Versión Beta 1.0 / Diciembre 11 de 2014

RECOMENDACIONES PARA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UNA LEY QUE REGULE LA RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN COLOMBIA (LEY LLERAS)

Elaborado por:

Fundación Karisma
www.karisma.org.co

FLIP
FUNDACIÓN PARA LA LIBERTAD DE PRENSA

Con el apoyo de:

R2
REDPATODOS.CO

COMENTA ESTE DOCUMENTO



El presente documento se encuentra en una versión beta (de prueba) porque queremos recibir comentarios que nos permitan fortalecerlo.

¡PARTICIPA!, estos son los pasos a seguir:

1. Encuentra el documento en formato digital en los sitios web de la Fundación Karisma http://karisma.org.co/, de RedPaTodos http://redpatodos.co/blog/ y de la Fundación para la Libertad de Prensa FLIP http://flip.org.co/. Estará disponible en GitHub, una plataforma que permite recibir comentarios de cualquier persona que quiera aportar a la discusión.

2. Ten en cuenta que la etapa de comentarios inicia el 11 de diciembre de 2014 y cierra el 15 de enero de 2015.

3. El 10 de febrero entregaremos el documento final al gobierno y lo publicaremos en Internet, en los sitios web antes mencionados.

¡Contamos con tus aportes!

 Ícono creado por :Jardson A. CC BY 3.0 / http://thenounproject.com

***

El presente documento fue proyectado por Carolina Botero y Luisa Guzmán de la Fundación Karisma, con la colaboración de Emmanuel Vargas de la Fundación para la Libertad de Prensa, con la participación de Pilar Sáenz, Carolina Mejía Osorno (Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín), Iván Astwood, Iván Vargas Chaves y Juan Diego Castañeda en nombre del colectivo RedPaTodos / ***www.redpatodos.co***

***

En 2011, en su informe anual a la Asamblea General de la ONU, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, afirmó[1] que uno de los principales riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión en Internet es la exigencia que se viene haciendo a los gobiernos a través de acuerdos comerciales (especialmente a través de los tratados de libre comercio -TLC) para implementar leyes dirigidas a los intermediarios de Internet[2]. Con estas se busca que los intermediarios los que controlen el contenido generado por sus usuarios, con el fin de identificar violaciones de los derechos de autor. El mecanismo de estas leyes es el de ofrecer un "puerto seguro" para los intermediarios de Internet si aplican un sistema de control.

Precisamente, pocos meses antes de que se conociera esta declaración, también durante 2011, el gobierno colombiano presentó un proyecto de ley que buscaba implementar un sistema de "Notificación y Retiro" de contenidos a cargo de los *proveedores de servicio de Internet* (PSI) del país, que tenía como modelo la ley de EEUU (*Digital Millennium Copyright Act* -DMCA). La ley se justificó como parte de las obligaciones del TLC firmado entre Colombia y los EEUU. El proyecto de ley fue cuestionado por la sociedad civil y desencadenó una resistencia en contra de la que se denominó como la "Ley Lleras 1"[3]. Después de varios meses de polémica, el proyecto se archivó en el Congreso con argumentos que se referían a los riesgos que suponía para el ejercicio de la libertad de expresión.

Existe para Colombia la obligación de implementar una ley que, en principio, es positiva, pues da seguridad jurídica a los PSI frente al cumplimiento de las normas de derecho de autor. Es decir, se pretende crear un sistema de retiro y/o bloqueo de contenidos en Internet a cargo de los intermediarios (aprovechando que ellos son los que ofrecen los diferentes servicios que garantizan a los usuarios la conexión a Internet), a cambio de ofrecerles inmunidad por cualquier posible responsabilidad derivada de la infracción que puedan cometer sus usuarios. Se trata de una obligación del país que ya se encuentra vencida pero que debe ser ampliamente discutida por la ciudadanía para establecer la forma como se desarrollará. Estamos convencidos de que puede cumplirse la obligación dentro de un marco garantista de derechos.

Con este propósito, la Fundación Karisma, con el apoyo de la Fundación para Libertad de Prensa (FLIP), aprovechando la discusión internacional[4] en la materia y con el soporte del colectivo RedPaTodos, hemos desarrollado una serie de recomendaciones que sugerimos considerar en el momento de desarrollar una regulación para la exoneración de responsabilidad a los proveedores de servicio de Internet en el cumplimiento del TLC con EEUU.

* * *

Una ley de puerto seguro que regule la exoneración de responsabilidad para los intermediarios de Internet, los prestadores de servicio de Internet (PSI) como se ha llamado en Colombia, debe considerar:

1. **Los acuerdos internacionales no deben limitar las posibilidades de los países de experimentar con modelos legales que garanticen la protección de los usuarios**

Las disposiciones para crear puertos seguros para los intermediarios de Internet dan seguridad jurídica en el uso de la Red y buscan proteger el interés legítimo de los titulares de derechos de derechos de autor. Sin embargo, que los acuerdos internacionales sean inflexibles en la forma en que se implementen estos sistemas, no es positivo.

Por el TLC tenemos obligación de fortalecer el sistema de derecho de autor pero esto no significa que el acuerdo nos obligue a ir en contra de los propios principios constitucionales o legales, sobre todo cuando con su implementación pueden afectarse derechos fundamentales. Los países deben aprovechar las flexibilidades para establecer sistemas que sean más protectores de sus usuarios, como el sistema de notificación y notificación de Canadá o la decisión de Chile de involucrar al sistema judicial para determinar si un material es realmente infractor.

1 A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Párr. 39 y 40. Disponible para consulta en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85

2 Los intermediarios de Internet acercan o facilitan transacciones entre terceros en Internet. Dan acceso, hospedan, transmiten o indexan contenido, productos y servicios. OECD (2011). The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives. OECD Publishing. Disponible en http://dx.doi.org/10.1787/9789264115644-en.

3 Proyecto de ley 241 de 2006 - Senado. Disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=241&p_consec=28543

4 La base de este documento son "Los principios de Kaminski" desarrollados por Margot Kaminski. Positive Proposals for Treatment of Online Intermediaries. PIJIP Research Paper no. 2012-05. American University Washington College of Law, Washington, DC. Disponible en: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=research que hemos alimentado con la discusión que se ha dado en algunos foros de Internet y con la contribución de algunos miembros de RedPaTodos.

2. Una norma de puerto seguro no debe establecer responsabilidad objetiva para los intermediarios

Cualquier norma de puerto seguro debe establecer que el no cumplimiento con el mecanismo no genera responsabilidad.

Los sistemas de puerto seguro como el de notificación y retiro de la DMCA de EEUU, que fue modelo para el gobierno de la Ley Lleras 1 en Colombia, buscan que los intermediarios implementen sistemas expeditos de retiro de contenidos a cambio de inmunidad legal. El incentivo para los intermediarios es evitar ser acusados como responsables por las posibles infracciones que cometan sus usuarios. pero la decisión debe ser voluntaria. El mecanismo debe ser voluntario como lo dispone incluso la DMCA -sección 512(g)(4)-. Es decir, la PSI es la encargada de sopesar las cargas que impone el mecanismo y decidir según los servicios que preste si vale la pena cumplir con el mismo o no, pero si no lo adopta no debe ser entendido como una aceptación de responsabilidad.

3. Una norma de puerto seguro no debe suponer la obligación de monitorear la actividad de los usuarios

Establecer la responsabilidad de los PSI por el uso de los contenidos que efectúen sus usuarios a través de sus sistemas o redes puede tornarse en un incentivo para que estos intermediarios, en la búsqueda de librar a toda costa su responsabilidad penal, civil o administrativa, monitoreen la actividad de sus usuarios con el fin de detectar infracciones a los derechos de autor.

Este tipo de acciones vulneran el derecho a la intimidad de los usuarios, generan un efecto disuasivo en el derecho a la libertad de expresión y de información, causando que las personas se inhiban de realizar actividades que hoy en día se consideran como cotidianas en Internet, convirtiéndose en una forma de autocensura[5] y amenazando la neutralidad de la red[6]. El contenido patrimonial del derecho de autor no tiene carácter de derecho fundamental, por tal motivo no puede ponerse por encima de otros derechos que si tienen esta naturaleza.

4. Una norma de puerto seguro no debe requerir la terminación de las cuentas de internet en respuesta a reclamaciones por infracciones al derecho de autor.

La terminación de las cuentas es un remedio desproporcionado de la infracción al derecho de autor que amenaza los derechos fundamentales como el acceso al conocimiento, a la cultura, a la información, a la educación, a la libertad de expresión y la capacidad de participar en muchos aspectos de la vida moderna en la que Internet se ha convertido en el modo primario de comunicación y socialización.

Uno de los problemas más graves documentados en la DMCA es que deja en cabeza del PSI la obligación/habilidad de determinar aspectos como: quién es infractor reincidente y cómo se aplica la política de manera razonable. Con base en esas capacidades las PSI han tomado medidas extremas al momento de cumplir con las políticas que adoptan para mantenerse en el puerto seguro. Así han terminado cuentas de usuarios con tan solo una notificación de infracción. Esto es un problema porque las notificaciones son a veces falsas o equivocadas y como quien notifica no tiene asociada ninguna obligación de jurar que cree que el uso es infractor, no hay un riesgo de perjurio. El problema es que esta política castiga a los usuarios sin seguir un debido proceso y otorga un gran poder a los PSI.

El TLC incluye la obligación de terminar cuentas también para usuarios reincidentes, no estipularla podría eventualmente ser considerado como una violación a las obligaciones del tratado. Sin embargo esto no significa que la obligación se tenga que incluir en los mismos términos que lo establece la DMCA. En Chile se ha incluido esta disposición dentro de su sistema judicial de retiro, la posibilidad de terminar las cuentas de usuarios reincidentes le corresponde al juez y la reincidencia se refiere a que en más de una ocasión el usuario haya sido encontrado infractor por un juez. Es decir, el juez es

5 Al respecto: NECESARIOS & PROPORCIONADOS: Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones. (2013). Disponibles en: https://en.necessaryandproportionate.org/files/2014/09/17/np-booklet-2014_espanol_final_print-ready.pdf & Article 19 (2013). Principios sobre vigilancia y derechos humanos: el UNHRC debe tomar medidas respecto de la vigilancia. Disponible en: http://www.article19.org/resources.php/resource/37251/es/principios-sobre-vigilancia-y-derechos-humanos:-el-unhrc-debe-tomar-medidas-respecto-de-la-vigilancia#sthash.iLWyUA32.dpuf

6 Cortés, Carlos. (2012). 'Vigilancia en la red: ¿qué significa monitorear y detectar contenidos en Internet?'. Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet, Centro de Estudios en Libertad de Expresión de la Universidad de Palermo. p. 9. Disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/El-deseo-de-observar-la-red.pdf

quien califica al usuario de infractor y es quien debe dictar la orden de terminación de su cuenta.

Si se siguiera la legislación chilena en este aspecto se cumpliría con la obligación del acuerdo comercial pero dando una mayor protección al usuario y reduciendo las cargas para el PSI.

En todo caso, se debe anotar que una disposición de este tipo ya fue analizada y rechazada por la Corte Constitucional francesa en su revisión de la Ley Hadopi[7]. La Corte encontró que un procedimiento de este tipo violaba la presunción de inocencia al no otorgarle al supuesto infractor la posibilidad de defenderse; a su vez, puesto que la la sanción de terminación de cuentas, prevista también por esa ley, podría afectar el derecho a la libertad de expresión.

5. Una ley de puerto seguro debe garantizar la protección al debido proceso de los usuarios

Cualquier ley que regule la responsabilidad de los PSI debe garantizar la protección del debido proceso para los usuarios y sus principios de presunción de inocencia, buena fe, legalidad, contradicción, proporcionalidad, entre otros.

La parte más peligrosa de establecer puertos seguros sobre una posible responsabilidad de intermediarios, como las disposiciones de "notificación y retiro" de la DMCA, es que los procedimientos se dan fuera del sistema judicial dejando de lado varios principios del debido proceso. El titular del contenido puede solicitar su retiro, el cual puede continuar retirado por un tiempo significativo, incluso si este último no es infractor.

Dado el riesgo de abuso y afectación a derechos fundamentales en estos procesos que tienen como fin el bloqueo de contenidos en Internet, insistimos en que la mejor opción, garante de los derechos de los usuarios, es la que se basa en un procedimiento judicial. Es que en un estado de derecho, de acuerdo con la reserva judicial, sólo el juez es quien debería tener la competencia para restringir los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, internacionalmente somos conscientes de que existen procedimientos de puerto seguro administrados por autoridades administrativas e incluso por privados (las PSI), que como mecanismos excepcionales, menos garantes, deben trabajar más y preocuparse porque sus actuaciones cumplan a cabalidad con el debido proceso.

Creemos que una ley de puerto seguro puede proteger mejor el debido proceso cuando considera:

a) Que se debe priorizar que sea el juez el que tome las decisiones sobre derechos fundamentales en conflicto. En Chile los tribunales judiciales son los encargados de determinar si el material es infractor, antes de que los intermediarios deban retirarlos. En Canadá hay un procedimiento privado pero solo el juez es quien establece puede ordenar el retiro de material infractor. En Francia los tribunales establecieron que los PSI no pueden quitar cuentas a los usuarios sin violar su derecho de defensa.

b) Que los usuarios deben tener la capacidad de responder a las reclamaciones de infracción antes de que el material sea retirado. Costa Rica adoptó un mecanismo de este tipo precisamente como implementación del TLC que firmó con Estados Unidos. También en Japón el PSI no retira el contenido inmediatamente es notificado, sino que espera a que el usuario responda y debe evaluar la legitimidad del uso.

c) Que las obligaciones que se asignen a los PSI para beneficiarse del puerto seguro deben suponer que se sometan al régimen de particulares que prestan funciones públicas, pudiéndoseles aplicar a sus empleados sanciones disciplinarias en caso de que incumplan el mandato constitucional de respetar el debido proceso.

d) Que los usuarios puedan monitorear el sistema en su propio interés. Un ejemplo es permitir a los usuarios demandar o tomar acciones judiciales contra los titulares de contenido que son demasiado entusiastas y deliberadamente reclaman infracciones donde saben que no las hay. Este mecanismo existe en la sección 512(f) de la DMCA.

e) Que dentro del procedimiento que se establezca se incluya la obligación de notificar a los usuarios cuando su contenido sea retirado. Se deben diseñar mecanismos efectivos y verdaderamente garantes que permita a los usuarios responder la acusación pudiendo demostrar que su uso es legítimo (de acuerdo con una excepción, por ejemplo).

f) Que las órdenes de retiro de contenidos, definitivas o en cumplimiento de una medida cautelar, cumpla con criterios de proporcionalidad, evaluando así su factibilidad técnica, si existen respuestas menos onerosas pero igual de eficaces y

7 Para más información visite: http://arstechnica.com/tech-policy/2009/06/french-court-savages-3-strikes-law-tosses-it-out/ & http://boingboing.net/2009/06/10/frances-three-strike.html

evitando que éstas interfirieran con el acceso a contenidos no infractores.

Disposiciones de este tipo mejoran la protección al debido proceso y garantizan el ejercicio de derechos tales como el de acceso al conocimiento, información, cultura, ciencia, educación o el de libertad de expresión de los usuarios.

6. Una ley de puerto seguro no puede ser simplemente una adición a una desactualizada ley de derecho de autor.

La ley colombiana de derecho de autor es la Ley 23 de 1982, con ajustes en la Decisión Andina 351 de 1993, no fue pensada para los retos del entorno digital de los titulares, tampoco de los usuarios. Por tanto, una ley de puerto seguro no puede ser simplemente una adición a la ley existente, como lo hiciera Chile, debe verse como la oportunidad para actualizar y equilibrar un sistema en forma integral, no hay nada en el TLC que prevenga a Colombia de tomar este camino.

Aumentar los mecanismos de cumplimiento del sistema de derecho de autor sin equilibrarlo con las garantías para el ejercicio de otros derechos por los usuarios (acceso al conocimiento, información, educación, ciencia, libertad de expresión, etcétera) amplía los desequilibrios del sistema especialmente en el entorno digital (que no ha sido actualizado) y por tanto unos no deben ir sin los otros. Por eso consideramos, a tono con lo que venimos discutiendo desde 2011[8], que Colombia debe hacer una reforma integral. Como resumen de lo que la reforma debe considerar en especial en relación con una ley de puerto seguro creemos que se deben considerar los siguientes puntos en concreto:

a) Incluir una cláusula abierta al estilo del *fair use* (uso justo) de EEUU.

En los Estados Unidos, la doctrina del "uso justo" permite a los individuos usar porciones de obras protegidas por el derecho de autor para propósitos académicos selectos o para otras aplicaciones seleccionadas, como la parodia, sin autorización. El "uso justo" es una defensa afirmativa en contra de las reclamaciones de infracciones de derecho de autor y es crucial para proteger la capacidad de los usuarios de innovar usando obras protegidas por el derecho de autor.

b) Aumentar la lista expresa de excepciones y limitaciones

Una reforma integral en materia de derecho de autor supone trabajar con diversos sectores para actualizar la normativa, a fin de lograr un equilibrio entre los intereses legítimos de los titulares de derechos de autor, y las garantías jurídicas para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos. La ley debe evolucionar al ritmo en que lo hace la sociedad, es decir una verdadera modificación al régimen de excepciones debe considerar la realización de una consulta ciudadana integral, como ha ocurrido en diferentes partes del mundo[9], que permita saber qué tipo de usos son considerados ahora como normales, cuáles son prácticas inofensivas con respecto al ejercicio de los derechos patrimoniales.

En Colombia hubo un proceso de consulta con mesas de trabajo[10] que no puede calificarse de abierto, en la medida en que no fue documentado públicamente, ni fue posible conocer los comentarios de todos los participantes, ni ha tenido conclusión (no ha habido retroalimentación del proceso hasta ahora por parte del gobierno). Por tanto, aún existe la oportunidad de trabajar en la reforma integral.

c) Limitar el derecho de reproducción

Teniendo en cuenta la protección amplia que reciben los derechos patrimoniales de autor en Colombia, tanto en el entorno análogo como en el digital, la reproducción temporal de las obras cuya protección se reiteraba como parte de las previsiones de Ley Lleras 2 (Ley 1520 de 2012), también es un uso que se encuentra bajo el control exclusivo de los titulares de derechos.

Una interpretación de este tipo se debe a que el tribunal de la Comunidad Andina afirma que los derechos de autor protegen todo uso presente o futuro de un material protegido, hay tanta protección

8 En la página de web de RedPaTodos (http://redpatodos.co/blog/un-repaso-sobre-la-ley-lleras/) es posible encontrar la recopilación sobre las diferentes solicitudes de la sociedad civil acerca de una reforma al derecho de autor.

9 En el mundo se han realizado diferentes consultas al respecto: La ley canadiense de 2012, que es bastante equilibrada, fue fruto de un proceso de estos (http://www.ic.gc.ca/eic/site/008.nsf/eng/h_04040.html) . En Inglaterra se adelantaron estas consultas en el 2012 (http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603093549/http://www.ipo.gov.uk/response-2011-copyright-final.pdf) y el proceso de reforma está en curso. En Australia, se dio un proceso publico que finalizo en un informe http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/final_report_alrc_122_2nd_december_2013_.pdf.

10 http://redpatodos.co/blog/mesas-de-trabajo-con-mincit-para-leylleras4-apuntese/

como usos de la obra puedan existir. Si esto es así Colombia está en deuda de establecer una limitación al derecho de reproducción temporal pues una protección amplia puede convertir en ilegal cualquier tipo de actividad que realicen los usuarios en Internet, afectando así derechos fundamentales como los de acceso al conocimiento, educación, ciencia, cultura, información, o el derecho a la libertad de expresión. De igual forma, puede impedir el desarrollo tecnológico y la innovación, al obstaculizar los procesos técnicos necesarios para que Internet funcione adecuada y eficientemente.

En relación con los intermediarios de Internet una protección amplia a la copia temporal es también un problema. Los buscadores funcionan con copias temporales: cada vez que un usuario realiza una búsqueda, particularmente en temas muy consultados, el buscador sólo consulta las copias temporales de las páginas web, sin tener que ir directamente hasta el servidor donde se encuentra alojada dicha página, esto facilita cargar las páginas y se conoce como "memoria caché". Esta protección amplia, sin las excepciones para el funcionamiento de Internet, no solo afecta a los usuarios sino que supone responsabilidad directa para los intermediarios.

Por eso se debe prever que la reproducción temporal que efectúan los PSI cuando se realiza con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento de los recursos en Internet y no con fines de lucro o explotación, en ningún caso será un acto infractor.

d) Ser precavidos al implementar los daños estatutarios

Los daños estatutarios o preestablecidos son disposiciones que EEUU está extendiendo a países como Colombia para imponer importantes sanciones financieras (se busca un efecto disuasorio) por infracciones al derecho de autor sin que se requiera prueba del daño real, lo que evidentemente constituye un cambio en la legislación colombiana en contra de los usuarios.

Además de ser una norma ajena al sistema legal colombiano y de ser una disposición riesgosa para los propios usuarios, esta norma incentiva a los intermediarios a retirar más contenido porque la posible pérdida económica a la que se enfrentan es mayor. Establecer este tipo de daños también es parte de las obligaciones de Colombia con EEUU que están en el TLC, y aunque no forma parte de lo que el gobierno presentó en Ley Lleras 1 si estaba en la Ley Lleras 2.

Dado que existe esta obligación en el TLC, en directa relación con el modelo de puerto seguro que se implemente, se debe buscar que el alcance de sus efectos, en un sistema legal ajeno a este modelo (en Colombia en principio los daños deben demostrarse), sea minimizado y evitar así que se convierta en inhibitorio del comportamiento de los usuarios (cayendo en comportamientos como el de autocensura). Por tanto, se debe garantizar en estas leyes que cualquier parámetro de tasación de los daños por infracciones a los derechos de autor tenga la vocación de ser pagado y busque incentivar el uso del sistema judicial para probar verdaderamente cuando los daños sean importantes.

7. Una ley de puerto seguro debe incluir sanciones efectivas por declaraciones falsas a sabiendas

El TLC obliga a establecer sanciones por declaraciones falsas de los titulares pues se sabe que en los sistemas de notificación y retiro, especialmente aquellos no judiciales, existe un grave riesgo de abuso[11] en las solicitudes. Este riesgo disminuye cuando es un juez el que establece que el material es infractor antes de que se de su retiro.

Para contrarrestar este potencial abuso, la DMCA contiene una disposición en la sección 512 (f) que establece responsabilidad si se declara falsamente que el contenido es infractor, cuando el solicitante sabe que éste no está infringiendo. Sin embargo esa disposición no ha sido efectiva en evitar el abuso.

Se debe trabajar en mecanismos realmente efectivos que eviten estos abusos:

a) La declaración debe ser jurada. De esta manera, se generaría algún tipo de responsabilidad jurídica para el declarante, lo que desincentiva afirmaciones temerarias.
b) La ley debe establecer los costos que deben cubrirse en caso de una falsa solicitud, como daños y los honorarios de abogados.
c) Los usuarios y los PSI deben poder demandar por los daños que el abuso en el sistema genere
d) Los PSI deben poder imponer tasas de recuperación de costos a los solicitantes que hacen múltiples reclamaciones infundadas.

11 Algunos riesgos de abuso de estos sistemas de notificación y retiro han sido advertidos internacionalmente, especialmente se ha señalado la posibilidad de su control por parte de regímenes de gobierno represivos, las iniciativas de activistas que podrían ser apaciguadas con un falso reporte, o las posibilidades existentes para ejercer actos de competencia desleal.

8. **En una ley de puerto seguro para intermediarios se debe limitar las órdenes judiciales sobre la identidad del usuario**

El TLC establece que se debe crear un procedimiento para identificar a los usuarios infractores y entregar la identificación al solicitante lo que genera preocupaciones sustanciales sobre la intimidad y la libertad de expresión de los usuarios.

Para implementar esta obligación adecuadamente y conforme con el régimen legal colombiano se deben considerar varios puntos:

1. Para proteger el debido proceso y la intimidad la revelación debe estar asociada a una orden judicial, lo cual es una posibilidad que el TLC reconoce al decir que el procedimiento puede ser administrativo o judicial.
2. No se debe permitir que la revelación ocurra sin que se tenga prueba adecuada de la infracción.
3. La PSI solo entregará la información que posee, no se puede imponer obligaciones adicionales a la PSI.
4. Como sucede en EEUU (construcción jurisprudencial) estas revelaciones no se aplican cuando el PSI actúa como intermediario de transmisión.

9. **La protección a la privacidad y la protección de datos personales debe primar sobre el *cumplimiento* del derecho de autor en una ley de puerto seguro.**

En la ley que regule la responsabilidad de los PSI se debe establecer que para acogerse al puerto seguro un PSI no está obligado a acceder a contenido si ese acceso comporta un acceso prohibido legalmente, como cuando se trata de vulnerar el derecho a la intimidad del usuario.

En una sección previa, se advirtió la necesidad de incluir una disposición aclarando que los puertos seguros no deben estar condicionados al monitoreo de los usuarios. La legislación de Estados Unidos contiene una protección de segundo nivel que no aparece como obligatoria en los TLC que suscribe este país. Bajo la sección 512(m)(2) de la DMCA, con el fin de acogerse al puerto seguro, un intermediario no necesita acceder a contenido cuando ese comportamiento está prohibido por ley, se trata de una disposición que Colombia puede copiar. En 1998 la Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos explicó que esta disposición impedía a los PSI violar la legislación sobre el espionaje telefónico (wiretap law), priorizando de este modo la privacidad sobre la aplicación del derecho de autor. Esta recomendación también concuerda con afirmaciones del Tribunal de Justicia Europeo que apunta a que los derechos de los usuarios tienen prioridad sobre el filtrado de comportamiento infractor.

10. **En las leyes de puerto seguro se debe establecer la obligación de realizar informes de transparencia al menos una vez al año.**

Se debe incluir la obligación para los PSI de publicar anualmente un informe de transparencia en el que como mínimo se reporte públicamente:

a) El número de solicitudes de retiro de contenidos, aportando los datos totales y con clasificaciones del origen de la solicitud (gobierno, de privados, de los jueces, o por aplicación de sus propios términos y condiciones de uso).
b) Cuando sea por violación al derecho de autor y también por otros temas, incluida la pornografía infantil.
c) La respuesta del PSI frente a las solicitudes.
d) Las veces que los usuarios ejercieron el derecho a la defensa y los argumentos de defensa.
e) El número de reclamaciones fraudulentas/sin base que se hicieron y quién las hizo.

11. **En las leyes de puerto seguro se debe evitar establecer la responsabilidad penal de terceras personas**

Una ley sobre la responsabilidad de los intermediarios solo debe ocuparse de la responsabilidad civil, por consiguiente no debe ocuparse de lo penal. Asignar responsabilidad penal, o su aplicación por parte del gobierno, a terceros es una nueva idea en discusión en el terreno de la responsabilidad de intermediarios a nivel internacional. En los Estados Unidos, ningún estatuto establece la responsabilidad penal de terceras partes por las infracciones penales al derecho de autor de los usuarios y la jurisprudencia tampoco la ha abordado así. El peligro de establecer la responsabilidad penal de terceras partes es que, en ausencia de estándares claros sobre la voluntad o inducción, la responsabilidad penal establece un sistema de responsabilidad paralelo. En consecuencia, Incluso si una empresa cumple con las disposiciones de "puerto seguro", continuará siendo penalmente responsable y la norma de exoneración en materia civil no impedirá que los intermediarios se autoprotejan y se genere mayor

incentivo al retiro de contenidos incluso no infractores.

De acuerdo con el principio de mínima intervención, que rige en el sistema penal colombiano, "(...) el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado (...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las sanciones posibles en el espectro de sanciones que el Estado en capacidad jurídica de imponer(...)."[12] De acuerdo con este principio, si alguna otra rama del derecho puede controlar una determinada situación, será excesivo regularla a través del derecho penal. El caso de la responsabilidad de los PSI por infracciones realizadas por sus clientes (usuarios de internet) es objeto de regulación por el derecho administrativo o por el derecho civil, por lo que no sería recomendable establecer sanciones penales en la materia.

Adicionalmente, establecer sanciones penales a los PSI genera algunos problemas de aplicación de las mismas. De acuerdo con el concepto restrictivo de "autor" que impera en el derecho penal colombiano, según el cual sólo es autor de una conducta punible la persona que efectivamente la haya realizado, no sería posible extender la responsabilidad penal del usuario infractor a un tercero sin cambiar todo el sistema jurídico penal, dando pie a que se presenten posibles arbitrariedades en otras materias. En efecto, si se considera autor a cualquiera que haya desplegado una conducta relacionada con un delito podría llegarse, por ejemplo, a absurdos como que se considere penalmente responsable de una violación a quien vendió la ropa que vestía la víctima en el momento de la comisión del delito.

El hecho de que las sanciones propias del derecho penal sean restrictivas de la libertad, dificulta su aplicación a las personas jurídicas (como son los PSI), pues estas no tienen existencia física.

Por lo anterior, consideramos que las sanciones aplicables a los PSI en las leyes de "puerto seguro" no deben ser penales, deben limitarse a las administrativas o civiles, es decir, consistentes en el pago de sumas de dinero, bien sea a título de multa en favor del Estado o de indemnización en favor del titular de derechos por los perjuicios que se le hayan efectivamente causado.

***

12 Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

Anexo:

Repaso sobre las discusiones relacionadas con la Ley Lleras:

http://redpatodos.co/blog/un-repaso-sobre-la-ley-lleras/

***

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento 2.5 Colombia de Creative Commons. Para ver una copia de esta licencia, visite http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/co/.