, o sea el proveedor del servicio que únicamente sabe prestar servicios de Internet va a tener que resolver la queja del que dice que le robaron la obra y la respuesta de este que dice que la obra sí es del él y ahora sí la podría utilizar, los que quieran argumentos, que en ese caso esta compañía no está preparada para resolver y mientras tanto están suspendiendo una publicación, afectando una persona y haciéndole una competencia desleal.

---

<sup>37</sup> Sesión del 14 de junio de 2011, Gaceta 503/11.



(...)

Por otro lado este Proyecto habla de unas medidas cautelares, que es el suspender la transmisión de la obra, inmediatamente haya una queja, resulta que la Ley 23 en el artículo 13 de derechos de autor, exige un pago de una caución, cuando se va a tomar una medida cautelar, porque si no nos vamos a ver enfrentados a infinidad de cartas que van a decir que lo que está publicado, la foto, el poema, el video o el pedacito de la canción pertenece a otra persona.

Tras las presiones y las críticas recibidas, el Congreso archivó el proyecto el 16 de noviembre de 2011<sup>38</sup>. En el debate de la Plenaria del Senado, el senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona intervino para solicitar el archivo del proyecto así:

Presidente, muy brevemente, este proyecto había ya pasado por la Comisión Primera, pero la verdad es que siendo muy importante el tema de los derechos de autor, el tema de la propiedad intelectual en el país, debiéndola proteger, nosotros encontramos que el articulado entraba en tensión con los derechos que hoy tienen los internautas, las personas que a través del Internet pueden hoy acceder al conocimiento, esto ha generado una verdadera revolución y el proyecto en su articulado, repito, estaba interfiriendo en algunas ocasiones con el derecho de acceso al Internet.

De manera que habiendo hecho consultas a muchos expertos, habiendo consultado la Jurisprudencia, no hemos logrado todavía un acuerdo para conciliar estos dos importantísimos derechos, el derecho que hoy casi se está volviendo universal, de todos los ciudadanos acceder al Internet y por esa vía al conocimiento, a la educación, a la cultura, es una verdadera revolución la que se ha producido en el Internet y el derecho de quienes han generado una producción de carácter intelectual, sea ya literaria, sea de naturaleza artística. Viendo que no hemos sido capaces de colocar en equilibrio todavía estos importantísimos derechos, hemos preferido solicitarle a la Plenaria que coadyuve en nuestra petición de archivo de este proyecto de ley.

La Presidente del Senado sometió a consideración de la Plenaria la proposición de archivo, la

---

<sup>38</sup> Proyecto archivado en sesión ordinaria de la Plenaria del Senado de la República del 16 de noviembre de 2011, Gaceta 1017/11.

cual fue aprobada<sup>39</sup>.

#### IV. LA EXPERIENCIA DE CHILE

Entre las publicaciones que tratan el tema de la libertad de expresión en Internet se resalta especialmente la experiencia de Chile como país abanderado de la protección de este derecho fundamental. Así, por ejemplo, fue el primer país en el mundo en sancionar una ley sobre la neutralidad de la red (Nunziato, 2012, p. 12). Lo notable de la legislación chilena es que, si bien Chile firmó un tratado de libre comercio con compromisos en cuanto a la responsabilidad de los Intermediarios y RBCI virtualmente idénticos a los adquiridos posteriormente por Colombia, aquella implementó tales compromisos en la forma de un sistema de remoción de contenidos judicial (y no extrajudicial, como la DMCA).

En efecto, el Capítulo Diecisiete del tratado, referente a la Propiedad Intelectual, contiene una sección con la misma clase de compromisos estudiados en el caso del TLC entre Colombia y Estados Unidos con respecto a la limitación de responsabilidad de algunos Intermediarios de Internet (Art. 17.11.23). Lo anterior incluye el establecimiento de ciertas condiciones que debe cumplir cada tipo de Intermediario para ser eximido de responsabilidad por las actuaciones de sus Usuarios, exigiendo, para algunos de ellos, la remoción o inhabilitación de contenidos<sup>40</sup>. Para efectos de la RMCI se previó el envío de notificaciones y contra-notificaciones (Art. 17.11.23 (f)). También se estipuló que los Intermediarios deberán implementar una política de terminación de

---

<sup>39</sup> Para un recuento detallado del proceso del Proyecto de Ley 241 de 2011 ver: El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la “Ley Lleras”, de Carlos Cortés Castillo. Disponible en: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Paper1ElCasoLeyLleras.pdf>

<sup>40</sup> Sobre este punto, el Tratado de Libre Comercio entre Chile – Estados Unidos establece: “*Respecto de las funciones (b)(iii) y (iv), las limitaciones estarán condicionadas a que el proveedor de servicio: (ii) retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que se aloja en su sistema o red al momento de obtener **conocimiento efectivo** de la infracción o al enterarse de hechos o circunstancias a partir de los cuales se hacía evidente la infracción, incluso mediante notificaciones efectivas de supuesta infracción de acuerdo con la subpárrafo (f)*”.

Por su parte, el TLC entre Colombia y Estados Unidos establece: “*Respecto a las funciones a que se refieren las cláusulas (i)(C) y (D), las limitaciones quedarán condicionadas a que el proveedor de servicios: (ii) retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que reside en su sistema o red al momento de obtener **conocimiento real** de la infracción o al darse cuenta de los hechos o circunstancias a partir de los cuales se hizo evidente la infracción, tal como mediante notificaciones efectivas de las infracciones reclamadas de conformidad con la cláusula (ix)*”.

cuentas de infractores reincidentes.

Chile se valió del concepto de “conocimiento efectivo” que los Intermediarios deben tener sobre la infracción antes de remover o inhabilitar los contenidos para establecer un sistema judicial. Tal conocimiento efectivo sólo se consigue luego de que un juez, que entiende las leyes de derechos de autor, dicta una orden judicial para la RBCI. Al respecto, Ruíz y Lara sostienen: *“Es este carácter de judicialización del procedimiento que antecede al retiro o bloqueo de un contenido lo que genera que se aparte esta ley del resto de las legislaciones sobre la materia”* (2012, p. 80).

En Chile, la Ley 17.336 (Ley de Propiedad Intelectual - LPI), con las modificaciones introducidas en 2010 por la Ley 20.435, contiene en su tercer capítulo las disposiciones que desarrollan los compromisos del tratado de libre comercio en cuanto a la limitación de la responsabilidad de los intermediarios. En cuanto a la RBCI se estableció que:

- Los Intermediarios que deban remover o inhabilitar contenidos para estar exentos de responsabilidad lo harán una vez tenga conocimiento efectivo de la infracción, es decir, cuando un tribunal competente ordene el retiro o el bloqueo de los datos (Artículo 85Ñ).
- El titular de los derechos de autor podrá solicitar ante el juez la RBCI como medida judicial o prejudicial (medida cautelar). En caso de que se solicite como medida prejudicial, estas se podrán decretar sin audiencia del Intermediario siempre que el solicitante preste caución previa (Artículo 85Q).
- El que, a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones deberá indemnizar los daños que cause.
- Los Intermediarios deberán comunicar por escrito a sus Usuarios los avisos de supuestas infracciones que reciban.

Vale la pena también mencionar que la Ley 20.435 también modificó el régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor de la LPI, en el que se establecieron las siguientes disposiciones que, en nuestro concepto, son favorables para la libertad de expresión:

*“Artículo 71 B. Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.*

*“Artículo 71 D. Inciso 2. Las conferencias, discursos políticos, alegatos judiciales y otras obras del mismo carácter que hayan sido pronunciadas en público, podrán ser utilizadas libremente y sin pago de remuneración, con fines de información, quedando reservado a su autor el derecho de publicarlas en colección separada.*

*“Artículo 71 P. Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.*

*“Artículo 71 Q. 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”.*

Teniendo claros cuáles son los compromisos de Colombia en cuanto a RBCI y los fundamentos constitucionales que deben tenerse en cuenta a la hora de crear un sistema de RBCI en Colombia, y considerando la experiencia legislativa del Proyecto de Ley No. 241 de 2011, presentamos a continuación, a manera de conclusiones, nuestras recomendaciones.



Hey, honey! It's the entertainment industry — they're here to  
fix our Internet.

41

Hey, honey! It's the entertainment industry  
-Caricatura de Rob Cottingham  
Publicada en ReadWrite  
(18 de diciembre de 2011)

---

<sup>41</sup> Disponible en [http://readwrite.com/2011/12/18/cartoon\\_sopa\\_opera](http://readwrite.com/2011/12/18/cartoon_sopa_opera). Recuperado el 28 de noviembre de 2015.

## CAPÍTULO CINCO: CONCLUSIONES

La experiencia de la DMCA ha demostrado que un sistema de RBCI como el *Notice and Takedown* conlleva un grave sacrificio a la libertad de expresión y el debido proceso, no compatible con el ordenamiento jurídico colombiano y los estándares internacionales fijados en relación con estos derechos. El hecho de que los Intermediarios se vean prácticamente obligados a remover o bloquear contenidos generados por los Usuarios con el solo recibimiento de una notificación, sumado a la falta de consecuencias legales suficientemente disuasivas para quienes inician reclamaciones temerarias o injustificadas, facilita la desviación de los propósitos originales del sistema, es decir, la legítima protección de los derechos de autor.

Por supuesto, la protección de los derechos de autor requiere que se controle, en cierta medida, la actividad de los Intermediarios y de sus Usuarios. Sin embargo, tal control no puede hacerse a costas de derechos como el debido proceso y la libertad de expresión, valores fundamentales de nuestro sistema constitucional. Recordemos que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la libertad de expresión debe ser igualmente protegida cuando ella se ejerce a través de Internet.

Colombia se ha comprometido a la adopción de normas *Safe Harbor* que limiten la responsabilidad de los Intermediarios por los contenidos que sus Usuarios generen en Internet. Este es un avance importante en pro de la libertad de expresión en Internet, ya que responsabilizar a los Intermediarios implicaría para ellos la carga de monitorear o revisar previamente los contenidos de sus Usuarios, actividad que, además de constituir una censura previa, dificultaría, por no decir que imposibilitaría, la prestación de sus servicios, generando esfuerzos financieros muy altos para los Intermediarios que serían trasladados a los Usuarios finales, encareciendo significativamente el acceso a Internet. Todo lo anterior, a expensas de la libertad de expresión. La adopción de normas *Safe Harbor* se ajusta, además, a los estándares internacionales sobre libertad de expresión y a la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional en cuanto a la responsabilidad de los Intermediarios.

Sin embargo, estas reglas que, en principio, resultan tan beneficiosas para la libertad de expresión, serían contraproducentes si no se establecen siguiendo rigurosamente las garantías del debido proceso. A la luz de lo expuesto, presentamos a continuación nuestras recomendaciones:

### **El rol neutral del Intermediario**

Los Intermediarios de Internet no pueden estar a cargo de la defensa de la libertad de expresión en Colombia. Esto quiere decir que la RBCI no puede estar sujeta a las decisiones que estos tomen en cuanto a posibles infracciones a los derechos de autor. Encargar al Intermediario la toma de decisiones respecto de posibles infracciones constituye un injusto tanto para el Usuario, cuyos contenidos pueden ser removidos ilegítimamente, como para el Intermediario, quien se ve acorralado entre una posible responsabilidad (que podría generar indemnizaciones bastante considerables) y la presiones de la ciudadanía por la remoción o el bloqueo de contenidos constitucionalmente protegidos.

La ley debe permitir que el Intermediario se mantenga neutral frente a sus Usuarios y a los titulares de los derechos de autor, hasta tanto un juez, con conocimiento fáctico y legal adecuado resuelva las controversias. En nuestro concepto, es necesario que las obligaciones del TLC sean implementadas creando un proceso judicial a través del cual el Intermediario obtenga, públicamente, un conocimiento real de las infracciones. Solo así se cumpliría con las garantías del debido proceso.

### **Notificación al Usuario**

La regulación deberá prever que el Intermediario comunique por escrito a sus Usuarios sobre las notificaciones de supuestas infracciones cometidas por ellos.

### **Medidas Cautelares**

El establecimiento de un proceso judicial implica, por supuesto, que cualquier medida cautelar debe ser ordenada por un juez, con el pleno de los requisitos legales, incluyendo la prestación de una caución o garantía similar. Idealmente, la decisión sobre medidas cautelares debería dictarse previa consideración de los argumentos del Usuario.

### **Mecanismos disuasivos en contra de reclamaciones abusivas**

Se deben establecer sanciones y otros mecanismos suficientemente disuasivos, para que no se realicen declaraciones falsas relativas a supuestas infracciones y reclamaciones abusivas. La Fundación Karisma y la Fundación para la Libertad de Prensa proponen los siguientes mecanismos (2014, p. 5):

*“a) La declaración debe ser jurada. De esta manera, se generaría algún tipo de responsabilidad jurídica para el declarante, lo que desincentiva afirmaciones temerarias.*

*“b) La ley debe establecer los costos que deben cubrirse en caso de una falsa solicitud, como daños y los honorarios de abogados.*

*“c) Los usuarios y los PSI deben poder demandar por los daños que el abuso en el sistema genere*

*“d) Los PSI deben poder imponer tasas de recuperación de costos a los solicitantes que hacen múltiples reclamaciones infundadas”.*

### **Usuarios reincidentes**

Las políticas sobre eliminación de cuentas deben ser razonables, y, en todo caso, deberán estar precedidas de decisiones judiciales ejecutorias que declaren las infracciones. Ellas deberán estar disponibles para ser consultadas permanentemente a través de Internet, y se debe buscar que sean conocidas por los Usuarios.

Luego de la primera infracción declarada judicialmente, el Intermediario debería tener la obligación de informar por escrito al Usuario sobre las consecuencias de la reincidencia. Las sanciones de eliminación de cuentas deben ser proporcionadas y en ningún caso podrán impedir que el Usuarios contraten con otros Intermediarios.

### **Regulación integral de los derechos de autor**

La implementación del TLC deberá considerar la adopción de un régimen general e integral de protección a los derechos de autor que, además de contener normas en relación con la responsabilidad de los Intermediarios, ajuste sus disposiciones a la realidad actual de la producción y explotación de estos derechos.



Se debe, además, ampliar el régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, de forma que se permita el “uso razonable” de material protegido, siguiendo la doctrina *fair use*. Se deben proteger expresamente tanto usos relacionados con la libertad de expresión (como la crítica, la ilustración, el comentario, la sátira o la parodia), como otros relacionados con la educación o la información.

### **Informes de transparencia**

La Fundación Karisma y la Fundación para la Libertad de Prensa proponen que en las leyes de puerto seguro se establezca la obligación de realizar informes de transparencia:

Se debe incluir la obligación para los PSI de publicar anualmente un informe de transparencia en el que como mínimo se reporte públicamente: a) El número de solicitudes de retiro de contenidos, aportando los datos totales y con clasificaciones del origen de la solicitud (gobierno, de privados, de los jueces, o por aplicación de sus propios términos y condiciones de uso). b) Cuando sea por violación al derecho de autor y también por otros temas, incluida la pornografía infantil. c ) La respuesta del PSI frente a las solicitudes. d) Las veces que los usuarios ejercieron el derecho a la defensa y los argumentos de defensa. e) El número de reclamaciones fraudulentas/sin base que se hicieron y quién las hizo. (2014, p. 6)

### **Política general de incentivos para métodos de distribución alternativos**

Como medida a favor de los derechos de autor se debería considerar una política general de incentivos a favor de métodos de distribución alternativos, ya sean pagos o gratuitos, que permitan el acceso legal de Usuarios a contenidos protegidos por derechos de autor a través de Internet. Ejemplos de los anterior son Netflix y Amazon Prime Instant Video, para series, películas y documentales; Spotify o Deezer para música; o las aplicación de lectura de libros y revistas de Kindle (Amazon).

## REFERENCIAS

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América. (22 de noviembre de 2006). Washington D.C., EE-UU.

The Berkman Center for Internet & Society. (2002). *Google Asked to Delist Scientology Critics (#1)*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Lumen: <https://lumendatabase.org/notices/368#>

BBC News. (25 de abril de 2002). *BBC News*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Scientology Church fights Google: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1949879.stm>

Carta Democrática Interamericana. (11 de septiembre de 2001). Lima, Perú: Organización de los Estados Americanos.

Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Decisión Andina N° 351. *Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Lima, Perú.

Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional N° 114, 4 de julio de 1991.

Corte Constitucional. (8 de mayo de 1992). Sentencia T-002 de 1992. Colombia: M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (26 de febrero de 1993). Sentencia T-80 de 1993. Colombia: M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (13 de julio de 1994). Sentencia T-317 de 1994. Colombia: M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (12 de diciembre de 1995). Sentencia T-602 de 1995. Colombia: M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (20 de junio de 1996). Sentencia C-276 de 1996. Colombia: M.P.: Julio César Ortiz Gutierrez.

Corte Constitucional. (10 de marzo de 1998). Sentencia T-78 de 1998. . Colombia: M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia C-155 de 1998. Colombia: M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (5 de abril de 2000). Sentencia C-383 de 2000. Colombia: M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2000). Sentencia C-1490 de 2000. Colombia: M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2000). Sentencia C-1512 de 2000. Colombia: M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (13 de agosto de 2002). Sentencia C-641 de 2002. Colombia: M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (26 de abril de 2005). Sentencia C-424 de 2005 . Colombia: M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (7 de septiembre de 2005). Sentencia T-933 de 2005. Colombia: M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (24 de octubre de 2005). Sentencia C-1083 de 2005. Colombia: M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. (19 de enero de 2006). Sentencia T-13 de 2006. Colombia: M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2007). Sentencia T-391 de 2007. Colombia: M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (14 de diciembre de 2010). Sentencia T-1037 de 2010. Colombia: M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (25 de mayo de 2011). Sentencia C-422 de 2011. Colombia: M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. (31 de octubre de 2011). Sentencia C-1147 de 2011. Colombia: M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (30 de noviembre de 2011). Sentencia T-892 de 2011. Colombia: M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (13 de julio de 2012). Sentencia T-550 de 2012. Colombia: M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (28 de enero de 2013). Sentencia T-40 de 2013. Colombia: M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (30 de abril de 2013). Sentencia T-256 de 2013. Colombia: M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (23 de octubre de 2013). Sentencia C-741 de 2013. . Colombia: M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (12 de mayo de 2015). Sentencia T-277 de 2015. Colombia: M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2001). Caso Ivcher Bronstein contra Perú. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. (28 de octubre de 2014). Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios. R. 522. XLIX. Buenos Aires, Argentina.

Corte Constitucional. (24 de julio de 2008). Sentencia C-750 de 2008. Colombia: M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Cortés Castillo, C. (2013). *El debate pendiente en Colombia sobre la protección de derechos de autor en Internet. El caso de la 'Ley Lleras'*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Karisma: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Paper1ElCasoLeyLleras.pdf>

Cortés Castillo, C. (2013). *Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el Impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección*. Fundación Karisma.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). San José, Costa Rica.

Decisión 351 - Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. (17 de diciembre de 1993). Lima, Perú: Comunidad Andina de Naciones.

Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet. (1 de junio de 2011). Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (26 de agosto de 1789). Francia: Asamblea Nacional Constituyente.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Digital Millennium Copyright Act. (28 de octubre de 1998). Pub. L 105-304. Washington D.C., EE-UU: 112 Stat. 2860 (1998).

Electronic Frontier Foundation. (2013). *Crude Copyright Complaints To Silence an Oil Company Satire*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.eff.org](http://www.eff.org): <https://www.eff.org/es/takedowns/crude-copyright-complaints-silence-oil-company-satire>

Electronic Frontier Foundation. (2013). *Homeland Insecurity Through Bogus Takedowns*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.eff.org](http://www.eff.org): <https://www.eff.org/es/takedowns/homeland-insecurity-through-bogus-takedowns>

Electronic Frontier Foundation. (2013). *Religious Group Shows Little Tolerance for Parody*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.eff.org](http://www.eff.org): <https://www.eff.org/es/takedowns/religious-group-shows-little-tolerance-parody>

Electronic Frontier Foundation. (14 de septiembre de 2015). *Important Win for Fair Use in 'Dancing Baby' Lawsuit*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.eff.org](http://www.eff.org): <https://www.eff.org/press/releases/important-win-fair-use-dancing-baby-lawsuit>

Estes, A. C. (14 de enero de 2014). *The Grim Future of a World Without Net Neutrality*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Gizmodo: <http://gizmodo.com/the-grim-future-of-a-world-without-net-neutrality-1501161513>

Fundación Karisma y Fundación para la Libertad de Prensa. (11 de diciembre de 2014). *Recomendaciones para la garantía de los derechos humanos en una ley que regule la responsabilidad de intermediarios de internet en Colombia (Ley Lleras)*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Fundación Karisma: [https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2014/12/recomendaciones\\_\\_leylleras\\_dic\\_11.pdf](https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2014/12/recomendaciones__leylleras_dic_11.pdf)

Harris, J. (2004). Beyond Fair Use: Expanding Copyright Misuse to Protect Digital Free Speech. *Texas Intellectual Property Law Journal* , 13:83, 83-121.

Hasse, L. (31 de julio de 2012). *President or Pirate? The DMCA Takedown War of the Presidential Campaigns*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Creative Industry Law: <http://www.cilawyers.com/president-or-pirate-the-dmca-takedown-war-of-the-presidential-campaigns/>

Horn, S. (16 de agosto de 2013). *Law Firm Behind Removal of YouTube Tar Sands Satire Fundraiser Tied to Big Oil*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de DesmogCanada: <http://www.desmog.ca/2013/08/15/Law-Firm-Behind-Removal-YouTube-Tar-Sands-Satire-Fundraiser-Tied-Big-Oil>

Lessig, L., & Wu, T. (22 de agosto de 2003). *Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.timwu.org](http://www.timwu.org): [http://www.timwu.org/wu\\_lessig\\_fcc.pdf](http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf)

Leung, B. W. (Productor), & Leung, B. W. (Escritor). (2009). *House of Numbers* [Película]. Estados Unidos.

Ley N° 23. (28 de enero de 1982). Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial de Colombia.

Lipszyc, D. (2005). Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. Análisis de la jurisprudencia internacional. 2. Asunción, Paraguay: XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital".

Loney, M. (22 de marzo de 2002). *Scientologists shut ISP's Net connection*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de ZDNet: <http://www.zdnet.com/article/scientologists-shut-isps-net-connection/>

Mullin, J. (24 de enero de 2013). *Six-year-old "Dancing baby" lawsuit set for jury trial*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Arstechnica: <http://arstechnica.com/tech-policy/2013/01/six-year-old-dancing-baby-lawsuit-set-for-jury-trial/>

Nunziato, D. C. (2012). Preservar la libertad en Internet en las Américas. En E. (. Bertoni, *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina* . Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo.

Oficina Internacional de la OMPI. (s.f.). *www.wipo.int*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de The WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT): [http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wct\\_wppt.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wct_wppt.pdf)

Operation Clambake. (s.f.). *What is Scientology?* Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Operation Clambake: <http://www.xenu.net/roland-intro.html>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [www.wipo.int](http://www.wipo.int): [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/909/wipo\\_pub\\_909.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). Asamblea General de las Naciones Unidas.

Power, M. (9 de febrero de 2014). *The DMCA Situation*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de [mylespower.co.uk](http://mylespower.co.uk): <http://mylespower.co.uk/2014/02/09/the-dmca-situation/>

Power, M. (s.f.). *Myles Power*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de YouTube: <https://www.youtube.com/user/powerm1985/about>

RedPaTodos. (2 de junio de 2012). Análisis del TLC EEUU-Colombia. Mínimos a considerar en la elaboración de un procedimiento para la observancia del derecho de autor que exima de responsabilidad a los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) por violación a los derechos de autor y derechos conexos presuntamente cometidos por sus usuarios. Colombia.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Libertad de expresión e Internet*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

Revista Semana. (9 de agosto de 2011). *¿En qué va a "Ley Lleras"?* Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de Semana: <http://www.semana.com/politica/articulo/en-que-va-ley-lleras/244515-3>

Ríos Ruiz, W. (2011). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes y Editorial Temis.

Ruíz Gallardo, C., & Lara Gálvez, J. C. (2012). Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPS) en relación el el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. En E. (. Bertoni, *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina* (pág. 69). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo.

Sansing, C. (2014). On Net Neutrality. *Knowledge Quest* , 43 (Edición 1), 14.

Seltzer, W. (2010). Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on The First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology* , 24, 171-232.

Tratado de Libre Comercio Chile - Estados Unidos. (6 de junio de 2003). Miami, EE-UU.

Van der Sar, E. (20 de abril de 2013). *Fox censors Cory Doctorow's "Homeland" Novel from Google*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de TorrentFreak: <https://torrentfreak.com/fox-censors-cory-doctorows-homeland-novel-from-google-130420/>

Vivanco, J., & Bertoni, E. (15 de diciembre de 2014). *La censura en Ecuador llegó a Internet*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015, de El País: [http://elpais.com/elpais/2014/12/12/opinion/1418385250\\_354771.html](http://elpais.com/elpais/2014/12/12/opinion/1418385250_354771.html)

Webster's New World Law Dictionary. (2010). *Webster's New World Law Dictionary*. Hoboken, Nueva Jersey, EE-UU: Wiley.

Wu, T. (2003). Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law* , 2, 141-178.

Wu, T. (2013). *The Master Switch. The Rise and Fall of Information Empires*. Nueva York, EE-UU: Alfred A. Knopf.