

COLECCIÓN **JUS** PRIVADO

Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

Discusiones desde el derecho privado

Germán Darío Flórez Acero • David Montenegro Reyes
Daniela Bernal Sánchez

PRIVADO 4



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia

Germán Darío Flórez Acero

Docente-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Propiedad Intelectual de la Queen Mary University of London. Ha realizado estudios en Comercio Electrónico y Derecho de Nuevas Tecnologías en la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Pécs, en Hungría. Actualmente es el director de la Escuela Internacional de Copyright de las Universidades Nacional y Externado de Colombia. Ha sido asesor de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y de la Superintendencia de Industria y Comercio. Conferencista de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) a través del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc).

David Montenegro Reyes

Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Diplomado en Conciliación en Derecho. Asistente jurídico en la Gerencia Jurídica de Schrader Camargo Ingenieros Asociados S.A.

Daniela Bernal Sánchez

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del Equipo de Arbitraje en Propiedad Intelectual de la misma universidad y miembro del Centro de Pensamiento en Propiedad Intelectual de la Vicerrectoría de Investigación.

Germán Darío Flórez Acero • David Montenegro Reyes
Daniela Bernal Sánchez

Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

Discusiones desde el derecho privado



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Flórez Acero, Germán Darío

Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo: discusiones desde el derecho privado / Germán Darío Flórez Acero, Daniela Bernal Sánchez, David Montenegro Reyes. -- Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016

78 p. : 17 x 24 cm .— (Colección Jus Privado)

ISBN: 978-958-8934-15-0 (digital)

ISBN: 978-958-8934-14-3 (impreso)

I. Título II. Serie. III. Sánchez Bernal, Daniela IV. Montenegro Reyes, David
1. Tecnología de la información. 2. Tecnología de la comunicación. 3. Acceso a la información. 4. Servicios de información. 5. Propiedad Intelectual

Dewey 621.3822 dc 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 15 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 27 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Germán Darío Flórez Acero

David Montenegro Reyes

Daniela Bernal Sánchez

Primera edición, Bogotá, D. C.

Julio de 2016

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

John Fredy Guzmán Vargas

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo	5
Capítulo I. Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico, desde la perspectiva anglosajona y su visión en Colombia	7
Introducción.....	7
Definición y principios de la evidencia	8
Tipos de pruebas	10
Evidencia primaria y secundaria.....	16
Valoración de la prueba en una corte.....	19
Aplicación de la prueba para casos civiles de evidencia digital.....	20
La validez jurídica de la evidencia presentada en documentos electrónicos en Colombia	23
Confiabilidad en la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje.....	23
Integridad de la información contenida en el mensaje de datos	24
Conclusiones	24
Capítulo II. El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify	29
Introducción.....	29
Contextualización	31
Evolución en los modelos de negocios musicales.....	33
Cambios en los agentes partícipes de la cadena de valor en la industria musical.....	36
Contrato de distribución	39
Spotify	43
Conclusiones	45

Capítulo III. Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco en Colombia. Una mirada desde el derecho comparado	47
Introducción.....	47
Marco histórico	49
Análisis jurisprudencial de la Ley 1335 de 2009	50
Balance en Colombia.....	53
Aplicación de la ley desde su entrada en vigencia	55
Campaña y promoción de políticas antitabaco en otros países	57
El caso de Francia.....	58
El caso de Alemania	59
El caso de Noruega	60
El caso de Reino Unido	61
Análisis jurídico en el derecho comparado	63
Conclusiones	65
Anexo: estudio jurisprudencial respecto a la limitación de derechos en la búsqueda de la prevalencia del interés general	68
Bibliografía	73

PRÓLOGO

En el escenario contemporáneo, donde el conocimiento y la información han adquirido tal grado de importancia que se consideran uno de los activos más importantes en el comercio de bienes y servicios en el ámbito mundial, se hace necesario adentrarse en el estudio de la relación existente entre las nuevas tecnologías, la propiedad intelectual y los derechos de autor en el marco la realidad de nuestro país.

Esta es precisamente la pretensión de esta obra, la cual, desde una perspectiva interdisciplinar en la que predomina el enfoque jurídico, propone el análisis de algunas de las discusiones contemporáneas más importantes en la materia, siempre bajo la consideración de elementos nacionales e internacionales, para darle al lector una visión omnicomprendensiva de cada problemática en específico.

Si bien cada texto aborda una discusión específica (llámese valor probatorio de la evidencia digital, las regulaciones para el consumo de tabaco o los nuevos modelos de distribución musical en el entorno digital), en todos ellos los autores se propusieron tomar como punto de partida y de llegada la realidad social y económica de nuestro país, para cuestionarla con las dinámicas internacionales y brindarle así al lector la posibilidad de construir una opinión crítica sobre cada tema.

Este trabajo es producto del *Proyecto de investigación en propiedad intelectual y nuevas tecnologías de información*, desarrollado por el Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (Geppi) en la línea

de Propiedad Intelectual, de la Facultad de Derecho-Universidad Católica de Colombia.

Un especial agradecimiento a esta institución por todo el apoyo prestado para la realización de esta obra, que aspira simplemente a ser el punto de partida de múltiples y futuras publicaciones sobre nuevas tecnologías, propiedad intelectual y derechos de autor; abordajes sobre las cuales nuestro país reclama un gran esfuerzo investigativo.

Germán Darío Flórez Acero
Docente-investigador
Universidad Católica de Colombia

ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA EVIDENCIA DIGITAL EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO, DESDE LA PERSPECTIVA ANGLOSAJONA Y SU VISIÓN EN COLOMBIA*

Germán Darío Flórez Acero

Introducción

La evolución de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones ha dado lugar al aumento permanente de las transacciones comerciales en todo el mundo. Las formas tradicionales de hacer negocios y establecer relaciones comerciales han sido reemplazadas considerablemente con la introducción del comercio electrónico. En consecuencia, varios retos se han planteado a los sistemas regulatorios de estas nuevas tecnologías, especialmente en los aspectos relativos a la evidencia digital.

Este capítulo describe algunas nociones básicas de cómo presentar ante los tribunales civiles la evidencia contenida en formatos digitales. Así, abarcaremos el análisis de dos elementos clave para evaluar los diferentes tipos de pruebas: por un lado, la admisibilidad como un elemento de derecho para que el juez

* Este capítulo se realizó en el marco de una investigación del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), Grupo de Estudios en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (Geppi), de la Universidad Católica de Colombia, circunscrito al *Proyecto sobre derecho y nuevas tecnologías de información*, iniciado en el 2013.

determine si la evidencia puede ser aceptada y es fiable, ya que puede mostrar a la corte su autenticidad y coherencia, con la confianza de demostrar los hechos que se aducen; por otro lado, la teoría anglosajona sobre los principales aspectos que rodean a la evidencia directa e indirecta y su aplicación en los datos digitales.¹

Además, este artículo se centra en la revisión de reglamentos de varias jurisdicciones y hace una comparación entre el derecho común y civil. Se tiene como premisa que el comercio electrónico es una herramienta transfronteriza que implica estos sistemas jurídicos; por lo tanto, es importante explorar el tratamiento que estos sistemas han dado a la evidencia digital y observar lo que han conseguido los sistemas que se han ocupado de esta cuestión por un periodo más largo.

En los últimos años, la evidencia digital se ha asociado a la ley penal, debido a su gran desarrollo. De hecho, es muy común que se conecte el tema de la prueba digital en procedimientos forenses; sin embargo, los casos civiles tienen sus propias disposiciones en función de las cuestiones sobre las que el tribunal requiere pruebas, la naturaleza de la evidencia que se requiere para decidir esas cuestiones y la forma en que tal evidencia se va a presentar ante el tribunal. En este trabajo se destacarán algunos puntos de vista y preocupaciones relevantes pertenecientes a la evidencia digital penal y su relación con los casos civiles; no obstante, el objetivo de este capítulo no pretende ir más allá del ámbito del comercio electrónico.

Definición y principios de la evidencia

Desde la perspectiva jurídica, la evidencia puede definirse como la forma en que un hecho está probado o refutado en una corte o un tribunal.² Se trata de una herramienta mediante la cual cualquier supuesto de hecho, cuya verdad se investiga en el proceso judicial, se prueba o desaprueba.³ Es el elemento principal que las partes intervinientes en un proceso judicial aportan para probar⁴ los hechos sobre los que se basa el litigio. El juez o el jurado correspondiente, en los casos del *common law*, utilizan las pruebas para descubrir lo que realmente sucedió en un caso.

1 Stephen Mason, *Electronic evidence: disclosure, discovery and admissibility*. Londres: Butterworths Law, 2007.

2 Ron Delisle y Don Stuart, *Evidence: principles and problems* (7.ª ed.). Toronto: Carswell, 2004.

3 Conference about Digital Evidence in the Slovakian Legislation IT, summer School 2010, Pécs, Hungría.

4 David M. Paciocco, *The law of evidence* (4.ª ed.). Toronto: Irwin Law, 2005.

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

La evidencia significa el reconocimiento del material recogido como prueba, ante la corte, de la ocurrencia de ciertos hechos.⁵ Así, la legislación sobre evidencia debe encargarse de regular todos los factores que han de tenerse en cuenta para determinar cuáles pruebas son admisibles en el tribunal de justicia y cuáles no. La evidencia es uno de los elementos más importantes para tener éxito en un caso ante algún tribunal. Un abogado puede preparar los argumentos perfectos para llevar al tribunal, pero si esos argumentos no se basan en una evidencia que sea confiable y fiable, entonces su papel pierde peso. Los hechos deben probarse en cualquier caso, ya que con estos, las partes están tratando de demostrar que lo que argumentan corresponde a la verdad.⁶

La evidencia se utiliza legalmente en procedimientos judiciales tanto penales como civiles. Normalmente, cuando hablamos de *pruebas*, pensamos inmediatamente en un juicio que tiene que ver asuntos criminales. Esto es así por cuanto la evidencia es el elemento preponderante en los casos penales; sin embargo, la evidencia es muy importante también en los casos civiles.

En el *common law*, la evidencia puede ser clasificada en varios tipos. La *evidencia real* es la que se presenta en forma material, como documentos y otros objetos físicos. También se puede clasificar en *evidencia primaria* y *evidencia secundaria*. La primaria es la más alta clase de evidencia; es más importante y relevante que la evidencia secundaria. A fin de aclarar este concepto, puede ser tomado este ejemplo: un contrato firmado sería evidencia primaria, en tanto un proyecto sin firmar del contrato sería evidencia secundaria. La mayoría de las pruebas electrónicas es evidencia secundaria; sin embargo, la evidencia primaria también es posible en forma digital. Otro tipo de clasificación es la *evidencia directa* y la *evidencia indirecta*.

La evidencia puede presentarse de diferentes maneras, como testimonios orales, documentos, interrogatorios, etc. La información con valor probatorio almacenada o transmitida en forma digital se considera *evidencia digital*.⁷ El documento electrónico está conectado estrechamente con la evidencia digital, pues la mayor parte de las pruebas en los casos de comercio electrónico se presenta

5 Oficina Federal de Investigaciones (FBI), Digital evidence: standards and principles, en *Forensic Science Communications*, vol. 2, núm. 2, 2000.

6 Adrian Keane, *The modern law of evidence* (7.ª ed.). Londres: Oxford, 2008.

7 Stephen Mason, *The evidential foundations*. Londres: Lexis Nexis, 2008, p. 66.

en forma de documentos electrónicos, por lo menos a partir del contenido de la prueba. El documento electrónico es cualquier documento que se transmite por medios digitales.⁸ Como los documentos físicos, los electrónicos pueden ser rubricados a través de firmas electrónicas o digitales.⁹

Según la Ley 527 de 1999, artículo 7, las firmas digitales son aquellas que utilizan métodos tales como códigos, contraseñas, datos biométricos o claves criptográficas privadas, que permiten identificar a una persona en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando este sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma. Ello implica atender todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.

Otros elementos importantes son el peso y la relevancia de la evidencia. La evidencia debe ser lo suficientemente relevante para el caso en disputa. Además, es relevante en la forma en que probar o no la ocurrencia de un hecho muestra cómo este puede ser más o menos probable.¹⁰ Un ejemplo de ello podría ser la evidencia presentada a través de animaciones y simulaciones en un computador. En el caso especial en que ninguna otra evidencia es llevada a la corte, entonces cada parte tiene derecho a usar estas animaciones de manera libre. El tribunal competente se ocuparía de ello y evaluaría las pruebas en el marco del derecho civil o penal¹¹, según sea el caso.

Tipos de pruebas

En el sistema de derecho consuetudinario, como Inglaterra y Gales, la evidencia es directa, indirecta, real, primaria y secundaria, como se muestra a continuación.

Evidencia directa

Consiste en un objeto material y físico, como la producción de algún testimonio o declaración. Tiene que ser perceptible para el ser humano.¹² Con el tiempo,

8 Criss Reed, *Internet law. Text and materials* (2.ª ed.). Londres: Cambridge University Press, 2004.

9 *Ibíd.*

10 Ron Delisle y Don Stuart, *Evidence: principles and problems...*, *op. cit.*

11 Hodge M. Malek (Ed.), *Phipson on evidence* (16.ª ed.). Londres: Sweet & Maxwell, 2005.

12 *Ibíd.*

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

el testimonio de la percepción de algunos contenidos de la pantalla podría ser admisible en la corte. El registro de los dispositivos mecánicos puede ser aceptado como una prueba. Igualmente ocurre con las grabaciones y la impresión de resultados de pruebas técnicas o científicas, que también forman parte de esta categoría. Es importante diferenciar entre el contenido y los metadatos asociados a este tipo de evidencia.¹³

Evidencia indirecta

Este es el tipo de prueba que se puede deducir del hecho de forma inicial.¹⁴ Así que el hecho inicial debe ser probado con el fin de utilizar la evidencia indirecta. En el entorno del comercio electrónico la evidencia indirecta es muy común.¹⁵

Evidencia real

Comprende el material distinto de los documentos.¹⁶ Podría ser la impresión de la actividad de algún computador.¹⁷ Los récords impresos de la actividad del computador pueden ser tomados como una evidencia real. En este caso, la prueba real consiste en el disco duro del computador y la impresión (el disco duro como evidencia real, más el contenido de datos en un formato legible por humanos).¹⁸ El contenido de la unidad de disco duro llevado a impresión sería la evidencia secundaria.

Es importante hacer la distinción entre el *contenido de la impresión*, considerado como un mero registro de un hecho (es decir, las máquinas que hacen grabaciones automáticas sin intervención humana), y la *impresión*, que ha sido

.....
13 Ibid

14 R vs. Cochrane (1993), Crim LR 48.

15 American Express Travel vs. Veer Unreel.

16 Stephen Mason, *Electronic evidence...*, op. cit.

17 Stephen Mason, *International electronic evidence*. Londres: British Institute of Comparative Law, 2008.

18 Michael Lombardi, *Computer time synchronization*. Recuperado de <http://goo.gl/uUHegD>

manipulada por el ser humano de alguna manera, lo que sería una especie de prueba similar al testimonio.¹⁹

Lord Hoffman hizo una interesante explicación sobre la exactitud de los relojes de los sistemas informáticos. Analizó el caso de dos máquinas en las que el reloj no era exactamente precisa y señaló que la relevancia de la exactitud del reloj se encuentra en determinar si esta afecta o no los procesos de la computadora, el sistema de almacenamiento y la recuperación de datos utilizados para generar información. Por ejemplo, la precisión de los sistemas de reloj puede provocar graves problemas a los sistemas informáticos,²⁰ especialmente en el sector financiero, donde el tiempo durante el que se hace alguna transacción tiene una importancia relevante.

No menos importante es el caso del entorno de comercio electrónico. Es particularmente relevante que las transacciones en este tipo de comercio se hacen de todas partes, y por ello, la precisión de los sistemas del reloj puede determinar el momento exacto de la transacción.²¹ Esto es importante de tener en cuenta, en el sentido de fluctuación de las monedas, pues vemos cómo en estos periodos ellas están cambiando constantemente y el precio final de alguna transacción específica puede variar significativamente.

Otro ejemplo es la determinación cuando se hace un contrato, es decir, el momento en que las partes cumplan con las obligaciones contraídas allí. Esto es importante ya que la mayoría de los contratos tienen límites en el tiempo, y la precisión del reloj puede hacer la diferencia para determinar un día u otro. Supongamos que una parte tiene que presentar algún documento, hacer un pago y enviar información; la precisión del reloj puede decidir si esta obligación se hizo a tiempo o no y, por lo tanto, ello puede ser crucial en la controversia de un tribunal.

A veces los problemas con la precisión del reloj se producen porque la batería usada para el instrumento de *hardware* está diseñada para una duración de cinco años. Esto significa que los cambios son debidos al cambio en la temperatura,

19 Colin Tapper, *Computer law* (4.ª ed). Londres: Longman, 1989; JC Smith, *The admissibility of statements by Computer*. Crim LR 387, 1981.

20 DPP vs. McKeown; DPP vs. Jones, 1997.

21 DPP vs. Mcown; Dpp vs. Jones (1997), 2 Cr App Rep 155, 1 All ER 737.

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

la presión del aire y los campos magnéticos, entre otros aspectos.²² Por lo tanto, siempre es importante tener en cuenta estos factores cuando un experto analiza la precisión en el tiempo de la máquina o el sistema computacional correspondiente.

Los registros de las computadoras pueden comprender una amplia zona de trabajo. Esto significa que la información que un usuario puede obtener del equipo es enorme y variada. Sin embargo, dos de los usos más populares de la evidencia digital son los registros informáticos de los créditos y débitos de una cuenta.²³ En consecuencia, las salidas de los registros de transacciones de pago realizadas a través de un equipo se consideran evidencia real.

La Cámara de los Lores en Inglaterra, en el caso *R vs. Governor of Brixton Prison*, hizo la distinción entre la *evidencia real* y los *testimonios*. En este caso, Lord Hoffman hizo la diferenciación de conceptos, ya que las pruebas presentadas comprendían los registros de las transacciones de pago a través de un computador y los testimonios de un testigo de cómo se creó el registro del pago:

Las impresiones de los registros se utilizarán para demostrar que dicha transferencia se llevó a cabo. Estas demuestran el registro, creado por la transacción entre el que pretendió solicitar la transferencia y el programa de computador. El valor probatorio de los documentos de impresión no es diferente de la de una fotocopia de un cheque falsificado.²⁴

Es comprensible ahora que en países como Inglaterra, las impresiones son consideradas evidencia real. Sin embargo, esta evidencia no es absoluta y puede ser objeto de controversia en otros testimonios; por ello, los impresos deben presentarse en la corte junto con las fundaciones testimoniales confiables.

Regla de la mejor evidencia

La regla de la mejor evidencia es básicamente la evidencia presentada en el original.²⁵ En el entorno digital, la mayor parte de la evidencia no es legible para los seres humanos. Por lo tanto, sería necesaria la creación de nuevas normas con el fin de aceptar la evidencia digital bajo la regla de la mejor evidencia. Así, las di-

22 Michael Lombardi, *Computer time synchronization*, *op. cit.*

23 *Ibid.*

24 *R vs. Governor of Pentonville Prison exp Osman* (No 1), *Re* (1990) 1 WLR 227, (1989).

25 Hooperd Ormerod Murphy y otros, *Blackstone's criminal practice*. Oxford: Oxford Univesity Press, 2008.

ferentes jurisdicciones han creado sus propias reglas para hacer que la evidencia digital sea admisible en la corte.

Estados Unidos, en su Ley Federal de Pruebas 1001 (3), establece que una evidencia es *original* “si los datos se almacenan en un ordenador, cualquier copia impresa u otro registro legible a la vista, y que muestre los datos con precisión”.²⁶ En el caso *Aguimatang vs. la Lotería del Estado del estado de California*, el tribunal consideró que las pruebas digitales eran admisibles, al haberse demostrado que las impresiones no violaron la regla de la mejor evidencia, “porque las impresiones generadas a través del registro de la computadora fueron considerados como un original”.²⁷

En Inglaterra, esta regla probatoria se puede observar desde dos puntos de vista. Por un lado, la regla de inclusión en la que la mejor prueba es admisible, no importa qué tipo de pruebas se presenta²⁸; en consecuencia, es la que prevalece sobre las demás normas de exclusión, como las reglas probatorias del testimonio.²⁹ Desde el otro punto de vista, hay una visión excluyente en la que es inadmisibile todo lo que no es la mejor evidencia.³⁰

En este contexto, la tendencia ha sido a reconocer que la regla de la mejor prueba no debe ser más relevante como el punto de vista de exclusión. Lord Denning explicó en el caso *Garton vs. Hunter*:

Contrariamente a la regla de la mejor prueba, en la que cualquier evidencia menor es excluida, esta regla ha sido superada hace mucho tiempo. La única restricción consiste cuando se proporciona un documento original que no se puede reemplazar por una prueba secundaria a través de una copia. Actualmente los tribunales no se limitan a la regla de mejor evidencia. Tienen en cuenta qué tan buena o mala es la prueba para otorgarle el peso que corresponde, pero nunca en lo referente a la admisibilidad de la misma.³¹

En el caso de *Kajala vs. Noble* se estableció que la norma se limita a los documentos escritos y no es extensible a cintas o películas.³² En este caso, la BBC

26 American federal Rule of Evidence 1001 (3).

27 *Aguimatang v. California State Lottery*, 234 Cal. App. 3d 769 (Cal. Ct. App. 1991).

28 Hodge M. Malek (Ed.), *Phipson on evidence...*, *op. cit.*

29 *Ibíd.*

30 *Ibíd.*

31 *Garton vs. Hunter*.

32 *Kajala vs. Noble* (1982) 75 Cr AppRep 149.

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

presentó un original de una cinta grabada, apoyada por el testimonio del director del programa. El acusado argumentó que el hecho de no llamar al camarógrafo y a los encargados de edición de la cinta era un error de procedimiento. Eso significaba que no era posible determinar si los hechos ocurrieron en una secuencia de verdad o no. El juez Ackner LJ consideró que el examen del material era lo suficiente contundente para determinar la fecha de la filmación.

En cuanto a la segunda cuestión, Ackner LJ dijo que el acusado falló al no cuestionar la integridad del material, dada la edición de la película, y se limitó a cuestionar la secuencia de esta. Así, incluso si la secuencia no hubiera ocurrido en el mismo orden en que sucedió, lo que realmente importaba era si la película permitía observar las actividades de la parte demandada.³³

En el caso de *Springsteen vs. Masquerade Music Ltd.* hubo una demanda por infracción de derechos de autor para una canción que el Sr. Springsteen había compuesto y escrito en 1970. En la corte de apelación, el Sr. Springsteen estaba obligado a demostrar los vínculos con las canciones en 1972. El demandante no brindó las herramientas probatorias necesarias para proporcionar los documentos pertinentes y presentó pruebas secundarias en cuanto a la existencia de diversos elementos probatorios que comprobaban su derecho. Los recurrentes alegaron que el Sr. Springsteen había fallado en cumplir con la carga de la prueba, con el argumento de que la evidencia³⁴ secundaria no debería ser admitida, especialmente en los casos relacionados con los documentos escritos, como sucede en la cesión de derechos de propiedad intelectual.³⁵

El juez de primera instancia, Ferris J., consideró que las pruebas secundarias podrían ser admisibles y decidió que la cesión de los derechos de autor se le había asignado³⁶ al demandado. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones, a través del juez Jonathan Parker L. J, declaró:

La obligación de la parte de proporcionar el original en la evidencia no está fundada en ninguna norma jurídica, pero no es más que un reflejo del hecho de que una parte que no proporciona un documento original y que no pueda explicar a satisfacción de

.....
33 Ibid.

34 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, *op. cit.*, p. 185.

35 *Springsteen vs. Masquerade Music Ltd* (1999) EMLR 180, (1998) EWHC Patents 277.

36 Ibid.

la corte por su no producción, al invitar a la corte a admitir evidencia secundaria de su contenido, tiene la consecuencia práctica de que el tribunal fije no peso a dicha la evidencia secundaria.³⁷

Esta decisión puso un precedente en los casos futuros sobre la regla de la mejor evidencia. Está claro que la regla se aplica de una manera muy restringida, ya sea para las causas penales o civiles.³⁸ En los casos relativos a las pruebas electrónicas, son aquellas que se basan en la grabación de los dispositivos electrónicos o el testimonio de quien observó la máquina. La evidencia real presentada en la corte sería el equipo físico que almacena los datos. Sin embargo, esto no ayuda de mucho para aclarar el caso relevante, toda vez que no se puede deducir nada de ver un dispositivo; pero esto es algo muy relevante, ya que puede darle certeza al tribunal de que realmente existe el elemento.

Por ello, la mayor parte de la evidencia electrónica se presenta en forma de pruebas que comprende pruebas secundarias, como los datos impresos en documentos en papel o la información que se mostró en la pantalla.³⁹ De esta forma, el abogado tiene que hacer hincapié en la integridad de los datos cuando la autenticidad de la prueba es cuestionada en un procedimiento legal. El objetivo principal de la integridad es mostrar que los datos no se han tergiversado y han mantenido su integridad y fiabilidad.

Evidencia primaria y secundaria

De acuerdo con la West's Encyclopedia of American Law, la *evidencia primaria* es "el documento auténtico o elemento que se ha presentado como prueba en un juicio, en contraste con una copia, que sustituya el original".⁴⁰ Del mismo modo, esta enciclopedia define *evidencia secundaria* como aquella "que se ha reproducido de una original o sustituido por un artículo original".⁴¹ Por lo tanto, la diferencia entre este tipo de pruebas se sustenta en la producción de un documento

.....
37 *Ibíd.*

38 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, *op. cit.*, p. 186.

39 *Derby and Co Ltd vs. Weldon (No.9) (1991) 2 All ER 901 at 906.*

40 West Group Publishing, *West's Encyclopedia of American Law (2.ª ed.)*. Detroit: Gale Group, 2008.

41 *Ibíd.*

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

original que pruebe los hechos y la presentación de pruebas de carácter inferior, como una copia o un documento.

Cuando se hace referencia a los documentos materiales como fotografías, la diferencia es más compleja. Valga como ejemplo una fotografía tomada con una cámara que contiene una película o almacena información en la tarjeta de memoria. El negativo de la cámara o de la memoria misma comprende evidencia primaria⁴²; sin embargo, es notorio que esta evidencia no es suficiente para dar certeza al juez o cumplir con las expectativas del jurado. Sucede por muchos factores, como el tamaño de la cámara, la resolución de la pantalla, la dificultad para ver las imágenes en ciertos formatos, etc. Así, la evidencia secundaria en forma de fotografías impresas es pertinente para aclarar los casos.

De acuerdo con la distinción de este tipo de pruebas, también es necesario distinguir entre la evidencia principal de un documento físico y digital. Supongamos que existe un contrato comercial original firmado por las partes autorizadas. Este representa la evidencia primaria del contenido del contrato.⁴³ Cuando el contrato no es un documento físico, sino uno digital, el original sería el que está impreso y firmado por las partes para su adopción, o el firmado digital o electrónicamente.⁴⁴ Sin embargo, es posible que el contrato se encuentre justo en una de las partes de la computadora, en tanto la otra parte con el tiempo podría estar en desacuerdo, por lo cual podría llevar a cuestionar legalmente el contenido del contrato. Como no hay documento de material y no se ha firmado electrónicamente el documento, el primer factor que debe tenerse en cuenta es determinar si hay evidencia primaria y, consecuentemente, dónde está.⁴⁵

De acuerdo con la teoría acerca de la evidencia primaria, expuesta en líneas anteriores, esta estaría en el disco duro o de almacenamiento del documento que contiene el contrato. La copia del contrato impreso desde el equipo donde las partes acordaron redactar el contrato sería la evidencia secundaria.⁴⁶

.....
42 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, op. cit., p. 186.

43 Friedrichs Schwank, *CyberDOC and e-Government: the electronic archive of Austrian notaries. E-Signature Law Journal*, vol 1, núm. 1, 2004.

44 *Ibíd.*

45 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, op. cit., p. 187.

46 *Ibíd.*

Este punto es importante, ya que en la mayoría de los casos que comprenden pruebas digitales, los tribunales competentes no dependen solo en la evidencia primaria. Ellos están dando la mayor parte del peso de la evidencia a pruebas secundarias como copias impresas de los documentos en forma legible por humanos⁴⁷, así como a testimonios de las partes sobre el contenido del documento, su pertinencia y calidad. Obviamente, estos testimonios deben ser evaluados bajo las reglas de la evidencia, con el fin de determinar su admisibilidad como prueba y su credibilidad.⁴⁸ El documento digital representa un reto importante, ya que se pueden modificar, transmitir, copiar, cambiar con una relativa facilidad, y por ello podría ser complicado establecer dónde está el real contrato que las partes consintieron.

Aunque el disco duro se considera evidencia primaria, en tanto las impresiones se conciben como evidencia secundaria, es interesante señalar que en los casos digitales, muchas veces la evidencia presentada como impresiones auténticas del pasado es mejor que registros de la memoria interna del computador presentados después. Esto implica que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la copia impresa podría ser la mejor evidencia en ciertos casos. También está claro que la impresión no solo implica archivos típicos tales como documentos, contratos u hojas de cálculo, sino también las formas no convencionales como los informes de bases de datos, registro de transacciones y las imágenes digitalizadas de los documentos originales.

Para concluir esta parte, es importante darse cuenta de que tanto en el entorno digital como en el mundo material la diferencia entre la evidencia primaria y secundaria es importante, para distinguir el original de la copia; sin embargo, este tipo de pruebas se complementa entre sí, en lugar de excluirse mutuamente. Así, más importante que determinar cuál de las pruebas sería la mejor para llevar a la corte, lo es encontrar los vínculos lógicos entre estas, para dejar clara la confiabilidad de los hechos que la parte pretende probar. En consecuencia, estos dos tipos de pruebas tienen una importancia crucial, y el juez o el jurado tienen que valorarlas como un complemento, en vez de poner más o menos peso a una u otra.

.....
47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.*

Valoración de la prueba en una corte

En un procedimiento civil, el juez evalúa cualquier medio de prueba por el cual es posible determinar el estado de la cuestión de la controversia que pueda servir de prueba.⁴⁹ Cada tipo de pruebas se valora individualmente, y después todas las evidencias son evaluadas colectivamente. Esta es la regla general. No hay una regla especial para la prueba electrónica. En el procedimiento civil, cualquier cosa que pueda contribuir a la aclaración adecuada de los hechos y cualquier elemento que se ha obtenido de acuerdo con las disposiciones establecidas en las leyes pueden servir como prueba (regla general).

La evidencia escrita presentada ante el juez, en los casos de comercio electrónico en que cualquiera de las partes desee presentar el contenido del material, debe tener en cuenta las medidas técnicas establecidas para tal fin. A manera de ejemplo, los casos podrían ser presentados con las opiniones de los expertos de la materia correspondiente o los peritos informáticos. Esto debe contener la evaluación de los hechos que pretenden demostrar la respectiva parte en un proceso judicial.⁵⁰

La admisibilidad es cuestión de la corte. En los casos civiles, en el *common law* el juez no tiene que justificar la admisibilidad o no; esto es diferente para los procedimientos penales, en los que el juez sí tiene que hacer esta justificación.⁵¹ El tribunal debe señalar las cuestiones jurídicas que la evidencia puede presentar en términos de procedimiento y relevancia.

Sin embargo, los tres ejemplos siguientes ilustran diferentes casos civiles en los que se puede utilizar la evidencia digital y el juez tiene que evaluar la admisibilidad o no de tales pruebas. En primer lugar, el uso de la computadora para generar animaciones en casos de accidentes de tránsito. En segundo lugar, en los asuntos relativos a la propiedad intelectual, el permiso que se le debe pedir al juez de incautar los materiales y herramientas que se utilizan para infringir los derechos de autor. En tercer lugar, los contratos firmados que se encuentran en la computadora de una de las partes.

.....
49 UK Civil Evidence Act 1995.

50 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, *op. cit.*, p. 189.

51 *Ibid.*

La confidencialidad es otro punto que debe tenerse en cuenta a la hora en que la prueba está presente en forma de correos electrónicos. Pueden ser mensajes de correo electrónico entre el cliente y el abogado, por lo que tienen una protección especial en virtud de las normas de confidencialidad del *common law*.⁵² Finalmente, a menudo el costo de la producción de pruebas electrónicas debe ser pagado por la parte perdedora.

Aplicación de la prueba para casos civiles de evidencia digital

Como el propósito de este trabajo guarda relación con el comercio electrónico, el estudio de la evidencia digital en este asunto debe ser estudiado bajo las reglas de procedimientos civiles pertinentes. A manera de ejemplo se examinará la Ley Civil de Pruebas Inglesa, de 1995, en lo que respecta a la evidencia digital. Así, en lo concerniente a la introducción de copias de documentos, como una especie de prueba que pretende demostrar la afirmación de un contrato o documento, pueden señalarse dos aspectos:⁵³

1. En el caso en que una declaración contenida en un documento es admisible como prueba en los procesos civiles, esta puede ser probada: a) por la producción del documento; b) ya sea que el documento actualmente exista o no, por la producción de una parte material de este, autenticado de tal forma que el tribunal lo pueda aprobar.
2. Es irrelevante a estos efectos la calidad que hay entre una copia y el original

El comercio electrónico puede implicar muchos tipos de transacciones en las que es imprescindible la definición de *documento original*, con el fin de resolver cualquier controversia legal. En las siguientes líneas se tendrán en cuenta algunos casos contractuales en los que la evidencia digital será analizada desde su admisibilidad, autenticidad y fiabilidad.

Primero se tiene en cuenta un contrato comercial cuya única copia se encuentra en el disco duro de un ordenador. La impresión como evidencia secundaria puede ser contrastada con el documento digital y, por lo tanto, debe compararse si

.....
52 *Ibid.*

53 UK Civil Evidence Act 1995.

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

ambos soportes son iguales.⁵⁴ Si sucedió esto, la impresión puede ser considerada como una copia del original y, por tanto, auténtica.

Ahora imagine que al mismo archivo donde se almacena el contrato se accede muchas veces después de que se termine, pero no se alteró (pueden cambiar los metadatos, pero no su contenido). Sin embargo, esto puede tener graves consecuencias si no se respeta la integridad del documento original.⁵⁵ Por lo tanto, una vez más será necesario comparar si ambos documentos (el impreso y la versión digital) son idénticos.

En este orden de ideas, los metadatos muestran justo cuándo se abrió y se vio el documento. La información recogida por los metadatos indica qué usuario accedió al archivo, la fecha y la hora de acceso, etc. Estos datos no alteran el contenido del documento, a menos que el usuario lo haga.⁵⁶ Cuando no se vea comprometido el contenido, entonces la integridad de los datos originales no se verá afectada. A continuación, la autenticidad del documento y el disco duro donde se guardó el archivo no tiene discusión y, en consecuencia, la impresión como evidencia secundaria es fiable⁵⁷. En suma, el suministro de información por parte del documento puede ser totalmente confiable.

También hay algunos casos que son más complejos, como los que tienen que ver con el desarrollo de la tecnología que ha dado lugar a un uso diverso de los sistemas informáticos. Imagina de nuevo el contrato, pero en este momento el archivo se encuentra en muchos sistemas informáticos. El borrador final del contrato ha sido evaluado por un número de personas de diferentes países que hicieron la revisión del contrato antes de la versión final. Esto podría significar que el archivo se encuentra en un número desconocido de ordenadores, memorias, dispositivos, incluso los computadores personales de los empleados.⁵⁸ Si el contrato se ha impreso y firmado por los representantes legales de las partes con una firma manuscrita, entonces dicho documento será considerado el original, en tanto las copias de este manuscrito serán admisibles en la corte y

.....
54 Stephen Mason, *International electronic evidence...*, *op. cit.*, p. 189.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 Cfr. *E-Signature Law Journal*, vol 2, núm. 2, 2005.

58 *Ibid.*

también servirán para demostrar la fiabilidad de las declaraciones consignadas en el contrato. La versión digital del contrato no tendrá tanto peso como el original. Además, el archivo digital solo recuperará la importancia en los casos en que el documento original está perdido o destruido.

Ahora podría pensarse el caso en que no se firmó el contrato, pero las partes hicieron el acuerdo y se ha cumplido con las obligaciones suscritas allí. El problema se presenta cuando las partes impugnaron los términos del contrato y este no es lo suficientemente claro como para determinar cuál es el documento original. Especialmente es el escenario en que hay diferentes versiones del contrato en el que las partes confían. El problema surge cuando debe decidirse qué versión gobierna el acuerdo. En este caso, las partes no impugnan la originalidad de la impresión, pero la determinación acerca de qué documento es el pertinente para la interpretación del contrato es una cuestión de derecho sustantivo.

Para finalizar estos ejemplos, puede considerarse el caso de que el contrato no se imprime, pero los compromisos adquiridos por las partes fueron ejecutados en un contrato para la compra de un producto. Supongamos que después de algunos días el producto está roto y también se causan daños al vendedor. La evidencia presentada es confiar en el intercambio de correos y documentos electrónicos. En estas circunstancias es más complejo establecer cuál es el documento original. La controversia legal podría girar en torno a la interpretación de las garantías que cambiaron en los diferentes sistemas, plataformas y archivos donde se almacena el documento. Luego deberá establecerse cuál es la versión definitiva y real del contrato, que es una tarea para el derecho sustantivo de nuevo.

Sin embargo, la autenticidad del documento puede ser desafiada por una de las partes en conflicto que requiere demostrar el origen del documento. En este caso, el partido se basa en el contrato que deben presentar los respectivos fundamentos probatorios. En general, cuando una parte plantea un desafío para la autenticidad de un documento, se requiere una etapa temprana del proceso, debido a que es importante darle a la parte que presente el documento la oportunidad de recoger todas las pruebas necesarias para demostrar la veracidad del documento.

La validez jurídica de la evidencia presentada en documentos electrónicos en Colombia

Colombia cuenta con la Ley 527 de 1999 como la piedra angular en todo lo que tiene que ver con la validez de los documentos electrónicos y las pruebas digitales. El artículo 11 de esta ley establece que el documento electrónico tiene la posibilidad de producir efectos jurídicos siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos establecidos en la ley, que en el fondo son la manifestación de la validez legal de estos y que pueden ser descritos como se presenta a continuación.

Confiabilidad en la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje

Este aspecto se refiere a la manera como el mensaje haya sido almacenado, generado y transmitido, y a qué tan confiables fueron los métodos o procedimientos utilizados dentro de estos procesos electrónicos; es decir, este precepto señala que los documentos electrónicos que cumplan con dichos estándares de seguridad, y en virtud del principio de equivalente funcional, tienen la misma validez desde el punto de vista jurídico que una prueba que venga en papel. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia señaló en la Sentencia C-831 de 2001:

EL proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los “equivalentes funcionales” que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos, por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.

Así las cosas, la evaluación de los métodos empleados para generar, enviar y archivar la información es en definitiva un punto de absoluta importancia para la

valoración de la prueba contenida en documentos electrónicos. Consecuentemente, abogados, jueces, funcionarios y administrativos, a la hora de evaluar las pruebas electrónicas, deben incluir dentro del principio de la sana crítica la confiabilidad de los documentos electrónicos y la manera como estos son presentados, a fin de poder concluir si estos fueron alterados y modificados.

Integridad de la información contenida en el mensaje de datos

La integridad de los documentos electrónicos es un aspecto preponderante en la validez jurídica de la evidencia digital. Según lo establecido en la Ley 527 de 1999, los mensajes de datos deben haber permanecido completos e inalterados. Esto quiere decir que los mensajes deben haber permanecido inmodificados y poder corroborar que no han sido reformados, transformados, cambiados, variados, rectificadas o modificados por cualquier medio después de que ha sido emitido. El documento debe ser íntegro desde cuando se generó.⁵⁹ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló en el 2010:

La *integralidad* de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje.⁶⁰

Conclusiones

La evidencia digital se ha convertido en un campo muy importante del derecho probatorio. La sustitución del papel por los documentos electrónicos ha cambiado

59 Germán Flórez, La validez jurídica de los documentos electrónicos. *Revista Verba Iuris*, núm. 31, 2014, pp. 43-71.

60 *Ibíd.*

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

la manera tradicional de evaluar los documentos y las firmas dentro de las salas de audiencia. El principio de equivalencia funcional ha sido reconocido por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), las Directivas Europeas de Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas, las legislaciones nacionales y muchas sentencias de los países con las regulaciones de comercio electrónico. Este reconocimiento permite a las partes proveer pruebas electrónicas sin miedo de no cumplir con los requisitos de admisibilidad solo porque existen los documentos en medios electrónicos. Sin embargo, algunos jueces en ciertas jurisdicciones todavía confían solo en los documentos en papel, pues la mayor parte de su práctica se ha hecho con este sistema. Afortunadamente, los casos cada vez más están disminuyendo, y la mayoría de los tribunales están siendo actualizados con las medidas tecnológicas.

En los países desarrollados, la evidencia electrónica es notoria, como Reino Unido, Australia y Estados Unidos. No obstante, debido al uso masivo de internet en todo el mundo y la presencia cada vez mayor del comercio electrónico, se han transformado los hábitos comerciales de los consumidores. Así, la mayoría de las naciones ahora cuentan con marcos legales que garantizan la validez, legalidad y legitimidad de los documentos y las firmas electrónicas. Ejemplos de estos países podrían ser Eslovenia, Singapur y Colombia, donde los tribunales nacionales han emitido sentencias interesantes sobre la admisibilidad de los documentos electrónicos.

Empecé mi conclusión en este punto porque los documentos y las firmas electrónicas son, probablemente, los principales elementos que rodean el uso de pruebas digitales. La mayor parte de la evidencia electrónica comprende documentos electrónicos y registros. La mayor parte de las cuestiones de la admisibilidad y fiabilidad de este se refieren a la integridad y autenticidad de tales pruebas.

El desarrollo de la prueba electrónica es algo que todos los abogados deben tener en cuenta en su asesoramiento a los clientes antes y durante los juicios. La tarea de actualizarse con las nuevas tecnologías no aplica solo para las autoridades y los jueces del gobierno. El abogado ahora tiene que saber cómo hacer frente a las pruebas electrónicas, ya que hay muchas situaciones en que se debe utilizar esta evidencia. Está claro que el abogado no tiene que ser un experto en sistemas informáticos, pero él tiene que estar dispuesto a preguntarles a los expertos las

preguntas correctas, para llevar a cabo la investigación y detectar cuándo algún procedimiento no es correcto.

La admisibilidad de la prueba electrónica en los procedimientos civiles se introduce en la mayoría de las legislaciones pertinentes. Las normas establecen un marco legal que permite a los abogados utilizar estas pruebas en los casos que llevan. Los diferentes tribunales tienen el deber de aceptar esta evidencia tal como lo hacen con los medios de pruebas tradicionales. Sin embargo, también es claro que el peso que el juez le da a la prueba electrónica es realmente bajo en algunas legislaciones. Incluso, la mayoría de las legislaciones en los sistemas de derecho común han abolido la regla de la mejor prueba.

Aun así, los métodos de autenticidad que se pueden utilizar para presentar pruebas digitales en la corte, junto con la opinión del experto, pueden ofrecer al juez correspondiente los motivos para confiar en ellas. Por lo tanto, el éxito en el juicio puede estar seguro, ya que sería difícil para la otra parte refutar esta evidencia. El único problema es que el uso de estas tecnologías es a veces onerosa, por lo que podría ser difícil para un usuario común acceder esta tecnología. El costo de la prueba podría llegar a ser más caro que la reclamación en sí. No obstante, actualmente los mensajes de datos pueden garantizar niveles de seguridad más altos que permitan identificar al remitente del mensaje y la integridad del contenido del documento, y así la evidencia digital tendrá más peso en los tribunales.

En contraste, las jurisdicciones de derecho civil no ponen tantos requisitos para la admisibilidad de la evidencia digital. Aun así, algunos de los jueces no están familiarizados con las nuevas tecnologías de la información. Esto deriva en que en algunos casos no se acepten las pruebas solo porque se presentan en formatos digitales.

El rol de los expertos es preponderante para dar confiabilidad de la evidencia digital. Hay dos tipos de sistemas sobre el rol de los expertos. Uno es el sistema en el que el experto es controlado por las partes, y el tribunal acaba de evaluar su trabajo. El otro sistema es aquel en el que el juez controla el trabajo del experto, incluso los honorarios que están pagando. Este sistema proporciona un mayor control por el tribunal y también garantiza un juicio justo para ambas partes.

En lo que respecta al contexto colombiano, observamos que no existe un diferenciación de tipos de pruebas en el contexto electrónico, tal como sí se evidencia de la experiencia anglosajona. La Ley 527 de 1999 le otorga plena validez a los

•Algunas nociones básicas sobre la evidencia digital en el contexto del comercio electrónico.

referidos documentos. Desde que sean confiables e íntegros en los términos de dicha ley, y por el principio de equivalente funcional, la evidencia digital goza de la misma validez que la evidencia presentada a través de medios físicos.

Por último, el éxito en un caso en que la evidencia electrónica tiene que ser aportada depende del nivel de autenticidad, integridad y seguridad de que tal evidencia puede proporcionar en el juicio. El abogado debe estar seguro de que la evidencia digital tiene normas que la jurisdicción relevante requiere.

EL NUEVO MODELO DE DISTRIBUCIÓN MUSICAL: DEL VINILO A SPOTIFY

Germán Darío Flórez Acero

Daniela Bernal Sánchez

Introducción

El contrato de distribución musical en las nuevas tecnologías de información se puede celebrar entre el editor musical y el distribuidor de contenidos digitales, o directamente entre el artista y el distribuidor de contenidos digitales. Igualmente puede haber casos en los que intervenga el productor de fonogramas.

A su vez, el derecho de distribución es definido, desde la doctrina del derecho de autor, como una facultad que posee el autor o el titular de los derechos.⁶¹ Las tradicionales formas en que los trabajos musicales protegidos por el sistema de derechos eran distribuidos han sido hoy reemplazadas por la evolución y el acceso del ser humano a nuevas tecnologías. Así, el videocasete, los tocadiscos, el DVD y otros formatos tradicionales para la reproducción de obras musicales han

61 Recordemos que en el sistema de derechos de autor existe la titularidad originaria, por la cual el autor es el titular primigenio de derechos, pero que puede ser adquirido por una persona natural o jurídica de acuerdo con cualquiera de las formas de transmisión del derecho de autor, ya sean por acuerdo de voluntades, por ministerio de la ley o por transmisión por causa de muerte.

sido reemplazados por sistemas de reproducción digital presentes en los computadores portátiles, los *smartphones*, las *tablets*, entre otros dispositivos. El hecho de que estas nuevas plataformas sean más accesibles a los consumidores y cumplan las mismas funciones que sus antecesores, pero con notables mejoramientos en la calidad y la forma de acceder a los contenidos, ha derivado en que se desplacen estos antiguos modelos de distribución de obras musicales.

Sin embargo, el tránsito entre los antiguos modelos de distribución y los nuevos basados en los modernos aparatos tecnológicos no ha sido del todo fácil, debido en gran parte a la piratería digital propia de los sistemas *peer to peer*, que fueron introducidos a partir de 1999 y que hicieron que los usuarios de internet pudieran acceder a millones de contenidos protegidos por el derecho de autor, sin reconocer prestación alguna a los titulares de derechos.

El derecho internacional, a través de los tratados de internet de 1996, las leyes referentes a los prestadores de servicios de internet o *Internet Service Providers* (ISP) —como la Digital Millenium Copyright Act o la Directiva Europea de Comercio Electrónico (DECE) de 2000—, trató de controlar este fenómeno de piratería, para lo cual proporcionó a los autores y titulares de derechos herramientas legales para la protección de las obras musicales. Pero aun cuando estas normas ayudaron de cierta forma como paliativo de este problema, lo cierto fue que la piratería digital se expandió rápidamente por todo el mundo: pasó desde sitios como Napster,⁶² Emule, Grockter, Kazaa, Limewire, etc., hasta los populares *torrents*.

Así, había que buscar una solución para este problema, ya que los editores musicales, que normalmente son los encargados de la distribución de las obras

62 En el 2000, reconocidas bandas de rock como Metallica, junto con A&M Records y otras compañías discográficas, decidieron demandar a Napster por violación de la ley norteamericana de derechos de autor en internet (Digital Millenium Copyright Act). Con esta demanda pretendieron el resarcimiento de perjuicios por las pérdidas ocasionadas con la distribución gratuita de sus obras. El caso fue conocido por la District Court de Estados Unidos en primera instancia y por el Noveno Circuito de Apelaciones en apelación, los cuales decidieron que a pesar de que los usuarios eran los que infringían directamente los derechos de autor, la página tenía culpa de ello, ya que contribuía a que se realizaran las infracciones a los derechos, pues era a través del *index* o directorio central de la página como los usuarios podían acceder al material protegido, sin pagar los derechos de autor. Así, de hecho, lo señaló Wilson Ríos en su obra *El derecho de autor en la nuevas tecnologías de información*. Se consideró que la página incurría en una violación indirecta de los derechos de autor al lucrar con dicho acceso a los usuarios por medio de la publicidad generada en la página. En consecuencia, Napster tuvo que cesar sus prácticas, que animaban la distribución gratuita de las obras musicales protegidas por el derecho de autor. Así, empezó a cobrar por su servicio de intermediación, en la facilitación de contenidos a los usuarios, hasta que en el 2002 cerró definitivamente su página. Hoy en día Napster es un servicio de música por suscripción.

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify•

musicales, estaban compitiendo con un fenómeno muy difícil de controlar: distribuir las obras musicales compitiendo con portales que no cobraban nada. En otras palabras, era competir con el precio cero (0).

Uno de los primeros antecedentes fueron las tiendas de venta de música en línea, lideradas por iTunes, en las que los usuarios pueden adquirir la licencia para descargar cualquier canción en particular, de acuerdo con un gran catálogo de artistas, sin necesidad de tener que adquirir el álbum completo y a precios muy competitivos. Sin embargo, competir contra la gratuidad seguía siendo extremadamente complejo. Esta situación a su vez coincidía con el descenso en las ventas de la industria musical, lo cual obligó a que varias tiendas distribuidoras de obras musicales cerraran en todo el mundo.

En consecuencia, se crearon nuevos modelos de negocio de distribución de música en línea, particularmente los servicios de *streaming*, que ofrecen a los usuarios una gran cantidad de contenidos, también de manera gratuita, y obtienen recursos a partir de la publicidad y la suscripción de servicios *premium*.⁶³

Contextualización

Los derechos de autor protegen las obras artísticas, en la medida en que confieren a su autor distintas prerrogativas que permiten la explotación de sus creaciones bajo ciertas condiciones reglamentadas⁶⁴, en pro del no abuso de dichos derechos conferidos por parte de terceros. Una de esas prerrogativas que se presenta como resultado de la creación artística es la patrimonial, dentro de la cual se encuentra el derecho a la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública⁶⁵ por medios de difusión de las obras. Estos derechos se presentan como exclusivos del autor, por cuanto él puede hacer uso de ellos y transmitirlos bajo acuerdos como las licencias. Para ello, acude a compañías especializadas que distribuyan y pongan en venta las obras artísticas, y, en definitiva, esto es posible por su aptitud para desarrollar dicho tipo de actividad.

.....
63 Ejemplos de esto los tenemos en Spotify, Deezer, Napster, entre otros.

64 Decisión 312 de la Comunidad Andina.

65 Jorge Mario Olarte Collazos y Miguel Ángel Rojas Chavarro, *La protección de derechos de autor y derechos conexos*. Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor y Ministerio del Interior y de Justicia, 2010, p. 12.

En virtud del contrato de distribución, se pone al servicio del público el material, lo cual implica hacer accesible el original o las copias de las obras en soporte tangible, ya sea mediante una venta o un alquiler,⁶⁶ como en principio ocurría con las obras musicales, en cuyos casos la compañía se encargaba de distribuir los discos en las diferentes tiendas. Evidentemente, la tangibilidad de la creación revelaría en principio que solo se puede hacer uso de un contrato de distribución, en virtud del cual el autor permite a un empresario distribuir de manera independiente y autónoma, en nombre y por cuenta propia, cuando existan medios físicos necesarios, tal como ocurre con otros tipos de creaciones artísticas con protección intelectual, como los libros. Sin embargo, la demanda del público y la esencia misma de las obras en el ámbito musical han obligado a realizar distintos cambios en cuanto a los medios por los cuales se da a conocer una composición.

Con el paso del tiempo, y en la medida en que los usuarios han cambiado sus hábitos de consumo⁶⁷ debido a los medios tecnológicos a su disposición, se ha generado una serie de cambios tanto en los modos de adquisición como en la forma de distribución de las obras musicales. Estas, en un primer momento, se basaban en un modelo distributivo en físico, para pasar, como ocurre en la actualidad, a estabilizarse en medios digitales como resultado de la innovación y evolución de los negocios virtuales.

Algunos de estos modelos innovadores ya para el siglo XXI se basaban en el consumo de música en móviles mediante la adquisición de canciones por descargas, lo que pasó a ser un modo de negociación vía internet con el patrón marcado por iTunes. No obstante, estos modelos se han debilitado debido a la negociación mediante una tipología de distribución que, contrario a lo que ocurre en tales sistemas, permite a los usuarios el acceso a la música sin necesidad de realizar descargas, por el acceso a tecnología como el *streaming*. Ello hace posible transmitir un audio en tiempo real sin necesidad de descargar el archivo completo, sino a través de determinada red.

Para el caso del uso de *streaming*, se ha configurado una nueva cadena de valor digital⁶⁸ en el ámbito musical que desarrolla un modelo mediante el cual

66 entro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlac), *El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital*. Bogotá: Autor, 2013, pp. 10-11.

67 José Prieto Martínez, *Música, innovación y propiedad intelectual*. Madrid: s. e., 2011.

68 Pretende ilustrar el ecosistema de la industria de la música y cada una de las partes intervinientes.

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify•

la creación original del autor puede llegar a conocerse por los usuarios. Allí media un contrato de distribución en el que participan agentes de los editores y los proveedores de dichos servicios de reproducción en línea.⁶⁹ Esta nueva dinámica tiene impactos importantes, por cuanto incluso la digitalización de dichos contenidos está en manos de ellos, y no de los sellos discográficos, debido a la licencia de explotación que se les confiere con el fin de lograr su cometido. En algunos casos especiales, como los que manifiestan exclusividad, las compañías no tienen acceso a dicha digitalización, y llegada la ocasión en que alguno de los proveedores desapareciera, la información también lo haría con ellos.⁷⁰

Existen entonces contratos de distribución en los que las tiendas especializadas en comercialización de obras musicales median la actividad de los artistas. Ello es así porque estas tiendas son las que, en últimas, ponen al servicio de los usuarios el contenido musical de los titulares. Por ello, para efectuar dichos contratos siempre se deben tener en cuenta factores de suma importancia en el ámbito comercial, como la acogida de dichas tiendas dentro del mercado y el tipo de música que se pretende poner al servicio del público.

Con el fin de representar lo que ocurre dentro de la cadena de valores en el ámbito musical, se hará referencia al impacto de la innovación digital en el mercado, así como a los nuevos agentes que surgen de dichos modelos de negocios actuales, con un enfoque central en los contratos de distribución que median la relación entre las editoras, los proveedores musicales y el modo de funcionamiento de estos últimos. Vale señalar que las editoras tienen contacto directo con los usuarios, con el fin de asegurar los derechos patrimoniales de los que es titular el autor de una obra musical, como es el caso de la explotación económica de sus creaciones y algunos derechos conexos de los diferentes agentes, resultado de dicha cadena de valor.

Evolución en los modelos de negocios musicales

A medida que pasa el tiempo, se hace más indispensable escuchar música al realizar distintas actividades de la vida cotidiana, como trabajar, estudiar y viajar. Por

69 Los agregadores de contenidos son agentes encargados de aglutinar la música de todo el mundo, dotarla de una misma estructura y formato, y distribuirla digitalmente en tiendas online (José Prieto Martínez, *Música, innovación...*, op. cit.).

70 José Prieto Martínez, *Música, innovación...*, op. cit.

esta razón es válido considerar que las personas actualmente escuchan con más frecuencia música que las generaciones anteriores, y ello crea una gran demanda de programas y medios por los cuales puedan satisfacer dicha necesidad, que no vienen en vano debido al potencial consolidado de usuarios.

Inicialmente, se presentó como un avance tecnológico de gran altura la utilización de mecanismos portables como el *discman*, con los cuales las personas lograran hacer efectivo su deseo de escuchar música en distintos escenarios que no fueran únicamente el hogar. Esto obligó a recurrir a los discos compactos y a la búsqueda de nuevos artistas y agrupaciones, mediante la información que recibían por parte de personas cercanas, reseñas, radio, diseños de carátulas y discos de las personas del círculo social.⁷¹ Tal dinámica obligaba finalmente a los sellos discográficos a enfocarse en las ventas en físico y a la promoción de dichos contenidos a través de medios de comunicación masivos como la radio.

Con la llegada de internet y la acogida de los computadores, se percibió una transformación a gran escala de los medios de difusión de información y, en especial, de las obras artísticas. El resultado fue la necesidad de moldear los diferentes modelos de negocios y la organización de estos en los diferentes sectores que implican relaciones interpersonales en cuanto al empaquetamiento de contenidos y su comercialización a través de intermediarios,⁷² como ocurre con los libros y la música.

Algunos de esos cambios se representaron en la utilización de formatos MP3, como medio eficaz para intercambiar música sin necesidad de la presencia física del contenido y a partir del cual se fomenta una mayor cantidad de audios en los ordenadores de los usuarios y un mayor conocimiento de los artistas. No obstante, este modelo perjudica potencialmente los derechos derivados de la propiedad intelectual y los derechos conexos de la autoría de las obras musicales, de los cuales se beneficiaban no solo los creadores originales, sino también los artistas, los editores musicales y algunos otros agentes presentes en dicha cadena. En consecuencia, fue necesario cambiar los modelos de comercialización.

71 Mario Hernández, Evolución de los hábitos de consumo de música en internet. Recuperado de <http://goo.gl/f6sLjC>

72 Dosdoce.com, *Nuevos modelos de negocio en la era digital*. S. I.: Liber; 2014. Recuperado de <http://goo.gl/kX80Fq>

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify•

Con esta nueva tecnología, que representó una “transformación de los contextos de recepción musical y de la concepción industrial de la música”⁷³, se generó también un grave fenómeno: *la piratería*, término según el cual se reproducen ilegalmente productos discográficos que explotan los derechos de propiedad intelectual. En concreto, esta práctica está ilícitamente representada en el no pago de derechos de autor y en el incumplimiento de algunos otros deberes legales reglamentados y contenidos en distintos tratados internacionales. En principio, tal violación se produce mediante la copia en cinta de casetes, y en seguida a través de la compresión de sonidos que permiten copias de buena calidad. En simultáneo, se afectan derechos como el de reproducción, distribución y comunicación pública, esencia de la protección a dichas creaciones originales, lo que a su vez impide materializar la seguridad jurídica y las ganancias económicas que se enmarcan dentro de la propiedad intelectual.

El reto inicial de cambiar los modelos de comercialización y evitar que los usuarios recurrieran a las descargas ilegales consistió en la compra en línea y la facilidad de percepción de valoración de las personas en distintas partes del mundo sobre las obras. Inicialmente, este cambio estuvo representado por iTunes,⁷⁴ que efectuó modelos de adquisición de creaciones musicales mediante la web, de forma rápida y sencilla, que permitieran que los usuarios tuvieran acceso a distintas listas de reproducción y numerosas listas de canciones de artistas específicos, que enseguida podrían ser de su propiedad bajo diversas condiciones de pago.

Adicional a la llegada de los computadores, se implementó en el mercado la comercialización de *smartphones* como dispositivos base del componente tecnológico. Estos, a su vez, incentivaron nuevos modelos de negocios que satisfacían el consumo de música por los usuarios, no mediante la posesión de los archivos, sino a través de la reproducción vía internet, basados en la suscripción en *streaming* del contenido.

Dicho modelo de *streaming* ha sufrido algunos cambios debido a la insostenibilidad del sistema por razones como el consumo del tráfico, los derechos de propiedad intelectual y la digitalización, que resultan ser gastos muy superiores a los que reciben dichas tiendas por publicidad. Estos factores obligaron a cambiar

73 Ana María Sedeño, La necesidad de protección de la música como patrimonio cultural y artístico. *Revista Latina de Comunicación Social*, vol. 8, núm. 59, 2005.

74 Mario Hernández, *Evolución de los hábitos de consumo de música en internet...*, op. cit.

la publicidad como única fuente de ingresos, y en su lugar, brindar a los usuarios la posibilidad de suscripción de servicios de música y algunos servicios de valor añadido para aquellos que quisieran beneficios adicionales, como la fabricación de listas de reproducción de acuerdo con sus preferencias.

Cambios en los agentes partícipes de la cadena de valor en la industria musical

Inicialmente, la realización y venta de fonogramas en la industria discográfica, mediante lo cual se comercializaba música, se efectuaba a través de un modelo tradicional basado en una escalera, la que tenía como fin la destinación de productos en físico, como los discos compactos. Esta actividad estaba mediada principalmente por la compañía discográfica y las tiendas de venta de discos compactos, para la eventual adquisición de dichos productos por los usuarios. En ese sentido, el modelo requería la participación de los siguientes actores:

- *Compositor-autor*. Persona que recogía ambas nominaciones, o de forma separada, el primero como creador de la música y el segundo como quien escribe la letra de la canción.⁷⁵
- *Intérprete*. Bandas o cantantes que interpretan la obra.
- *Productor musical*. En quien se delegan tareas de coordinación en lo referente a la grabación de la obra y la selección del estudio de grabación. El artículo 172 de la Ley 23 de 1982 define al productor de fonogramas como aquel que tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta de un ejemplar. Entiéndase por *ejemplar ilícito* el que, imitando o no las características externas del ejemplar legítimo, tiene incorporado el fonograma del productor, o parte de él, sin su autorización.⁷⁶
- *Editoriales*. Instituciones encargadas de custodiar la propiedad intelectual de las composiciones, actuando como *managers* de los autores y vendiendo licencias a cambio de contraprestaciones, como las fotomecánicas, referentes a los derechos de reproducción y distribución de las obras, o las de sincronización, que buscan remuneraciones por la utilización de

75 Nicolás Cohnheim, Damián Geisinger y Ernesto Pienika, *Impactos de las nuevas tecnologías en la industria musical* (tesis de grado). Montevideo: Universidad de la República, 2008.

76 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 1-2014-34724.

las composiciones musicales en películas de cine y pautas publicitarias.⁷⁷ Los editores musicales son definidos por la autoridad administrativa y jurisdiccional en materia de derecho de autor colombiano como “personas que profesionalmente se dedican a la difusión, publicidad y explotación de obras musicales. Dependiendo del vínculo contractual que tengan con los creadores de las obras, pueden o no ser titulares derivados de estas últimas”.⁷⁸

Así, los editores musicales pueden adquirir los derechos patrimoniales de autor de manera total o parcial, para que este difunda la creación del autor, explore sus derechos patrimoniales de la mejor forma posible y entregue al autor los porcentajes pactados con el autor como resultado de dicha explotación.⁷⁹ En ese sentido, dicha institución menciona al connotado doctrinante Antonio Delgado, que a su vez cita lo siguiente:

Si, como decía Kant, “la obra es un discurso dirigido al mundo”, el editor es un factor decisivo en el cumplimiento de esa vocación intrínseca de la creación intelectual. El editor es también un profesional de la difusión de las obras en cuyo cometido realiza inversiones, que pueden ser importantes, y asume el correspondiente riesgo empresarial. Por otra parte, el editor forma parte de lo que se llama “Industria de la Cultura”, de cuyo vigor depende en una medida muy sustancial esta categoría básica de bienes culturales.⁸⁰

- *Compañías discográficas.* Encargadas de la selección de artistas y la ejecución de tareas como la dirección artística, el *marketing*, la producción (fabricación de discos), la grabación, las finanzas o los aspectos legales (con especial referencia a los contratos).
- *Fabricadores de soportes.*⁸¹ Quienes producen las copias en los diferentes soportes, una vez obtenido el máster de la obra.

.....
77 *Ibid.*, p. 58

78 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 1-2005-1259.

79 Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco y Cerlalc, 1993, p. 122.

80 Antonio Delgado, *La situación del editor musical: usuario, socio de los autores, o socio de la industria fonográfica*. Puebla, 1991, p. 14

81 PromusicaE, *Libro blanco de la música en España*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013.

- *Distribuidores.* Hacen llegar los discos compactos a las tiendas minoritarias, en caso de que la compañía discográfica no realice dicha tarea por su propia cuenta.
- *Medios de comunicación.* Es el caso de la radio y la televisión, mediante los cuales se promociona la obra musical.⁸²
- *Minoristas.* Su función es la venta directa del producto al consumidor.
- *Usuarios.* Destinatarios de los productos generados.

Sin embargo, viéndose la historia revestida de nuevas tecnologías, surgen transformaciones en los contextos de recepción musical y en la concepción industrial de la música. Así lo hicieron ver las compañías discográficas, que se inmiscuyeron en el mundo de la música digital para ir al ritmo de los cambios propiciados por las redes, como ocurrió con los formatos MP3 y el uso de *streaming* para complacer a los usuarios. De hecho, en la actualidad, más que nunca, estos manifiestan interés por la música, que representa bienes económicos valiosos para los actores de la cadena formada, hasta el eslabón mismo de los consumidores. Algunos de los cambios referidos se representan en la actuación de los siguientes agentes:

- *El artista.* Ya no requiere la asesoría para la producción y edición de sus obras, ni, contrario a lo que ocurría en la cadena de valor tradicional, se manifiesta mediante medios de comunicación masivos como la televisión y la radio para dar a conocer sus creaciones artísticas, toda vez que para lograr dicho cometido se puede dar a conocer mediante redes sociales como Facebook, Twitter, MySpace e incluso videos que pueden ser reproducidos en YouTube.
- *Agregadores de contenidos.* Tienen un impacto fundamental en cuanto a la comercialización de las composiciones en las tiendas en línea, debido a la nueva utilización del comercio digital. Para ello, pueden llevar a cabo acuerdos con las diferentes compañías, en función de hacer efectiva la recolección de dichas obras, dotándolas de un mismo formato y así lograr distribuir las.

.....
82 *Ibid.*, p. 92.

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify•

- *Operadores.* En suma, buscan mejorar y brindar nuevos servicios atractivos⁸³ para el público, mediante la asociación, por ejemplo, de diferentes tiendas en línea con los fabricantes de dispositivos. Se evita así que se deba empezar de cero con la puesta en el mercado de modelos de negociación en música para los usuarios.
- *Tiendas en línea.* La distribución por medios físicos ha sido trasladada a un segundo plano, debido a la acogida que tienen los medios digitales para la adquisición y reproducción de obras musicales. Con ello se atienden las necesidades de las personas en cuanto a la búsqueda de contenidos de forma sencilla y rápida, además de la posibilidad de reproducción sin necesidad del consumo en físico.⁸⁴

Contrato de distribución

Tal como ocurría en principio con las redes de distribuidores que formaban parte de la cadena de valor tradicional del sector musical, que se encargaban de realizar distribución de sus productos en físico, existen hoy sujetos especializados que facilitan que las compañías discográficas pequeñas y los mismos artistas consigan la distribución de sus obras artísticas en medios digitales, a través de los proveedores de servicios de música en digital. De la misma forma, la doctrina ha encontrado como principales elementos del contrato de edición musical los siguientes:⁸⁵

En el contrato de edición de obras musicales, los beneficios que espera el autor son los siguientes: a) que la obra ya publicada se promueva en mejor forma y alcance nuevos mercados; b) que la obra no divulgada se publique por el editor; c) que, en ambos casos, pueda obtener una cantidad de dinero por la edición de la obra, a través de las siguientes posibles alternativas: i) una suma alzada por concepto de la suscripción del contrato de edición, ii) una suma de derechos por la futura explotación de la obra superior a la que obtendría sin la intervención de un editor, iii) una combinación de ambas alternativas. Los beneficios que espera el editor son los siguientes: a) obtener mayor cantidad de ingresos, que le permitan recuperar la inversión efectuada en la obra; b) obtener ganancias razonables, de acuerdo a los montos invertidos.

83 José Prieto Martínez, *Música, innovación...*, op. cit.

84 Irene Bauzá, *Licencias y distribución, tipos y diferencias*. Recuperado de <http://goo.gl/HTzzgH>

85 *Ibid.*

Para alcanzare estos objetivos, el autor sacrifica parte de su soberanía sobre la obra, y comparte con el editor los derechos que le corresponden en ella, desprendiéndose del total o de parte de los derechos que le pertenecen. No existe otra razón valedera. El editor, por su parte, estará dispuesto a invertir en la obra en la medida que su participación en ella resulte provechosa. La tarea que realice en su promoción estará directamente vinculada a la posibilidad de ingresos que ella pueda ofrecerle. De manera que la negociación desde el punto de vista de los intereses, se resume en lo siguiente: el autor está dispuesto a compartir con el editor los derechos sobre su obra, en la misma medida de su expectativa de alcanzar los beneficios antes señalados, a través del trabajo y del esfuerzo del editor.⁸⁶

Existen redes de distribuidores independientes que utilizan los artistas y las bandas musicales pequeñas para tener posicionamiento en el mercado, en la medida en que exista disposición en físico de los discos compactos y disposición digital en los medios masivos. También lo hacen en las tiendas en línea, donde dan a conocer las composiciones artísticas que han sido fabricadas.

Para agilizar la actividad, se crean múltiples distribuidoras especializadas que facilitan la capacidad de las editoras más pequeñas y de los artistas en general de tener distribuidos sus productos en el mundo digital, con acceso de los consumidores, a través de proveedores de servicios de música digital como ocurre con Spotify. Esas distribuciones estaban disponibles para los independientes y artistas menores con ofertas directas a iTunes, Musicnet, Napster y algunos otros,⁸⁷ pero la situación se volvió tan compleja, al ser un trabajo tedioso llegar a acuerdos individuales con miles de discográficas, que se convirtió administrativamente ineficiente para dichas tiendas. Además, el mantenimiento actualizado de los productos en línea era un trabajo que requería un esfuerzo adicional e inconveniente para las tiendas, y junto con dicho perjuicio, se generaba un atraso en las actividades relacionadas, por el rápido incremento de las salidas alternativas a través de las cuales los artistas pueden tener su contenido al servicio de los consumidores.

Como resultado de lo ocurrido, se implementa el contrato de distribución de artistas y sellos discográficos directamente con distribuidores digitales, que actúan como conducto para obtener el contenido y en general la música de dichas

86 Santiago Schuster Vergara, La gestión colectiva de derechos. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor para Editores de Música. Paipa, Colombia, 1997, pp. 4-5.

87 Edward R. Hearn, *Digital downloads and streaming: Copyright and distribution issues*. Recuperado de <http://goo.gl/AC8J6C>

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify•

compañías, sin necesidad de descargas. Adicionalmente, ponen los trabajos a disposición de los usuarios, como ocurre en las grandes tiendas de música en línea en el mundo, la multiplicidad de puntos de venta más pequeños que tienen que ver con *streaming* y las ofertas directas con los fabricantes de equipos de alta tecnología, que precargan su *hardware* con contenido musical, como es el caso de Samsung con canciones como “Over de horizon”, que se reproduce al momento de encender el equipo.

El objetivo de dichos distribuidores es aglutinar toda la música, dotarla de un mismo formato y comercializarla entre las tiendas, puesto que se hace imposible la adquisición de dichos registros por los mismos proveedores de música y la distribución por las compañías discográficas. Estas, en vez de cumplir dicha función, ofrecen apoyo financiero a los artistas⁸⁸, al realizar todas las tareas que requieren de la mano especializada de agentes para conseguir un máster final.

Esta figura con quien se pacta la distribución como contrato que dota a la parte distribuidora de autonomía e independencia no implica la inexistencia de cierto tipo de control y supervisión, debido a que existen derechos conexos de los cuales son titulares las compañías discográficas.

En cuanto al concepto de exclusividad⁸⁹ que podría o no incluirse en dichos contratos de distribución, este hace referencia a que el sello discográfico o directamente el editor que efectúa el contrato no podrán vender sus productos a otras distribuidoras en el territorio pactado, ni tampoco dichos distribuidores podrán revender en el territorio ciertos productos de algunas otras compañías. Del lado contrario ocurre que el contrato de distribución no está permeado de cláusulas de exclusividad en cuanto a las tiendas o los proveedores de música en *streaming* en las que se deba poner a disposición del público los contenidos, ni tampoco que sea la tienda discográfica o el editor los que impongan el precio de venta final al consumidor, pues dicha cifra se estipula a propósito de la autonomía de la tienda musical.

En virtud del contrato de distribución, las tiendas y los proveedores logran poner a disposición del público cierta música que ha sido dotada de mismos formatos. En síntesis, esta es la intención final de la creación de obras artísticas, con

88 International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), *Investing in music*. Recuperado de <http://goo.gl/ZwQGSx>

89 Garrigues, *Aspectos claves del contrato de distribución*. Recuperado de <http://goo.gl/Pk2tqR>

las cuales se adquieren diversos tipos de prerrogativas morales, patrimoniales y conexas para los titulares de derechos.

La distribución se concreta como un medio conductor para repartir, en los puntos de venta y de servicios adicionales como el *streaming*, los diferentes contenidos, debido al exceso de obras musicales, las cuales se aumentan debido a las modificaciones que realizan diversos artistas musicales mediante *covers* realizados con autorizaciones o licencias, que generan varias versiones de los contenidos originales.

En el moderno contrato de distribución musical, como lo habíamos señalado, debemos tener en cuenta cinco actores principales: los compositores musicales tanto de música como de letra, los artistas, los editores musicales, los productores de fonogramas y, finalmente, los nuevos distribuidores de música en línea, que son prestadores de servicios de internet.

Clásicamente, los contratos de distribución musical eran celebrados entre las compañías que adquirirían los derechos de reproducción musical, ya fuere en cassetes, vinilos o discos compactos, labor desempeñada típicamente por los sellos editores musicales; y estos a su vez celebraban contratos para la distribución de este material musical con los almacenes que los distribuían en sus tiendas.⁹⁰

Sin embargo, con la aparición de los nuevos modelos de distribución en línea a partir de los servicios de *streaming*, los usuarios pueden disfrutar la música a través de herramientas interactivas. Así, el servicio se convierte en un híbrido entre reproducir una canción de un CD y escuchar la radio.⁹¹ En este contexto, los contratos de distribución se realizan entre: a) los sellos musicales que representan a los compositores y los artistas, b) los productores de fonogramas que representan a los artistas y c) estas nuevas compañías de distribución en línea de música a través de *streaming* como Spotify, Napster, Deezer o Apple Music.

Los contratos de licencia con las compañías editoras o los sellos discográficos son necesarios, ya que a través de estos se realiza una compensación a los artistas que están representados por estas asociaciones. Estos contratos generalmente son confidenciales, lo que no deja del todo claro cuáles son los verdaderos porcentajes que estas compañías de *streaming* negocian con las editoras; en consecuencia,

90 Dana Sherer, *Money for something. Music licensing in the 21st century*. Estados Unidos: Congressional Research Service, 2015, p. 4.

91 *Ibíd.*

·El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify·

se genera cierta desconfianza en el sistema. Recordemos que a diferencia de las emisoras en línea, la legislación norteamericana no cubre las licencias obligatorias para este tipo de servicios, como sí le sucede a portales de internet como Pandora, que generalmente reparten las regalías 50% para el titular del derecho, 45% para el artista y 5% para gastos de administración.⁹²

Otro tipo de contratos que realizan estas compañías de *streaming* es el referido a las sociedades de gestión colectiva, que representan a los compositores musicales y también a los artistas. Gracias a estas licencias, portales como Spotify pueden acceder a un repertorio de millones de canciones, y con las regalías se compensan a los compositores de música y de la letra y a los titulares de los derechos.⁹³

Finalmente, portales como Spotify celebran contratos de distribución musical con distribuidores independientes de música, como CD Baby, que aglutina más de 250.000 artistas independientes que distribuyen el material discográfico directamente al público sin la intermediación de las editoras musicales.⁹⁴

Spotify

Es un servicio de *streaming* de Suecia que entró en el mercado estadounidense en 2011⁹⁵ y poco a poco se convirtió en una plataforma de música líder al permitir a los usuarios escoger entre más de 15 millones de canciones para escuchar en el momento que deseen. Este servicio funciona mediante la suscripción eventual que pueden realizar los usuarios, en la medida en que quieran tener la posibilidad de escuchar las canciones sin necesidad de estar conectado a una red de internet. Además, con ello evitarían avisos publicitarios en medio de la reproducción de una lista programada de canciones. Esta suscripción se basa en el pago mensual eventual por parte de los consumidores, quienes adquieren la categoría *premium* y se hacen acreedores del servicio por el contrato establecido previamente con Spotify.

92 David von Wiegant, Spotify: incentivizing album creation through the Facebook of music. *Journal Entertainment & Sports Law*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 185-188.

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*

95 David von Wiegant, *Spotify: incentivizing album creation, op. cit.*

En todo caso, Spotify brinda la posibilidad de presenciar un periodo de prueba, que se basa en la adquisición de algunos de los servicios de modo gratuito, con el fin de que los usuarios logran tener contacto con el modo de funcionamiento y algunos de los servicios que brinda dicho proveedor, para posteriormente hacer la suscripción. Sin embargo, y a pesar que este servicio ha sido considerado como el líder del negocio del *streaming*, en un mercado con bastante proyección en que también se pueden encontrar opciones como Apple Music, Deezer, Napster, Claro Music, Youtube, entre otros, también hay que resaltar que en la medida en que el servicio va creciendo en el número de usuarios en el mundo, también crecen los retos y los inconvenientes que estos portales de distribución afrontan con los titulares de los derechos de autor o de *copyright*.

Uno de los retos que los servicios de *streaming* están hoy afrontando inició con el caso de la famosa artista Taylor Swift, que en 2014 decidió retirar su repertorio musical del portal Spotify. Esta controversia surgió porque los representantes de la cantante pidieron a Spotify que únicamente las personas domiciliadas fuera de los Estados Unidos pudieran disfrutar gratis el álbum *1989*, en tanto las personas que vivieran dentro del país norteamericano lo hicieran por el servicio de pago por suscripción. Estas peticiones fueron rechazadas por Spotify, razón por la cual la artista decidió retirar todas sus canciones del portal.

Esto generó que otros artistas también resolvieran retirar sus nuevos álbumes del famoso servicio de *streaming*. Una de ellas fue Adele, quien decidió que a pesar de que su canción “Hello” ya estaba en el portal, no sucediera así con el resto de canciones de su nuevo álbum en aquellos usuarios que no pagaran el servicio *premium* o por suscripción.

Estas decisiones muestran de cierta forma cómo los servicios de *streaming* basan su modelo de negocios en el servicio gratis de reproducción de las obras musicales, para promover así que los usuarios se suscriban y a su vez se pueda recompensar de una mejor forma a los artistas. Así, peticiones como la de Taylor Swift se hacen incompatibles con este modelo, pues si se permitiera el acceso gratis a usuarios de países donde los artistas aún no son famosos y se cobrara en los países de éxito de los artistas, se abriría automáticamente la puerta para que otros artistas grandes hicieran lo mismo, y esto generaría como consecuencia directa que el modelo de *streaming* dejara de funcionar.

•El nuevo modelo de distribución musical: del vinilo a Spotify.

En una controversia similar, en la que también se encuentra como protagonista Taylor Swift, la plataforma Apple Music se vio amenazada con el retiro de todo el repertorio de la afamada cantante, ya que este servicio contemplaba no pagarle a los artistas durante los tres primeros meses de suscripción gratuita de un usuario, sino hacerlo únicamente a partir del momento de la suscripción paga. Por esta razón, Taylor Swift afirmó que retiraba su repertorio, a lo que Apple Music respondió que a raíz del reclamo, pagaría a todos los artistas, aun en el servicio gratuito. Este ejemplo muestra cómo la presión de los titulares del derecho de autor sirvió en este caso para el establecimiento de mejores condiciones de retribución para artistas por el servicio de *streaming* en este portal.

A su vez, esto nos muestra cómo el servicio de música por *streaming* está aún en desarrollo, en tanto las dinámicas del mercado musical nos mostrarán en el futuro cercano si el modelo es o no la solución a los problemas de piratería que agobiaron la industria musical desde el nacimiento del internet comercial y hasta la fecha.

Conclusiones

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información ha tenido como consecuencia la masificación del acceso de todo tipo de contenidos protegidos por el derecho de autor, en especial las obras artísticas. Esto trajo como consecuencia la necesidad de encontrar ciertas herramientas de tipo legal para garantizar los derechos de autores y titulares de derechos. Sin embargo, la generación de esta nueva infraestructura legal adaptada a las nuevas tecnologías de la información no trajo las soluciones que se pretendían, y la piratería en línea, por el contrario, se incrementó.

Por ello, la misma tecnología, a partir de la implementación de nuevos modelos de negocios, sumado a la legislación en derechos de autor y *copyright*, permitió que autores y titulares de derechos tuvieran una fuente de ingresos a partir de los derechos de distribución de sus obras; modelo en el que pudieran, además de promover su trabajo en las nuevas tecnologías de la información, obtener un reconocimiento económico a partir de su trabajo. Así, portales como Spotify, Deezer, Napster, Apple Music, entre otros, aparecen como nuevos actores en el mercado de distribución de la música y, sin duda alguna, serán los principales protagonistas en la forma en que se comercializan obras musicales en los años venideros.

ESTUDIO SOBRE LA LEY 1335 DE 2009 QUE REGULA LA RESTRICCIÓN DEL CONSUMO DE TABACO EN COLOMBIA. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO

Germán Darío Flórez Acero

David Montenegro Reyes

Introducción

El Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT - OMS) es el primer tratado negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud.⁹⁶ Este es un tratado basado en pruebas científicas que reafirma el derecho de todas las personas a gozar del grado máximo de salud posible.⁹⁷ Dicho marco fue ratificado por Colombia, y en su virtud, el Congreso aprobó el 21 de julio de 2009 la Ley 1335 de 2009, llamada también “Ley Antitabaco”, por la que “se dictan las disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el

.....
96 Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. 2003. Recuperado de <http://goo.gl/8po6IE>

97 *Ibid.*

abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.

Como era de esperarse frente a dicha ley, la respuesta de las tabacaleras fue inmediata, ya que esta norma fue demandada como inconstitucional, porque según los demandantes se presentaba una vulneración a los derechos a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada consagrados en la Constitución Política de Colombia.

El objetivo de este trabajo es acercarnos a un análisis de los antecedentes de esta Ley Antitabaco, teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional respecto a la demanda que se promulgó contra la Ley 1335 de 2009, en la cual la entidad recurrió a un juicio de proporcionalidad para ponderar los derechos anteriormente mencionados en relación con otros derechos fundamentales que también son protegidos por la Constitución Política. Igualmente se intentarán mostrar los resultados económicos de las empresas tabacaleras tanto en Colombia como en otros países del mundo, al igual que los efectos que ha tenido la promulgación de leyes antitabaco.

Antes de entrar en materia, es necesario precisar que la Constitución colombiana está orientada hacia la búsqueda del bienestar general, para lo cual ha de garantizar unos derechos a todos sus ciudadanos. De esta manera, las democracias presidenciales, como las de la mayoría de los países de América Latina, tienen unos rasgos particulares:

El proceso de adopción e implementación de las políticas públicas tiene lugar en sistemas políticos en los cuales participan diversos actores, que van desde el presidente hasta los votantes de pequeños pueblos rurales e incluyen congresistas, jueces, personalidades influyentes y empresarios.⁹⁸

El impacto de dichas políticas públicas depende no solo de su contenido específico ni de su orientación concreta, sino también de unas características genéricas. Así, una política “ideal” que carezca de credibilidad y esté implementada y aplicada de manera insuficiente puede crear más problemas que una política estable y debidamente instituida. Por eso, al momento de implementar una política pública, se debe ver una serie de características como la estabilidad,

98 Ernesto Stein, Mariano Tommasi y Koldo Echebarría (Eds.), *Política de las políticas públicas: progreso económico y social en América Latina* (Informe 2006). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.

•Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco.

adaptabilidad, coherencia y coordinación, la calidad de la implementación y de la efectiva aplicación, la orientación hacia el interés público y la eficiencia.⁹⁹

Estas características clave inciden mucho en la capacidad de las políticas para ayudar a mejorar el nivel de bienestar y contribuir al desarrollo de los países; pero no solamente resulta necesario un sistema para la elaboración de las políticas, sino que también es indispensable que una vez la política haya sido discutida y aprobada, esta sea efectivamente ejecutada. Por ello, una administración pública fuerte y técnicamente competente puede contribuir a la calidad de las políticas públicas al darles más estabilidad, mejorar la calidad general de la implementación y evitar que ciertos intereses especiales (que a menudo eligen ejercer su influencia durante la etapa de creación y debate de dichas políticas) se apropien de los beneficios de las políticas públicas en lo que concierne al control de las actividades que estos ejercen.

Marco histórico

Las razones que motivaron al legislativo a promulgar la Ley Antitabaco en Colombia tienen origen en la adhesión del país al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco,¹⁰⁰ del 10 de febrero de 2008, y que entró en vigencia para el país el 9 de julio del mismo año.¹⁰¹ En virtud de dicho convenio, los países suscriptores, incluyendo a Colombia, se vieron obligados a adoptar, de conformidad con su Constitución o sus principios constitucionales, una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprende, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio.¹⁰² Lo anterior fue motivado en razón de que el tabaquismo,

99 *Ibid.*, p. 7.

100 En virtud del artículo 3 del Convenio, el objeto principal de dicho tratado es “proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”.

101 FCTC, Partes en el Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco. Recuperado de <http://goo.gl/lwblJI>

102 Organización Mundial de la Salud, Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, *op. cit.*

a partir de numerosos estudios científicos, se ha relacionado con el desarrollo y origen de muchas enfermedades.

Aprobar esta clase de leyes no resulta del todo fácil para el legislador de cualquier país, ya que esta industria maneja muchísimos recursos económicos, derivados de sus consumidores, y por eso los actores de esta industria siempre intentan intervenir para evitar la promulgación de leyes como esta. En el caso de Colombia, ello sucedió a través de una demanda de inexequibilidad. Esta situación es bastante común en el contexto internacional, como ocurrió en 2008 en Ciudad de México, donde se promulgó una ley de espacios 100% libres de humo, la cual fue demandada ante la Corte Suprema Mexicana, entidad que confirmó que la ley tiene la autoridad para establecer tales limitaciones a la actividad empresarial, en aras de proteger el derecho fundamental de la salud de todos ciudadanos.

Un intento similar se dio en Argentina, donde una ley nacional aprobada en 2011 permitía algunas excepciones, en un país que ya ha implementado espacios libres de cigarrillo mediante leyes expedidas en sus provincias¹⁰³. Otro ejemplo de la oposición que se ha dado a estas leyes ocurrió también en Uruguay, que fue uno de los pioneros en las políticas antitabaco, pero donde las tabacaleras denunciaban que los decretos que dieron origen a las restricciones en ese país lesionan principios constitucionales como la libertad de comercio, de industria y la libertad de expresión; se señaló que dicha prohibición resultaba lesiva y que mediante ella se configuraba una expropiación de marca.

Análisis jurisprudencial de la Ley 1335 de 2009

A continuación, y una vez analizados los antecedentes de la política estatal colombiana que determinó la viabilidad de la Ley Antitabaco, pasamos a analizar el momento en que la Ley 1335 de 2009 fue demandada ante la Corte Constitucional por supuestamente vulnerar disposiciones constitucionales como la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, lo cual desembocó finalmente en la declaratoria de su exequibilidad. En dicha sentencia, la Corte estudió diferentes puntos; el primero de ellos fue el relativo a la libertad económica, definida así:

.....
¹⁰³ Ernesto Sebrí *et al*, Smoke free Policies in Latin America and the Caribbean: Making Progress. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 9, núm. 5, 2012, pp. 1954-1970.

Aquella que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. También ha dicho la Corte que dicha libertad se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes. Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.¹⁰⁴

Así, la Corte reconoce que en Colombia existe una libertad para la empresa, y dentro de ello, que uno de los aspectos en que se expresa la libertad económica es la posibilidad de publicitar productos y servicios, a fin de incentivar su consumo. En ese sentido, tanto la publicidad como la propaganda son expresiones de dichas libertades y, por ende, logran reconocimiento constitucional como aspectos que integran tales derechos; y allí la propaganda se configura como la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio, con el fin de atraer adeptos.¹⁰⁵ Así lo reconoció la Corte constitucional, al indicar definir *propaganda* como “la actividad destinada a dar a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer adeptos, compradores, espectadores o usuarios, o crear simpatizantes, a través de cualquier medio de divulgación”.¹⁰⁶

Por ello, en un escenario en el cual las relaciones de tipo comercial y el intercambio constante de información incentivan la adquisición de bienes y servicios, el ejercicio de la publicidad tiene una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico. Por esa razón, en el análisis de constitucionalidad de la Ley Antitabaco, la Corte Constitucional se adentró en tres planos de vinculación entre la publicidad y el derecho constitucional, a saber: a) la publicidad como actividad protegida por las libertades económicas; b) la relación entre la publicidad

104 Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

105 La Real academia de la Lengua Española define propaganda como “acción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores”.

106 Corte Constitucional, Sentencia C-355/94, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

y los derechos del consumidor, y c) la publicidad como discurso constitucional reconocido.¹⁰⁷

Posteriormente, la Corte desarrolla más la tesis acerca de las razones por las cuales debe existir una intervención por parte del Estado en la actividad publicitaria, a lo que se refiere de este modo:

La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP Art. 78). Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la “Constitución económica”.

Lo mencionado por la Corte corresponde al hecho de que con la Ley Antitabaco se buscaba promulgar un sano ambiente y un derecho a la salud, objetivos recogidos en la Convención de la OMS contra el Tabaco. La Corte, al constatar que estaba en presencia del choque de dos normas de igual jerarquía, tuvo que recurrir a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰⁸ en el cual se tienen en cuenta tres criterios muy importantes, a saber: a) que la limitación o prohibición persiga una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; b) que dicha restricción impuesta sea potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y c) 3) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Con base en dicho juicio, la Corte decidió declarar exequible la Ley Antitabaco cuando finalmente decide en esta sentencia:

107 Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

108 En la Sentencia C-417/09, el magistrado Juan Carlos Henao Pérez define y explica cómo se aplica el juicio de proporcionalidad: “El juicio de proporcionalidad consta de distintas etapas, habiendo sido señalado por la Corte que el juicio puede ser leve, intermedio o estricto. En cuanto a los pasos, la Corte ha establecido que se debe establecer: (i) si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales —en una relación de costo— beneficio”

•Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco•

En primer lugar no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; en segundo lugar preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y por último es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades.

Balance en Colombia

En esta parte nos corresponde verificar qué resultados ha tenido la restricción en Colombia, como en otros países donde también se ha aplicado la restricción al consumo de tabaco (figura 1). Por ello, debe señalarle:

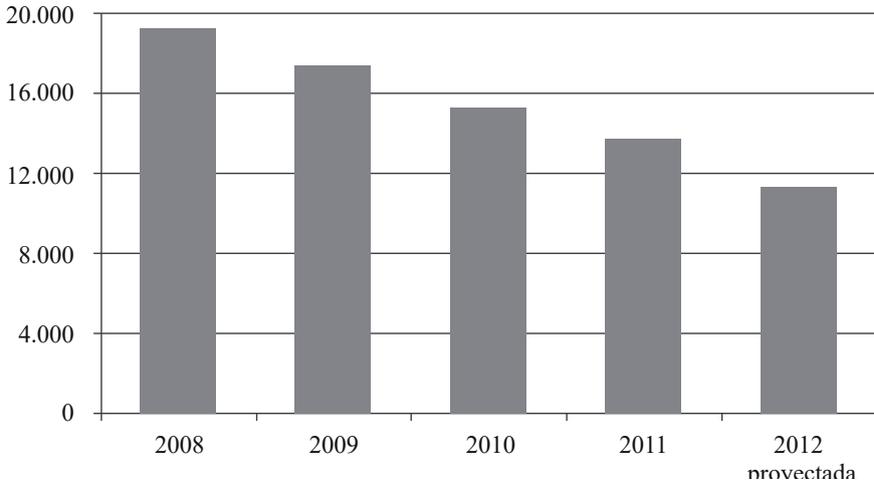
En el país, según informe, la tendencia de la demanda de cigarrillos en los últimos 5 años en Colombia continuó con el patrón decreciente que se venía presentando desde 1998. Los resultados de la demanda nos muestran datos actuales mucho menores a los históricos, los cuales mantienen la tendencia, comenzando en el año 2008 con 17.863 millones de unidades vendidas, finalizando el año 2011 con 13.658 millones de unidades vendidas, y presentando una proyección (teniendo en cuenta los datos hasta junio de 2012) para el final del 2012 de alrededor de 11.200 millones de unidades de cigarrillos vendidas.¹⁰⁹

En línea con lo anterior, en el mismo balance emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los indicadores de consumo (figura 2) se encuentra lo siguiente:

El modo de comercialización de cigarrillos se divide en 4 formatos de venta: por cartón, por cajetilla de 20 unidades, por cajetilla de 10 unidades y de manera individual. Para el año 2009 la mayor cantidad de cigarrillos se vendía por unidad (41,3%), esta opción era seguida por las ventas en formato de paquetes de 10 cigarrillos (35,9%), venta por paquetes de 20 cigarrillo (20,2%), y cierra el grupo con una participación poco significativa (1,1%) el formato de ventas por cartón.

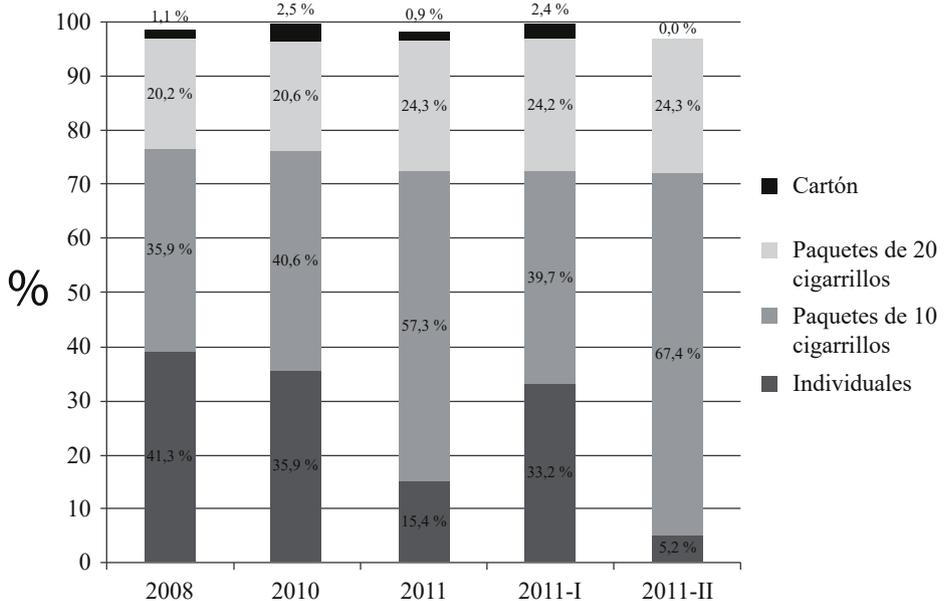
.....
¹⁰⁹ Jorge Enrique Trujillo Sánchez, Efectos de las políticas públicas de vigilancia, control y regulación en el mercado del tabaco en Colombia. *Estudios Económicos*, núm. 11, 2013.

Figura 1. Evolución de la demanda de cigarrillos en Colombia (en miles de millones)



Fuente: información aportado por BAT/Protabaco y Coltabaco, según requerimiento de información.

Figura 2. Evolución del consumo por formato de compra



Fuente: British American Tobacco, según requerimiento de información.

La Ley 1335 de 2009 establece lo siguiente en el parágrafo del artículo 3: “A partir de los dos (2) años siguientes a la vigencia de la presente ley se prohíbe la venta por unidad de productos de tabaco o sus derivados”. Sin embargo, y aun bajo dicha prohibición, se observa que a pesar de la disminución que hubo entre 2009 y 2010 en las ventas de cigarrillo individuales (al pasar de 41,3% a 35,9%), el verdadero salto en esta forma de venta se produce en 2011, con una clara tendencia a la baja (15,4%). En cuanto al formato de cigarrillos de 20 unidades, no se observa ningún cambio significativo entre 2009 y 2011.

Pero para el formato de venta de cigarrillos de 10 unidades se evidencia un fuerte incremento: se pasó de 35,9% en 2009 al 67,4% para el segundo semestre del 2011. Ello es un indicio de que las ventas que se realizaban en formato individual pasaron a ser absorbidas casi en su totalidad por la comercialización en paquetes de 10 unidades. Esto demuestra también que la Ley 1335 de 2009 tuvo un efecto en la supresión de la venta de cigarrillos individuales, pero aún existía un porcentaje de 5,2% de comercialización en este formato, cuando la prohibición de la ley es imperativa y clara.

Aplicación de la ley desde su entrada en vigencia

También existen más problemáticas que son palpables con el simple hecho de ir a un supermercado, lo cual indica que al parecer las tabacaleras se encuentran ejerciendo acciones que violan la Ley Antitabaco, como la exhibición de productos de tabaco en los puntos de venta, o la publicidad y promoción de productos. Se puede constatar que en tiendas y supermercados del país se les otorgan espacios llamativos, con el fin mostrar las marcas de cigarrillos que se encuentran en las cajetillas y sus empaques.

Frente a esto, cabe decir que ya han existido sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a entidades que han infringido la Ley 1335. Un ejemplo de ello es la sanción que se le impuso a Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., de Popayán (Cauca), donde la SIC evidenció la ausencia de frases de advertencia de las cajetillas de cigarrillos correspondientes a las marcas President y Continental, con lo cual infringía la Ley 1335 de 2009.

De igual forma, la SIC sancionó a la Productora Tabacalera de Colombia S.A. (Protabaco), en su condición de fabricante, por no haber incorporado en dichas cajetillas los pictogramas y las frases de advertencia.¹¹⁰

Según el informe sobre sanciones impuestas por contravención a las normas sobre protección al consumidor del primer semestre de 2013, se le impuso una sanción a Almacenes Éxito S.A. por incumplimiento en el empaquetado. A su vez, en julio del presente año, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, de la SIC, mediante Resolución 40624 del 5 de julio de 2013, ordenó una medida cautelar a Almacenes Éxito S.A.:

El cese preventivo de la publicidad difundida a través de la web en la que se anuncia la venta de cigarrillos de la marca Marlboro a precios reducidos, oferta, promoción o descuento, en este caso en particular la orden se adoptó de manera preventiva, mientras se surtía la investigación que habrá de establecer si la conducta es o no contraria a la Ley 1335 de 2009.¹¹¹

La SIC determina la responsabilidad de quién es sancionado por infringir las disposiciones de la Ley 1335. Como puede apreciarse, dicha entidad tiene la facultad de sancionar tanto a distribuidores (como Droguerías Olímpica) como a productores (como Protabaco), de lo cual vale la pena resaltar los siguientes elementos:

- La responsabilidad resulta ser individual, porque si bien ambas empresas fueron sancionadas, esto se debió a que cada una infringió la ley a su forma, lo cual se puede evidenciar en la investigación que se adelanta por la SIC, según la Resolución 40624.
- El hecho de tener sanciones iguales no se puede derivar de hechos iguales; por esa razón, a cada sanción le correspondió una resolución en la que cada empresa respondía por sus propios actos. No obstante, es importante destacar que las sanciones se pueden presentar tanto por acción (venta a menores, ventas por unidad, promocionar) como por omisión (la

110 Resoluciones 8.487 del 27 de junio de 2013 y 42.290 del 18 de julio de 2013. La sanción para cada una de las mencionadas fue con una multa de \$147.375.000, equivalentes a doscientos cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (250 smlmv), por infringir la Ley 1335 de 2009 (Ley Antitabaco).

111 En caso de que la SIC compruebe que se infringió dicho régimen, las multas pueden ascender a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 SMMLV), es decir, a ciento setenta y seis millones ochocientos cincuenta mil pesos (\$170.850.000).

•Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco.

ausencia de advertencias en las etiquetas, hacerlo llamativo, incumplir con normas de empaquetado).

Campaña y promoción de políticas antitabaco en otros países

Ahora corresponde efectuar un análisis desde la perspectiva del derecho comparado y, en tal sentido, en países como Estados Unidos, donde la industria del cigarrillo había mantenido un historial de éxito. La perspectiva para la regulación parte del punto de vista del consumidor y los costos que esto genera, por lo cual es posible afirmar lo siguiente:

Si las personas se están embarcando en la conducta de fumar con pleno conocimiento de las consecuencias, sus decisiones deben ser respetadas. Comportamiento ilícito alegado por la industria es de interés legal casi exclusivamente en la medida en que puede llevar a las personas a tomar decisiones equivocadas de fumar.¹¹²

Es así como después de promulgada la ley que reguló el asunto del tabaco, se empezaron a ver los resultados en encuestas. Se evidenció una disminución en el consumo y la adquisición de tabaco por parte del grupo de estudiantes de una escuela,¹¹³ lo cual era representativo para la lucha en contra del tabaco, pues el volumen de los productos de tabaco consumido por los jóvenes era enorme. Según una estimación, los jóvenes menores de 18 años en los Estados Unidos fuman 924 millones de cajetillas de cigarrillos al año.

En Europa, el Comité Regional de la Organización Mundial de la Salud adoptó en el 2002 el Plan para la Regulación del Consumo de Tabaco.¹¹⁴ Uno de los objetivos principales de la implementación de las políticas era obtener una reducción significativa y realista en la prevalencia del tabaquismo en la región y que fuera por lo menos el doble de la tasa de reducción anual media, que estaba en

112 W. Kip Viscusi, *Smoke-filled rooms: a postmortem on the tobacco deal*. Chicago: Universidad de Chicago, 2002, p. 6.

113 "Según la encuesta desde el año 1992 hasta 1997, entre el 76% y el 78% de los estudiantes de octavo grado y entre el 89% y el 91% de los estudiantes de décimo grado, dijo que sería 'bastante fácil' o 'muy fácil' conseguir cigarrillos si querían obtenerlos. Promulgada la Ley en el año 1997 se observaron pequeñas pero estadísticamente significativas reducciones en la disponibilidad percibida de tabaco por primera vez en 1998 y persistieron en 1999. Aun así, en 1999, el 71,5% de los estudiantes de octavo grado y el 88.3% de los estudiantes de décimo grado reportaron que los cigarrillos eran fáciles de obtener" (Robert L. Rabin y Stephen Sugarman (Eds), *Regulating Tobacco*. Cary, Estados Unidos: Oxford University Press, 2001, p. 145).

114 Organización Mundial de la Salud, *European Tobacco Control Report 2007*. Ginebra: Autor, 2007, p. 3.

casi un 1%. Para llevar a cabo este objetivo se plantearon medidas como mantener altos los precios e impuestos para los productos del tabaco; aumentar los impuestos con el fin de reducir el precio de los productos del tabaco por encima de las tasas medias de inflación y el crecimiento del ingreso, para garantizar su asequibilidad en constante disminución; prohibir todas las ventas libres de impuestos de los productos del tabaco; mantener y asignar una parte significativa de los ingresos del Gobierno, incluidos los procedentes de los impuestos al tabaco, a la financiación de los programas nacionales de control del tabaco; armonizar los impuestos y los precios de todos los productos de tabaco para desalentar la sustitución de un producto de tabaco por otro,¹¹⁵ junto con otras medidas con las que cooperativamente se pretende hacer efectivo el convenio suscrito entre las partes.¹¹⁶

En ese punto cabe tener en cuenta que las medidas aplicadas por los países europeos resultan similares a las adoptadas por Estados Unidos, donde el punto sobre el cual gira el control es el aumento de impuesto que conduce al aumento de los precios para el consumidor final. Esto es muy diferente al caso colombiano, donde únicamente se procuró disminuir la publicidad de estos productos o el consumo en lugares públicos, pero sin ninguna repercusión económica hacia el consumidor final.

A continuación revisaremos las políticas aplicadas en países europeos en específico, para verificar si existen contrastes entre ellos, o bien, para determinar si todos en sí mismos siguieron un lineamiento según el cual definieron sus políticas de control y de venta y consumo del tabaco.

El caso de Francia

En Francia, el consumo de productos de tabaco aumentó de 1950 a 1980, y luego se mantuvo estable hasta principios de 1990. Comenzó a caer tras la introducción de la Ley Evin en 1991. En 2003, Francia presentó una nueva estrategia para combatir el tabaco, denominada “El Plan Cáncer”. La herramienta principal para controlar y reducir el consumo de tabaco fue la de imponer impuestos agresivos.

115 *Ibid.*, p. 30.

116 *Ibid.*, p. 97. También se destacan medidas como los pactos para evitar el contrabando de tabaco y de cigarrillos, para la distribución y venta, una base de datos central para tener el control de toda la cadena del tabaco dentro de la comunidad.

Este enfoque ha implicado una combinación de política fiscal con la aplicación de la legislación antitabaco rigurosa (prohibición de la publicidad, prohibición de fumar en lugares públicos) y la intensificación de los programas de educación para la salud con énfasis en las intervenciones para la prevención y el cese del hábito de fumar. El análisis de la política de la relación entre los precios y el consumo entre 1950 y 2003 sobre el consumo de tabaco mostró que la demanda de tabaco era directamente proporcional al precio.

Los incrementos sustanciales en los precios del tabaco que siguieron a la Ley Evin han llevado a una disminución notable en el consumo de tabaco. Así, de 1993 a 2005 se utilizaron los aumentos en las tasas de impuestos para elevar los precios de los cigarrillos anualmente en un 5% en términos reales. Esta estrategia ha tenido un éxito para la reducción del número de fumadores, que cayó un 6,5% en hombres y 5,8% en mujeres entre 1995 y 2003. La tasa de disminución entre los fumadores jóvenes fue aún mayor (más del 10%).

Cuando se puso en práctica la nueva estrategia, entre enero de 2003 y enero de 2004, el precio de los cigarrillos aumentó un 40%, mientras que las ventas cayeron un 33,5%, en tanto las ventas de medicamentos que se usan para ayudar a dejar de fumar se duplicaron y se han mantenido en niveles altos.¹¹⁷

El caso de Alemania

En Alemania, por su parte, se denominó como la campaña “Quit & Win”, que consistió en hacer una competencia para reducir el consumo de tabaco. Dicha campaña fue introducida en Finlandia a finales de los años ochenta y a raíz de su éxito se le dio continuidad. Así, empezó a aplicarse en otros países, como en Alemania, donde los consumidores eran apáticos frente a las políticas relacionadas con la disminución del consumo de tabaco, lo cual no era una prioridad. Allí las políticas no habían recibido la debida atención por parte de las autoridades, y los esfuerzos resultaban aislados y eran esporádicos, motivo por el cual en Alemania el precio del tabaco era uno de los más bajos dentro de la Comunidad Europea.¹¹⁸

.....
117 *Ibid.*, p. 106.

118 *Ibid.*, p. 108.

El contenido de la campaña fue adaptado para el contexto alemán y fortalecido con las innovaciones locales, tales como la introducción de la competencia-ayuda, donde los fumadores participantes podrían nominar a un ayudante—normalmente una persona que no fumara—, quien buscaba motivar a los participantes durante la campaña; también fueron elegibles para ganar los premios financieros que se ofrecen a los fumadores que participen, siempre que el fumador que apoyaban dejara de fumar. Esta innovación dio un apoyo adicional a los fumadores que participaron y amplió la audiencia para incluir a los no fumadores. Las conclusiones de este modelo alemán fueron que de los fumadores que dejaron de hacerlo durante las campañas de 2000, 2002 y 2004, 30%, 22% y 32%, respectivamente, habían logrado mantenerse libre de humo un año después de dejarlo, mientras que el 70% logró abstenerse durante un mes, tasas similares a las observadas en las campañas en otros países.

El caso de Noruega

A diferencia de los alemanes, y con un poco más de rigurosidad que los franceses, aparece el modelo noruego, que resulta interesante puesto que la limitación al consumo de tabaco nace como una política estatal y se enfrenta a problemas que tienen que ver con la cultura de sus habitantes. Para este caso de estudio se presentó un análisis de una estrategia de intervención para el control del tabaco, que se centró en la aplicación efectiva y el cumplimiento de la ley para apoyar a los bares libres de humo y los restaurantes en Noruega, que ha sido uno de los países más restrictivos de Europa en materia de control del tabaco. A pesar de las medidas cada vez más fuertes para controlar el tabaquismo, hasta el 2002 alrededor del 30% de los hombres y el 29% de las mujeres eran fumadores.

La publicidad del tabaco se ha prohibido desde 1975. El precio de venta al por menor de cigarrillos es la más alta de Europa, debido a un impuesto del 76%,¹¹⁹ y estaba prohibido fumar en lugares públicos cerrados, como en el transporte público, los aeropuertos y los museos.¹²⁰

119 Los impuestos y tasas representan el 76% del precio de los cigarrillos. En Estados Unidos, el valor es 9,70 dólares por paquete. Noruega (junto con el Reino Unido) tienen los cigarrillos más caros en Europa.

120 Organización Mundial de la Salud, *European Tobacco Control Report 2007*. Ginebra: Autor, 2007, p. 124.

En dicho país existieron quienes inicialmente se resistieron a la nueva ley, argumentando que la prohibición total sería atentar contra los derechos individuales en los lugares públicos y que la política perjudicaría económicamente a la industria tanto de las tabacaleras como de los restaurantes y aquellos sitios donde resultaba normal el consumo de tabaco, a pesar de ser espacios cerrados. Otros argumentaron que debido a las temperaturas bajo cero (factor cultural) que se prolongaba durante varios meses del año, sería difícil para los fumadores que tuvieran que salir a los exteriores para poder satisfacer su necesidad.

Sin embargo, a pesar de la oposición, la implementación fue un gran éxito y la prohibición se ha aplicado estrictamente por empleadores, empleados y clientes. La ley estipula que los propietarios de los restaurantes y bares son responsables de garantizar el cumplimiento de la ley, y las infracciones se castigan con multas. La supervisión para el cumplimiento de la norma es responsabilidad de los ayuntamientos locales y de la Autoridad de Inspección del Trabajo, que vigila los locales de trabajo para la seguridad y la salud.¹²¹

Un año después de implementada, la prohibición total de fumar en lugares públicos fue declarada un éxito. Según cifras, el número de fumadores se redujo de 29% en 2002 al 25% en 2005. En este periodo, más de 100.000 fumadores dejaron de fumar y se encontró un menor número de jóvenes que hubiera comenzado a fumar.¹²²

El caso de Reino Unido

Otro caso interesante es el del Reino Unido, donde el problema radicaba en los altos impuestos que tenían productos como el tabaco. Esto llevó a que se agudizara el contrabando, y por ello en el 2000 el gobierno británico adoptó un enfoque nuevo para la lucha contra el fraude fiscal, para detener y acabar el contrabando. Así, se luchó contra la oferta de tabaco mediante la colaboración con los fabricantes de tabaco, la interrupción de los canales de distribución a través de la detección y el embargo, el aumento de los riesgos de contrabando a través de una selección más inteligente y sanciones más duras, y hacer frente a la demanda al

.....
121 Ibid.

122 Ibid.

aumentar la conciencia pública sobre los peligros y las consecuencias del contrabando de tabaco.

Así, teniendo en cuenta estos aspectos, el gobierno fundamentó sus políticas antitabaco de la siguiente forma:

- La estimación de la magnitud del problema: consiste en la comprensión de la magnitud del problema, que es fundamental para la comprensión de su naturaleza y el desarrollo de soluciones eficaces, a pesar de la dificultad inherente a la medición de la actividad ilícita (contrabando)
- Analizar el problema: comprender adecuadamente el fraude, a fin de que las medidas operativas adecuadas sean desarrolladas y desplegadas efectivamente
- Respuestas operacionales: se dan en desarrollo una serie de respuestas para asegurar la máxima presión en todos los niveles de la red de fraude.
- Establecer los resultados: finalmente este consiste en el diseño de criterios claros y medibles para el éxito en función del impacto sobre el problema
- El fortalecimiento de los controles: este sustenta la respuesta operacional con una evaluación de otros cambios necesarios para evitar que un régimen fiscal sean explotados por los estafadores.
- El seguimiento y la entrega: es el monitoreo constante y periódico de los objetivos a través de mecanismos tales como acuerdos de servicio público.¹²³

Finalmente, hay más datos que en general demuestran la efectividad de estas políticas en algunos países respecto a las que se han implementado para controlar el consumo de tabaco. En ese orden de ideas, podemos tener en cuenta el comunicado de prensa de la Comisión Europea del 22 de febrero de 2013, en el cual menciona que “la protección de los fumadores pasivos contra el humo del tabaco ha mejorado considerablemente. En 2012, un 28% de los europeos estaban expuestos al humo de tabaco en bares, lo cual supone una disminución del 46% con respecto a 2009”. Y el mismo informe añade:

A pesar que sigue habiendo muchas diferencias en la tasa de exposición pasiva al humo del tabaco, desde un 3% en Suecia hasta un 71% en Grecia, países como Bélgica, España y Polonia son ejemplos de países en los que la adopción de una

.....
123 *Ibid.*

•Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco•

legislación integral dio lugar a notables descensos en las tasas de exposición en un breve plazo de tiempo.¹²⁴

Análisis jurídico en el derecho comparado

Si bien es cierto, como pudimos observar en el apartado anterior, que en Europa se implantaron diferentes mecanismos para disminuir el consumo de tabaco en la población, también es necesario detenernos a mirar, desde un punto de vista jurídico y no solo estadístico, cómo se abordaron las políticas y las posteriores consecuencias en diferentes países; políticas que no se pueden quedar al margen del estudio que se pretende mostrar en el presente escrito.

El primer caso es el alemán, a pesar de que tenía una política sólida en aras de combatir el consumo del cigarrillo, como se mencionó en Sentencia de la Segunda Sala, del 22 de enero de 1997, donde se cuestionaba si el deber de difundir en los empaques de productos de tabaco advertencias sobre los peligros para la salud era o no compatibles con los derechos fundamentales. Ante ese planteamiento, el Tribunal respondió:

El decreto que ordena colocar advertencias en los productos de tabaco se sirve de la autoridad del Estado, y de este modo, adquiere una confianza con base en la Ley. Esa consideración de los derechos supremos simplemente no ofrece objeción desde la perspectiva del derecho constitucional, porque el contenido de la advertencia concuerda con los conocimientos de las ciencias naturales, la advertencia de peligros para la salud pertenece al ámbito de las funciones supremas y las medidas satisfacen los requisitos de la libertad de ejercer una profesión.¹²⁵

Más adelante, dentro de la misma sentencia, el Tribunal hace un estudio de proporcionalidad y señala:

La reglamentación concreta de las advertencias satisface también el requisito de la idoneidad. La afirmación sobre la relación de causalidad que existe entre el fumar y el cáncer, otras enfermedades y los peligros para la salud de terceros, se considera que la prohibición de la propaganda, junto a las ilustraciones sobre la salud, como

124 Comisión Europea, "El tabaco en la UE: Según el informe de la Comisión, aunque se ha reducido, la exposición pasiva al humo sigue siendo muy elevada" (comunicado de prensa). Recuperado de <http://goo.gl/EF4znL>

125 Konrad-Adenauer-Stiftung, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ciudad de México: Autor, 2009.

una medida más adecuada para combatir el consumo irracional de tabaco, por ende el deber de incluir advertencias no toca los límites de la razonabilidad.

Otra política implantada en los estados alemanes consistía en no fumar en espacios cerrados, pero en este caso el Tribunal estudió el caso y verificó que existía una vulneración a lo que denominan *Derechos Supremos*, y fue a partir de una decisión del Tribunal Constitucional Alemán¹²⁶ que se dejó sin efectos dicha ley. En este caso, las razones expuestas por el Tribunal se concentraron en indicar que las prohibiciones a que cierto establecimientos que no cumplieran ciertos requisitos, en lo que se refiere a su espacio, resultaban contrarias a las disposiciones constitucionales de ese país, dado que se vulneraba el derecho a libre ejercicio de empleo.

Cabe decir que esta sentencia únicamente tuvo efectos en los dos estados donde se demandó su constitucionalidad; sin embargo, como podemos ver, en este caso se presenta un choque entre dos derechos: por un lado, el goce de un ambiente libre de humo de tabaco y, por el otro, el derecho al libre ejercicio de profesión.

De lo anteriormente mencionado podemos deducir que el derecho alegado era también un derecho de igualdad, puesto que el hecho de que en ciertos lugares se prohíba el consumo de tabaco y en otros no, genera desigualdades en términos de competencia entre estos; pero vemos cómo también al proteger los intereses de quienes demandaron, el Tribunal tiende a proteger las garantías individuales en este caso, más que las mismas colectivas (bien podía decidir prohibir el consumo definitivo en cualquier clase de establecimiento abierto al público, garantizando el derecho colectivo a un espacio libre de humo).

En Uruguay, por ejemplo, el Decreto 268 de 2005, que constituye la norma fundamental en materia de tabaquismo, establece la total prohibición de fumar en los lugares de trabajo (tanto públicos como privados). Considerando los porcentajes de trabajadores fumadores, ello convierte la legislación en instrumento de cambios significativos en el ámbito de las relaciones laborales. En este caso se puede verificar que estas regulaciones consagran la prevalencia de los derechos

.....
126 "Alemania da un paso atrás y establece una normativa antitabaco similar a la española" (*El País*, 30 de julio de 2008): "En las regiones de Berlín y Baden-Wuerttemberg, alegaban que las actuales políticas que tratan de fomentar espacios libres de humo discriminan a los locales más pequeños, ya que los que superan los 75 metros cuadrados pueden dividirse en zonas de fumadores y no fumadores".

de los no fumadores a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco por sobre los intereses de los fumadores.

Por último, y para terminar este apartado, veremos lo que respecta a las normas reguladoras en España, en las cuales se estipula lo referente al consumo de tabaco. Por ejemplo, en la normativa española, Ley 28 de 2005, se permite, cuando se cumplen determinados requisitos que la misma ley especifica, la habilitación de zonas para fumar para clientes y visitantes, entre otros.

Conclusiones

En este punto podemos sacar varios puntos de análisis respecto al tema que se está tratando. El primero de ellos es que nuestro modelo constitucional se muestra rígido, y en él aplican valores normativos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de adelantar cualquier política económica, lo cual, para el caso de estudio, se evidencia en el hecho de que a pesar de que el Estado otorga una serie de libertades, en particular económicas, es deber de los tribunales defender que estas no atenten contra los mandamientos y preceptos constitucionales, y buscar los mecanismos adecuados para brindar una efectiva protección de estos.

Es necesario centrarnos en los problemas que tiene nuestro sistema legal al momento de instituir leyes, ya que muchas de estas, por lo general, se aprueban sin un debido estudio, a diferencia de lo que puede apreciarse en los países analizados, y para ser más precisos en el caso de Reino Unido, donde se partió desde una base cierta para lograr un objetivo, que en ese caso era combatir el contrabando de tabaco, para con eso reducir la entrada de productos ilegales que generaban menos gastos para el consumidor, pero desembocaban en una afectación a la salud. Todo esto puede resultar conveniente en un país como Colombia, donde la realidad lleva a ver el contrabando como algo frecuente.

Por ello, trazando los objetivos finales y señalando un derrotero concreto, se puede concluir que en este caso la Ley 1335 de 2009 pueda resultar óptima y sobre todo eficaz, tanto en su función sancionadora como preventiva. No obstante, mientras exista una falta de planificación, un déficit estructural y, en especial, la expedición de leyes que carezcan de un criterio lógico y razonable, en Colombia será difícil implementar este tipo de normas.

También se debe tener en cuenta que la Ley en sí misma no resulta rigurosa, puesto que después de compararla con diversos modelos, encontramos que lo que hace que se disminuya el consumo de tabaco son los aumentos en los impuestos, cosa que en nuestro país no se aplica, quizás por razones de inconveniencia, pero que no ayudan a que la ley pueda ser efectiva.

Otro aspecto sobre el cual podemos concluir es el atinente a los balances que se puedan tener respecto a la efectividad o no de la Ley 1335 de 2009 en el territorio colombiano, pues si bien es cierto ya se han aplicado sanciones, se puede verificar estadísticamente que el consumo en Colombia ha disminuido, y eso quizás puede resultar atribuible a las normas que se encargan de regular el consumo, la promoción y la venta del tabaco o cualquiera de sus derivados.

Igualmente, y después de ver algunas de las políticas de ciertos países, es evidente que existen diferencias notorias entre varios de ellos, lo cual abarca países donde existe cero tolerancia al consumo de tabaco, así como otros donde se ha permitido incluso que las leyes reguladoras no tengan efectos.

Ello permite destacar que muchos países han entrado en la lucha por combatir el consumo de tabaco, desde el mismo momento en que suscribieron el acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, y cada país incluyó dentro del bloque de constitucionalidad lo referente a las normas dictadas por este organismo internacional, el cual ha dicho que el derecho al aire libre de humo constituye un derecho humano¹²⁷, y expresa que las políticas tendientes a la regulación del tabaquismo no resultan perjudiciales del todo para los productores.¹²⁸

Por última conclusión tenemos que podemos verificar cómo a partir de la Constitución de 1991 se generó un cambio en la relación que existía entre los sujetos y el mercado, y la protección de estos, como lo menciona la Corte Constitucional en la Sentencia C-830 de 2010:

Es reconocido que los derechos de los consumidores tienen naturaleza poliédrica, pues integran *el deber estatal de garantizar diversos planos de eficacia, relacionados con la calidad y seguridad de los productos, la adecuada y suficiente información*

127 Organización Mundial de la Salud, Respirar aire limpio, un derecho humano fundamental. Recuperado de <http://goo.gl/ozm1la>

128 "Los efectos económicos de los entornos libres de humo en todo el mundo ponen de manifiesto que estas leyes no tienen repercusiones económicas negativas en la actividad empresarial. En muchos casos los efectos de las leyes incluso han sido ligeramente positivo".

sobre los mismos y el aseguramiento de la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios [cursivas agregadas].

Por esta razón, reiteramos que es necesario desarrollar sistemas de creación legislativa más acordes con los principios de un Estado social de derecho, como lo es Colombia, a fin de brindar garantías y sin el rompimiento de la armonía que se requiere para que el Estado pueda cumplir a cabalidad todos sus fines respectos a los ciudadanos.

Anexo: estudio jurisprudencial respecto a la limitación de derechos en la búsqueda de la prevalencia del interés general

El tema de la prevalencia de los derechos mencionados a lo largo del presente escrito, junto con el juicio de proporcionalidad hecho por la Corte Constitucional, constituye uno de los ejercicios jurídicos más aplicados en nuestro sistema jurídico, debido al sistema cerrado de control constitucional que se aplica en el país. Por ello, a continuación vamos a ver el criterio utilizado por el Alto Tribunal respecto a la limitación de ciertos derechos, principalmente los de libertad de empresa, pero también de otros derechos que en cierto momento se podrían llegar a considerar como *absolutos*, en función de dejar claridad respecto a la posición que las Altas Cortes han tomado en lo que compete a la protección de los derechos de los ciudadanos.

Así, en la Sentencia C-524 de 1995¹²⁹ se señalan los límites a la libertad económica, cuando argumenta:

La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan “*el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*”. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica “supone responsabilidades”. El Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las

.....
129 En esta sentencia se demandó, por vulnerar la libertad de empresa, el artículo 19 de la Ley 30 de 1986, que establecía: “Las estaciones de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo podrán transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su Comité Técnico Asesor. El Ministerio de Comunicaciones velará por el cumplimiento de esta disposición”. Según la demandante, se vulneraba el principio en el cual el Estado debe velar por los derechos de las personas, y al publicitar sobre bebidas embriagantes, se rompía con esa protección estatal. Pero en este sentido la Corte hace una prevalencia del derecho de cada persona de asumir o no esa publicidad, pues es deber del Estado no vulnerar los derechos de quienes difunden estas pautas, mas no puede otorgar una libertad absoluta; por esa misma razón debe entrar a regular lo que se llega a transmitir a través de los diferentes medios.

•Estudio sobre la Ley 1335 de 2009 que regula la restricción del consumo de tabaco•

empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica [cursivas agregadas].

Años después, continuando con la línea jurisprudencial respecto al tema de la protección a las libertades de empresa, en Sentencia C-624 de 1998,¹³⁰ la Corte se manifestó sobre la necesidad que tiene de ejercer un control sobre las normas en materia económica:

El Congreso puede hacer extensivas legalmente diversas políticas en tales materias, siempre y cuando ellas tiendan de manera razonable a hacer operantes los principios rectores de la actividad económica y social del Estado y velar por los derechos constitucionales. En tal contexto, sólo en los casos en que tales restricciones o prohibiciones lesionen de manera evidente, manifiesta y directa derechos fundamentales, afecten el núcleo esencial de derechos constitucionales, violen claros mandatos de la norma fundante, o arbitrariamente carezcan de motivos adecuados y suficientes para limitar los derechos, imponiendo regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez en su momento declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Y luego, en su parte motiva, termina afirmando lo siguiente:

La razón o el fin que tuvo el Legislador para imponer esta restricción para el caso de la empresa unipersonal parece clara: evitar o prevenir la utilización indebida de la figura para la defraudación de terceros, con lo cual se pretende, además, proteger la transparencia del mercado. Por ello la Corte no acoge el argumento del actor, según el cual la prohibición no se funda en un bien jurídicamente tutelado que exhiba una jerarquía constitucional semejante a la libre empresa. *En efecto, esta prohibición protege un interés que ostenta no sólo entidad constitucional, sino que es un principio del Estado Social de Derecho por excelencia: la protección del interés general en el ámbito económico, que por cierto prevalece de conformidad con el artículo 1° de la Constitución* [cursivas agregadas].

Otro ejemplo en el que la Corte hace un juicio de proporcionalidad es en la Sentencia C-1090 de 2003¹³¹, donde la tesis para declarar la exequibilidad de la norma demandada consistió en afirmar lo siguiente:

.....
 130 Se demandó la inconstitucionalidad contra el segundo inciso del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, "Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones", en el sentido en que el titular de una empresa unipersonal no puede contratar con esta.

131 En esta sentencia se solicitó a la Corte declarar inexecutable el artículo 132 (parcial) de la Ley 769 de 2002, por considerar que vulnera el artículo 13 de la Constitución Política. En esta sentencia se demandaba el que se sancionara al conductor de transporte de servicio público que fuera sorprendido fumando, se alega el derecho a la

Entonces, es evidente que el Parágrafo del artículo 134 de la Ley 769 de 2002 persigue un fin constitucional válido como lo es la seguridad vial, y por lo tanto, la sanción allí establecida para el conductor que sea sorprendido fumando mientras conduce se ajusta a la Constitución.

La anterior posición fue reiterada más adelante en Sentencia C-623 de 2004,¹³² que en esta ocasión se pronunció respecto a las restricciones que se pueden aplicar a las libertades que no son absolutas:

Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

Una de las sentencias por estudiar en este apartado es la C-665 de 2007¹³³, en la cual se analizó si el convenio marco era armónico y constitucionalmente compatible con el ordenamiento jurídico colombiano. Frente a ello, la Corte señaló en primer lugar la obligación del Estado de procurar un saneamiento ambiental y la atención en salud, respecto a control de bienes y servicios ofrecidos, estableciendo un criterio de responsabilidad por parte de quienes lo comercializan.

Por otro lado, dentro del estudio, se revisaron las medidas relacionadas con la protección de las personas frente a la exposición al humo del tabaco, y la Corte consideró que esta obligación, que está a cargo de los Estados, “se encuentra encaminada a proteger los derechos de los no fumadores y del medio ambiente, y por tanto desarrolla los principios de protección a la salud y a un medio ambiente sano establecidos en la Carta Política en sus artículos 49, 78, 79, 80 y 81.”. En el sentido de la limitación a la publicidad y a la difusión a la publicidad en los

igualdad por parte del demandante; sin embargo, dada la responsabilidad de quien tiene a su cargo pasajeros, se pondero su derecho a la igualdad frente a la vida y demás bienes de los pasajeros buscando hacer prevalecer los derechos de estos últimos, por ser el conducir una actividad riesgosa.

132 En esta Sentencia se demandó la inconstitucionalidad contra el artículo 3° (parcial) de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

133 Revisión oficiosa de la Ley 1109 de 2006, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’, hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003)”, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007).

diversos medios de comunicación, en este examen de constitucionalidad la Corte fue clara al decir que el sentido por el cual se debe dirigir la protección del estado está basado principalmente en el bienestar de la persona.¹³⁴

Los últimos dos puntos que fueron abordados por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad que se le hizo al convenio marco se centraron en la protección de los menores, aspecto frente al cual la Corte encontró que el convenio marco era constitucionalmente aceptable por la obligación que le asiste al Estado de velar por el interés superior del menor, y que se encuentra encaminada a proteger el derecho a la salud de los niños, que en virtud del artículo 44 de la Carta Política tiene el carácter de fundamental, así como la especial protección a la juventud consagrada en el artículo 45 constitucional. Finalmente, la Corte se refirió a la regulación que correspondía al trabajo para la procura de un ambiente sano, frente a lo cual el Alto tribunal consideró que la defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho, señalado en el artículo 79 de la Constitución Política, y concluyendo finalmente sobre el tema:

En efecto, en cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de la Constitución Política. En ella se consagra un conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección. En este sentido, resulta válido exigir al Estado la protección del mismo, y la adopción de todas las medidas necesarias para el cumplimiento de tal fin.

Como conclusión del anterior análisis jurisprudencial respecto a la forma en que la Corte Constitucional hace el juicio de proporcionalidad en el tema que nos compete, podemos referir que por lo general las tensiones que se presentan entre las libertades económicas y el principio de primacía del interés general pueden conducir a la limitación sobre dichas libertades tales como, la libre competencia económica, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada. Lo anterior siempre y cuando respeten el núcleo esencial de la libertad objeto de limitación y que

.....
134 "El empresario tiene plena libertad de iniciativa para, escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para, ofrecer o anunciar sus productos, siempre y cuando no atenten, contra el bien común, los derechos fundamentales, la función social de la empresa, las leyes reguladoras de la actividad económica, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los productos."

estas limitaciones obedezcan al principio de solidaridad o algún otro principio o finalidad expresamente señalados en la Constitución.

Se concluye entonces que la Corte Constitucional ha señalado como legítimas aquellas medidas limitantes de la libertad de empresa que se encuentran justificadas en la búsqueda de fines constitucionalmente válidos y en la protección de bien común.

De igual forma, la Constitución hace un especial énfasis en el papel interventor del Estado en la economía, a través de la ley, con el fin de que por intermedio de diferentes acciones se procure una mejor calidad de vida. Dentro de esas acciones cabe destacar el deber de regular el control de la calidad de bienes y servicios prestados a la comunidad, la racionalización de la economía y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, en particular, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Si el mejoramiento de la calidad de vida es una de las principales metas del Estado colombiano, entonces el amparo y cuidado de las condiciones ecológicas son el pilar esencial sobre el cual deben recaer todas las acciones que para ese efecto se implementen.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguimatang vs. California State Lottery. 234 Cal. App. 3d 769 (Cal. Ct. App. 1991).
- American Express Travel vs. Veer Unreel.
- American federal Rule of Evidence 1001 (3).
- Bauzá, Irene. Licencias y distribución, tipos y diferencias. Recuperado de <http://goo.gl/HTzzgH>
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlac). *El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital*. Bogotá: Autor, 2013.
- Cohnheim, Nicolás, Geisinger, Damián y Pienika, Ernesto. *Impactos de las nuevas tecnologías en la industria musical* (tesis de grado). Montevideo: Universidad de la República, 2008.
- Conference about Digital Evidence in the Slovakian Legislation IT, summer School, 2010, Pécs, Hungría.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1090 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Delgado, Antonio. *La situación del editor musical: usuario, socio de los autores, o socio de la industria fonográfica*. Puebla, 1991.
- Delisle, Ron y Stuart, Dib. *Evidence: principles and problems* (7.^a ed.). Toronto: Carswell, 2004.

- Derby and Co Ltd V Weldon (No. 9), 2 All ER 901 at 906
- Dirección nacional de Derecho de Autor. Concepto 1-2005-1259.
- Dirección nacional de Derecho de Autor. Concepto 1-2014-34724.
- Dosdoce.com. *Nuevos modelos de negocio en la era digital*. S. l.: Liber: 2014. Recuperado de <http://goo.gl/kX80Fq>
- DPP vs. Jones (1997) 2 Cr App Rep 155, (1997) 1 All ER 737.
- DPP vs. McKeown. 1997.
- Flórez, Germán. La validez jurídica de los documentos electrónicos. *Revista Verba Iuris*, núm. 31, 2014, pp. 43-71.
- Garrigues. Aspectos claves del contrato de distribución. Recuperado de <http://goo.gl/Pk2tqR>
- Garton vs. Hunter. 1968.
- Hearn, Edward. *Digital downloads and streaming: Copyright and distribution issues*. Recuperado de <http://goo.gl/AC8J6C>
- Hernández, Mario. Evolución de los hábitos de consumo de música en internet. Recuperado de <http://goo.gl/f6sLjC>
- International Federation of the Phonographic Industry (IFPI). *Investing in music*. Recuperado de <http://goo.gl/ZwQGSx>
- Kajala vs. Noble (1982) 75 Cr AppRep 149, DC
- Keane, Adrian. *The modern law of evidence* (7.^a ed.). Londres: Oxford, 2008.
- Konrad-Adenauer-Stiftung. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ciudad de México: Autor, 2009.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco y Cerlalc, 1993.
- Lombardi, Michael. *Computer time synchronization*. Recuperado de <http://goo.gl/uUHegD>
- Malek, Hodge (Ed.). *Phillips on evidence* (16.^a ed.). Londres: Sweet & Maxwell, 2005.
- Martínez, José Prieto. *Música, innovación y propiedad intelectual*. Madrid: s. e., 2011.
- Mason, Stephen. *International electronic evidence*. Londres: British Institute of Comparative Law, 2008.
- Mason, Stephen. *Electronic evidence: disclosure, discovery and admissibility*. Londres: Butterworths Law, 2007.
- Mason, Stephen. *The Evidential Foundations*, Londrs: LexisNexis, 2008.
- Oficina Federal de Investigaciones (FBI). Digital evidence: standards and principles, en *Forensic Science Communications*, vol. 2, núm. 2, 2000.

•Bibliografía•

- Olarte Collazos, Jorge Mario y Rojas Chavarro, Miguel Ángel. *La protección de derechos de autor y derechos conexos*. Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor y Ministerio del Interior y de Justicia, 2010.
- Organización Mundial de la Salud. *European tobacco control report 2007*. Ginebra: Autor, 2007.
- Organización Mundial de la Salud. *Convenio marco de la OMS para el control del tabaco*. 2003.
- Ormerod Murphy, D. et al. *Blackstone's criminal practice*. Nueva York: Oxford, 2008.
- Paciocco, David. *The law of evidence* (4.^a ed.). Toronto: Irwin Law, 2005.
- PromusicaE. *Libro blanco de la música en España*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013.
- R vs. Cochrane (1993), Crim LR 48.
- R vs. Governor of Pentonville prison ex p Osman (No 1), Re (1990) 1 WLR 227, (1989)
- Rabin, Robert L y Sugarman, Stephen D. (Eds.). *Regulating tobacco*. Cary, Estados Unidos: Oxford University Press, 2001.
- Reed, Criss. *Internet law. Text and materials* (2.^a ed.). Londres: Cambridge University Press, 2004.
- Schuster Vergara, Santiago. La gestión colectiva de derechos. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor para Editores de Música. Paipa, Colombia, 1997
- Schwank, Friedrichs. CyberDOC and e-Government: the electronic archive of Austrian notaries. *E-Signature Law Journal*, vol 1, núm. 1, 2004.
- Sebrié, Ernesto et al. Smoke free policies in Latin America and the Caribbean: Making progress, *en International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 9, núm. 5, 2003, pp. 1954-1970.
- Sedeño, Ana María. La necesidad de protección de la música como patrimonio cultural y artístico. *Revista Latina de Comunicación Social*, vol. 8, núm. 59.
- Sherer, Dana. *Money for something. Music licensing in the 21st century*. Estados Unidos: Congressional Research Service, 2015.
- Smith, JC. *The admissibility of statements by Computer*. Crim LR 387, 1981.
- Springsteen vs. Masquerade Music Ltd (1999) EMLR 180, (1998) EWHC Patents 277
- Stein, Ernesto, Tommasi, Mariano y Echebarría, Koldo (Eds.). *Política de las políticas públicas: Progreso económico y social en América Latina*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.
- Tapper, Colin. *Computer law* (4.^a ed.). Londres: Longman, 1989.
- Trujillo Sánchez, Jorge Enrique. Efectos de las políticas públicas de vigilancia, control y regulación en el mercado del tabaco en Colombia. *Estudios Económicos*, núm. 11, 2013.
- UK Civil Evidence Act 1995.

Viscusi, W. Kip. *Studies in law and economics: Smoke-filled rooms. A postmortem on the Tobacco Deal*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2002. p. 6.

West Group Publishing. *West's Encyclopedia of American Law* (2.ª ed.). Detroit: Gale Group, 2008.

Wiegant, David. Spotify: incentivizing album creation through the Facebook of music. *Journal Entertainment & Sports Law*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 185-188.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia en julio de 2016, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

IUS – Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de Derecho Privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y socio jurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento, de la comunidad académica.

**OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN
JUS - PRIVADO:**

- Aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el derecho alemán tras la reforma de 2002. Ventajas y breves alusiones al caso colombiano
- Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización
- El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía

EVIDENCIA DIGITAL,
DISTRIBUCIÓN MUSICAL Y
DERECHO DE CONSUMO

DISCUSIONES DESDE
EL DERECHO PRIVADO

4

El presente libro es un esfuerzo investigativo de la Universidad Católica de Colombia por abordar temas y problemas relacionados con el derecho de nuevas tecnologías de la información, el derecho de consumo en lo atinente a las normas antitabaco y el derecho de autor en las obras musicales. El libro está constituido por tres capítulos jurídicos en los que se hace un análisis histórico de cada una de las temáticas en mención, a partir de su evolución jurisprudencial y legislativa.

El primer capítulo aborda la evolución que ha tenido el concepto de evidencia digital y su valor probatorio desde las experiencias del derecho anglosajón. El segundo capítulo muestra las transformaciones que han tenido los modelos de distribución de las obras musicales con el advenimiento de internet. Finalmente, el tercer capítulo investiga cómo se produjeron las leyes de publicidad antitabaco en nuestro país, y para ello hace un análisis de derecho comparado y pone de relieve el debate suscitado en la Corte Constitucional por las posiciones de importantes industrias tabacaleras en relación con sus derechos económicos.

