



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados

Derechos de Propiedad Intelectual, Derecho de Información y Libertad de
Expresión en Internet ¿Derechos en Conflicto?

Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho sin Mención
Natalia Vera Matiz

Profesor Guía: Sr. Carlos Urquieta Salazar

Santiago, Chile 2021

A mi padre y a mis dos madres, por su infinito amor e inagotable paciencia.

Tabla de contenido

Resumen	6
1 Introducción	7
2 Propiedad intelectual	11
2.1 Derechos de autor	11
2.1.1 Los dos sistemas de protección del derecho de autor	12
2.2 Prerrogativas del derecho de autor	27
2.2.1 Derechos morales	27
2.2.2 Consecuencias del control moral en la era digital	30
2.2.3 Derechos patrimoniales	31
2.3 Excepciones y limitaciones al derecho de autor	37
2.3.1 Excepciones en los países de tradición jurídica continental	38
3 Regulaciones internacionales del derecho de autor en internet	45
3.1 Regulación estadounidense sobre propiedad intelectual en internet	46
3.1.1 Digital Millennium Copyright Acto de 1998 (DMCA)	46
3.1.2 Proyecto de ley SOPA	55
3.1.3 Proyecto de ley PIPA	59
3.1.4 Críticas a los proyectos de ley SOPA y PIPA	62
3.1.5 Proyecto de ley OPEN	68
3.2 Regulación de los derechos de propiedad intelectual en internet en la Unión Europea	70
3.2.1 Directiva 2001/29	72
3.2.2 Directiva 2000/31	76
3.2.3 Críticas a las Directivas 2001/29 y 2000/31 de la Unión Europea	77
3.2.4 Casos jurisprudenciales	79
3.2.5 Directiva 2019/790	86
3.2.6 Conclusiones respecto del régimen de la Unión Europea en materia de la protección de la propiedad intelectual en internet	90

3.3	Regulación de los derechos de propiedad intelectual en internet en Chile	94
3.3.1	Excepciones y limitaciones a los derechos de autor	95
3.3.2	Responsabilidad de los intermediarios de servicios de internet	98
3.4	Regulación colombiana de los derechos de propiedad intelectual en internet	102
3.4.1	Excepciones a los derechos de autor	104
3.4.2	Medidas tecnológicas de protección	107
4	Libertad de expresión	109
4.1	Libertad de expresión en Estados Unidos	110
4.1.1	Censura previa	112
4.1.2	Test de peligro claro y presente (Clear and Present Danger Test)	114
4.1.3	Discursos de odio	117
4.1.4	Ejercicio de la libertad de expresión en internet	118
4.2	Libertad de expresión en Europa	121
4.2.1	Libertad de expresión y democracia	123
4.2.2	Censura previa	132
4.2.3	Discursos de odio	134
4.2.4	Libertad de expresión en internet	135
4.3	Libertad de expresión en Colombia	140
4.3.1	Elementos de la libertad de expresión	140
4.3.2	Restricciones a la libertad de expresión	144
4.3.3	Censura previa	148
4.3.4	Discursos de odio	148
4.3.5	Libertad de expresión en internet	149
4.4	Libertad de expresión en Chile	151
4.4.1	Elementos de la libertad de expresión	152
4.4.2	Censura previa	153

4.4.3	Límites a la libertad de expresión	154
4.4.4	Discursos de odio	155
4.4.5	Libertad de expresión en internet.....	157
5	Interacción entre derechos de autor y libertad de expresión	158
5.1	Estados Unidos	159
5.1.1	Lineamientos generales de la Corte Suprema de Justicia estadounidense.....	159
5.1.2	Jurisprudencia.....	165
5.2	Unión Europea	186
5.2.1	Antecedente jurisprudencial inglés	187
5.2.2	Jurisprudencia Corte Europea de Derechos Humanos.....	191
5.2.3	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	201
5.3	Colombia	209
5.3.1	Andrés Rymel Acosta Galvis v. Diego Alejandro Gómez hoyos, 2011	209
6	Conclusiones	214
7	Referencias.....	222

Resumen

El objetivo de este documento es dirimir, desde la perspectiva de algunos ordenamientos jurídicos, la dicotomía que hay en el escenario específico de la Internet, entre los derechos derivados de la Propiedad Intelectual y aquellos otros que devienen de la Libertad de Expresión, bajo el entendido que virtualmente, de forma constante, se reproducen, comunican y distribuyen obras protegidas con derechos de autor.

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, se estudiaron cuatro regiones: Estados Unidos, la Unión Europea, Chile y Colombia. Esta investigación se centró tanto en la visión jurídica con base en la cual fue concebida la decantación de cada uno de los derechos objeto de análisis, como en la regulación legislativa en Internet de ambos derechos y en la posición jurisprudencial respecto de este tema en específico, en aquellos casos en que ha habido interacción entre las prerrogativas otorgadas por los mismos. En el caso de las dos primeras, su análisis se debió a la normatividad que han desarrollado sobre la protección de Propiedad Intelectual en Internet y los debates y críticas que se han suscitado por el desequilibrio que implican frente a la Libertad de Expresión; en tanto que en los casos chileno y colombiano, la observación de los mismos se centró en la adopción del TLC que ambos países suscribieron con Estados Unidos, que los obligaba, entre otras cosas, a expedir leyes que regularan aspectos de protección de derechos de autor en Internet.

Como resultado principal, el estudio llevado a cabo demostró que efectivamente hay un conflicto entre los derechos de autor y la libre expresión en Internet, que tiene como base la regulación estricta respecto de la protección de los primeros que hace nugatoria o insuficientes las excepciones que existen y cuyo fin es buscar un equilibrio entre usuarios y titulares.

Esta dirección legislativa que da fruto a una especie de súper protección a los titulares de derechos de Propiedad Intelectual, se ve fortalecida por la posición de las cortes al negar la existencia de la tensión entre los derechos ya mencionados, aun cuando a este resultado se llega por distintas vías, dependiendo de la región o país en donde nos encontremos.

1 Introducción

El objetivo de este trabajo es investigar si los derechos de autor están o no en conflicto con la Libertad de Expresión en su doble vía (expresión en estricto sentido, y derecho a la información) en el campo específico de Internet. La razón de estudiar este posible choque, no resulta en lo más mínimo inane y su respuesta no es fácil de hallar, ya que estamos ante un mundo que se comunica, se informa, y toma decisiones basado en lo que encuentra en la red.

En esa medida, nos encontramos con que las personas buscan y usan de diferentes maneras el contenido que encuentran en el ciberespacio, como medio de expresión, de documentarse a sí mismos, y de enterar a otros usuarios de dicho espacio. Siendo ésta una realidad palpable, no es difícil darse cuenta que muchos de los contenidos que son utilizados por los navegadores de Internet, están protegidos por la Propiedad Intelectual, y por tanto su uso es restringido, lo que pareciera generar una talanquera en ese mundo libre que parece ofrecer la red, donde se puede acceder a un costo mínimo a los diferentes materiales salvaguardados o no con derechos de autor, las manifestaciones creativas son reproducidas y compartidas rápidamente y sin control, así como alteradas y usadas para el nacimiento de nuevas obras cuya creación ya no es individual sino producida por varios consumidores de este espacio, es decir estamos ante usuarios activos y no solo receptores de esta información, y donde se propicia un clima favorable especialmente para el ejercicio de la ya mencionada Libertad de Expresión.

Este sería el caso de un artículo de carácter periodístico que es usado por múltiples personas, agregando sus diferentes percepciones e incluyéndolas dentro de la pieza periodística, de tal manera que no se puede determinar con claridad el o los autores, ni la versión original.

Lo anterior nos lleva a plantearnos lo siguiente: ¿Es cierto que los derechos de Propiedad Intelectual representan un límite para la Libertad de Expresión? ¿En la era digital¹, los derechos de Propiedad Intelectual se protegen de la misma manera en que

¹ Se conoce como era digital o era de la información, a aquel período de tiempo en que se introdujo la tecnología computarizada, que permitió la transferencia de información de manera rápida. Your

se ha hecho desde la época anterior al arribo de las nuevas tecnologías? ¿Es posible conseguir un balance entre sociedad y autores? ¿Cómo han respondido los gobiernos?

Para contestar estas preguntas primero tendremos que estudiar los conceptos de derechos de autor y la finalidad de estos, no sin pasar por alto como fue el trato que se le dio a los mismos históricamente, ya que si bien es cierto este conflicto resulta del tiempo que vivimos, no es posible dar una respuesta sin estudiar qué pasaba antes, pues solo así podremos saber cómo se ha manejado la ecuación sociedad - autores, y conocer cuál ha tenido prioridad, sí es que la ha habido. Luego de esto, investigaremos las propuestas legislativas a la protección de los derechos de autor en el mundo digital, así como los pros y los contras de los mismos teniendo en cuenta si representan un balance o no entre audiencia y propietarios de obras intelectuales. Posteriormente ahondaremos en el concepto de Libertad de Expresión, su significado, la importancia que se le otorga en tratados internacionales, y lo que ha implicado la llegada de Internet en su ejercicio. Finalmente, observaremos la interacción en la red de los derechos en estudio, los choques entre los mismos, y las formas de soluciones para poder concluir si efectivamente se trata de derechos en contravía, o sí, como lo plantea uno de los interrogantes, puede haber un balance entre audiencia y propietarios.

El objetivo de este trabajo es investigar si los derechos de autor están o no en conflicto con la Libertad de Expresión en su doble vía (expresión en estricto sentido, y derecho a la información) en el campo específico de Internet. La razón de estudiar este posible choque, no resulta en lo más mínimo inane y su respuesta no es fácil de hallar, ya que estamos ante un mundo que se comunica, se informa, y toma decisiones basado en lo que encuentra en la red.

En esa medida, nos encontramos con que las personas buscan y usan de diferentes maneras el contenido que encuentran en el ciberespacio, como medio de expresión, de documentarse a sí mismos, y de enterar a otros usuarios de dicho espacio. Siendo ésta una realidad palpable, no es difícil darse cuenta que muchos de los contenidos que son utilizados por los navegadores de Internet, están protegidos por

la Propiedad Intelectual, y por tanto su uso es restringido, lo que pareciera generar una talanquera en ese mundo libre que parece ofrecer la red, donde se puede acceder a un costo mínimo a los diferentes materiales salvaguardados o no con derechos de autor.

Las manifestaciones creativas son reproducidas y compartidas rápidamente y sin control, así como alteradas y usadas para el nacimiento de nuevas obras cuya creación ya no es individual sino producida por varios consumidores de este espacio, es decir estamos ante usuarios activos y no solo receptores de esta información, y donde se propicia un clima favorable especialmente para el ejercicio de la ya mencionada Libertad de Expresión. Este sería el caso de un artículo de carácter periodístico que es usado por múltiples personas, agregando sus diferentes percepciones e incluyéndolas dentro de la pieza periodística, de tal manera que no se puede determinar con claridad el o los autores, ni la versión original.

Lo anterior nos lleva a plantearnos lo siguiente: ¿Es cierto que los derechos de Propiedad Intelectual representan un límite para la Libertad de Expresión? ¿En la era digital², los derechos de Propiedad Intelectual se protegen de la misma manera en que se ha hecho desde la época anterior al arribo de las nuevas tecnologías? ¿Es posible conseguir un balance entre sociedad y autores? ¿Cómo han respondido los gobiernos? Para contestar estas preguntas primero tendremos que estudiar los conceptos de derechos de autor y la finalidad de estos, no sin pasar por alto como fue el trato que se le dio a los mismos históricamente, ya que si bien es cierto este conflicto resulta del tiempo que vivimos, no es posible dar una respuesta sin estudiar qué pasaba antes, pues solo así podremos saber cómo se ha manejado la ecuación sociedad - autores, y conocer cuál ha tenido prioridad, sí es que la ha habido.

Luego de esto, investigaremos las propuestas legislativas a la protección de los derechos de autor en el mundo digital, así como los pros y los contras de los mismos teniendo en cuenta si representan un balance o no entre audiencia y propietarios de obras intelectuales. Posteriormente ahondaremos en el concepto de Libertad de

² Se conoce como era digital o era de la información, a aquel período de tiempo en que se introdujo la tecnología computarizada, que permitió la transferencia de información de manera rápida. Your Dictionary. "Digital Age Meaning" [en línea]. : <<https://www.yourdictionary.com/digital-age>> {Consulta: 13 abril 2021}

Expresión, su significado, la importancia que se le otorga en tratados internacionales, y lo que ha implicado la llegada de Internet en su ejercicio.

Finalmente, observaremos la interacción en la red de los derechos en estudio, los choques entre los mismos, y las formas de soluciones para poder concluir si efectivamente se trata de derechos en contravía, o sí, como lo plantea uno de los interrogantes, puede haber un balance entre audiencia y propietario.

2 Propiedad intelectual

2.1 Derechos de autor

Para abordar nuestro estudio, es necesario como primera medida, examinar el concepto de derechos de autor, para posteriormente, detenernos a estudiar si es posible su convivencia pacífica con la Libertad de Expresión e información³ en el ámbito específico de Internet, pues solo así podremos entender cuáles son los reclamos que se han dado por parte de los titulares de los ya mencionados derechos de autor en distintas jurisdicciones, en el momento en que sus creaciones son usadas para el ejercicio de dicha libertad.

Como su nombre lo indica, son aquellos que recaen sobre las obras del intelecto, que tradicionalmente se han clasificado como científicas, artísticas y literarias. Estos, tienen un contenido moral y uno patrimonial; matizándose el primero, de conformidad con el sistema o tradición jurídica de que se trate. (Europea continental – copyright).

Para determinar dicho contenido, es preciso revisar la definición que sobre este tema traen las legislaciones tanto de Colombia como de Chile. Esto así, porque estos dos países serán tomados como referencia a lo largo de todo nuestro trabajo, ya que por un lado reflejan la tradición jurídica continental, y por otro, han registrado avances en la región en la regulación de los derechos de autor en Internet, a raíz, entre otros aspectos, de los tratados de libre comercio que cada uno suscribió con Estados Unidos.

La legislación colombiana, en cuanto a definición y contenido, consagra en el artículo 2 de la ley 23 de 1982, que los derechos de autor recaen sobre las obras literarias, artísticas y científicas, independientemente del modo o forma de expresión.

Por su parte la ley chilena N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en cuanto a definición y contenido, establece que los autores de las obras intelectuales adquieren

³ Más adelante explicaremos cuál es la doble acepción de la Libertad de Expresión, es decir, libertad de expresión en estricto sentido y la libertad de información.

derechos sobre las mismas por el solo hecho de su creación, cualquiera sea la forma de expresión. Dice también, que el derecho de autor comprende los derechos patrimoniales y morales.

Concluimos entonces, que los derechos de autor son aquellos que le confieren al titular de la actividad creativa, prerrogativas materiales e inmateriales sobre su obra, que a su vez le permiten darla a conocer y explotarla (o no), bajo el entendido que el amparo jurídico que los Estados le otorgan, así lo garantiza. Estos derechos, como veremos, se otorgan con dos fines esenciales. El primero de ellos, es beneficiar a los autores recompensándolos por sus creaciones no solo en el aspecto económico, sino en el aspecto moral garantizando su reconocimiento como tales, lo que redundará en un estímulo para seguir creando. El segundo, beneficiar a la sociedad, pues en la medida en que los creadores ven retribuido su trabajo y crean nuevas obras, el conocimiento y cultura social se ve enriquecido.

2.1.1 Los dos sistemas de protección del derecho de autor

Tal como lo habíamos insinuado en el punto anterior, existen dos sistemas jurídicos de protección del derecho de autor: El sistema continental, y el sistema copyright.

La razón de abordar este tema en esta parte del escrito es porque a pesar de que se trata de dos sistemas que cada día son más cercanos, nos va a dar luces sobre los criterios o fundamentos que se han tenido en cuenta por los países de una u otra tradición jurídica, para proteger las obras intelectuales, la manera de hacerlo, y la relación entre esto y la sociedad.

En esa medida, podremos, al final de esta tesis, empezar a vislumbrar una posible conclusión respecto del problema jurídico planteado, ya que de alguna manera los conflictos actuales entre derechos de autor y otros derechos, entre estos el acceso a la información y la Libertad de Expresión, son conflictos que se han presentado a lo largo de la historia y que han sido abordados de manera distinta según la tradición jurídica de que se trate, y es ahí donde, repito, podemos empezar a encontrar posibles respuestas.

Antes de empezar a hablar de las diferencias prácticas entre los dos sistemas, es pertinente señalar algunos rasgos característicos generales de cada uno.

2.1.1.1 Tradición anglosajona de Copyright

En la tradición jurídica anglosajona, se procuró darle un lugar primordial a la audiencia, en el balance autores – sociedad, por cuanto se consideraba que las creaciones literarias y los avances en el arte y en la ciencia tenían una función social.

Es por lo anterior que se dibujaron claras distinciones entre autores y tenedores de derechos. Una vez el autor cedía sus derechos sobre una obra intelectual, perdía casi todo el control sobre la misma. Esto significa que no vieron el lazo personal entre el autor y su obra, sino que más bien, veían las creaciones del intelecto como una oportunidad de enriquecimiento cultural en la sociedad. En el momento en que el creador entregaba su obra, no debía impedir su disfrute social haciendo uso de los llamados derechos morales⁴. Aunque por supuesto esto cambió con la firma de tratados internacionales, en donde se unificaron criterios, y se dio prevalencia a la tradición continental⁵. Pero es importante resaltar en este aparte, que la audiencia gozaba de una predilección, ya que se sostenía que eso representaba un avance para la sociedad⁶.

Esta tradición, operaba entonces bajo la lógica que dictaba que, entre más se beneficiara a la audiencia, más se iluminaba y se enriquecía la cultura. La obra es vista como un producto que sirve al bien común, por lo tanto se quería que el autor obtuviera

⁴ Si bien más adelante ahondaremos sobre el significado de los derechos morales, desde ya podemos definirlos como aquellos que respetan el lazo personal entre el autor y su obra, permitiéndole ser reconocido siempre como el creador de la misma, dejando a su albedrío cómo y cuándo quiere publicarla, asimismo, adjudicándole un control permanente con el fin de salvaguardar la integridad de esta. Estos derechos, entonces, eran vistos, en la tradición jurídica anglosajona, como un óbice para esparcir el conocimiento rápidamente en la sociedad.

⁵ El tratado principal, en pro de la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas, fue la Convención de Berna suscrita en 1886. Es preciso aclarar que, en un comienzo, Gran Bretaña, como exponente principal de la tradición jurídica anglosajona, si bien se unió a Berna, esencialmente, por proteger a sus autores en otras partes del mundo, en su legislación buscó la manera de mantener su tradición, incluso, por encima de lo suscrito en Berna (así si bien en principio tuvieron que aceptar el término inicial propuesto en Berna de protección de los derechos de autor de 50 años, crearon licencias obligatorias pasados 25 años después de la muerte del autor), una convención que tendía a representar la tradición jurídica continental cuyo núcleo esencial veremos más adelante. Asimismo, Estados Unidos entró hasta 1989 al tratado.

⁶ BALDWIN Peter. 2014. "The Copyright Wars" Estados Unidos. Princeton University. P 29

una recompensa por su creación, pero no era visto como un ser fuera de serie al que había que otorgarle poderes perpetuos, es decir, no se rendía culto al autor como un genio solitario extraordinario, la preocupación era más bien enfocada a que el resultado de su intelecto rindiera frutos en la sociedad para que esta tuviera acceso al conocimiento y se enriqueciera culturalmente, el creador entonces, era un emprendedor con una función social⁷.

Prueba de esto fue el Estatuto de Anna aprobado en 1709 por el Parlamento Inglés, que reguló por primera vez en la historia el derecho de los autores o compradores (entiéndase editores) de obras literarias, el derecho exclusivo de imprimir o reimprimir tales obras, por un término limitado de 14 años, renovable por otro tanto si el autor estaba vivo y determinó que las obras publicadas antes de 1710, contarían con un término de protección de 21 años contado a partir de esa fecha⁸.

Lo anterior demuestra que, si bien se otorgaba una protección al autor, esto no era perpetuo, sino que, al contrario, se trataba de un plazo no muy extenso. Tanto así que en el encabezado del Estatuto se lee: "una ley para el enriquecimiento del aprendizaje..." lo que nos lleva a concluir que era necesario otorgar un derecho para que hubiese un estímulo, pero ese beneficio redundaba en una consecuencia, que era el aprendizaje, el conocimiento social.

En este mismo contexto (promulgación del Estatuto de Anna), se discutió sí los derechos de common law de copyright, (que era un derecho natural que se tenía sobre obras no publicadas, y cuya esencia era la de ser perpetuo⁹), se mantenían después de la publicación, es decir, sí debía continuar teniendo en cuenta que el Estatuto reconocía el derecho de copyright, pero no lo creaba.

Para explicarnos mejor, el copyright del common law era un derecho de autor retenido sobre un manuscrito no publicado, que estaba basado en ideas de propiedad fundadas en derechos naturales. Hasta que lo hubiere hecho público, el creador retenía un derecho perpetuo sobre su obra. El copyright estatutario, en contraste, era el

⁷ BALDWIN, Op.cit; P 109.

⁸ Instituto Nacional de Derechos de Autor de México. 2010. "Estatuto de la Reina Anna" [en línea] <web:http://www.indautor.gob.mx/documentos_principal/estatutoreina.pdf> {Consulta:06 de febrero de 2018}

⁹ US. Legal "Common Law and Copyright Definitions" [en línea]. <https://definitions.uslegal.com/c/common-law-copyright/>. {Consulta 20 febrero 2018.}

monopolio legal que daba al autor un control limitado de su obra después de que ha sido publicada. Sin embargo, había quienes pensaban que el common law persistía también después de publicación, reclamaban pues para los autores un derecho perpetuo post publicación y meramente reconocido – pero no creado – por el estatuto de copyright. Sus oponentes al contrario, consideraban la publicación como un regalo voluntario de la obra a la audiencia y por tanto eso terminaba la protección del common law e iniciaba el cubrimiento limitado y duración del estatuto de copyright¹⁰.

De esto dio cuenta el caso *Donaldson vs Becket* de 1774, donde se debatía por la “House of Lords”, el fundamento de la propiedad literaria, en el marco del conflicto entre un librero escocés, Alexander Donaldson, que había construido un imperio de reimpressiones baratas de los clásicos de la literatura, y Thomas Becket y un grupo de libreros que reclamaban copyright sobre la obra *The Season* de James Thomson, que había publicado Donaldson seis años atrás.

La disputa principal versaba sobre si la propiedad literaria era un derecho creado y otorgado por el Estado, o un derecho común, y por consiguiente absoluto y perpetuo. Durante el desarrollo del caso, la Corte restringió notablemente el copyright de common law; cómo ya quedó explicado, mientras la obra permaneciera en manuscritos, los autores tenían derechos nacidos del common law. Una vez publicado, sin embargo, solo la protección del estatuto de Anna los cubría (los derechos a imprimir, publicar y vender). Resulta importante destacar lo dicho por el Lord Chief Justice de Grey, quién argumentó que si un autor tenía derechos perpetuos podía poner cualquier precio que quisiera por la primera edición, rechazar una segunda, y reclamar sus ideas. Sostuvo que la publicación del autor pertenece a la sociedad y él no podía clavarle sus garras de vuelta. Esto da muestras claras sobre la visión que se tenía sobre los derechos derivados de la creación de obras intelectuales ya que, como se ha esbozado, si bien fueron merecedores de regulación y protección, se tenía como faro que estos no debían ser eternos, y debían redundar en un beneficio social.

Siguiendo esta misma línea, es decir, la inclinación a ver la producción intelectual como un bien para la sociedad, aunque en un contexto social distinto, a finales del siglo XIX en Estados Unidos, en una época en donde se imprimían libros

¹⁰ BALDWIN, Op.cit; P. 66.

piratas británicos sin ninguna restricción ya que los autores extranjeros no gozaban de protección alguna, se defendía la idea del interés público como piedra angular del orden constitucional, y se afirmaba que los derechos de autor debían subordinarse a ese interés¹¹.

En ese orden, Gardiner Green Hubbard, abogado impulsador de varias leyes en el Congreso de Estados Unidos, se refirió al copyright internacional como "un impuesto sobre el conocimiento", dijo que la democracia americana requería "de difusión, conocimiento e instrucción sobre toda la masa".¹²

Es importante anotar que la alusión a la Constitución hecha por los Padres de la Patria estadounidenses, resulta pertinente, pues en la sección octava, numeral octavo, de la misma se establece que el Congreso tendrá facultad.

Para establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos.

Para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos. (The U.S. National Archives and Records Administration, s.f., párr. 26-33)

Tenemos entonces, que tal como lo dice el autor Michael D. Birnhack, "debemos concluir que la meta del copyright es maximizar el interés público en promover el conocimiento. El énfasis no es solo la creación de conocimiento sino el uso del mismo también"¹³. Esto significa que la propiedad intelectual es el medio pero no la meta, la meta es el progreso social.

¹¹ BALDWIN, Op.cit; P 113.

¹² *Ibidem*.

¹³ BIRNHACK Michael.2004. "Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View".En: PAUL TORREMANS "Copyright and Human Rights". Países Bajos. Kluwer Law International. P. 37.

2.1.1.2 Tradición jurídica continental

En la tradición jurídica continental, el autor era exaltado, sus producciones intelectuales representaban su personalidad, y por tanto se entendía que había un vínculo irrompible entre creador y obra que no podía ser escindido ni aun cuando esta había sido cedida, lo que dio paso al nacimiento de los derechos morales de autor. Estos últimos salvaguardan ese vínculo personal entre autor y creación, de tal modo que son inalienables. Por lo tanto, aun cuando el autor, repetimos, ceda su obra, sigue teniendo un control sobre ella en lo que hace a su integridad, así como a la atribución, ya que debe ser reconocido como tal. Más adelante estudiaremos en qué consisten esos derechos morales.

Una primera aparición de este concepto de control personal del autor sobre la obra se dio en 1841, durante la propuesta sobre la ley de propiedad literaria hecha por Alfonso Lamartine, miembro de la Cámara de Diputados francesa, cuyo fin principal era otorgar protección ilimitada a los autores, o por lo menos conseguir el máximo tiempo posible de protección, que en ese momento era de 30 años postmortem. Propuso entonces, que el término fuera de medio siglo con la posibilidad de alargarlo.

Durante este debate, se discutió la naturaleza de la propiedad intelectual, pues si se veía como un derecho natural igual que la propiedad debía ser alienable totalmente, lo que implicaba que era susceptible de dos situaciones jurídicas específicas: la primera que era absolutamente heredable, y la segunda que era susceptible de embargo por parte de los acreedores, así por ejemplo, estos podían embargar las existencias restantes de una obra, y volver a publicar nuevas ediciones con el fin de ver saldada su deuda. Es así que se dieron cuenta que una obra no podía ser las dos cosas a la vez, es decir, ser tratada como propiedad en su sentido lato, y como representación de un vínculo personal entre el autor y su obra. Lamartine atendió al punto invocando lo que en su momento llamó consideraciones morales. El autor debía tener derechos de control sobre su obra, y el derecho a arrepentirse de la publicación. Esto dio como resultado que la comisión de diputados propuso limitar la alienabilidad impidiendo la embargabilidad completa, es decir los acreedores podían

aprovechar el valor económico de las obras ya existentes, pero no podían reemplazar al autor en su decisión de publicar otras nuevas¹⁴.

En cuanto al tema de la herencia de la Propiedad Intelectual, en 1810 había entrado en vigencia un decreto que permitía a las viudas decidir sobre la publicación y ventas de las obras de sus difuntos esposos. Se dijo entonces que este derecho no podía ser extendido a las obras que no habían sido publicadas, pues se trataba de una forma de propiedad íntima y personal.

Es de anotar que sí bien esta ley finalmente no fue aprobada, es una muestra de la percepción de los derechos de autor, como institución casi que sagrada, ya que la obra es vista como un reflejo de la personalidad de su creador, lo que hace imposible que sea cedida en su totalidad, pues el autor debía contar con algún medio para controlarla, teniendo en cuenta que lo que estaba en juego era lo más íntimo de su ser.

A pesar de haber sido un tema objeto de discusión a nivel legislativo, fue mediante la jurisprudencia que se desarrolló concretamente la noción de derechos morales de autor en Francia, lo que significaba que las obras no podían tratarse igual que la propiedad sobre cualquier bien, ya que estas prerrogativas le otorgaban como hemos establecido, un control al autor sobre su creación, independientemente de su cesión.

Dentro de este desarrollo jurisprudencial encontramos el caso *Delprat c. Charpentier* en el año 1867¹⁵. Se trataba de un periodista, Delprat, editor político del diario "Reveu Nationale", que escribió un artículo demasiado largo para el espacio que tenía asignado dentro del diario; entonces, el director del periódico, Charpentier, le hizo algunas supresiones y modificaciones sin el consentimiento previo del periodista. Delprat, hizo una carta afirmando que el artículo que finalmente apareció no era su trabajo auténtico, que este había sido objeto de cortes y alteraciones y que lo habían distorsionado; sin embargo la carta no fue incluida en el periódico.

La primera instancia decidió que el editor podía modificar los artículos siempre y cuando hubiese notificado al autor. Este juez falló entonces en favor de Delprat. Charpentier apeló la decisión, y la Corte de París revocó, sosteniendo que la supresión

¹⁴ BALDWIN, Op.cit; P. 98.

¹⁵ TEILMAN Stina .2004. "British and French Copyright. A Historical Study of Aesthetic Implications". Dinamarca. Universidad del Sur de Dinamarca P. 117.

se había dado para ajustar el artículo al espacio, y que lo que se eliminó no tenía significado ni comprometía el espíritu del escritor, lo que por ende no había traído consecuencias, tales como daños o perjuicios por haber afectado la reputación del autor. El caso fue llevado por Delprat a la Corte de Casación, y ésta anuló la decisión de la Corte de París, resolviendo en su favor y confirmando que el escritor es el absoluto dueño y maestro de su trabajo, por tanto, el editor no estaba autorizado para sustituir al autor. Si el artículo debía ser ajustado por razones de espacio, el autor tenía que ser consultado, y las correcciones debían ser aprobadas por él¹⁶.

Se trató entonces de un avance jurisprudencial que consideró los hechos por encima de que no hubiese habido un daño a la reputación o al derecho de propiedad. Aun cuando no habló de derecho moral, ya se empezaba a esbozar que el autor tenía un control sobre su creación que rebasaba la reputación. Es necesario anotar y hacer un énfasis en que una cosa es la reputación y otra la personalidad. Por ejemplo una modificación de una obra puede de hecho mejorarla, de tal modo que la reputación no se vería afectada, pero sí se habría vulnerado ese vínculo personal entre el autor y su obra. Es en esta diferencia donde radica el avance del que hablamos, ya que se determina que el autor tiene derecho a que la integridad de su obra permanezca intacta, esto es, sin modificaciones; y este derecho permanece incólume, aun cuando dichos cambios no representaran un perjuicio o un daño a su reputación, pues de lo que se trata es de respetar ese lazo entre creador y obra.

Más adelante, en 1878, el jurista francés André Morillot, en el caso *Cinquin c. Lecoq* ante la Corte de Casación, usó el término "Derechos Morales"¹⁷. En el caso se discutía si los derechos sobre obras intelectuales eran parte de la comunidad conyugal. Dentro del proceso, Morillot se refirió a los derechos morales de autor como aquellos que le dan al autor "completa soberanía personal", para oponerse a cualquier publicación en contra de su voluntad, o a una publicación que apareciera bajo un nombre distinto al de su creador, o a la reproducción inexacta de la obra. Estos

¹⁶ TEILMAN, Op.cit; PP. 117 - 119.

¹⁷ SUHL Natalie C. 2002 "1211 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal". Periódico electrónico de Berkeley. Estados Unidos. 2002 P. 1211

derechos, descansaban en la lógica universal de los derechos naturales, a diferencia de los derechos de explotación económica, que eran de creación estatutaria¹⁸.

En Alemania, también se desarrolló el concepto de derechos morales de autor, aunque se enfocaron de manera diferente. Los alemanes tienen una visión monista, según la cual los derechos personales de autor y los derechos de explotación forman un todo, de tal forma que en últimas las obras no pueden ser alienadas, sino que los autores pueden conceder derechos de uso sobre estas pero no cederlas. La teoría monista se contrapone a la teoría dualista de los franceses, ya que para ellos hay dos clases de derechos de autor: económicos y morales, los económicos alienables en su totalidad y los morales permanecen con el autor. Kant empezó a abrir el camino a este concepto, es decir a un control por parte del autor distinto al derecho de propiedad, que le daba la prerrogativa de poder vigilar la obra. Decía Kant que la creación del autor era la manifestación de su voluntad, entonces los derechos que surgían del vínculo con la obra eran más de carácter personal que derechos de propiedad; esencialmente la expresión personal dominaba el componente material de la obra¹⁹.

Esta teoría todavía no lidiaba del todo con la diferencia entre propiedad y personalidad -lo que era definitivo, pues la propiedad era totalmente alienable, ninguna persona podía seguir ejerciendo dominio alguno sobre un objeto que había sido cedido— y no sería sino hasta un siglo más tarde, cuando el historiador Otto Von Gierke formularía una teoría en la que exponía que los autores gozaban de derechos personales que eran distinguibles, diferentes y superiores a los derechos autorales concernientes solo a la propiedad²⁰.

De estos derechos surgían entonces, la facultad de mantener la obra inédita o difundirla, así como la de conservar su integridad. Para él, el valor económico de una obra, estaba directamente atado al reconocimiento de la misma y de su calidad, lo que dependía de la integridad de ésta y de la salvaguarda de la paternidad; por tanto, estos derechos personales eran una garantía de los derechos económicos²¹. Aunque no fue

¹⁸ BALDWIN, Op.cit; P. 105.

¹⁹ C. Suhl, Op.cit; P. 1208.

²⁰ C. Suhl, Op.cit; P.1209.

²¹ SAINSBURY Maree. 2007. "The Interplay Between Economic and Moral Rights"[en línea] <https://www.researchgate.net/publication/228172921_Parody_Satire_Honour_and_Reputation_The_Interplay_between_Economic_and_Moral_Rights>. {consulta 15 marzo 2018}.

hasta el siglo XX que se desarrolló legislativamente la noción de derechos morales de autor en Alemania, ya en estas formulaciones se insinúa su contenido, y su naturaleza, es decir, derechos que nacen de la conexión personal con la obra.

Antes de terminar el desarrollo de los derechos de autor en la tradición continental, haremos una breve mención de dicho proceso en España, cuya legislación sobre el tema fue la primera que llegó a nuestro continente.

En España, no sería hasta el año 1812, con la constitución de este período, que habría una legislación sobre este tema. Esta carta fundamental acabó con la monarquía y abolió la Inquisición y dio nuevas libertades a los ciudadanos²². Fue entonces, que se expidió el decreto de 1813 siguiendo las ideas y el ejemplo francés, reconociendo que solo los autores o los autorizados por estos podían imprimir sus obras²³. Después de este decreto, llegaría la Real Orden de 1834 en la cual se estableció que la Propiedad Intelectual pertenecía a los autores de por vida y a los herederos por diez años después de la muerte del autor.

Esta Orden fue reemplazada por la Ley de 1847 que consagraba que se entendía por propiedad literaria el derecho exclusivo del autor para reproducir o autorizar la reproducción de sus escritos. Para evitar las ediciones piratas en sus colonias en 1848 se dictó una Orden Real imponiendo la aplicación de la ley de 1847 o ley de propiedad literaria, en los territorios de ultramar. Así mismo con aquellas regiones en que ya no era posible imponer la aplicación de la citada norma, se celebraron tratados bilaterales.

Esta legislación fue reemplazada por la Ley de 1879, que abarcaba producciones literarias, musicales, periódicos, pinturas, etc.; es decir reconocía los derechos de autor en diferentes manifestaciones artísticas y literarias. Así mismo contemplaba la protección de los derechos de autor por la vida del creador más 80

²² ARISTEGUI García David. 2014. “¿Por Qué Marx No Habló de Copyright?”. Madrid. Enclave de Libros. P 75.

²³ SANCHEZ García Raquel 2002. “La Propiedad Intelectual en la España Contemporánea, 1847-1936” Universidad Complutense de Madrid, Hispania LXII/3 número 212 (993-1020) PP 1000 – 1006.

años adicionales²⁴. Luego vendrían en el siglo XX, leyes que reconocen los derechos morales y patrimoniales que veremos a continuación; no obstante, esta breve mirada nos ilustra cómo llegaron a nuestro continente las primeras leyes sobre derechos de autor, que si bien eran españolas, su inspiración fue francesa, alineándonos entonces en ese sentido, con la tradición jurídica continental.

Esta alusión al desarrollo de los derechos morales en Francia y en Alemania, nos muestra cuál es el concepto continental de autor, y sobre todo cómo, para esta visión es prioritaria su protección, ya que es necesario cuidar ese vínculo íntimo y personal que se genera entre el creador y su obra.

1.1.2 Diferencias en la forma de protección de las creaciones intelectuales en las tradiciones jurídicas anglosajona y continental

Esta breve referencia a los diferentes enfoques de los dos sistemas, nos sirve de base para entender las diferencias específicas entre ambos, que señalamos como las siguientes:

1. **Necesidad de fijación de la obra materialmente:** el derecho de autor por principio no protege las ideas sino la forma en que éstas se expresan, se concretan en una obra²⁵. Para hacer claridad, un escritor puede desarrollar una obra literaria cuyo tema central gire en torno a las montañas de Bogotá, en este caso lo que se protege la manera en que se expresa, más sin embargo, no podría impedir que otra persona escriba sobre el mismo tópico.

Mientras que para la tradición jurídica continental la forma en que se exprese esa idea es indiferente, en los países anglosajones necesariamente se debe fijar la obra por escrito o por una forma material, para ser protegida por los derechos de autor²⁶.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ En el último capítulo de esta tesis, estudiaremos la importancia que representa, para resolver un posible conflicto entre derechos de autor y libertad de expresión, la no protección de las ideas mediante la propiedad intelectual.

²⁶ COLOMBET Claude.1997. "Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo" Estudio de Derecho Comparado, Editorial Unesco/Cindoc. P.11.

2. **Formalidades para la protección:** los países de tradición continental, no exigen formalidades para la protección del autor de una obra. En principio, en los países de tradición anglosajona se requería el registro de las creaciones, justificándose las formalidades porque aquellas producciones del intelecto que no eran registradas, pertenecían automáticamente al dominio público, lo que reforzaba la tesis de que el copyright no era ningún derecho natural, sino un derecho de creación estatutaria²⁷.

Sin embargo, mediante el Copyright Act de 1976 de Estados Unidos se eliminaron formalidades conservando solo algunas reservas, entre éstas, que el registro y el depósito son necesarias para poder iniciar una acción por infracción de derechos de autor²⁸.

En el Reino Unido, hoy en día tampoco se requiere registro alguno para acceder a la protección²⁹.

3. **Autoría del empleador:** en el sistema copyright, cuando hay una relación laboral entre un empleador y el autor, las obras intelectuales creadas en este marco pertenecen al primero de manera automática.

En comparación, en el sistema de tradición jurídica continental, los derechos de autor sobre una obra pertenecen al empleado, a menos que, de manera expresa y específica, se pacte lo contrario, y con las salvedades ya indicadas respecto a los derechos morales del autor.

4. **Derechos morales:** Mientras que en los países de tradición jurídica continental los derechos morales han jugado un papel fundamental, que le permite a los autores tener control sobre sus obras, y mantenerlo incluso después de haber cedido total o parcialmente los derechos patrimoniales sobre la misma, por tener éstas una estrecha conexión con su personalidad, y ser fruto de su esfuerzo creativo; en los países anglosajones estos derechos si bien han jugado un papel, su reconocimiento ha sido de una manera incidental, es decir por fuera de los estatutos.

²⁷ BALDWIN, Op.cit; P.24.

²⁸ COLOMBET, Op.cit; P.19.

²⁹ LAC Group. 2018. "Comparing UK and US protection" [en línea] <<https://lac-group.com/comparing-uk-and-us-copyright-protection/>>. {consulta 12 abril 2021}

Tenemos entonces que la técnica jurídica para reconocer los derechos morales en uno y otro sistema ha sido diferente. En los países de tradición continental los derechos morales están detallados en las normas que regulan la materia. En cambio, en el sistema anglosajón los ha desarrollado la jurisprudencia.

“En Estados Unidos, en las leyes no hay un reconocimiento de la doctrina de los derechos morales, pero la jurisprudencia los ha reconocido, cuando ha tratado casos sobre difamación, competencia desleal y celebración de contratos”³⁰.

Son precisamente las acciones de difamación las que se encargan de sancionar las usurpaciones de nombre de los autores, lo que en los países continentales se conoce con el nombre de derecho de paternidad.

En cuanto a la transferencia de los derechos morales de autor, en el sistema de tradición continental es imposible debido al lazo personal entre creador y creación, mientras que, en el caso anglo, en el evento específico que ya vimos de contrato laboral, incluso los derechos de ese carácter quedan en cabeza del empleador, es decir, de quién no es el creador³¹.

5. Excepción derecho patrimonial de reproducción: Los países de tradición continental tienen una lista de excepciones a los Derechos de Autor, esto es, autorizaciones otorgadas mediante la ley, para que conforme al listado prescrito en ellas, las personas puedan hacer ciertos usos de las obras sin necesidad de permiso previo del autor.

Por regla general, estos países contienen una excepción al derecho de reproducción, que se refiere a las copias de las obras protegidas para uso estrictamente personal (por ejemplo, con fines académicos), sin que se obtenga ningún beneficio pecuniario.

En los países de tradición anglosajona abarcan esta y todas las excepciones dentro del concepto de “uso justo”.

³⁰ COLOMBET, Op.cit; P. 46.

³¹ El Acta de Copyright de 1976 de Estados Unidos consideró al empleador el creador y autor de la obra: BALDWIN Peter 2014. “The Copyright Wars”, Estados Unidos, Princeton University Press. . P. 27 Esto mismo sucede en el Reino Unido, a menos que haya pacto en contrario GO.UK.2014. “Ownership of copyright Works” [en línea] <<https://www.gov.uk/guidance/ownership-of-copyright-works>.> {consulta 20 noviembre 2018},

Vale la pena en este punto hacer una reflexión sobre el significado de uso justo, para de este modo comprender en su cabalidad la tradición jurídica anglosajona en cuanto al balance autor - audiencia se refiere.

El uso justo es un principio de copyright basado en la creencia de que el público tiene derecho de uso de porciones de obras protegidas³² sin la autorización previa de su autor, para propósitos tales como comentarlo, criticarlo, informar una noticia, enseñanza, propósitos académicos e investigación³³.

Conforme con esto, el uso justo es una herramienta cuyo beneficio para la sociedad redonda en la protección de derechos tales como la Libertad de Expresión y la Libertad de Información, ya que si bien se debe seguir unos pasos para determinar si el uso goza o no de esa calificación, no hay una camisa de fuerza, ni números clausus que amarren al juez para llegar a tal dictamen, tal como pasa en el derecho continental.

Sobre el uso justo como herramienta para el ejercicio de la Libertad de Expresión, Eric Barendt explica lo siguiente.

Aparte de las reglas legales, algunas infracciones deben ser consideradas como ejercicio del derecho de libertad de expresión (...) en efecto, la parodia o el arte de apropiación depende de la adaptación o reproducción de una parte significativa de una obra anterior, de tal modo que infringen los derechos de Propiedad Intelectual³⁴.

En Estados Unidos se determina si hay un “uso justo” de una obra con base en los siguientes factores³⁵.

1. El fin y forma de uso. “Inclusive si es de naturaleza comercial o si su finalidad es didáctica y no lucrativa”³⁶.

³² Stanford Libraries 2013 “Copyright and fair use”. [en línea] <https://fairuse.stanford.edu/overview/fairuse/> {consulta 13 abril 2021}

³³ US Copyright office. 2020 “More Information on Fair Use” [en línea] <<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>> {consulta 13 abril 2021}

³⁴ BARENDT Eric 2004. “Copyright and Free Speech Theory” En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN UMA “Copyright and Free Speech”. Inglaterra. Oxford University Press. P 18.

³⁵ Stanford Libraries 2013 “Copyright and fair use”. [en línea] < <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/> >. {consulta 13 abril 2021}

³⁶ COLOMBET, Op.cit; P 68.

2. La naturaleza de la obra protegida.

3. El volumen e importancia de la parte utilizada, en comparación con el conjunto de la obra.

4. La influencia en el valor de la obra.

Lo anterior le da al juez una mayor flexibilidad al momento de determinar si se está o no dentro del campo del uso honrado, que el listado limitativo de excepciones que tenemos en los países de tradición continental. Por demás, estos factores constituyen meras guías, de tal modo que son libres de adaptarlos a los casos que se presenten³⁷. Esto trae como consecuencia, que no hay una fórmula para determinar qué proporción de una obra puede ser usada sin permiso³⁸, y por tanto reiteramos, será el juez quien con mayor libertad podrá decidir si hay o no un uso justo de la obra tomada.

6. Tratamiento a los productores de fonogramas: los productores de fonogramas son quienes fijan o graban por primera vez un sonido en un soporte que permite su reproducción.

En los países de tradición continental, los productores de fonograma tienen un derecho conexo a los derechos de autor, pues se considera que si bien no son creadores, son auxiliares de las creaciones artísticas, y como tal merecen una protección. Esta protección de los derechos conexos por lo general es más reducida que la de los autores.

En los países de tradición anglosajona en cambio, los productores de fonograma son tratados como autores, y son cubiertos bajo la misma sombrilla del copyright. Para llegar a esto, se tuvo en cuenta la presión de las industrias sonoras, pues la capacidad de producción de la industria de grabación siempre ha solicitado una fuerte estructura de derechos³⁹.

³⁷ Stanford Libraries 2013 “Copyright and fair use”. Universidad de Stanford. [en línea] <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use> > {consulta 13 abril 2021}

³⁸ US Copyright office.2020 “More Information on Fair Use”[en línea] <<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>> {consulta 13 abril 2021}

³⁹ VÍCTOR Jacob M. 2014 “García v. Google and a “Related Rights” Alternative to Copyright in Acting Performances” [en línea] The Yale Law Journal. 14 oct 2014.Vol 124 2014-2015 <<http://www.yalelawjournal.org/forum/garcia-v-google>> {consulta 05 febrero2019}.

2.2 Prerrogativas del derecho de autor

Habiendo visto el concepto de derechos autorales y al papel que juega el autor en las corrientes jurídicas continental y anglosajona. En este aparte veremos con exactitud cuáles son los derechos específicos de los que gozan los autores, para así entender a plenitud las prerrogativas que podrían entrar en colisión con el derecho de Libertad de Expresión.

2.2.1 Derechos morales

Los derechos morales, son aquellos que están relacionados con la conexión personal entre la obra y su creador. Es por esto que no tienen connotación económica, y no son transferibles, pues están atados a la persona que da vida a la creación intelectual.

Antes de estudiarlos, es preciso hacer una anotación. Los derechos morales en el mundo anglosajón representaban una desventaja que permitía al autor impedir que sus obras circularan de manera que no les complacía. Se trataba de prerrogativas que obedecían al parecer del autor sin tener en cuenta la preferencia del público⁴⁰, piénsese por ejemplo en una obra histórica cuyo autor decide retirarla o suprimir algunos datos en perjuicio del público que pretendía acceder a la versión original. Como consecuencia de esta visión, y por supuesto del concepto utilitario de la obra como un bien de mercado que debe circular libremente, mas no como una representación de la conexión entre autor y obra, Estados Unidos, al hacerse parte de Berna⁴¹ en 1988, en el acta de implementación de dicho tratado, no se incluyeron provisiones donde se hiciera estricta alusión a los mencionados derechos morales, ya que de acuerdo con el congreso de esa nación, los derechos morales de autor estaban protegidos a través de normas de competencia desleal, difamación y privacidad⁴².

Esta precisión, nos termina de explicar la diferencia entre las dos corrientes, lo que como lo dijimos antes, más adelante nos ayudará a esclarecer posibles a soluciones al conflicto derechos de autor Libertad de Expresión, si es que lo hay.

⁴⁰ BALDWIN, Op.cit; P240.

⁴¹ Convenio internacional creado en 1886 para la protección de obras literarias y artísticas.

⁴² BALDWIN, Op.cit; P 240.

A continuación, se explicarán cada uno de los derechos morales reconocidos en la tradición jurídica continental:

2.2.1.1 *Derecho de paternidad sobre la obra*

Se trata del derecho que tiene el autor a ser reconocido como tal, es decir, que el creador de la obra sea atado a la misma, evitando así que el fruto de su creación se presente como si hubiese sido realizada por una persona diferente.

2.2.1.2 *Derecho de divulgación*

Es el derecho que tiene el autor a decidir que su obra sea accesible o no por el público. Se trata de la decisión de comunicación de la obra fuera del círculo privado del autor, dándola a conocer al público.

La obra no pierde la condición de inédita cuando es comunicada a terceros de manera privada, esto es, entre el círculo de familiares o de amistades del autor, o a posibles utilizadores a fin de contratar explotación, así como tampoco se pierde la ineditud mediante la lectura o el recitado de una obra durante los ensayos. Para perder la ineditud, la obra debe haberse puesto al acceso de un público, es decir, de un número de personas indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor⁴³.

Acerca de este derecho, el autor Peter Baldwin⁴⁴ sostiene que trae consecuencias no deseables para la audiencia, ya que si esta prerrogativa es heredada por la familia del autor, serán ellos quienes a sus anchas dispongan si obras póstumas serán o no divulgadas, lo que podría privar al público de acceder a información y conocimiento relevante⁴⁵.

⁴³ República de Colombia; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Secretaría General de la Comunidad Andina, 2002, p. 10

⁴⁴ BALDWIN, Op.cit; P 30.

⁴⁵ Así, por ejemplo, tomando los ejemplos de Chile y Colombia como seguidores de la tradición continental, encontramos una diferencia a este respecto: en el caso de la Ley chilena 17.336, de acuerdo con su Artículo 15, a diferencia de la ley colombiana, todos los derechos morales son transmisibles por causa de muerte, de tal modo que sí tendrían esta prerrogativa (en el caso de la ley colombiana, solo

2.2.1.3 *Derecho de modificación*

Puede verse como un doble derecho en la medida que el autor, en razón de su especial nexo con el producto de su intelecto, puede modificar en cualquier momento y/u oponerse a cualquier modificación que se haga de su obra, por considerar que se está deformando, mutilando o cambiando⁴⁶.

Respecto de este derecho, un reporte de 1996 de la Unión Europea, concluyó que beneficia directamente al interés del público: "protegiendo la autoría y autenticidad de una obra, los derechos morales también sirven a los intereses del consumo"⁴⁷. Esta afirmación se explica en relación al valor de la creación en el mercado, lo que quiere decir que los derechos morales también juegan un papel económico, pues la autenticidad de una producción intelectual y la reputación del autor afectan el valor que la creación tiene⁴⁸. En cuanto al ejercicio de este derecho en la era digital, el reporte de la Unión Europea de 1995 dijo lo siguiente.

Al mismo tiempo, sin embargo, no todos los cambios a una obra implican violación de los derechos morales. Si la modificación/alteración no perjudica la reputación del detentor de los derechos, solo derechos económicos se verán afectados (por ejemplo, el reconocido derecho de adaptación). En la sociedad de información⁴⁹ una estricta aplicación de los derechos morales puede incluso resultar contraproducente. Una cierta flexibilidad en la aplicación de los derechos morales puede ser necesaria⁵⁰.

Este aparte nos es útil para encontrar soluciones al posible conflicto entre Libertad de Expresión y derechos de autor en el ámbito específico de Internet, pues

son transmisibles por causa de muerte los derechos morales de paternidad e integridad).

⁴⁶ República de Colombia; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Secretaría General de la Comunidad Andina, 2002

⁴⁷ Commission of the European Communities. 1996. "Follow up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society" P. 27.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ La sociedad de información es el "estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros para obtener y compartir cualquier información instantáneamente". Las Leyes de Internet "Servicios de Adecuación a la LSSI". [en línea] < <http://www.portaley.com/lssi/sociedad.shtml> > {consulta 28 febrero 2019}.

⁵⁰ Commission of the European Communities. 1996. "Follow up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society". P. 27.

nos da una herramienta clara al establecer la necesidad de atemperar los derechos morales en el campo digital.

2.2.1.4 Derecho de retracto

Se trata del derecho a retirar la obra del mercado aún después de haber autorizado su publicación. No todas las legislaciones lo reconocen, cómo es el caso de la chilena; y en otras, como la colombiana, aun cuando sí está consagrado en la ley, se requiere que el autor pague una indemnización por los posibles perjuicios que puede causar el ejercicio de esta prerrogativa.

Sobre este derecho, Peter Baldwin, hace una crítica arguyendo que la mencionada facultad de retiro afecta la audiencia en la medida en que el creador de la obra puede vetar ediciones anteriores. Para soportar dicho argumento trae a colación lo dicho por el Lord Justice Yates durante el juicio *Millar v Taylor* en 1796⁵¹: "pero cuando un autor imprime y publica su obra, la deja expuesta a todo el público...ni el libro, ni los sentimientos que contiene puede ser después retirado del mercado por el autor". Asimismo, cita lo dicho por Thomas Farrer, secretario de la Junta de Comercio en Londres, en 1878, ante la Comisión Real de copyright, en la que expresó que: "no pienso que el copyright exista o debiera existir para que un autor esté habilitado para retirar lo que una vez le dio al público"⁵². Se trata de un derecho entonces que eventualmente puede redundar en una afectación al público en el acceso a la cultura y a la información, en la medida en que el autor puede retirar sus obras sin que la audiencia pueda volver a revisar lo que en estas estaba plasmado.

2.2.2 Consecuencias del control moral en la era digital

Es imperioso terminar este aparte haciendo una observación en lo que a los derechos morales de autor se refiere. La era digital trajo consigo una variación respecto de la creatividad, pues hoy en día los autores se inspiran en otros constantemente a la

⁵¹Durante este juicio se discutió el nuevo papel del copyright en la propiedad literaria durante el debate de dos editores de libros que disputaban si los derechos de autor estaban limitados de acuerdo con el estatuto de Anna, o tenían protección indefinida conforme con el *common law*.

⁵²BALDWIN, Op.cit; P.31

hora de producir, dejando atrás la idea del creador como un "genio solitario"⁵³, sino que al contrario, es visto como un producto de la sociedad, donde la audiencia incluso también interviene en este proceso. Nos encontramos entonces, con que como consecuencia de esto, derechos morales de paternidad e integridad ya no son tan diáfanos, pues ¿a quién se atribuye la autoría primaria de una obra, o cómo se controla la integridad de la misma?

Es por esto, que se ha buscado reforzar con medidas tecnológicas la protección de estos derechos, tal como lo veremos más adelante; pero el planteamiento resulta de sumo interés para nuestro estudio, en la medida en que con un simple link podemos estar en la frontera entre la protección de los derechos morales de autor, y la Libertad de Expresión en cualquiera de sus formas, por ejemplo cuando estamos frente a la reproducción de un contenido sin cita, pero que resulta importante para el ejercicio de esta libertad, que además incluye la opinión o el punto de vista de quien lo comparte. Estudiaremos pues, cómo se ha tratado este punto para después concluir cuál ha sido el resultado de la interacción entre autores y sociedad en esta era.

2.2.3 Derechos patrimoniales

Esencialmente, son aquellas facultades que le permiten al autor, o al titular de los derechos, a explotar económicamente la obra.

Es decir, que se trata de la disposición que hace el autor o el titular de los derechos de la forma en que deba utilizarse su creación, ya sea directamente por él o ya sea por un tercero.

La característica principal de esta clase de derechos, es que sobre ellos se puede realizar cualquier clase de cesión o transferencia e inclusive, pueden ser objeto de embargo por parte de terceros. También son renunciables y su vigencia se halla limitada en el tiempo. En Colombia, de acuerdo con el artículo 21 de la ley 23 de 1982 se trata de la vida del autor más 80 años luego de los cuales, la obra pasa al dominio público. En Chile el término de estos derechos es de la vida del autor más 70 años a partir de su muerte, según lo establece el artículo 10 de la ley N° 17.336.

Las facultades que otorgan los derechos patrimoniales son las siguientes:

⁵³ Ibídem.

2.2.3.1 *Derecho de reproducción*

Es la facultad exclusiva para autorizar o prohibir la fijación material, de manera temporal o permanente, en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de toda o de parte de la obra.

Sobre la reproducción en la era digital, la OMPI⁵⁴ emitió una declaración conjunta, afirmando que las normas del artículo 9 del Convenio de Berna⁵⁵ son “totalmente aplicables en el entorno digital”⁵⁶, especialmente en tratándose de obras digitales.

Vale la pena detenernos en este punto, pues con la llegada de las nuevas tecnologías, la reproducción cambió en la medida en que las copias son tan perfectas que es imposible diferenciarlas del original, y su costo es mínimo. Esto causó que se presentara una fricción entre audiencia y autores, ya que la primera descubrió una oportunidad de acceder a la información y a la cultura sin limitación, dado que la diseminación es rápida y barata, por ende con la llegada de Internet todo se puede compartir fácilmente; razón por la cual, tal como lo advertimos antes, los gobiernos tomaron medidas para reforzar este y los demás derechos de autor en el campo digital, no solo jurídicamente sino técnicamente, es decir, usando la tecnología como herramienta para evitar la infracción de la Propiedad Intelectual.

Este refuerzo de la protección a la Propiedad Intelectual será objeto de análisis más adelante, pues es precisamente en estas normas que surgieron a raíz de la

⁵⁴ La OMPI es la Organización Mundial de Propiedad Intelectual perteneciente a la ONU, de la que hacen parte Colombia y Chile.

⁵⁵ El Artículo 9 del Convenio de Berna dice lo siguiente:

1. Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
2. Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
3. Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1993, p. 31).

⁵⁶ SERNA Juan Carlos “La Utilización de las Obras en el Entorno Digital: Comercio Electrónico y Modelos de Negocio en el Sector Audiovisual” P 6.[en línea]

<<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/288664/la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20las%20obras%20en%20el%20entorno%20digital%20-%20Juan%20Carlos%20Serna.pdf/8310e490-e5b4-4d93-b773-a6958584c883> > {consulta 25 marzo 2019}

llegada de la era digital, las que pueden entrar en un posible conflicto con la Libertad de Expresión.

2.2.3.2 *Derecho de comunicación pública*

Conforme lo explica Delia Lipszyc⁵⁷, es todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a toda o a parte de una obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

Es pertinente aclarar que no es necesario que las personas que tienen acceso a la obra estén en un mismo lugar; cosa que resulta importante en la era digital, donde cualquier persona en el momento que lo decida puede tener acceso a una creación protegida por derechos de autor, lo que redundaría a su vez, en que no se podría poner a disposición en la red de Internet, obras que no cuentan con autorización de comunicación por parte de su autor.

2.2.3.3 *Derecho de distribución*

Como su nombre lo indica, es la facultad que acompaña al autor o a quien ostente los derechos patrimoniales, para poner en disposición del público, ejemplares lícitos de la obra para su préstamo y/o venta conservando a su vez la prerrogativa de prohibir la importación de material ilícito que contenga la obra protegida⁵⁸.

Es pertinente anotar que existe una figura denominada "Agotamiento del Derecho", concebida por el derecho de Propiedad Intelectual para equilibrar los intereses de la audiencia con esta facultad (derecho de distribución) de los autores, ya que se trata de la extinción o una limitación de ciertos derechos, una vez ha comercializado un producto que contiene su creación⁵⁹. Así, un autor en el momento

⁵⁷ LIPSYC, Delia.1997. "Los Derechos Patrimoniales". En: SEMINARIO REGIONAL de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Periodistas y Comunicadores Sociales de América Latina. Bogotá. OMPI

⁵⁸ La ley chilena en su Artículo 5 literal q) define la distribución "la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia" (Congreso Nacional de Chile, 1970, p. 6).

⁵⁹ BARRAGÁN Carolina, CEBALLOS Miguel, MARÍN Diana, TAMAYO Oscar.2012. "El Agotamiento del Derecho a la Luz del Derecho Comunitario, Unión Europea y Comunidad Andina".[en línea] Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

< <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3271/3680>>. {consulta: 13 abril 2021}

que comercializa un libro, ya no tiene control sobre las explotaciones comerciales sobre el mismo como ventas y alquileres⁶⁰.

Esta figura territorialmente puede ser de tres clases, dependiendo de su alcance:

Agotamiento nacional: se da dentro de un determinado país, es decir una vez comercializado el producto se agota el derecho de distribución en una nación determinada pero no fuera de ella, por lo que sí el producto es revendido en un país extranjero sobre esas ventas el autor en ese evento tiene control y poder de decisión.

Agotamiento regional: en este sistema el agotamiento del derecho se da en un conjunto de países pertenecientes a una región con un estatuto jurídico común, por tanto, sí el autor comercializa el producto dentro de alguno de ellos, no puede impedir su explotación secundaria dentro de las demás naciones que conforman dicho conjunto.

Este sería el caso de la Unión Europea, que conforme lo señala David Calleja, con la finalidad de impulsar el mercado comunitario, “desde que el titular de un derecho de propiedad intelectual ha puesto mercancías en cualquier parte del mercado común europeo pierde el derecho de ostentar el control sobre los sucesivos intercambios futuros de los productos resguardados por el derecho”⁶¹.

Agotamiento internacional: Estamos en este escenario cuando la primera comercialización del producto continente de la obra se produce en cualquier lugar del mundo, luego de lo cual el autor no puede tener control en las ventas futuras que se efectúen sobre el mismo independientemente del país en que se hagan.

Habiendo visto los conceptos del derecho de distribución y de agotamiento, es prudente preguntarnos si esta última noción puede ser aplicable o no al entorno digital, ya que su utilidad en este medio resultaría de suma importancia para el ejercicio de otros derechos y libertades, pues se pondría a disposición y conocimiento del público obras sin tener que estar sujetos a la autorización de su autor.

⁶⁰ WIPO. “International Exhaustion” [en línea]

<http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/export/international_exhaustion.htm> {consulta 02 abril 2019}

⁶¹ CALLEJA David “El Agotamiento del Derecho de Distribución en un Entorno Digital”. Universidad Internacional de la Rioja. 2019. P.18.[en línea] <<https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/9416/Calleja-Garc%C3%ADa%20David.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>{consulta 25 marzo 2021}

Tal como lo expone Javiera Plana Perillán, el trasladar el agotamiento del derecho al campo de Internet presenta varias dificultades⁶²:

1. No existe una convención internacional que regule el alcance de esta figura. El tratado OMPI de 1996, en su artículo 6, dejó en libertad a las partes para determinar las condiciones del mismo⁶³. Esto significa que si cada país regula el agotamiento del derecho de forma diferente en cuanto a su aspecto geográfico, pues se tiene como resultado que es imposible trasladarlo al campo de Internet, ya que si donde se encuentra el remitente el agotamiento es nacional, y el destinatario del producto está en otro lugar geográfico, aquel estaría incurriendo en una infracción al derecho de autor, entonces, la solución sería la unificación internacional del criterio geográfico.

2. Al reproducir la obra digital estaríamos violando el derecho de autor de reproducción, por tanto, se requeriría unanimidad en todas las legislaciones aceptando que las copias que se deben ejecutar para obtener la obra, no representan una infracción a los derechos de Propiedad Intelectual.

3. Medidas tecnológicas de protección de derechos de autor. Si legislativamente se impide que los usuarios eludan las medidas que protegen una obra en específico, consecuentemente se hace imposible hacer uso del agotamiento del derecho, ya que no se podría transferir una obra sin esquivar las mismas. Más adelante, cuando estudiemos diferentes regulaciones en lo que hace a la Propiedad Intelectual en Internet, veremos cuáles han sido los caminos legislativos para enfrentar este tema.

Observamos entonces, que si es posible trasladar el agotamiento del derecho de distribución al campo digital. Sin embargo, es necesario que haya consensos internacionales para esto, y así poder aplicar una figura que resulta de la mayor utilidad

⁶² PLANA Perillán Javiera. 2016. "El Agotamiento del Derecho de Distribución y su Aplicación en un Entorno Digital". [en línea] Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático – Universidad de Chile. 2016. Volumen 5. < file:///C:/Users/nataliavera/Downloads/41876-1-158423-1-10-20170112.pdf> {consulta: 02 abril 2013}

⁶³ Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor (Congreso de la República de Colombia, 2000, p. 3).

para que las "obras circulen libremente en el mercado"⁶⁴, y por ende estén disponibles para el público. De lo contrario tal como lo expone Omar Rodríguez Turriago en el ámbito de Internet, el derecho de distribución puede generar un problema para el ejercicio de Libertad de Expresión, pues una vez que a un usuario de la red le llega un contenido, transferirlo a otras personas puede significar una violación a esta prerrogativa en específico⁶⁵.

2.2.3.4 *Derecho de transformación*

Es cualquier modificación que se haga de la obra, sin que tales cambios impliquen una modificación (derecho moral) o transmutación de la creación que le cambien el sentido y puedan llegar a herir el sentido de la creación misma y/o la reputación del autor. Para dejarlo claro, se trata de aquellas transformaciones idiomáticas, de actualización y/o arreglos que sobre el producto se hagan, siempre virando hacia el aspecto patrimonial, sin que esto implique que se está vulnerando cualquier derecho moral de autor, caso en el cual habrá que solicitarse su autorización y someterse a su querer⁶⁶.

En el caso específico de este derecho, Internet representa un escenario propicio donde los usuarios pueden transformar las obras con facilidad, sin que esto implique una degeneración de la obra original, lo que nos lleva a recordar lo dicho cuando estudiamos el derecho de reproducción, el ciberespacio es un escenario donde el público participa activamente y por ende la protección de este derecho no resulta fácil, y puede colisionar con la Libertad de Expresión, por ejemplo cuando se traduce una obra con fines de información.

⁶⁴ PLANA. Op.cit; P13.

⁶⁵ RODRIGUEZ Turriago Omar.2001. "Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en Internet". Bogotá. Revista de Derecho Privado No. 26. Universidad de los Andes.

⁶⁶ Centro Colombiano de Derechos de Autor. "Derecho de Autor: preguntas frecuentes" [en línea] Recuperado de la página web:< <http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes>> {consulta 12 abril 2019}

2.3 Excepciones y limitaciones al derecho de autor

Los derechos de autor traen una consecuencia directa, y es que todo uso que se haga sobre una obra intelectual debe contar con la autorización, o de quién ostente los derechos patrimoniales de la misma, a riesgo de incurrir en una conducta ilegal. Sin embargo, con la finalidad de obtener beneficios sociales tales como acceso a la cultura, educación, y respetar derechos fundamentales como lo son la Libertad de Expresión y de información, en las legislaciones nacionales e internacionales se ha permitido que se hagan ciertos usos de las obras sin la necesidad de obtener autorización previa por parte de su autor. Se trata entonces de preceptos que buscan un equilibrio entre autores y audiencia.

Estos usos permitidos legalmente se llaman excepciones en los países de tradición jurídica continental, que por ser un mecanismo para buscar un balance entre los derechos los autores y derechos de la sociedad resultan de vital importancia para nuestro estudio, ya que es un medio que encontraríamos dentro de la Propiedad Intelectual para solucionar un posible conflicto entre los derechos derivados de la misma, y otros derechos y libertades.

Las excepciones se encuentran consagradas en un listado cerrado, en consecuencia no se pueden extender a comportamientos o usos no comprendidos en esa lista.

En el caso de los países de tradición jurídica anglosajona, también existe la posibilidad de hacer usos sin necesidad de autorización previa del autor, pero el mecanismo opera de una manera diferente, pues estamos ante unas figuras jurídicas distintas a las excepciones enumeradas en un listado. Más precisamente estamos ante el concepto jurídico del fair use o uso justo que fue desarrollado en Estados Unidos, y el fair dealing en Gran Bretaña.

A continuación analizaremos cómo se desarrollan estos usos autorizados en los tres sistemas.

2.3.1 Excepciones en los países de tradición jurídica continental

Tal como lo habíamos advertido, se trata de un listado legislativo cerrado de usos autorizados. Para establecer si el uso encuadra dentro de la excepción concebida legislativamente, de acuerdo con el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (a la que pertenecen Colombia y Chile) se debe cumplir con la denominada regla de los tres pasos consagrada en el artículo 9 de dicha convención:

- a. La excepción debe estar claramente descrita de antemano.
- b. La conducta no debe afectar la normal explotación o comercialización de la obra.
- c. La conducta ejecutada no debe causar un grave e injustificado perjuicio a los legítimos intereses del autor o titular.

Esto quiere decir que una vez se despliega una conducta que busca hacer uso de una excepción, debe pasar estos tres pasos para considerarse legal.

Sobre este tema, en el tratado OMPI que nació para regular los Derechos de Autor en Internet, denominado “Wipo Copyright Treaty” (WCT) de 1996, en su artículo 10, al referirse a las excepciones y limitaciones, expresamente señala que las legislaciones nacionales en el momento de preverlas, deben tener en cuenta que tiene que tratarse de casos especiales que no atenten contra la normal explotación de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Luego, en la Declaración Concertada⁶⁷ respecto de este artículo 10 se dijo que se entiende que las partes contratantes puede aplicar e incluso ampliar las excepciones en el entorno digital.

Queda entendido en consecuencia, que el artículo 10 no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna; además la Declaración Concertada deja entrever que se requerirían establecer nuevas excepciones en el ciberespacio⁶⁸, siempre y cuando estas se encuadren en la regla de los tres pasos que vimos respecto del Convenio de Berna, para así garantizar que el equilibrio autor sociedad se mantenga.

⁶⁷ Declaraciones que se hacen respecto con el entendimiento de los tratados.

⁶⁸ RÍOS RUIZ, Wilson.2011. “La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías”. Bogotá D.C., Universidad de Andes. P. 140.

En términos generales, en los países de tradición continental, y en eso coinciden las legislaciones colombiana y chilena, las excepciones y limitaciones al derecho de autor, son las siguientes:

1 **Copia privada.** La colombiana 23 de 1982 en su artículo 37⁶⁹ establece que es lícita la reproducción de un único ejemplar de una obra, para usar en el ámbito privado, por ejemplo, para fines de esparcimiento o de investigación. Por su parte, la ley chilena tiene una disposición similar en el literal J) del artículo 71 de la ley N° 17.336, sobre derechos de autor y conexos, modificada por la ley N° 20.435, pero restringiéndolo a la solicitud hecha por un usuario a una biblioteca o un archivo.

2. **Uso para fines de enseñanza.** En el artículo 32⁷⁰ de la ley colombiana 23 de 1982, Se permite el uso de fragmentos de las obras para fines didácticos y educativos, en el entendido que no se desprende de tal uso un beneficio económico o patrimonial.

La ley chilena N° 17.336 en los literales b) y q) del artículo 71⁷¹, hace alusión a esta excepción, advirtiendo que en todo caso debe señalarse el nombre de su autor, y siempre y cuando no constituya una explotación de la obra protegida.

3. **Derecho de cita.** El artículo 31 de la ley colombiana 23 de 1982 ⁷²permite citar una obra entendiéndose como la mención de un fragmento, siempre y cuando no

⁶⁹ “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro” (Congreso de la República de Colombia, 1982, p. 13).

⁷⁰ Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas (Congreso de la República de Colombia, 1982, p. 12).

⁷¹ B) Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor (Congreso Nacional de Chile, 1970, p. 21).

Q) Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental (Congreso Nacional de Chile, 1970, p. 25).

⁷² Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra (Congreso de la República de Colombia, 1982, p. 12).

se trate de una reproducción simulada de la obra. Esto quiere decir que la extensión de la cita debe ser breve, con el objeto de ilustrar o criticar un punto. Así mismo, la cita debe hacer referencia a una obra que haya sido publicada lícitamente, lo que quiere decir que no es válido citar una obra inédita, o que se hayan hecho públicas sin autorización de su autor⁷³.

Al respecto, el literal b del artículo 71 de la ley N° 17.336⁷⁴ de Chile, también establece esta excepción, advirtiendo que debe informarse cuál es el autor y la fuente de la cual se obtuvo la obra que está siendo objeto de ese uso.

4. Uso de obras para fines informativos. Para efectos de informar hechos de actualidad se permite el uso de discursos, fragmentos de obras asociadas a un hecho noticioso, con el fin de respetar el derecho a la información. Se trata de obras que se pueden ver u oír con ocasión del acontecimiento, por ejemplo un discurso que se hace en una plaza pública⁷⁵.

5. Excepción en favor de bibliotecas: En Colombia, en el artículo 38 de la ley 23 de 1982⁷⁶, las bibliotecas pueden reproducir una obra para sustituir un ejemplar extraviado o inutilizado, que no pueda ubicarse nuevamente en el mercado. Es la única

⁷³ RÍOS RUIZ, Op.cit; P.145.

⁷⁴ Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor (Congreso Nacional de Chile, 1970, p. 21).

⁷⁵ La ley chilena 20.435. contiene esta excepción en el segundo párrafo del literal d) del artículo 71: las conferencias, discursos políticos, alegatos judiciales y otras obras del mismo carácter que hayan sido pronunciadas en público, podrán ser utilizadas libremente y sin pago de remuneración, con fines de información, quedando reservado a su autor el derecho de publicarlas en colección separada (Congreso Nacional de Chile, 2010, p. 2).

La ley colombiana 23 de 1982 la contiene en su artículo 35: pueden publicarse en la prensa periódica, por la radiodifusión o por la televisión, con carácter de noticias de actualidad, sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, en los debates judiciales o en las que se promuevan ante otras autoridades públicas, o cualquier conferencia, discurso, sermón u otra obra similar, pronunciada en público, siempre que se trate de obras cuya propiedad no haya sido previa y expresamente reservada. Es entendido que las obras de este género de un autor no pueden publicarse en colecciones separadas sin permiso del mismo (Congreso de la República de Colombia, 1982, p. 13).

⁷⁶ Las bibliotecas públicas pueden reproducir para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas, también públicas, una copia de obras protegidas depositadas en sus colecciones o archivos que se encuentran agotadas en el mercado local. Estas copias pueden ser también reproducidas, en una sola copia, por la biblioteca que las reciba en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores (Congreso de la República de Colombia, 1982, p. 13).

excepción que tenemos actualmente en el caso de las bibliotecas. En la ley Chilena N° 17.336 se prevén varias excepciones en favor de bibliotecas, así de los literales i) a l) del artículo 71⁷⁷ se establece que estas instituciones pueden entre otras cosas, reproducir electrónicamente obras de su colección siempre que se garantice que los usuarios a su vez, no puede reproducirlas también electrónicamente, creando con esto entonces, una excepción que se adecua al entorno digital.

6. **Parodia**⁷⁸: a diferencia de la ley colombiana, la ley N° 17.336 en el literal p) del artículo 71, permite parodiar una obra, siempre que constituya “un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización.”

Sobre la importancia de garantizar esta excepción la doctora Lucie Guibault expresa lo siguiente.

⁷⁷ I. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna, reproducir una obra que no se encuentre disponible en el mercado, en los siguientes casos:

- a) Cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente y ello sea necesario a los efectos de preservar dicho ejemplar o sustituirlo en caso de pérdida o deterioro, hasta un máximo de dos copias.
- b) Para sustituir un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado, hasta un máximo de dos copias.
- c) Para incorporar un ejemplar a su colección permanente.

Para los efectos del presente artículo, el ejemplar de la obra no deberá encontrarse disponible para la venta al público en el mercado nacional o internacional en los últimos tres años.

Artículo 71 J. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal. Las copias a que se refiere el inciso anterior sólo podrán ser realizadas por la respectiva biblioteca o archivo.

Artículo 71 K. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera autorización del autor o titular, ni pago de remuneración alguna, efectuar la reproducción electrónica de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución y en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones.

Artículo 71 L. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, efectuar la traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero y legítimamente adquiridas, cuando al cumplirse un plazo de tres años contado desde la primera publicación, o de un año en caso de publicaciones periódicas, en Chile no hayan sido publicadas su traducción al castellano por el titular del derecho (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, s.f., párr. 12-19).

⁷⁸ De acuerdo con la RAE, la parodia es una imitación burlesca.

Se estima que las parodias no sólo tienen valor como diversión, sino que desempeñan también una función crítica, destacando las imperfecciones del ser humano y las ironías de nuestra existencia. Alentar la producción de parodias es por ende uno de los valores de la sociedad puesto que constituyen un importante vehículo artístico, a través del cual los creadores y críticos ejercen su libertad de expresión⁷⁹.

Bien, tal como lo habíamos dicho atrás, la importancia del tema de las excepciones a los derechos derivados de la Propiedad Intelectual, radica en que representan una base de equilibrio entre autores y sociedad. Sobre este tema, hay quienes dicen que el listado de limitaciones que se tenían antes de la entrada o la vigencia de la denominada era digital son suficientes para garantizar en este ámbito libertades tales como la de expresión y derecho a la información. Así, en el estudio realizado por la doctora Lucie Guibault⁸⁰, se dice que las limitaciones existentes en tratándose de proteger la Libertad de Expresión (por ejemplo derecho de cita) no se han visto afectadas por la "llegada de la sociedad de información", de tal forma que no necesitarían ajustes para ser aplicadas en el entorno digital.

Sin embargo, en una postura contraria, en el informe denominado "La Regulación de las Excepciones al Derecho de Autor: La Inclusión del Uso Justo en Colombia" realizado por los investigadores Mónica Hernández y Luis Ángel Madrid Berroterán⁸¹, se afirma que las excepciones creadas antes de la llegada del entorno digital resultan insuficientes, por tanto, es preciso crear un sistema en el cual se amplíe la lista de excepciones existentes, (por ejemplo que se tenga en cuenta las copias

⁷⁹ GUIBAULT Lucie 2003 "Naturaleza y Alcance de las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Relación con las Misiones de Interés General de la Transmisión del Conocimiento; sus Perspectivas de Adaptación al Entorno Digital." [en línea] Boletín electrónico UNESCO. 2003. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct_2003_es.pdf> {consulta: 12 abril 2019}

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ HERNANDEZ Mónica, MADRID Berroterán Luis Ángel 2016 "La Regulación de las Excepciones al Derecho de Autor: la Inclusión del Uso Justo en Colombia", Fundación Karisma. Colombia. [en línea] <<https://karisma.org.co/descargar/dokumento-4-la-regulacion-de-las-excepciones-al-derecho-de-autor-la-inclusion-de-uso-justo-en-colombia/>> {consulta 28 abril 2019}

temporales o incidentales que se almacenan cuando se navega en un sitio WEB) y que además haya una lista de factores que permitan definir si se está o no ante una infracción de Propiedad Intelectual, tales como la naturaleza de la obra (si constituye o no un aporte para la sociedad) si hay o no alternativas del uso de la obra (piénsese en una pieza única que no es posible adquirir de manera regular), si hubo o no perjuicio, el porcentaje de lo que se tomó, etc. También, al referirse a la regla de los tres pasos, se hace hincapié en que la misma no fue creada como una fórmula restrictiva, sino que al contrario es abierta, y puede ser acomodada a un rango amplio de excepciones.

Con esta última postura coincidimos, ya que por la rapidez e inmediatez de la plataforma que brinda Internet, es preciso hacer ajustes que permitan estudiar en cada caso si se usó justificadamente o no una creación ajena. Piénsese que en ocasiones por el afán de difundir una información o de hacer una crítica a la misma, o en general expresar un pensamiento, se toman o se reproducen partes de obra cuyo porcentaje es más de lo que hoy se consideraría como "breve." Entonces la inclusión de factores tales como la finalidad con qué se toma esa obra permitiría medir una aplicación restrictiva que redunde en la coerción de derechos y libertades.

Una cuestión que está inmersa dentro del tema de las excepciones al derecho de autor es lo relativo a las Medidas Tecnológicas de Protección, pues como hemos visto en la actualidad, no solo se protege jurídicamente la creación intelectual, sino que esta protección se ha visto reforzada con medidas tecnológicas para evitar posibles infracciones. Pues bien, el artículo 11 del acuerdo OMPI de 1996 (WCT) establece que las partes contratantes, proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas que sean usadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos⁸². Esta disposición puede repercutir en que si una persona elude una medida tecnológica de protección con el fin de hacer ejercicio de una de las excepciones dispuestas ley, de cualquier modo se verá expuesta a una sanción, y entonces la alternativa de recurrir a dicha excepción se haría inane. Más adelante analizaremos las medidas que se han tomado en las legislaciones que serán objeto de nuestro análisis.

⁸² Artículo 11: las partes contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados concernidos o permitidos por la ley (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual , 1996, p. 4).

2.3.1.1 Fair use o uso justo

El uso justo es una cláusula abierta consagrada en la sección 107 del estatuto de derechos de autor de Estados Unidos. En la primera parte de dicha cláusula se establece que el uso justo es una excepción a los derechos de autor y a continuación da algunos ejemplos de los usos que constituiría dicha excepción cómo crítica, reportaje, comentarios e investigación.

Después desarrolla los factores qué deben tener en cuenta los jueces a la hora de estudiar los casos en que se alega uso justo tales cómo el propósito, sí se trata de una obra científica, la porción utilizada y si se causa detrimento a los derechos patrimoniales del autor⁸³.

Cómo lo habíamos visto, se trata de una fórmula abierta que le da flexibilidad al juez a la hora de determinar sí hubo tal uso justo.

2.3.1.2 Fair Dealing o trato justo

A diferencia del uso justo, la cláusula de trato justo contemplada en la legislación del Reino Unido, trae una serie de categorías que funcionan cómo un filtro. Es decir, la conducta debe encuadrar en cualquiera de esas categorías, para después analizar si se trató de un uso justo o no.

Las categorías son las siguientes:

Estudios o investigación privados.

Críticas o comentarios.

Reportajes de noticias actuales.

Si bien estos son los tres grupos principales, a lo largo de la legislación se puede encontrar otras categorías cómo usos en bibliotecas⁸⁴.

⁸³ HERNANDEZ Mónica, MADRID Berroterán Luis Ángel 2016 “La Regulación de las Excepciones al Derecho de Autor: la Inclusión del Uso Justo en Colombia”, Fundación Karisma. Colombia. [en línea] <<https://karisma.org.co/descargar/dokumento-4-la-regulacion-de-las-excepciones-al-derecho-de-autor-la-inclusion-de-uso-justo-en-colombia/>> {consulta 28 abril 2019}

⁸⁴ *Ibidem*.

Una vez estudiado si el comportamiento encuadra o no en esas categorías, se tienen en cuenta los mismos factores utilizados en Estados Unidos, es decir, porción de la obra utilizada, alternativas existentes, forma de obtención, etc.

Con esto terminamos este primer capítulo, y damos paso al segundo, donde estudiaremos las diferentes regulaciones de los derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito específico de Internet.

3 Regulaciones internacionales del derecho de autor en internet

Una vez vistos los conceptos sobre los derechos que se derivan de la Propiedad Intelectual, con el fin de responder al problema jurídico planteado, es pertinente hacer un análisis de las legislaciones que han regulado el tema. Es decir, es necesario estudiar cómo los ordenamientos jurídicos, principalmente por vía legislativa, han enfrentado el fenómeno de Internet como herramienta masiva de comunicación, de reproducción y de intercambio de información casi que de manera simultánea a su producción, y la ejecución de los derechos de autor en ese ámbito.

Conforme con lo anterior, se estudiarán algunas normas y proyectos legislativos que se han discutido o aprobado en ciertos países y han causado controversia por considerarse, en opinión de algunos, bastante rígidos en el tratamiento de la Propiedad

Intelectual en Internet y, por ende, atentatorias contra la libertad de expresión y de información en la red.

Se pondrá especial énfasis en los casos de Chile y Colombia, países que han reestructurado sus legislaciones en este aspecto a raíz de los tratados de libre comercio firmados con Estados Unidos, lo que por supuesto nos permitirá entrever lo que sucede en nuestra región.

3.1 Regulación estadounidense sobre propiedad intelectual en internet

3.1.1 Digital Millennium Copyright Acto de 1998 (DMCA)

La Digital Millennium Act (DMCA por sus siglas en inglés), es una ley de 1998 que se dictó en Estados Unidos con el fin de adaptar el tratado WIPO de 1996 sobre derechos de autor en Internet en la legislación local. Regula esencialmente dos puntos angulares para nuestro trabajo: responsabilidad de proveedores de servicios de Internet, y medidas tecnológicas de protección. Estos dos puntos resultan fundamentales para determinar si actualmente hay un choque entre los derechos de autor y la libertad de expresión en el ámbito de Internet, ya que como veremos, hay quienes arguyen que el reforzamiento de los derechos de Propiedad Intelectual haciendo responsable a los proveedores de servicios de Internet del contenido infractor que circula en la red, así como prohibiendo la elusión de medidas tecnológicas para acceder a obras protegidas, constituye un cercenamiento de la mencionada libertad.

3.1.1.1 Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet

Los proveedores de servicios de Internet, ISP por sus siglas en inglés, son las empresas que proveen acceso Internet a los usuarios, permitiendo a su vez que estos se conecten con clientes de otros proveedores mediante las redes⁸⁵. Existen diferentes tipos de ISP: proveedores de motores de búsqueda como Google, proveedores de acceso (los que permiten que nos conectemos a la red, a través de un sistema

⁸⁵ XFINITY DISCOVERY HUB.2017. “¿Qué son los Proveedores de Servicios de Internet” [en línea] <<https://es.xfinity.com/resources/internet-service-providers.html>> {consulta: 13 abril 2021}

inalámbrico, de un modem, etc.), proveedores de servicios Web como el correo electrónico, entre otros.

Bien, sobre los ISP, la DMCA en su título II, denominado “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act”⁸⁶, establece un sistema denominado de notificación y contranotificación, de acuerdo con el cual quien considere que ha sufrido una lesión a su Propiedad Intelectual, podrá dirigir un escrito al ISP para que dé de baja el contenido que considera lesivo, o elimine el hipervínculo⁸⁷ que conduce al mismo, incluyendo en el mismo una declaración de buena fe so pena de incurrir en perjurio⁸⁸. Al recibir la notificación, el ISP debe remover el contenido de inmediato con el fin de beneficiarse de la limitación de responsabilidad establecida por la ley⁸⁹, tal como lo establece el literal b) del artículo 512 de la DMCA. De no hacerlo, el ISP será responsable civilmente por los daños y perjuicios ocasionados al titular de los derechos de autor lesionados⁹⁰.

El afectado con el retiro puede alegar falsa reclamación, procedimiento llamado contranotificación, luego de lo cual, el ISP debe informarle de esto al reclamante indicándole que el contenido removido será restablecido dentro de los diez días siguientes, a menos que este haya presentado el caso a los tribunales en busca de una orden judicial.

Sobre este sistema de notificación, en el que la actuación del ISP es fundamental, pues es quien finalmente remueve el contenido para verse exonerado de responsabilidad, se han hecho varias críticas. Entre estas tenemos las siguientes:

⁸⁶ Limitación de responsabilidad por infracción de derechos de autor en línea.

⁸⁷ Un hipervínculo es un enlace, normalmente entre dos páginas web de un mismo sitio, pero un enlace también puede apuntar a una página de otro sitio web, a un fichero, a una imagen, etc. Para navegar al destino al que apunta el enlace, hemos de hacer clic sobre él. También se conocen como hiperenlaces, enlaces o links (Vaquero, s.f., párr. 1).

⁸⁸ Se entiende por perjurio la acción de declarar en falso (Legal Information Institute, s.f).

⁸⁹ CARLA Nunziato Dawn. 2012. “Preservar la Libertad en Internet en las Américas” En UNIVERSIDAD DE PALERMO. “Hacia una Internet Libre de Censura Propuestas para América Latina”. Argentina. Universidad de Palermo. P 17.

⁹⁰ WOOLCOTT, Olenka & FLÓREZ, Germán D., 2014. “El régimen de exención de responsabilidad de los ISP por infracciones de propiedad intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos: una explicación a partir de la DMCA y la DCE,” [en línea] “Universitas Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas”. Julio-diciembre 2014. 129 Vniversitas, 387-418.. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82534126012>>{13 abril 2021}

Según Laura Moreno, Carolina Botero y Nathaly Espitia, de la Fundación Karisma (Colombia), este sistema cercenaría la libertad de expresión, ya que se le da gran poder al denunciante (titular de derechos de autor) y sin más, este, se puede valer del referido instrumento de notificaciones para acallar voces, e impedir que la información fluya en el ciberespacio, mientras que el ciudadano afectado no tiene un medio de defensa ágil, ni está sometido al principio de buena fe y de legalidad⁹¹.

En este mismo sentido, Carlos Cortés Castillo⁹², afirma qué este sistema de retiro de contenido resultaría desproporcionado en la medida en que no hay un proceso judicial previo que determine tal resultado, dejando además la carga procesal en cabeza del usuario (es el quién debe probar que no hay una infracción a los derechos de autor cuando su material ya no está en línea), y afectando de esta manera la libertad de expresión dado qué por un lado no hay un análisis por parte del proveedor de servicios de Internet, de sí el uso que se dio a ese material es legal o no, es decir, si se está frente a la excepción de uso justo, y por otro, por el temor de enfrentarse a estas medidas, la gente se vea inhibida de expresarse.

Piénsese por ejemplo en la sátira de un usuario al presidente actual de Estados Unidos usando el video de su primer discurso en el congreso de ese país. Aun cuando los discursos deben ser de libre circulación, y la sátira es protegida por el uso justo, sí el autor ha reservado los derechos del video, podría pedir su remoción⁹³.

El autor citado trae como ejemplo de la afectación a la libertad de expresión, el video del que había hecho uso Mitt Romney⁹⁴, en su campaña presidencial de 2012, donde aparecía el expresidente Obama cantando "Let's Stay Together" (quedémonos juntos), con subtítulos felicitando a los lobistas y a quienes donaron en su campaña, y que gracias al sistema de notificación de la DMCA fue dado de baja. En el portal Web, de donde salió la noticia se crítica dicho sistema, dado que por un lado, el titular de la

⁹¹ MORENO Laura, BOTERO Carolina, ESPITIA Nathaly. 2016. "Entre Notificaciones y Contranotificaciones y el Equipo de mis Amores" [en línea] <<https://karisma.org.co/entre-notificaciones-contranotificaciones-y-el-equipo-de-mis-amores/>> {consulta: 8 mayo 2019}

⁹² CORTÉS Castillo Carlos 2013 "Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección" [en línea] <<https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>> {consulta: 8 mayo 2019}

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Candidato presidencial en las elecciones de Estados Unidos del año 2012.

canción no sufría ninguna consecuencia adversa por el uso de la misma en el vídeo, y por otro, la campaña de Romney no podía hacer mucho, ya que diez días fuera de línea significaban un detrimento para ésta, ya que suponía una herramienta menos para llegar a la meta, pues en una campaña presidencial cada segundo cuenta⁹⁵.

En la misma línea, Dawn Carla Nunziato afirma que la autorización a los titulares de Derechos de Autor para que puedan solicitar la remoción de contenido sin una orden judicial previa, "no protege de manera suficiente los derechos de libertad de expresión y uso legítimo de los usuarios de internet"⁹⁶, concluyendo que la facultad de imponer esta sanción debe recaer en los jueces, y que los ISP deben dar aplicación a las órdenes judiciales con la mayor especificidad posible, para evitar la vulneración a dicha libertad.

Como conclusión del estudio hecho sobre la participación de los ISP dentro de la protección de los derechos de autor, coincidimos en las críticas hechas al mismo, en la medida en que la no intervención de un juez desde el principio, es decir, la ausencia de un procedimiento judicial, que bien puede tener la misma calidad de expedito, supone un evidente desbalance entre audiencia y autores, ya que estos últimos cuentan con una herramienta que deja casi que sin posibilidad de objeción a la audiencia, y que además cercena y anula los elementos de los que se ha valido la misma legislación de Propiedad Intelectual para conseguir un balance entre estos dos actores, pues con este sistema no hay posibilidad de analizar sí se está en el campo de las llamadas excepciones y limitaciones a los derechos de autor que vimos antes, lo que trae como consecuencia que las mismas queden invalidadas.

Sería necesario entonces buscar una reestructuración, donde el sistema de protección de derechos de autor no pueda ser usado como herramienta para perjudicar la Libertad de Expresión, anulando repito, el mecanismo que contiene este mismo sistema.

⁹⁵ <https://arstechnica.com/tech-policy/2012/07/major-label-uses-dmca-to-take-down-romney-ad-of-obama-crooning/>

⁹⁶ CARLA Nunziato Dawn. 2012. "Preservar la Libertad en Internet en las Américas" **En: UNIVERSIDAD DE PALERMO**. "Hacia una Internet Libre de Censura Propuestas para América Latina". Argentina. Universidad de Palermo. P 17.

3.1.1.2 *Medidas tecnológicas de protección*

En la sección 1201, la DMCA se ocupa de las medidas tecnológicas de protección⁹⁷ que controlan el acceso a las obras protegidas por Derechos de Autor prohibiendo los actos tendientes a la elusión de las mismas.

La DMCA trata dos clases de actos principalmente: 1. La elusión de las medidas tecnológicas que de manera efectiva controlan el acceso a obras protegidas. 2. la manufactura, oferta, importación, de aparatos que evaden ya sea una medida tecnológica que protege efectivamente un derecho, o para en general, evadir controles de acceso.

Respecto de estas medidas, tal como lo veremos más adelante, hay quienes dicen que representan un obstáculo para la Libertad de Expresión, ya que si se quiere ejercer este derecho algunas veces se tendría que eludir una de estas medidas, lo que acarrearía una sanción; por ende, el usuario entonces tendrá que optar por no hacer uso de esta facultad. Sin embargo, en otra postura, hay quienes arguyen que no es cierto que las medidas tecnológicas que refuerzan la protección de obras sujetas a derechos de autor cercenen de manera alguna la Libertad de Expresión, pues el hecho de que una obra impida por ejemplo su reproducción digital, no implica que esta no pueda ser objeto de citas, comentarios, críticas, etc., por lo que repetimos, dicen que no hay tal vulneración al mencionado derecho de Libertad de Expresión.

A continuación, veremos las posturas que hay respecto de este tema en específico:

3.1.1.2.1 Las medidas tecnológicas significan un desequilibrio entre los autores y la audiencia

A. Es esta la posición de Peter Baldwin⁹⁸ quien afirma que el uso justo resulta "más exprimido" que nunca por la protección tecnológica a las obras, fuera de la protección otorgada por la legislación de Propiedad Intelectual; pues de acuerdo con la

⁹⁷ Toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, s.f., párr. 7).

⁹⁸ BALDWIN Peter 2014. "The Copyright Wars", Estados Unidos. , Princeton University Press. 2014. P 194.

DMCA nadie tiene garantizado su ejercicio por los métodos actuales, es decir, por las herramientas otorgadas por la era digital, como por ejemplo el poder hacer copias digitales. Por otro lado, arguye, la DMCA prohíbe la manufacturación, venta y uso de tecnologías de rompimiento de barreras para acceder a una obra (Baldwin, 2014). Es decir, copiar una obra protegida no es en sí mismo ilegal, más sin embargo solo podrá hacerlo quien pueda crear su propio código fuente para tal fin, de lo contrario incurriría en la conducta de uso de un dispositivo para eludir las medidas de protección, y por ende recaería en una conducta prohibida, lo que conlleva a que esa persona no puede copiar y compartir posteriormente información contenida en una obra protegida por derechos de autor, digitalmente.

b. En esta misma vía, Carlos Cortés Castillo dice que las medidas tecnológicas de protección "confieren al titular de la obra un control que desborda la racionalidad y justificación del derecho de autor" (Cortés, 2013, p., ya que este controlaría todos los usos posibles sobre la creación, lo que antes no pasaba. Sostiene que las mencionadas medidas "dificultan el uso de obras para fines distintos" (Cortés, 2013, p. 8), como la creación de parodias o críticas periodísticas. Finalmente afirma que la regulación de la DMCA sobre medidas anti elusión inhiben la Libertad de Expresión y la investigación científica, pues por ejemplo, al no poder pasar un libro de un formato a otro, hace imposible el acceso al mismo, o por lo menos lo limita, y por tanto, el uso de este para el ejercicio de dicha libertad⁹⁹.

c. En la Revista Chilena de Derecho Informático¹⁰⁰ (Electronic Frontier Foundation, 2004) número 4 de 2004, se publicó un informe de la Electronic Frontier Foundation¹⁰¹ sobre las consecuencias no deseadas de la DMCA, poniendo de presente, la vulneración que ha constituido su aplicación a la Libertad de Expresión. dentro de este informe, se concluyó que se vulneraba esta libertad, porque los

⁹⁹ CORTÉS Castillo Carlos 2013 "Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección. [en línea] <<https://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>> {consulta: 8 mayo 2019}

¹⁰⁰ "Las Consecuencias No Deseadas: Cinco Años de la Digital Millenium Copyright Act." Traducción desde el inglés de Alberto Cerda Silva, Coordinador Académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, revisada por Patrick Humphreys Nuemann, abogado.

¹⁰¹ Es una fundación creada en 1990, en San Francisco, California, con el fin de velar por las libertades civiles en el mundo digital.

investigadores ya no podían contar al público sus avances en los estudios sobre protocolos de seguridad en materia de medidas de protección, como fue el caso del investigador ruso Dmitry Sklayrov quién fue retenido en Estados Unidos, porque la empresa Adobe Systems lo acusaba de haber desarrollado un software que permitía pasar libros de formato cerrado Adobe (es decir un sistema de protección que no permite que la obra sea vista desde otros formatos o programas) al formato abierto de PDF, por ende podrían ser leídos en diferentes programas.

3.1.1.2.2 Las medidas tecnológicas de protección no implican un desbalance entre autores y audiencia

a. Raymond T Nimmer¹⁰² sostiene que las medidas tecnológicas de protección no representarían un desmedro para la Libertad de Expresión ya que la inclusión de la regulación de las mismas en la DMCA refuerzan de hecho, el propósito de la Propiedad Intelectual, entendiendo por este la generación de incentivos y recompensas a los autores para que continúen creando e innovando, lo que es en sí mismo un ejercicio de esta libertad, ya que mediante la creación el autor está justamente, expresando, sentimientos, ideas, etc. Por tanto, de acuerdo con el autor citado, la DMCA es un instrumento que mejora las opciones de los creadores, para escoger la manera en que quieren hacer conocer su expresión. Se trata pues, en su opinión, de una disposición que evita que los incentivos empleados históricamente para alentar la creatividad y la expresión se vean disminuidos.

En su defensa de esta tesis, Raymond T. Nimmer, sostiene que:

En lo que respecta a la conducta sancionada por la DMCA, referida a la evasión de medidas tecnológicas, está dirigida a copias de una obra que el titular ha escogido distribuir en forma de acceso protegido, eligiendo de esta manera una herramienta que siempre ha existido, pues no hay ley alguna que exija que la distribución de una obra deba hacerse de tal manera que siempre esté permitido copiarla digitalmente. La

¹⁰² NIMMER T. Raymond 2004. “First Amendment Speech and the Digital Millenium Copyright Act: a Proper Marriage” En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN “Copyright and Free Speech”. Inglaterra. Oxford University Press P 371

DMCA lo que hace es reforzar los incentivos para el autor, protegiendo la opción que este elija para distribuir su obra y por tanto refuerza la Propiedad Intelectual, pues si un creador solo tuviera dos opciones o distribuir sin límites de reproducción o modificación, o no distribuir en absoluto, la voluntad de crear y diseminar información sería mucho menor.

Los sistemas digitales alteraron el balance entre autores y audiencia de manera adversa para los primeros puesto que permitieron la reproducción perfecta sin costo de las obras y su amplia diseminación, por tanto, proteger el acceso tecnológico puede restablecer el balance. Por otro lado, las restricciones son limitadas; si un autor por ejemplo distribuye un libro bajo una medida tecnológica que excluye el acceso y la reproducción, la restricción se limita a la manera como el usuario accede a la información, pero la persona no está limitada para discutir criticar o alabar la información aprendida.

En lo que hace al tráfico de dispositivos de acceso, se trata de una norma estrecha o restringida que solo se refiere a aparatos cuyo propósito primario es eludir, por tanto se excluyen aparatos que sirvan principalmente para investigaciones académicas o de otra clase.

La DMCA no incide en la protección de la Libertad de Expresión, simplemente refuerza la Propiedad Intelectual, cuya regulación siempre ha coexistido con la mencionada libertad, restringiendo lo que los usuarios pueden hacer o no con la información creada por otros.

La conducta de eludir una medida tecnológica no constituye un ejercicio de la Libertad de Expresión, simplemente es un acto funcional con una meta funcional (obtener el acceso derrotando el control tecnológico). Quien lo hace no intenta expresar ideas a otros mediante su conducta, solo alcanzar un resultado funcional.

La meta de la DMCA es proteger la Propiedad Intelectual y no proteger algún tipo de contenido excluyendo otro, y no es aplicable a un tipo de tecnología de elusión y no a otras. Por tanto su contenido es neutral y no tiene incidencia en la regulación del derecho a expresarse libremente.

La excepción anglosajona de uso justo no garantiza copiar mediante un método óptimo o en idéntico formato que el original. La DMCA no impone una limitación a los usos tradicionales del uso justo, como citar, comentar, etc., pero el uso justo nunca ha garantizado copiar material protegido en la forma en que el usuario prefiera.

Dado que la meta de la DMCA es la protección de los derechos de Propiedad Intelectual, y el estímulo de la expresión creativa mediante medidas de protección que controlan el acceso, es difícil concebir una alternativa distinta en un mundo donde la reproducción y distribución de material es inmediata y universal.

Bien, después de haber estudiado las dos posturas que se presentan respecto de las medidas tecnológicas de protección, concluimos qué es cierto que las mismas son necesarias para que el autor pueda controlar la manera en que quiere que su material sea conocido, pero que deben ser un reflejo de la legislación en materia de Propiedad Intelectual, no solo en lo que hace a su meta como incentivo, recompensa y reconocimiento a los autores, sino de las limitaciones a los derechos exclusivos que en ella se consigna.

Tal como lo señala Thomas Dreier, "ellos deben tomar medidas apropiadas para asegurar que los titulares dejen disponible a los usuarios cierta lista de excepciones y limitaciones, y los medios necesarios para beneficiarse de las mismas"¹⁰³.

Sí no se logra un equilibrio en la regulación de las medidas tecnológicas que permita el pleno ejercicio de las mencionadas limitaciones y excepciones permitidas por las leyes, es evidente que se afecta el equilibrio autor audiencia, y que esto repercute en una afectación a la Libertad de Expresión, pues como vimos, las excepciones permiten el ejercicio de ésta última.

Además, el ejercicio de estas herramientas legales deben acomodarse a la era digital, pues en nuestra opinión no bastaría con poder referirse a un obra sin poder por ejemplo extraer un aparte de ella para comentarla o citarla en este mismo formato, ya que la ventaja de la inmediatez de Internet en el momento de expresar y compartir información, debe ser aplicable también a dichos instrumentos legales, para que haya

¹⁰³ DRIER Thomas 2004 "Contracting Out of Copyright in the Information Society, the Impact on Freedom of Expression". En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN "Copyright and Free Speech". Inglaterra. Oxford University Press P 387.

igualdad de condiciones tanto para los titulares de derechos autorales, como para los usuarios de la red.

3.1.2 Proyecto de ley SOPA

El proyecto de ley conocido como SOPA por sus siglas en inglés, (Stop Online Piracy Act¹⁰⁴) fue presentado en octubre de 2011 ante la Cámara de representantes del Congreso de los Estados Unidos de América por el representante Lamar Smith. Su fin era regular la protección de los derechos de Propiedad Intelectual en Internet. A pesar de haber sido suspendida posteriormente, es necesario darle una mirada a este proyecto de ley, pues a raíz de su presentación se suscitaban discusiones, no solo en Estados Unidos, sino en Latinoamérica y el mundo, acerca de los límites entre la protección de la Propiedad Intelectual en la red, y los derechos de Libertad de Expresión e información en este mismo escenario. Para entender a cabalidad la razón de los ya mencionados debates, es necesario hacer un análisis de los aspectos principales (en la medida en que son los que causaron controversia) del proyecto, advirtiendo que las críticas y comentarios sobre el mismo se harán después de haber analizado la ley homóloga, presentada en el Senado Estadounidense, conocida como PIPA por sus siglas en inglés (Protect Intellectual Property Act¹⁰⁵).

SOPA fue entonces un proyecto de ley que consistía en una serie de mecanismos cuyo fin principal era otorgar a los titulares de derechos de autor herramientas para combatir a los sitios en línea infractores extranjeros¹⁰⁶; así por ejemplo, si una empresa dedicada a la filmación de películas se daba cuenta que uno de sus filmes era transmitido en un sitio web en Italia, podía solicitarle al buscador Google que eliminara el link a ese sitio, y además que la plataforma de pagos en línea PayPal, no aceptara más pagos de o hacia ese sitio, y que los prestadores de servicios de Internet, advirtieran a la gente sobre ir a ese sitio¹⁰⁷.

Así pues, en sus secciones 102, 103 y 107, se preveía lo siguiente:

¹⁰⁴ Detención de la piratería en línea.

¹⁰⁵ Acta de protección de la propiedad intelectual.

¹⁰⁶ ZITRAIN Jonathan 2011 “The Future of the Internet and how to Stop It” [en línea]

<<http://blogs.harvard.edu/futureoftheinternet/2011/12/02/reading-sopa>> {consulta: 22 junio 2019}.

¹⁰⁷ BARRET Brian 2012,[en línea]<<http://gizmodo.com/5877000/what-is-sopa>> {consulta: 23 junio 2019}

3.1.2.1 Acción iniciada por el abogado general (fiscal) con miras a proteger la propiedad intelectual

El Abogado General de Estados Unidos¹⁰⁸ podía iniciar una acción en contra de la persona que apareciera registrada como titular de un nombre de dominio usado por un sitio extranjero considerado infractor ,(aquellos que tienen dominio diferente al de .us (united States), aun cuando los mismos estén dirigidos por empresas estadounidenses, o estén alojados en ese país) o en contra del propietario u operador de un sitio extranjero infractor (aquel cuya dirección de protocolo de Internet está fuera de Estados Unidos. En ejercicio de esta acción, el Abogado General debía notificar a quién correspondiera (quién apareciera registrado como titular del nombre de dominio, o el operador del sitio infractor). Como soporte a la acción iniciada por el abogado general, se establecía que la Corte podía emitir una orden restrictiva o una medida cautelar temporal para que el sitio respectivo cesara cualquier actividad infractora.

De no encontrar el titular del nombre de dominio o el operador del sitio web, por no tener ninguno de ellos dirección dentro de los Estados Unidos, el Abogado General podía iniciar la acción directamente contra el sitio web o el dominio usado por ese sitio web¹⁰⁹.

3.1.2.1.1 Acción con una orden judicial previa

Cuando existiese una acción del Abogado General con una orden judicial previa, los Proveedores de Servicio de Internet debían:

A. Los proveedores de pago (Mastercard, PayPal, etc.), dejar de permitir que los pagos se completaran, es decir se impedían que los sitios web infractores recibieran los mismos.

¹⁰⁸ Esta es una oficina creada en Estados Unidos con el fin de iniciar y conducir todas las demandas ante la Corte Suprema de Justicia, especialmente, en las que esté envuelta la nación norteamericana, con el objetivo de emitir su opinión y consejo cuando así lo requiera el presidente o cualquiera de los jefes de los departamentos de gobierno.

¹⁰⁹ El dominio es "la dirección amigable para que sus visitantes puedan acceder a su página web" y el sitio web "hace referencia a cualquier sistema automático o programado que gestione algún tipo de contenido" TEK Soluciones. 2017. "Diferencia entre Hosting y Dominio " [en línea] <<https://www.teksoluciones.com/diferencia-entre-hosting-y-dominio/>> {consulta:13 abril 2021}

B. Los anunciantes, ejecutar tres acciones diferentes: Dejar de anunciar en los sitios infractores, dejar de anunciar publicidad del sitio web infractor en otros sitios web, y detener los pagos recibidos por los anuncios.

3.1.2.1.2 *Inmunidad por acción voluntaria*

SOPA otorgaba a los proveedores de pago, los motores de búsqueda de Internet, anunciantes, proveedores de servicios, y a los sitios donde se registran los nombres de dominio, inmunidad por actuar de manera consistente en contra de los sitios que razonablemente creían, que era un sitio extranjero dedicado al robo de propiedad, es decir, los prestadores de servicios de Internet efectivamente tenían una labor de vigilancia activa.

3.1.2.1.3 *Acción privada*¹¹⁰

En su sección 103, SOPA establecía una acción privada, consistente en que el propietario de derechos de autor podía notificar a las plataformas de pago en línea, y a los anunciantes, de posibles sitios infractores dedicados al robo de Propiedad Intelectual, y con base en eso solicitar que las transacciones desde o hacia esos sitios fueran truncadas. Se preveía que si no se hacía caso a la notificación enviada por la presunta víctima, entonces, ésta persona contaba con una acción en contra de estos sitios, y podía obtener una orden judicial en contra del sitio dedicado al robo de la Propiedad Intelectual, logrando que tanto anunciantes como plataformas de pago cesaran sus actividades con respecto al mencionado sitio infractor.

Es de anotar, que la notificación inicial se hacía sin una orden judicial que respaldara el dicho de la supuesta víctima, lo que como veremos fue visto y criticado como un exceso de beneficios en favor de los titulares de derechos de autor

¹¹⁰ Se entiende por acción privada en derecho estadounidense, aquella de la cuál es titular una persona privada (privada se entiende cómo opuesto a estatal) con el fin de hacer cumplir sus derechos en virtud de un estatuto (UsLawEssentials, 2014).

3.1.2.2 Sitios extranjeros notoriamente infractores

En la sección 107 del proyecto SOPA, se establecía una reglamentación sobre sitios infractores notorios extranjeros e inversores estadounidenses, de acuerdo con la cual, el Coordinador de la Ejecución de la Propiedad Intelectual del Departamento de Comercio de Estados Unidos¹¹¹, debía informar al Congreso, la identificación de sitios notoriamente infractores, con el fin de que dicha Institución analizará varios métodos para combatir las violaciones a la propiedad intelectual, incluyendo prohibiciones a estos sitios para hacer capital en Estados Unidos.

Como podemos observar, se trató entonces de un proyecto de ley que tal como lo explica Claudio Colnago, que extendía la soberanía de Estados Unidos más allá de su territorio, pues podía iniciar acciones en contra de sitios extranjeros, y además infringía derechos tales como el debido proceso, ya que por un lado, las ordenes restrictivas se podían dar sin un juicio previo, y por otro una persona ubicada en el exterior difícilmente tendría las herramientas para defenderse adecuadamente¹¹².

Por otro lado, y atendiendo el interés de nuestro trabajo, SOPA quebrantaría el derecho de Libertad de Expresión, pues tal como lo veremos en las críticas, sin excepciones, se podía cerrar un sitio web entero, a pesar de que solo un comentario o un aporte del mismo contuviera la infracción¹¹³, y además no había un proceso establecido en el que se determinara si se estaba ante alguna limitación de los derechos de autor (en el caso estadounidense uso justo) que permitiera hacer uso de la obra en el sitio web calificado como infractor.

¹¹¹ Se trata de un coordinador elegido por el presidente de Estados Unidos previo consentimiento del senado de ese país, con el fin de desarrollar estrategias jurídicas de protección de la propiedad intelectual.

¹¹² COLNAGO Claudio. 2012. "SOPA ("Stop Online Piracy Act") - Comentários e Reflexões (Portuguese Edition)". Edición Kindle. 2012. P 3.

¹¹³ Por ejemplo, en un blog dedicado a recoger opiniones sobre diversos temas, hubiese bastado con que uno de los aportes consignados fuera el contenido de la infracción, para que todo el sitio estuviera afectado con las medidas de SOPA.

3.1.3 Proyecto de ley PIPA

Otro proyecto de ley que causó no menos fue el presentado en mayo de 2011 por el senador demócrata Patrick Leahy, para combatir el robo de propiedad intelectual en Internet, conocido como PIPA (Protect IP Act¹¹⁴).

Para cumplir con este fin, PIPA se centraba en la persecución de sitios extranjeros de Internet dedicados a actividades ilícitas que, de acuerdo con la definición legal establecida en la sección segunda del proyecto, no tenían otra actividad principal, más allá de participar, permitir o facilitar la infracción de derechos de Propiedad Intelectual. A diferencia de SOPA entonces, este proyecto de ley perseguía sitios dedicados a la infracción de derechos de Propiedad Intelectual¹¹⁵.

Sus principales normas eran las siguientes:

3.1.3.1 Posibilidad de iniciación de acción contra un sitio web o un nombre de domino usado por un sitio web infractor

De acuerdo con la sección 3 del proyecto, el Abogado General de Estados Unidos (Fiscal) podía iniciar una acción en contra de quien tuviera un nombre de dominio usado por un sitio web infractor, o en contra del dueño u operador de un sitio web infractor, o en contra del sitio web o el nombre de dominio de no encontrar a los primeros, siempre y cuando el dominio fuera usado dentro de Estados Unidos para acceder a ese sitio de Internet, y el sitio de Internet perjudicara a titulares de derechos de autor de dicho país, prestando servicios y ofreciendo productos dentro de esta nación.

La Corte podía emitir una medida cautelar o una orden restrictiva en contra del nombre de dominio extranjero usado por el sitio web infractor, o de su titular, o en contra del operador o titular del sitio web dedicado a tales actividades, con el fin de que cesara en sus actividades.

Asimismo, la Corte podía llevar a cabo las siguientes acciones:

¹¹⁴ Acta de protección a la propiedad intelectual.

¹¹⁵ EXPANSIÓN. 2012 “Cuatro Leyes Polémicas que buscan regular Internet”. [en línea] <<http://expansion.mx/tecnologia/2012/01/24/pipa>> {consulta: 13 abril 2021 }

a. Requerir a los operadores de servidores de nombres de dominio¹¹⁶ no autorizados para que evitaran el acceso a los nombres de dominio usados por el sitio web infractor: se trata de servidores intermediarios, usados para redirigir un nombre de dominio a su dirección de Internet. Ellos hacen esto, reteniendo una copia de la información guardada en un servidor autorizado. Los operadores de estos servidores, generalmente son proveedores de servicios de Internet, por lo cual son conminadas a evitar el acceso a nombres de dominio que han sido incautados.

b. Requerir a los Proveedores de transacciones financieras para que no siguieran haciendo transacciones de este tipo entre los usuarios y el sitio infractor. Se trata de compañías que facilitan las transacciones en línea, como compañías de tarjetas de crédito, las que son requeridas para prevenir que sigan completando transacciones entre los consumidores localizados dentro de Estados Unidos y el sitio de Internet.

c. Requerir a los Servidores de publicidad en Internet para que pararan la venta de publicidad en el sitio incautado.

d. Requerir a los sitios que sirven como herramientas de información: buscadores como Google y Yahoo debían tomar medidas técnicas para remover, o deshabilitar el acceso al sitio de Internet incautado.

3.1.3.2 Posibilidad de iniciación de acción en contra de un sitio infractor por parte de un demandante calificado

Conforme con la sección 4 del proyecto de ley, un demandante calificado (de acuerdo con la sección 2 se entiende por este el Abogado General, o el titular de un derecho de Propiedad Intelectual que se ha visto perjudicado por las actividades del sitio infractor), podía iniciar acción en contra de un sitio infractor, y dentro de la misma, la Corte Federal podía ordenar medidas restrictivas y hacer requerimientos a entidades financieras y de publicidad. El demandante podía, previa autorización judicial, enviar copia de la orden a las siguientes entidades:

¹¹⁶ Los operadores de nombres de dominio son los encargados de mantener la base de datos de los nombres de dominio registrados, así como de gestionar nuevos registros, previa designación de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 2015).

a. Proveedores de transacciones financieras: Son compañías que facilitan las transacciones en línea, como compañías de tarjetas de crédito. Éstas podían ser requeridas para prevenir que siguieran completando transacciones entre los consumidores localizados dentro de Estados Unidos, y el sitio de Internet.

b. Servidores de publicidad en Internet: Estos servidores eran requeridos para que pararan la venta de publicidad en el sitio incautado, y para parar la publicidad del mismo sitio.

3.1.3.3 Exención de responsabilidad

Para alentar a los proveedores de transacciones financieras y a los agentes de publicidad a tomar medidas por ellos mismos, en la sección 6 del proyecto de ley, se ofrecía inmunidad judicial por tomar voluntariamente acciones contra los sitios de Internet infractores, cuando existiera evidencia suficiente para creer que el sitio se dedicaba a actividades ilícitas.

3.1.3.4 Seguimiento de la efectividad de la ley

Finalmente, la ley ordena que el Secretario de Comercio junto al Abogado General, y el Coordinador de la ejecución de la Propiedad Intelectual del Departamento de Comercio de Estados Unidos, pasaran reportes constantes a las comisiones respectivas de senado y cámara sobre la aplicación de la ley.

Bien, sobre este proyecto como veremos a continuación, existieron muchas preocupaciones, entre otras que se afectara la integridad de Internet, pues el bloqueo de nombres de dominio puede afectar la seguridad y el rendimiento de la red, ya como es obvio esto trae como consecuencia que no se puede navegar libremente.

Sin embargo, quienes apoyan la ley (como la Cámara de Comercio de Estados Unidos¹¹⁷) arguyen que lo anterior no es cierto, pues dicen que esta da suficientes herramientas para perseguir los sitios infractores sin que esto afecte la navegación a

¹¹⁷ McCULLAGH Declan. 2012. "MPAA Chief: SOPA and PROTECT IP back from the Grave?" [en línea] <<https://www.cnet.com/news/mpaa-chief-sopa-and-protect-ip-back-from-the-grave/>> {consulta: 01 julio 2019}

sitios legales, y que además esto evitará la creación de nuevos sitios dedicados a infringir derechos de Propiedad Intelectual de estadounidenses¹¹⁸.

Frente a las acciones otorgadas a los particulares, los opositores (académicos, prestadores de servicios de Internet e investigadores) a este proyecto afirmaron en su momento, que eso acarrearía el riesgo de frenar la innovación en Internet por proteger modelos anticuados, incluso por razones que nada tengan que ver con la infracción a derechos de autor. Adicionalmente, existía la preocupación por parte de las compañías de tecnología por la imposibilidad de hacer frente a millones de demandas de los dueños de contenidos protegidos por leyes de propiedad intelectual, lo que implicaría subir el precio a los consumidores (Yeh y Miller, 2011).

3.1.4 Críticas a los proyectos de ley SOPA y PIPA

1. En una Carta dirigida a los representantes del Congreso, por defensores de Derechos Humanos¹¹⁹, sobre el proyecto de ley SOPA, se dio cuenta de los reparos que tenían estos a dicho proyecto por considerar, cómo lo veremos a continuación, que tendría repercusiones sobre el libre ejercicio del derecho a la Libertad de Expresión.

Tal cómo se puede leer en el pie de página que acompaña este párrafo, se trató esencialmente de organizaciones que velan por el libre ejercicio del derecho a la libre expresión en Internet.

a. La manera como Estados Unidos afrontaría la contradicción entre una restricción en Internet y la crítica a regímenes represivos.

b. SOPA envía un mensaje a otras naciones sobre la viabilidad y la aprobación de la libre expresión en Internet.

c. SOPA sobrepone los intereses de los tenedores de derechos de autor sobre intereses de la sociedad. Con ella no solamente se acaba el puerto seguro del que

¹¹⁸ YEH Brian 2011.(legislative attorney) “A legal Analysis of s. 968 the PROTECT IP ACT”, Congressional Research Service.

¹¹⁹ La carta es firmada por abogados y organizaciones de derechos humanos, entre otros, Agumanright.org, APC, Bits of Freedom (Países Bajos), Center for Media Justice, Center for Rural Estrategies, Center for Internet and Society (India), Karisma (Colombia), Derechos Digitales (Chile), Digitale Gesellschaft e.v. (Alemania).

habla la DMCA, sino que se afectarán pequeñas comunidades en línea, que no tienen la capacidad para representar a sus usuarios en batallas judiciales. Los sitios Web que sean erróneamente acusados, sufrirán pérdidas de los sistemas de pago, y las redes serán requeridas para demandar el bloqueo de los sitios.

(Nos permitimos en este punto hacer un paréntesis para explicar que se entiende por puerto seguro en la DMCA:

En su sección 512, la DMCA señala cuatro eventos en los cuales se limita la responsabilidad de los ISP en referente a infracciones de derechos de autor. Es eso lo que se conoce como puerto seguro. Estos eventos son:

i. Comunicaciones de redes digitales transitorias

Se definen como la información que se transmite en una red de comunicaciones entre los destinatarios de un determinado servicio. En general, el intermediario no será responsable de la operación siempre y cuando el material objeto de la infracción se transmita por solicitud de un tercero a un destinatario, la transmisión de esos datos sea manejada por un proceso automatizado sin intervención humana y los datos no se modifiquen en modo alguno, sino que solo se almacenen temporalmente en el sistema¹²⁰.

ii. Almacenamiento en caché del sistema

¹²⁰ IZUIERDO Andrés 2012 “Los Puertos Seguros para los Intermediarios de Internet” [en línea] Análisis Revista Colombiana de Humanidades. diciembre 1 2012 Universidad Santo Tomás, Revista Análisis No. 81, Bogotá. < <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/analisis/article/view/1277>> {consulta: 08 agosto 2019}

El caching en Internet se define como el almacenamiento inmediato y temporal de los datos que se transmiten a través de los intermediarios. Ayuda a reducir la congestión del intermediario de Internet y a aumentar la velocidad de descarga de posteriores solicitudes que recaen sobre los mismos datos.

El intermediario puede, a través de un proceso automatizado, conservar copias, por un tiempo limitado, del material que transmiten sus suscriptores a otros usuarios del sistema, a fin de que las solicitudes posteriores del mismo material puedan ser enviadas mediante la transmisión de la copia conservada, en lugar de recuperar el material de la fuente original¹²¹.

iii. Información residente en sistemas o redes en la dirección de los usuarios

Es conocido como hosting, es el servicio que provee a los usuarios de Internet un sistema para poder almacenar información, imágenes, video o cualquier contenido accesible vía web. El hosting es un tipo de servicio de alojamiento en Internet que permite a los individuos y organizaciones hacer accesible su propio sitio web a través de Internet. Las empresas que prestan este servicio –también denominadas web hosts– son compañías que otorgan espacio en un servidor, de su propiedad o en arrendamiento, para uso de sus clientes; en algunos casos también proporcionan conectividad a Internet¹²².

iv. Herramientas de localización de información

Se trata de los buscadores mediante los cuales uno localiza la información que requiere. Para poder beneficiarse de la figura del puerto seguro, en primer lugar, los intermediarios de Internet no deben tener ningún conocimiento real de la presencia de contenido infractor de derecho de autor en sus sistemas. En segundo lugar, si los intermediarios son alertados por denuncias de violación de derecho de autor, deben actuar rápidamente para remover o deshabilitar el acceso a este, lo que se conoce

¹²¹ Ibidem.

¹²² CÁMARA DE ZARAGOZA. 2012. “¿Qué es un alojamiento Web?” [en línea] <https://www.camarazaragoza.com/faq/que-es-un-alojamiento-web/> {consulta: 09 agosto 2019}

como el notice and takedown o “notificación y retiro de contenido presuntamente infractor”. Bajo tal sistema, a los titulares de los derechos de autor se les permite ponerse en contacto con el intermediario de Internet para hacer la correspondiente denuncia por infracción de material autoral. Una vez que este aviso ha sido recibido, el intermediario tiene la obligación de eliminar el contenido que es objeto de la reclamación; el no hacerlo resultará en una pérdida de las protecciones otorgadas por el mencionado el puerto¹²³.

El derecho de Libertad de Expresión estará sujeto a los caprichos de los tenedores de derechos.

2. Carta dirigida por profesores de colegios y universidades, dirigida al Congreso de los Estados Unidos acerca de las preocupaciones por SOPA y PIPA¹²⁴:

Explican que en la actualidad se puede distribuir, redistribuir y usar contenido educacional, que existe un acceso democrático a la educación, y que en el caso de la DMCA se puede notificar para que un contenido sea removido. Sin embargo, con las nuevas leyes esto no sería posible, en la medida que los sitios Web que tienen contenido, pueden ser requeridos para monitorear si hay una infracción o no, y pueden ser potencialmente bloqueados, lo que enfriaría del todo el acceso a la cultura.

3. María Elena Meneses, es una profesora del Instituto Tecnológico de Monterrey, quién en un artículo denominado “¿La ley SOPA pone en riesgo el futuro de Internet?” dio sus opiniones sobre el tema, de lo cual se puede extraer lo siguiente¹²⁵.

¹²³ IZUIERDO Andrés 2012 “Los Puertos Seguros para los Intermediarios de Internet” [en línea] Análisis Revista Colombiana de Humanidades. diciembre 1 2012 Universidad Santo Tomás, Revista Análisis No. 81, Bogotá. < <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/analisis/article/view/1277>> {consulta: 08 agosto 2019}

¹²⁴ La carta se encuentra en la siguiente página WEB:
https://www.eff.org/files/filenode/concerned_educator_letter_against_sopa_and_protect_ip.pdf

¹²⁵ El texto del artículo se encuentra en la Página Web: <http://mariaelenameneses.com/opinion/la-ley-sopa-pone-en-riesgo-el-futuro-de-internet/>

a. Las iniciativas SOPA y PIPA obligarían a proveedores de internet, buscadores y redes sociales a monitorear el material que circula en sus sitios, hasta el punto de que si alguien tiene un blog que va ligado a material posiblemente infractor, podría ser calificado como delincuente.

b. También dice Las leyes acabarían con el carácter democrático de Internet, carácter que hoy permite el acceso a la cultura y a la libre expresión, a cambio de un régimen vigilado.

c. y finalmente esgrime que en estas leyes no se toma en cuenta a los internautas.

4. Carolina Botero, quién es representante de la Fundación Karisma en Colombia¹²⁶, y columnista de El Espectador de Colombia, en su artículo “Buscando Consensos para y con Internet – Sobre #derechodeautor e #internetlibre”¹²⁷, hace un análisis sobre los riesgos de SOPA y PIPA, manifestando las siguientes inquietudes (Fundación Karisma, s.f).

a. Se trata de un exceso control de la Propiedad Intelectual, sin tener en cuenta a los usuarios de Internet, quienes por medio de esta red no solo tienen un papel pasivo sino activo como creadores, de tal manera que son ellos mismos los que hacen uso de los derechos de autor.

b. Deben controlarse los posibles abusos por parte de los intermediarios de Internet, pues ésta es una herramienta que se ha vuelto esencial para el ejercicio del derecho de Libertad de Expresión.

c. Hay una evidente vulneración del derecho al debido proceso, pues en busca de procedimientos expeditos se pasa por alto el mismo.

d. con una defensa extremista de los derechos de autor, se vulnera la esencia de Internet como herramienta que innovadora, y como instrumento de ejercicio de derechos fundamentales.

5. En su escrito “A Close Look to Sopa” los escritores Jonathan Zittrain, Kendra Albert, y Alicia Solow – Niederman, hacen las siguientes críticas.

¹²⁶ Fundación dedicada a difundir el uso de las tecnologías promoviendo los derechos humanos.

¹²⁷ La columna se encuentra en la siguiente página Web: <https://karisma.org.co/carobotero/index.php/category/sopapipa/>

a) El peligro de que el titular de derechos de autor pueda tratar de cortar los pagos de proveedores de pagos y anunciantes de publicidad, es que las compañías de publicidad y pago, las más de las veces, harán caso a lo dicho por el privado titular de derechos de autor, pues por razones de inconveniencia o por la imposibilidad de verificar las afirmaciones por el titular, decidirán cortar los servicios.

Si las empresas cumplen, entonces recibirán inmunidad, en caso contrario, la parte afectada puede buscar una medida en contra del tercero que no cumple.

b) la regla sobre los infractores extranjeros y los inversores estadounidenses implica que los posibles inversionistas de esos sitios lo van a pensar dos veces antes de poner su dinero en plataformas de Internet.

c) La disposición sobre medidas penales es muy amplia, pues de este modo la mayoría de personas en el mundo serían infractores de derechos de autor, así por ejemplo, si alguien que se quiere lanzar al mundo de la música publica un video en YouTube cantando obras de otros artistas, podrá ser penalizado.

El estudio hecho sobre los proyectos de ley SOPA y PIPA, nos permite concluir que ambos representaban un desequilibrio en la balanza autores audiencia, en la medida en que las acciones que se preveían en contra de los sitios considerados infractores, eran de tal severidad que por un lado, el derecho de defensa se veía vulnerado a tal punto que difícilmente podía ejercerse, pues sí se trataba de sitios extranjeros, como vimos, lo más probable es que sus titulares y operadores estuvieran radicados fuera de Estados Unidos, y por otro, tal como lo anotamos anteriormente, las medidas cautelares preliminares cercenaban la posibilidad de analizar si se estaba ante algún evento de limitación de derechos de autor, como aquellas que están enlazados con la Libertad de Expresión, sin contar que el impedir el acceso a un dominio usado por un sitio web señalado como infractor, traería como consecuencia la imposibilidad de acceso a información que se encuentra en la red, cortando de tajo pues, una parte fundamental de la Libertad de Expresión consistente en acceder a esta, para estar habilitado para formarse una opinión sobre un tema o situación determinada, que muchas veces es esencial para tomar una decisión por ejemplo en la esfera política. Tanto fue así, que el presidente de Estados Unidos de ese entonces, Barack Obama,

anunció en enero de 2012, qué no apoyaría una ley que reduce la Libertad de Expresión, o mina la dinámica innovadora de Internet¹²⁸.

Finalmente, como lo advertimos, los dos proyectos de ley fueron archivados¹²⁹.

3.1.5 Proyecto de ley OPEN

El proyecto de ley llamado OPEN por sus siglas en inglés (online protection and enforcement of digital trade act¹³⁰), fue presentado en diciembre de 2011, por el senador Ron Wyden, y el representante a la cámara Darrell Issa, como una alternativa a los criticados proyectos SOPA y PIPA, que finalmente no pasó a ley.

A diferencia de lo que prescribían los proyectos de ley anteriores, OPEN no le otorga las facultades investigativas y sancionatorias al Abogado General o Fiscal, se las entregaba a la Comisión Internacional de Comercio, agencia que tiene funciones de investigación sobre asuntos relativos al comercio, y dentro de sus funciones está la juzgar casos de importaciones que supongan una infracción a un derecho de propiedad intelectual. Esto se hizo así por considerar que se trata de una agencia independiente políticamente, que ha servido de puente para que muchos titulares de derechos de propiedad intelectual en Estados Unidos obtuvieran solución a casos en donde se violaban o se abusaba de esos derechos¹³¹.

Asimismo se consideró que la agencia ya manejaba un proceso transparente para dar a las partes de la investigación y a los terceros interesados, la oportunidad de ser oídos.

3.1.5.1 Procedimiento

En la sección 337 A, en el numeral 5 referente a la limitación de jurisdicción en el literal d), El proyecto autorizaba a titulares de derechos de propiedad intelectual,

¹²⁸ RUSHE Dominic.2012 “Sopa plans set to be shelved as Obama comes out against piracy legislation” [en línea] THE GUARDIAN. 16 de enero de 2012. <<https://www.theguardian.com/technology/2012/jan/16/sopa-shelved-obama-piracy-legislation>> {consulta: 15 agosto 2019}

¹²⁹ GOVTRACK 2011. “Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act”. [en línea] <<https://www.govtrack.us/congress/bills/112/s2029>> {consulta: 01 septiembre 2019}

¹³⁰ Protección en línea y aplicación de la ley del comercio digital.

¹³¹ www.keepthewebopen.com: Página creada por el congreso de Estados Unidos.

solicitar a la comisión internacional de comercio, que iniciara una investigación contra sitios web extranjeros cuyo único propósito fuera infringir derechos de titulares estadounidenses, de derechos de Propiedad Intelectual. El proceso contaría con un proceso contradictorio, donde las partes interesadas, incluso aquellas preocupadas por la Libertad de Expresión, serían escuchadas. En caso de que la comisión encontrara que el sitio extranjero se dedicara intencionalmente a infringir derechos de propiedad intelectual ciudadanos estadounidenses, expediría una orden de cesación de negocios con el sitio infractor, a los portales que permiten pagar los servicios del sitio (visa, paypal, etc), así como a los anunciantes de publicidad.

3.1.5.2 *Definición de infracción*

Con el fin de evitar identificar sitios que intencionalmente no infringen derechos de propiedad intelectual, o son parodias, o tienen contenido calificado como “uso justo”, o son legítimos foros de discusión y Libertad de Expresión, como infractores, el proyecto solo se centraba en sitios que primordial e intencionalmente infringieran derechos de Propiedad Intelectual.

Al hacer uso de la expresión “primordialmente”, se aseguraba que la ley se aplicara exclusivamente a sitios dedicados a actividades ilícitas, excluyendo sitios web que tuvieran un contenido mínimo de material que infringiera derechos de Propiedad Intelectual.

Así mismo la palabra “intencional”, era el estándar para tomar las medidas respectivas, asegurando que los sitios que no tenían la intención de contener material infractor, como aquellos que permiten generar contenido, no fueran cobijados por la ley.

Una de las ventajas que se argüía que en su momento traía OPEN, era la rapidez con que la comisión podía actuar, pues se trataba de una ley de rápida aplicación, sin que los funcionarios quedaran atascados en cuestiones de interpretación.

3.1.5.3 *Filtro para acusaciones sin fundamento*

Para evitar que algún sitio fuera sancionado injustamente, OPEN preveía sanciones económicas para aquellos que hicieran peticiones abusivas.

A diferencia de SOPA, OPEN tenía un enfoque mucho más específico de los sitios que iban a ser controlados, evitando, según sus defensores, que fuera utilizada para impedir la innovación en Internet y sin coartar la Libertad de Expresión.

A diferencia de PIPA, OPEN no interfería en el sistema de nombres de dominio, ni perseguía sitios, o buscadores que simplemente conectaran con el sitio infractor.

Sus opositores creían que realmente se trataba de un proyecto con las mismas falencias de SOPA y PIPA, pues el concepto de sitio dedicado a infringir derechos de Propiedad Intelectual seguía siendo vago, y por lo tanto se podía tropezar con derechos como la Libertad de Expresión, en la medida en que era probable que si el gobierno estadounidense no estaba de acuerdo con el contenido de un sitio, podía cortar su financiación¹³².

Finalmente, como lo expusimos, el proyecto fue archivado.

Con esto terminamos el análisis de las regulaciones estadounidenses, y continuaremos con el estudio de las Directivas que sobre el tema se han emitido en la Unión Europea

3.2 Regulación de los derechos de propiedad intelectual en internet en la Unión Europea

Habiendo visto como se ha regulado el tema en Estados Unidos, ahora veremos que ha sucedido en la Unión Europea, lo que nos ayudará a observar cómo se ha tratado el tema desde la perspectiva continental de la protección a los derechos de autor, pues teniendo en cuenta que su visión de la Propiedad Intelectual es la de que estos son el resultado de un lazo personalísimo entre el autor y su obra, podremos analizar si han trasladado esa protección al campo de Internet; es decir, podremos determinar si al ocuparse de los derechos del creador intelectual en la red, han mantenido una fuerte protección al mismo sosteniendo el balance autor audiencia

¹³² GOLDMAN Eric. 2011. “The OPEN Act: significantly flawed, but more salvageable than SOPA/PROTECT.IP” [en línea] < <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/12/the-open-act-significantly-flawed-but-more-salvageable-than-sopaprotect-ip/> > {consulta: 22 agosto 2019}

inclinado hacia el primero, o sí dieron cuenta de una especie de reestructuración, dado que la audiencia en Internet tiene un papel más activo, y por tanto como lo hemos esbozado antes en este trabajo, estaremos ante nuevos esquemas de limitaciones y excepciones a los derechos de autor.

Bien, en lo que respecta a la Unión Europea, en este aparte estudiaremos tres directivas¹³³ que se han ocupado del tema de la protección de la Propiedad Intelectual en Internet. La primera de ellas es la 2001/29, cuyo fin como lo dice su encabezado, fue armonizar algunos aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de información en Internet, la 2000/30, que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet en la red, y por último, la Directiva aprobada en marzo 26 de 2019, sobre derechos de autor en el mercado único digital

En primer lugar, analizaremos los contenidos relevantes de las directivas 2001/29 y 2000/31 para nuestro propósito, para después observar cuales han sido las críticas que han generado, y finalizaremos su análisis con la alusión a dos casos jurisprudenciales, en los que se cuestionaron si poner un vínculo a disposición de los usuarios de Internet, resulta violatorio de los derechos de autor. Estos casos resultan relevantes para nuestro análisis, ya que cuando se ofrece un vínculo en Internet que lleva de un sitio a otro dentro de la red, se está ejerciendo de alguna manera el derecho de Libertad de Expresión, en la medida en que se está compartiendo información y se está permitiendo el acceso a la misma, y que los demás manifiesten su opinión sobre esta.

Por último, haremos alusión a la Directiva 2019/790, con el fin de estudiar la interacción entre derechos de autor y Libertad de Expresión en la misma, para concluir si ésta última se puede ver afectada con la protección de los primeros. En esta medida se estudiarán entonces, las críticas que se produjeron antes de su aprobación.

¹³³ La Directiva es uno de los instrumentos jurídicos del que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas de la Unión Europea (UE). Se trata de un instrumento flexible que se emplea, principalmente, como medio para armonizar las legislaciones nacionales, establece una obligación de resultado para los países de la UE, pero les deja libertad respecto con los medios para alcanzarlos. La Directiva forma parte del Derecho derivado de la UE, por lo tanto, ha sido aprobada por las instituciones de la UE de conformidad con los tratados constitutivos. Una vez adoptada a escala de la UE, la Directiva debe transponerse al Derecho interno de los países de la UE para su aplicación (Eur Lex, 2019).

3.2.1 Directiva 2001/29

La directiva 2001/29 está compuesta por cuatro capítulos: el primero establece su ámbito de aplicación, el segundo regula los derechos y excepciones a los derechos de autor, el tercero es sobre la protección de las obras a través de medidas tecnológicas y normas sobre la gestión de derechos, y el último sobre disposiciones varias.

En lo que respecta a los derechos de autor, en sus artículos 2, 3 y 4¹³⁴ se refiere a los derechos de autor de reproducción, distribución y comunicación de sus obras. En

¹³⁴ Artículo 2

Derecho de reproducción

Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

- a) A los autores de sus obras;
- b) A los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- c) A los productores de fonogramas de sus fonogramas;
- d) A los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- e) A los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

Artículo 3

Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas.

1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a. A los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- b. A los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- c. A los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y de las copias de sus películas;
- d. A los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.

Algún acto de comunicacinicación lico

cuanto al derecho de reproducción hace hincapié en que el mismo se extiende a cualquier forma en que se presente esta, ya sea directa o indirectamente, de manera provisional o permanente, excepcionando en su artículo 5¹³⁵ las reproducciones que son necesarias en los procesos tecnológicos (copias transitorias que se hacen automáticamente en la operación de una red).

Respecto del derecho de comunicación pública, especifica que la misma se da cuando se pone a disposición la obra al público, de tal manera que las personas pueden elegir tener acceso a la obra desde el sitio y el momento que deseen. También se aclara que ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público podrá dar lugar al agotamiento de este derecho, es decir que si un autor ha decidido poner su obra en Internet, su derecho de comunicación pública no se agota y por consiguiente los actos posteriores de comunicación quedan sometidos a la autorización del autor, lo que ha sido objeto de debate a nivel jurisprudencial, como lo mostrará nuestro estudio.

En lo que hace a las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, en el literal b) del numeral 2 de su artículo 5¹³⁶, se contempla la copia privada como

-
1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores, respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio.
 2. El derecho de distribución respecto del original o de copias de las obras no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 7).

¹³⁵ Artículo 5:

Excepciones y limitaciones.

Los actos de reproducciones provisional al que se refiere el artfovisional al que se refiere el artcesorios y formen parte integrante esencial de un proceso tecnolóesorio cuya única finalidad consista en facilitar:

- a. Una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
- b. Una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 7).

¹³⁶ Artículo 5:

(...) 2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

(...) b. en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos

excepción al derecho de reproducción, restringiéndola a personas naturales para usos estrictamente no comerciales.

En el literal d) del numeral 3 del artículo 5¹³⁷, se permite citar obras como excepción a los derechos de reproducción y comunicación, siempre que las mismas estén legalmente disponibles al público.

Así mismo, en los literales a) y b) del numeral 3 del artículo 5¹³⁸, se incluye el uso de la obra con fines educativos, y el uso en beneficio de personas con minusvalías siempre que no haya de por medio un carácter comercial. En el literal c)¹³⁹ del mencionado numeral se contempló una excepción en favor de la prensa, cuando esta ponga a disposición temas sobre actualidad económica, política o religiosa, siempre que no haya reserva expresa, se respeten los derechos de autor, y esté justificada su finalidad informativa.

reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6 (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 7).

¹³⁷ Artículo 5:

(rt3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

(...) d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, pp. 7-8).

¹³⁸ Artículo 5.

(Ar3. Los Estados miembros podrá. Los Estados miembros podrá limitaciones a los derechos a que se refieren los artíimitaciones a los derechos a que se

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 7).

¹³⁹ c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 8).

En lo que respecta a las medidas tecnológicas de protección, en su artículo 6¹⁴⁰ trae una novedad en comparación con la DMCA estadounidense, pues no solo prohíbe la elusión de tecnologías de prevención de acceso, sino las de copia, es decir hay un reforzamiento a la protección desde este punto de vista¹⁴¹.

También hace uso de una figura que no existe en la DMCA, y es que en su numeral 4, el artículo 6 establece que en caso tal de que los titulares de derechos de autor no establezcan las medidas necesarias para garantizar a los usuarios el ejercicio de una excepción o limitación al derecho de autor, el estado lo hará, es decir, "confía a los titulares de los derechos la tarea de conciliar las medidas tecnológicas con la salvaguardia de las excepciones"¹⁴².

Bien, tal como lo expondremos más adelante, la Directiva en estudio ha sido objeto de críticas, pues por un lado se considera por algunos observadores (académicos) que las excepciones que estableció no resultan suficientes para beneficiar a los usuarios de la red, y por otro, que el dejar la opción de manejar dichas excepciones a los titulares de derechos de autor al momento de establecer las medidas tecnológicas de protección, traerá como consecuencia, que no se cubrirán en totalidad las mismas, pues ellos buscan mantener el control sobre sus obras en la mayor medida posible.

¹⁴⁰ Artículo 6:

(...) 3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 8).

¹⁴¹ BALDWIN Op.Cit; P 212.

¹⁴² DUSOLLIER Séverine 2001 "Uso Justo en la Directiva de Derecho de Autor de 2001: Una Promesa Vacía". Bélgica. Universidad de Namur P 10.

3.2.2 Directiva 2000/31

Conforme lo habíamos dicho, la Directiva 2000/31 se encarga de regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en el caso de encontrarse contenido infractor de derechos de Propiedad Intelectual; y lo hace estableciendo los requisitos para no incurrir en dicha responsabilidad, es decir, para evitar tener que responder por daños y perjuicios causados a los titulares de derechos de autor.

Los requisitos varían de acuerdo con la clase de ISP (por sus siglas en inglés) de que se trate. Así:

1. Si es un proveedor de transmisión y acceso (artículo 12), no será responsable siempre y cuando no haya generado la transmisión, es decir, que esto haya sido decisión del usuario.
2. En el caso de almacenamiento en memoria caché¹⁴³ (artículo 13). el proveedor no será responsable siempre y cuando no modifique la información. Igualmente se exige que tan pronto el proveedor tenga conocimiento de la ilicitud actúe con prontitud para retirar los datos e impedir el acceso.

Almacenamiento de datos: (artículo 14).

Cuando los proveedores presten servicios consistentes en almacenar datos facilitados por el usuario, suscriptor o cliente, como por ejemplo un sitio web, un blog, etc., no podrán ser considerados responsables de los datos almacenados a petición del destinatario a condición de que:

- a. No tengan conocimiento de la ilicitud de la actividad.
- b. Una vez tengan conocimiento de la ilicitud actúen con prontitud.

Esta excepción no se aplicará cuando el usuario, cliente o suscriptor (destinatario del servicio) actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

Bien, como podemos ver el ISP será exonerado de responsabilidad siempre y cuando no sea generador de contenido, ni tenga conocimiento de la ilicitud, lo que de

¹⁴³ Su función es almacenar instrucciones y datos a los que el procesador debe acceder continuamente. ¿Cuál es su finalidad? Pues que este tipo de datos sean de acceso instantáneo para el procesador, ya que se trata de información relevante y que debe estar a la mano de manera muy fluida (Portal Mundo LG, 2018, párr. 3). . “¿Qué es la Memoria Caché, y para qué Sirve? [en línea] <<http://www.lgblog.cl/tecnologia/que-es-el-cache/>> {consulta: 13 abril 2021}

alguna forma los obliga, como han anotado algunos estudiosos del tema que citaremos a continuación, a ejercer una labor de vigilancia sobre el material que circula en la red.

Habiendo repasado los aspectos más relevantes de las dos directivas para nuestro estudio (pues es en el modo de regular los derechos de autor en la red, y en la manera de hacerlos efectivos ya sea mediante la participación activa de los intermediarios de Internet, medidas tecnológicas o ambas, donde se puede presentar un posible conflicto con el derecho a la Libertad de Expresión, tal como lo analizaremos en el capítulo que estudia la relación y eventual choque entre unos y otro), a continuación estudiaremos las críticas que se han hecho a las mismas:

3.2.3 Críticas a las Directivas 2001/29 y 2000/31 de la Unión Europea

3.2.3.1 A la Directiva 2001/29

a. Patrick Masyyakurima¹⁴⁴, afirma que el literal d) del artículo 5.3 referente a la excepción de cita, trae como consecuencia la censura al derecho de acceder a la información, ya que al disponer que la excepción solo puede ejercerse sobre obras que hayan sido totalmente disponibles al público, se limita el acceso a importante material político o cultural que puede ser obtenido de explotación no autorizada de contenido no publicado, lo que revela en su opinión, la obsesión europea con la creación y el ambiente que permite a la Propiedad Intelectual cercenar el interés público.

Respecto de la excepción relativa a la copia privada, crítica que el hecho de que el literal b) del numeral 2 del artículo 5 imponga que quienes hacen uso de esta excepción deban compensar económicamente al titular de derechos de autor. Afirma que este requerimiento exalta los beneficios económicos de los titulares de Propiedad Intelectual a expensas del interés público y que por tanto puede disuadir a la gente de medios modestos de acceder a obras con valor.

Por último, crítica qué la excepción estatuida en el literal c) del numeral 3 del artículo 5, que hace alusión a la posibilidad de la prensa de reproducir y poner a disposición del público artículos sobre temas económicos, políticos o religiosos, estos

¹⁴⁴ MASYAKURIMA Patrick.2004 “Fair Dealing and Freedom of Expression”, En: TORREMANS PAUL “Freedom of Expression, Intellectual Property”. Países Bajos., Kluwer Law International P 90.

deben versar sobre acontecimientos actuales, lo que excluye la información relativa a eventos pasados, eventos históricos que son los antecedentes de lo que ocurre en la actualidad, y que pueden resultar relevantes,

b. El profesor Antonio Muñoz Vico, dice que si bien los límites parecen adecuados para cubrir aquellos usos derivativos no autorizados, "ninguno de ellos encuentra una definición precisa en la Directiva"¹⁴⁵, y además, los Estados de la Unión que deciden adoptarlos tienden a interpretarlos de una forma limitativa.

c. La profesora Séverine Dusollier¹⁴⁶, afirma que el párrafo 4 del artículo 6 de la Directiva, presenta una falencia al no definir el concepto de "medidas voluntarias", que podrían tomar los titulares de derechos de autor, al momento de incluir las mismas para permitir el ejercicio de las excepciones de los derechos de Propiedad Intelectual a los usuarios de obras protegidas con medidas tecnológicas. Así mismo advierte que en caso de incumplimiento de esto, no hay un límite o un término para que el Estado entre a suplir esa falencia. Si bien la norma advierte que el Estado lo hará, no se establece en cuanto tiempo.

Por último cuestiona que solo algunas de las excepciones deban ser tomadas en cuenta por los titulares de derechos de autor, pues el artículo 6 en su numeral 4¹⁴⁷ prevé expresamente cuales limitaciones del artículo 5 deben ser incluidas en las llamadas medidas voluntarias, dejando por fuera la excepción de parodia, y la excepción para las noticias, que traduce en "las libertades de Libertad de Expresión y de información y de prensa".

¹⁴⁵ TORRES Ripa Javier, GÓMEZ Hernandez José Antonio 2011 "El Copyright En Cuestión: Diálogos sobre la Propiedad Intelectual", Bilbao. Editorial Universidad de Deusto. Pp. 62 – 65

¹⁴⁶ DUSOLLIER Op cit; P 12.

¹⁴⁷ Artículo 6:

(...) 4. No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, pp. 8-9).

3.2.3.2 A la directiva 2000/31

A. El profesor Wilson Ríos¹⁴⁸, citando de manera textual a la autora española Paula Vallepuga¹⁴⁹ alude a los reparos que presenta la mencionada autora frente a la directiva, expresando que la labor de determinar cuándo se está frente a una actividad lícita o ilícita, la Directiva se la deja a los ISP, lo que no resulta sencillo, dado que la ilicitud no siempre resulta obvia, lo que tendría como consecuencia que en caso de dar de baja un contenido que por decisión de un tribunal fuera definido como lícito, el proveedor incurriría en una responsabilidad con el usuario por incumplimiento del contrato de alojamiento (Ríos, 2009).

B. Sandra Cabezas García¹⁵⁰ critica que la Directiva no establece un procedimiento de notificación, donde el ISP le notifique al usuario afectado por el bloqueo las razones del mismo. Además advierte que se pone al ISP en una situación delicada, ya que si decide retirar el material, puede estar frente al cercenamiento de la Libertad de Expresión.

3.2.4 Casos jurisprudenciales

A continuación, haremos una breve reseña de dos casos jurisprudenciales, que nos permitirá después exponer nuestras conclusiones sobre el presente acápite:

3.2.4.1 Caso Svensson resuelto por el Tribunal de Justicia Europeo el 13 de febrero de 2014

a. Hechos¹⁵¹

¹⁴⁸ RÍOS RUIZ, Wilson.2011. “La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías”. Bogotá D.C., Universidad de los Andes, P. 603.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ, Paula, 2001 “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”[en línea] AR: Revista de Derecho Informático, núm. 030, enero de 2001. < <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=5726>.> {consulta: 10 septiembre 2019}

¹⁵⁰ CABEZAS García Sandra septiembre 2000 “La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios: Consecuencias de la Ausencia de Regulación del sistema de Notificación y Retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico”. [en línea] VI Magister Lvcentivus. Universidad de Alicante <http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001981_SandraGarciaCabezas.pdf>{ consulta: 12 septiembre 2019}

¹⁵¹ Aparte 8 a 13 de la Sentencia que se encuentra en la página web:

El conflicto se desarrolló entre los Sres. Svensson y Sjögren y las Sras. Sahlman y Gadd como demandantes, y la sociedad Retriever Sverige, como demandada (Sentencia C-466/12, Sala Cuarta, 2014).

“Los demandantes en el litigio principal, que son periodistas, redactaron artículos de prensa que se publicaron en el periódico Göteborgs-Posten y en la página de Internet del Göteborgs-Posten”¹⁵².

Retriever Sverige, para ese momento, gestionaba una página de Internet que facilitaba a sus clientes, según sus necesidades, listas de enlaces sobre los que se podía pulsar conduciéndolos de esta manera, a artículos publicados en otras páginas de Internet. Según los demandantes, si el cliente pulsaba sobre uno de esos enlaces no podía ver claramente que se había desplazado a otra página de Internet para acceder a la obra de su interés. En contraposición, Retriever Sverige afirmaba que era evidente para el cliente que, cuando hacía click sobre uno de esos enlaces, había sido remitido a otra página de Internet.

Los demandantes interpusieron una acción de indemnización contra Retriever Sverige ante el Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo) alegando que dicha sociedad había utilizado, sin su autorización, algunos de sus artículos al ponerlos a disposición de sus clientes. Mediante sentencia de 11 de junio de 2010, el Stockholms tingsrätt desestimó su demanda. Los demandantes interpusieron entonces un recurso de apelación contra esa sentencia ante el Svea hovrätt (Tribunal de apelación de Svea). Ante dicho órgano jurisdiccional, los demandantes alegaron que Retriever Sverige había vulnerado su derecho exclusivo al poner sus obras a disposición del público, puesto que, gracias a los servicios ofrecidos por la página de Internet de dicha sociedad, los clientes de ésta habían tenido acceso a sus obras.

Retriever Sverige sostuvo en su defensa, que la presentación de listas con enlaces de Internet hacia obras comunicadas al público en otras páginas de Internet no es un acto que vulnere los derechos de autor. Retriever Sverige también alegó que no

<curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1865758>

¹⁵² Sentencia C-466/12, Sala Cuarta, 2014, párr. 38

realizó transmisión (comunicación) alguna de obras protegidas, dado que su actividad se limitaba a indicar a sus clientes las páginas de Internet en las que se encontraban las obras que les interesaban.

b. Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Cuando el caso llegó al Tribunal de Justicia, él mismo se cuestionó si el ofrecer un enlace o hipervínculo que conduce a otra página donde se puede acceder a una obra, constituye una vulneración del derecho de autor de comunicación. Para responder, primeramente hizo un análisis de lo que significa comunicar, definiendo que se trata de un acto en el que se pone a disposición una obra. En segundo lugar, concluyó que esa puesta a disposición implica que la obra es comunicada a un público entendido este como un número indeterminado de potenciales espectadores de la obra, que pueden acceder a la misma, desde el lugar y momento que prefieran¹⁵³.

con base en lo anterior concluyó que la persona que facilita un enlace que redirecciona a un sitio en la que está puesta a disposición del público una obra, no vulnera el derecho de comunicación, pues esa obra valga la redundancia, ya se había puesto a disposición del público, público que es indeterminado, luego el enlace lo que hace es que ese público potencial acceda a la obra, por tanto, para que se hubiese llegado a una conclusión diferente, el enlace tendría que dirigirse a un público nuevo, que no hubiese estado contemplado por el titular de los derechos de autor, pero como el autor no había impuesto ninguna medida restrictiva, pues la obra era asequible por todos los internautas, y en el caso en estudio, no hubo exposición del enlace a público nuevo, pues no hubo vulneración a los derechos de autor¹⁵⁴.

¹⁵³ Apartes 14 y 19 de la Sentencia.

¹⁵⁴ Apartes 27 y 42 de la Sentencia.

3.2.4.2 Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de septiembre 8 de 2016, donde resolvió el caso *Gs Media v Sanoma*

a. Hechos¹⁵⁵

Sanoma, que es la editora de la revista playboy, encargó a un fotógrafo, la realización de unas fotos que debían publicarse en la mencionada revista en diciembre de 2011 (Sentencia C-160/15, Sala Segunda, 2016). GS Media, tiene dentro de sus negocios, la explotación de un sitio web denominado GennStijil, que, de acuerdo al resumen de los hechos de la sentencia, se dedica a revelar escándalos periodísticos de manera jocosa, contando con gran asiduidad de visitantes, hasta el punto de ser de los sitios más frecuentados de este ámbito en los Países Bajos.

Los redactores de este sitio web, recibieron en octubre de 2011, un mensaje electrónico que contenía un hipervínculo que remitía a un sitio web llamado fiefactory.com dedicado al almacenamiento de datos, entre estos, las fotos en cuestión.

Ese mismo día, Sanoma conminó a la sociedad matriz de GS Media a que impidiera que las fotos en cuestión fueran difundidas en el sitio GeenStijl. No obstante las fotos se anunciaron en el sitio GeenStijl, y se ponía a disposición el hipervínculo de Filefactory para acceder a ellas.

Después de lo anterior, el abogado de Sanoma requirió a GS Media para que retirara del sitio GeenStijl el artículo, incluidos el hipervínculo, las fotos que contenía y las reacciones de los internautas publicadas en la misma página de ese sitio, pese a lo cual GS media hizo caso omiso.

Como consecuencia de lo anterior, Sanoma interpuso una demanda ante el rechtbank Amsterdam (Tribunal de primera instancia de Ámsterdam, Países Bajos) alegando que al poner hipervínculos y una vista parcial de una de las fotos en el sitio GeenStijl, GS Media violó los derechos de autor del Sr. Hermès y actuó de manera ilegal con respecto a Sanoma.

¹⁵⁵ Apartes 6 a 24 de la Sentencia que se puede encontrar en: curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183124&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1864607

El rechtbank Amsterdam dio lugar a las pretensiones, no obstante, el gerechtshof Amsterdam (Tribunal de apelación de Ámsterdam, Países Bajos) anuló esta decisión parcialmente por estimar que, al poner los hipervínculos en el sitio GeenStijl, GS Media no violó los derechos de autor del Sr. Hermès, puesto que las fotos ya se habían hecho públicas con anterioridad mediante su puesta en línea en el sitio Filefactory. No obstante, afirmó que si había habido infracción respecto a Sanoma, debido a que los usuarios fueron invitados a conocer las fotos, puestas de manera ilegal en el sitio ya referido, pues sin los hipervínculos, los usuarios no habrían llegado a las fotos fácilmente. Por esta decisión GS Media interpuso recurso de casación.

Cuando el asunto llegó a casación, el órgano jurisdiccional remitió el caso al Tribunal de Justicia Europeo considerando que no era posible deducir con la suficiente certeza si había comunicación al público. Pues por una parte, se arguyó que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resultaba que debe comprobarse si el hipervínculo permitía alcanzar un público que no podía considerarse incluido en el público para el que el titular había dado su consentimiento, lo que resultaba compatible con el derecho exclusivo del titular a explotar su obra. Por otra, se alegó que cuando la obra ya está disponible en Internet para el público en general, poner un hipervínculo que remite al sitio donde ya se encuentra la obra no permite realmente alcanzar un público nuevo. Además, había de tenerse en cuenta que en Internet existen numerosas obras publicadas sin consentimiento del titular de los derechos de autor¹⁵⁶.

Para el explotador de un sitio de Internet que tenga intención de poner en éste un hipervínculo que remita a un sitio en el que figura una obra no siempre será fácil verificar si el autor ha autorizado la publicación anterior de la obra¹⁵⁷.

Además, señaló la corte de casación, que las fotos en cuestión no eran ilocalizables en Internet antes de que GS Media pusiera el hipervínculo en el sitio GeenStijl, lo que hizo GS media, fue facilitar su localización¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Apartes 20 a 22 de la Sentencia.

¹⁵⁷ Aparte 23 de la Sentencia.

¹⁵⁸ Aparte 25 de la Sentencia.

En resumen, entonces, Sanoma alegaba que el mero acto de poner hipervínculos constituía una comunicación al público protegida por derechos de autor, y que por tanto debía ser una conducta prohibida. GS argüía que el poner hipervínculos no estaba dentro de los derechos exclusivos autor, porque el Tribunal de Justicia Europeo no consideraba los enlaces a contenido legal una infracción ya que no había un “nuevo público”.

b. Decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia Europeo se preguntó esencialmente si hay comunicación al público cuando una persona distinta del titular de los derechos de autor remite, mediante un hipervínculo puesto en un sitio de Internet que explota, a otro sitio de Internet explotado por un tercero, que es accesible a todos los internautas y en el que la obra se ha puesto a disposición del público sin la autorización del titular de los derechos de autor (Sentencia C-160/15, Sala Segunda, 2016).

Para contestar la pregunta, el Tribunal toma en consideración lo dicho en el caso anterior (Svensson) , donde se pone a disposición del público un enlace que conducía a unas obras que fueron a su vez comunicadas por el titular de derechos de autor, con lo cual no se consideró que el enlace constituía una vulneración al derecho de comunicación pública, pues el titular de las obras ya había decidido que los internautas en general accedieran a las mismas, es decir, el enlace en este caso no iba dirigido a un público nuevo, que es aquel que el titular no había previsto como espectador de esas obras.

Aclara entonces que es diferente el caso en el que se pone a disposición del público, un enlace a obras cuya comunicación pública no ha sido consentida por el titular, ya que en ese caso si estaremos de acuerdo con lo dicho en la sentencia, ante una vulneración al derecho de comunicación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, y antes de llegar a la conclusión final, el Tribunal hizo alusión al alegato de GS MEDIA, en el que decía que calificar de comunicación al público los hipervínculos cuando no ha habido una autorización previa del titular, implicaba una restricción al derecho de Libertad de Expresión y de información, y no

respetaría el equilibrio que pretende establecer la Directiva 2001/29 entre esta libertad y el interés general de una parte, y el interés de los titulares de los derechos de autor¹⁵⁹.

Sobre este argumento, el Tribunal dijo que Internet reviste una particular importancia para la Libertad de Expresión y de información, y que los hipervínculos contribuyen a su buen funcionamiento y al intercambio de opiniones en la red. Así mismo concluyó que podía ser difícil para los particulares que quieran poner esos hipervínculos comprobar si el sitio al que direccionan cuenta con la autorización de los titulares de derechos de autor de las obras que en ellos se expone, por lo que consideró que si el hipervínculo es puesto por una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente que las obras han sido publicadas en Internet sin autorización. En cambio, si se comprueba que la persona sabía o debía saber que el hipervínculo direcciona a un sitio contentivo de obras publicadas sin autorización, por ejemplo por advertencia del mismo titular de los derechos de Propiedad Intelectual, en ese caso si hay una vulneración al derecho de comunicación pública¹⁶⁰.

Igual consideración tuvo respecto de los vínculos que permiten a los usuarios eludir las medidas de restricción adoptadas por el sitio donde se encuentra la obra protegida, y de las situaciones en que el hipervínculo se dispone con ánimo de lucro, pues se espera que quién lo hace, realice las comprobaciones necesarias para asegurarse de que la obra a la que redirecciona el enlace no se ha publicado de manera ilegal, por lo que se presume que la puesta a disposición de ese hipervínculo ha sido con conocimiento de causa, es decir con el conocimiento de la ilegalidad o no de la comunicación de la obra protegida. Por ende, hasta que la presunción no sea enervada, si ese es el caso, se estará ante una vulneración del derecho de comunicación pública.

¹⁵⁹ Aparte 31 de la Sentencia.

¹⁶⁰ Aparates 47 a 52 de la Sentencia

Como conclusión final, se definió que el titular de derechos de autor puede actuar no solo contra el sitio que contiene las obras, sino contra aquel, que con ánimo de lucro ponga a disposición de los internautas un hipervínculo que conduzca a ese sitio, y contra personas que sin ánimo de lucro lo hagan, siempre y cuando sepan o deban haber sabido de la ilegalidad, como cuando han sido advertidas por el propio titular de derechos de autor. Con base en lo anterior, estableció que GS MEDIA explota el sitio GennStill y brindó, con ánimo de lucro, los hipervínculos que llevan a las fotos que dieron pie a la controversia, que estaban en el sitio Filefactory¹⁶¹.

De igual manera se estableció que conforme al acervo probatorio Sanoma no había autorizado la publicación de las obras en Internet, y que GS era consciente de esta circunstancia, por lo tanto si hubo una vulneración al derecho de autor de comunicación pública¹⁶².

3.2.5 Directiva 2019/790

En marzo del año 2019, el parlamento de la Unión Europea aprobó una nueva directiva, con el fin, tal como lo indica el título, de regular el tema de los derechos de Propiedad Intelectual, en el mercado digital.

Es importante destacar, que hubo dos artículos muy controvertidos que generaron no pocos debates, pues como lo veremos, quienes estaban en contra de los mismos alegaban una vulneración del derecho a la Libertad de Expresión, mientras que quienes estaban en favor, decían que se trataba de un avance sin igual en la protección de los creadores.

Bien, los artículos a los que hemos hecho alusión son el 15 y el 17, el primero de estos, se encarga de regular la protección de las publicaciones de los artículos de prensa, mientras que el segundo, establece nuevas responsabilidades para los prestadores de servicios de Internet, cuyas plataformas son utilizadas para compartir contenidos en línea.

¹⁶¹ Aparte 54 de la Sentencia.

¹⁶² *Ibidem*.

Así pues, el artículo 15 dice que las editoriales de publicaciones de prensa, tendrán el derecho de reproducción establecido en el artículo segundo de la directiva 2001/29, así como el derecho a autorizar o no, la puesta a disposición del público de la obra por cualquier medio. Esto quiere decir, que ya no se podrán reproducir y poner a disposición del público, (al menos que haya autorización que seguramente tendrá un valor económico), artículos de prensa, ya sea completos o una porción de estos, por parte de los prestadores de servicios a través de los cuales se comparte información, como Google¹⁶³.

El artículo 17, establece que el compartimiento de contenido en línea constituye un acto de comunicación pública, cuando lo que se comparte son obras protegidas por Propiedad Intelectual y el público puede acceder a ellas. En esa medida, los proveedores de este servicio deben obtener una autorización del titular de las obras, para poder en consecuencia, poner a disposición del público las mismas, por ejemplo, mediante una licencia.

También provee que si se obtiene la autorización, esa autorización debe cubrir todos los actos llevados a cabo por los usuarios, que encuadren dentro del artículo tercero de la directiva 29 de 2001, esto es, poner a disposición del público una obra por cualquier medio, siempre que se haga sin fines comerciales o cuando la actividad no genere ingresos significativos.

Dice que cuando el proveedor de servicios ejecute acto de comunicación pública del contenido descrito en el mismo artículo, la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 14 numeral primero de la directiva 31 de 2003, es decir, aquella que se conoce como puerto seguro, donde los prestadores de servicios de Internet en cuyas plataformas se permite el almacenamiento de datos suministrados por los usuarios, no son responsables de dichos datos siempre y cuando no tenga conocimiento de la ilicitud de la actividad o la información, o, teniéndolo, actúe con prontitud para retirar los datos o bloquee el acceso a los mismos.

¹⁶³ ACOSTA Diego. 2019. “Nueva Directiva sobre Derecho de Autor en el Mercado único Digital” [en línea] <<https://propintel.uexternado.edu.co/nueva-directiva-europea-sobre-derecho-de-autor-en-el-mercado-unico-digital/>> {consulta: 28 septiembre 2019}

Advierte que cuando no haya autorización de por medio, el proveedor de servicios será responsable por actos no autorizados de comunicación pública, a menos que demuestre que hizo su mejor esfuerzo por conseguir dicha autorización, y hecho esfuerzos para asegurar la no disponibilidad de obras específicas cuando los titulares de derechos de autor hayan proveído la información necesaria, y en cualquier evento en que haya recibido notificación de los titulares, para deshabilitar el acceso o remover de sus sitios web las obras respectivas, y hayan hecho esfuerzos para impedir futuras cargas.

Estos artículos se convirtieron en la piedra angular de los debates llevados a cabo durante la discusión y aprobación de la Directiva, dado que en el caso del artículo 15 implica la imposibilidad del acceso a la información, en tanto que el 17 otorga un nuevo papel a los proveedores de servicios de Internet a través de los cuales se comparte información, endilgándoles una responsabilidad que antes no tenían, y adjudicándoles un nuevo deber de diligencia en la consecución de autorizaciones de los titulares de derechos de autor

A continuación, daremos cuenta de las posturas en favor y en contra respecto de los artículos acá mencionados:

3.2.5.1 Posturas en favor del artículo 15

1. Christian Van Thillo, presidente del Consejo de Editores Europeos, quién afirmó que la directiva moderniza los derechos de autor sin vulnerar la innovación digital, pues los editores de prensa tienen un reconocimiento del valor de la misma en la sociedad, y suple la necesidad de una remuneración justa por los usos secundarios de sus creaciones protegidas por el derecho de Propiedad Intelectual¹⁶⁴.
2. Xavier Bouckaert, presidente de la Asociación Europea de Medios de Revista, dijo que los editores de prensa de todos los tamaños, de ahora en adelante

¹⁶⁴ WODECKI Ben 2019 “EU Copyright Directive: A Dark Day For Internet Freedom” [en línea] <https://issuu.com/blackknightmedialtd/docs/ippro_issue_18/s/91984> {consulta: 13 abril 2021}

tendrán el derecho de establecer las condiciones para que otros usen su contenido, lo que a sus ojos constituye una gran ventaja¹⁶⁵.

3.2.5.2 Posturas en contra del artículo 15

1. La fundación Wiki media, dedicada a fomentar la creación y difusión de contenido educativo de manera libre, arguye que el artículo convierte en una talanquera el acceso a la información, ya que en la medida en que las páginas web encargadas de agregar contenido referente a noticias no puedan reproducir porciones de las mismas, se hará más difícil el acceso a dicha información¹⁶⁶.
2. Rhett Jones, escribió en su reporte sobre la directiva y en específico sobre este artículo, que el uso justo se anulará por completo, debido en que las páginas web donde se reproduce contenido de prensa, tampoco reproducirán parodias o usos permitidos dentro del ya mencionado uso justo, pues preferirán no arriesgarse¹⁶⁷.

3.2.5.3 Posturas en favor del artículo 17

1. El cuerpo global de música, IFPI, a través de su director Frances Moore, agradeció a los parlamentarios por sus esfuerzos en aprobar la directiva y conseguir notables implicaciones para la industria de contenido, pues el considerar que las plataformas de contenido ejecutan un acto de comunicación pública, constituye una primicia de dicha industria¹⁶⁸.

¹⁶⁵ VINCENT James 2019 “Europe’s Controversial Overhaul of Online Copyright Receives Final Approval” [en línea] <<https://www.theverge.com/2019/3/26/18280726/europe-copyright-directive>> {consulta: 29 septiembre 2019}

¹⁶⁶ DAVEPORT Allison. 2019. “We do not support the EU Copyright Directive in its current form . Here’s why you shouldn’t either” [en línea] <<https://wikimediafoundation.org/news/2019/02/28/we-do-not-support-the-eu-copyright-directive-in-its-current-form-heres-why-you-shouldnt-either/>> {consulta: 29 septiembre 2019}

¹⁶⁷ JONES Rhett 2019. “A “Dark Day”: Copyright Law That Threatens the Internet as we Know it Passes Final EU Vote” [en línea] <<https://gizmodo.com/a-dark-day-copyright-law-that-threatens-the-internet-a-1833570802>> {consulta: 29 septiembre 2019}

¹⁶⁸ MUSIC:)ALLY. 2019. “MEPs approve European Copyright Directive (including Article 13) – 348 votes to 274”. [en línea] <<https://musically.com/2019/03/26/meps-approve-european-copyright-directive-including-article-13-348-votes-to-274/>> {consulta: 29 septiembre 2019}

2. El cuerpo global de editores de música, ICMP, por medio de uno de los miembros de su junta directiva, Chris Butler, manifestó que con este artículo se asegura un pago justo a los creadores. Agradeció también a los parlamentarios, por darle a la música su justo valor¹⁶⁹.
3. Gadi Oron, directora general de la organización global de gestión colectiva, CISAC, dijo que la Unión Europea había sentado las bases para un ambiente digital más justo, en el cual los autores tendrían una posición más fuerte para negociar tarifas de licencias, cuando las obras fueran usadas por las plataformas de Internet en donde se comparte contenido¹⁷⁰.

3.2.5.4 Posturas en contra del artículo 17

1. La parlamentaria Julia Reda, parlamentaria europea y ex militante del partido pirata alemán, sostuvo que en vez de constituir una ventaja, el artículo en estudio constituye una amenaza a que “se restrinja en sobremanera la disponibilidad de contenidos en Internet”¹⁷¹.
2. Google se pronunció expresando que este artículo conduciría a la inseguridad jurídica y perjudicaría la creatividad en Europa y las economías digitales¹⁷².

3.2.6 Conclusiones respecto del régimen de la Unión Europea en materia de la protección de la propiedad intelectual en internet

Bien, después de haber estudiado los aspectos relevantes de las Directivas que regulan el tema de protección de los derechos de autor en Internet, y los dos casos

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ ACOSTA Diego. 2019. “Nueva Directiva sobre Derecho de Autor en el Mercado único Digital” [en línea] <<https://propintel.uexternado.edu.co/nueva-directiva-europea-sobre-derecho-de-autor-en-el-mercado-unico-digital/>> {consulta: 28 septiembre 2019}

¹⁷² VINCENT James 2019 “Europe’s Controversial Overhaul of Online Copyright Receives Final Approval” [en línea] <<https://www.theverge.com/2019/3/26/18280726/europe-copyright-directive>> {consulta: 29 septiembre 2019}

jurisprudenciales que tocan el tema de los hipervínculos y su vulneración o no al derecho de autor de comunicación, concluimos lo siguiente:

- A. La Directiva 2001/29 definitivamente no se ajustó a las necesidades de Internet en lo que hace al régimen de excepciones en la red, pues resulta en extremo limitante ya que no solo sigue manteniendo el estricto numerus clausus en esta materia, que, según lo vimos en el capítulo anterior, podría atemperarse permitiendo al juez estudiar los casos en particular, sino que como lo expusimos, trae condiciones adicionales; tal es el caso de la copia privada donde se prevé que el autor de cualquier forma debe recibir una compensación económica. ¿Entonces, ante qué excepción estamos? En ese caso nos hallaríamos ante una especie de licencia obligatoria, pero no frente a una excepción como tal, ya que la esencia de estas es que los usuarios, la audiencia, pueda hacer uso de una obra sin autorización del autor, y por supuesto sin tener que compensarlo.

Igualmente, en el caso de la prensa, solo puede reproducir artículos de actualidad, es decir se restringe la posibilidad de reproducir aquellos de carácter histórico, lo cual a nuestro parecer constituye un absurdo, pues una de las ventajas que trae Internet para ejercer la Libertad de Expresión e información es que permite acceder casi a cualquier tipo de información pasada o presente, y precisamente son los investigadores de la prensa quienes por sus conocimientos y trabajo, dan a conocer por este medio sus indagaciones al público.

Por lo tanto, se estaría causando un daño a la audiencia con esta limitante. Ahora bien, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Qué pasa con la audiencia en general? ¿No tiene derecho a beneficiarse de la excepción? ¿O no tiene limitaciones? La regla general en derecho es que las excepciones no admiten extensiones y por ende pareciera que la audiencia en general no puede reproducir artículos de actualidad política o económica.

Por otro lado, sería posible reproducir discursos o extractos de conferencias siempre que la necesidad informativa así lo amerite. ¿Cómo se define esto? La necesidad informativa se presenta siempre, y más en un mundo donde la red permite

reproducir casi que en simultanea lo que se dice en un discurso o en una conferencia, y los internautas pueden seguirlo en tiempo real para opinar de manera inmediata acerca de lo que se está diciendo.

Nos resulta claro que la Directiva se queda corta a la hora de establecer las excepciones y limitaciones a los derechos de autor en Internet, pues tal como lo hemos esbozado hasta acá, no tiene en cuenta la rapidez y la cantidad de información que se puede encontrar en Internet, y la herramienta fundamental que constituye debido a esto para la Libertad de Expresión y de información, y lo que termina haciendo entonces es cercenando ésta última al restringir de manera excesiva las mencionadas excepciones.

Esto se agravó con la Directiva 2019/790, de acuerdo con la cual no se pueden reproducir artículos de prensa, lo que estrechó todavía más el campo de las excepciones a los derechos de autor.

- B. Al quedarse corta en el listado de excepciones, no tuvo en cuenta qué pasa con fenómenos como los enlaces que conducen a sitios que contienen obras protegidas por derechos de autor, y de esta falencia dan cuenta los casos expuestos, ya que el Tribunal tuvo que crear una excepción jurisprudencial en uno de ellos, y en otro limitar esa excepción

Así pues, en el primero de ellos, en el caso Svensson, el Tribunal Europeo, ante el vacío normativo, estableció una excepción jurisprudencial al derecho de comunicación pública. Y decimos que es una excepción porque la Directiva 2001/29 en el numeral 3 del artículo 3 que habla sobre el derecho de comunicación pública y el derecho de distribución, establece que “ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2”. Lo anterior quiere decir que cada comunicación está sujeta a autorización y no se contempla excepción alguna, ni la exigencia de “público nuevo”.

Esta excepción jurisprudencial podría constituir entonces un beneficio a efectos de la balanza entre autores y audiencia, y por ende entre la Propiedad Intelectual y la Libertad de Expresión en Internet, pues como lo habíamos indicado, el acto de poner a

disposición un vínculo en un sitio web, constituye un ejercicio de ésta última, en la medida en que permite compartir información y expresar opiniones.

Sin embargo, con la segunda sentencia estudiada, pareciera anular en alguna medida la libertad concedida con la excepción creada vía judicial, ya que tal como lo explica el abogado Tobias Cohen Jehoram, la presunción de conocimiento abarca no solo a los sitios web que tienen como objetivo principal obtener lucro, si no a las que buscan que su contenido genere soporte financiero (alguna ganancia financiera) objetivo que es compartido por casi la mayoría de estos sitios. Por tanto, casi todos los operadores de sitios web pueden caer en un evento de responsabilidad, cuando postean un hipervínculo¹⁷³. Consecuentemente en aras de evitar un proceso judicial, estos sitios reevaluarán sus procedimientos de retirada de contenido, y deben vigilar de cerca el material de vínculos alojados por terceros, con el fin de revisar la legalidad de los mismos. Se aumenta entonces el grado de responsabilidad, lo que en últimas podría degenerar en una restricción para poder postear un hipervínculo en un sitio web, y convertirse en una limitante a la Libertad de Expresión.

En cualquier caso, con la Directiva de 2019, el concepto alcance y excepciones del derecho de comunicación pública, quedó restringido a lo dicho en la misma, pues la puesta en Internet es tomada como tal, por lo que pareciera que lo dicho por el Tribunal quedó dejado de lado.

- C. En lo que hace a la responsabilidad de los ISP establecida en la directiva 2000/31, entendiendo que solo la hay cuando hay conocimiento efectivo de la información o actividades ilícitas, encontramos que el término "conocimiento efectivo", también puede resultar demasiado vago, de tal manera que serán los jueces los que determinarán cuando se estará frente a conocimiento efectivo. Por ejemplo, ¿bastaría la simple notificación de un titular de derechos de autor o sería preciso esperar una orden judicial? De esto da cuenta el informe sobre Libertad de Expresión e Internet de la

¹⁷³ JEHORAM Tobias.2016. "European Court of Justice: hyperlinks to unauthorized content may infringe copyright" [en línea] 2016. <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/06/article_0007.html>{consulta : 30 septiembre 2019}

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2013, donde se manifiesta lo siguiente.

Esta Directiva ha sido interpretada y aplicada de diversas maneras y en algunos Estados se ha exigido como condición para que se configure el actual knowledge que la notificación provenga de un juez o una autoridad similar, salvo el caso de daño grave e inminente¹⁷⁴.

De acuerdo con esto, y con lo prescrito en la Directiva de marzo 26 de 2019 los usuarios y los ISP se ven sujetos a una especie de inseguridad jurídica, donde será el juez del momento quién determinará con base en su propio criterio si habrá o no responsabilidad, lo que, al igual que vimos anteriormente, puede redundar en una aceleración de los procesos de retirada de contenido para prevenir un consecuente juicio de responsabilidad.

Con esto terminamos el análisis de la regulación en la red de los derechos de autor en la Unión Europea, concluyendo que es precaria en lo que respecta al balance autores-audiencia, al dejar por un lado, un listado en extremo limitado de excepciones a los derechos de Propiedad Intelectual, y por otro, términos muy amplios que pueden generar inseguridad jurídica

3.3 Regulación de los derechos de propiedad intelectual en internet en Chile

Habiendo analizado los avances legislativos en Estados Unidos y la Unión Europea, veremos a continuación cuáles son las normas que se han desarrollado tanto en Chile como en Colombia para regular los derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito específico de Internet.

En Chile, a raíz del tratado de libre comercio suscrito con los Estados Unidos, vigente a partir de enero 1º de 2004, fue necesario modificar numerosos aspectos de la Propiedad Intelectual (Derecho de autor y conexos) vigente con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el mencionado convenio internacional bilateral. En efecto, las partes se comprometían a “proveer incentivos legales para la

¹⁷⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Libertad de Expresión e Internet" 2013. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión e Internet, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. . P 50.

cooperación entre titulares de derechos de autor y proveedores de servicio de Internet, además de limitaciones a la responsabilidad de estos”¹⁷⁵.

Esta reforma legal no se ocupó exclusivamente de la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, sino que además incluyó un listado de excepciones y limitaciones a los Derechos de Autor.

Es así que estudiaremos esta modificación legislativa en dos partes: primero veremos las limitaciones y excepciones para saber si se aprovechó esta oportunidad para regular el tema en el campo digital, y luego, en segundo lugar, nos ocuparemos de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

3.3.1 Excepciones y limitaciones a los derechos de autor

El nuevo texto del artículo 71 de la Ley de Propiedad Intelectual, contempla 19 literales de excepciones y limitaciones que incluyen en términos generales las siguientes:

a. La posibilidad de bibliotecas de reproducir obras que no se encuentren en el mercado para conservarlas cuando estén deterioradas, reproducirlas electrónicamente garantizando que puedan ser copiadas por los usuarios (anotamos que el literal k, que prevé esta posibilidad, dispone que la obra puede ser reproducida electrónicamente para ser consultada por un número razonable de usuarios sin explicar qué significa esto), y traducirlas.

b. Se incluyen excepciones en favor de quienes, por sufrir de alguna discapacidad, no puedan tener acceso a la obra, y la posibilidad de reproducir fragmentos de obras y comunicación de las mismas en institutos educativos.

c. Se incluyó el derecho de cita en el literal b), con fines de crítica, ilustración, enseñanza o investigación, así como el de sátira o parodia en el literal p) y en el q) una excepción denominada usos incidentales¹⁷⁶.

¹⁷⁵ RUÍZ Gallardo Claudio. LARA Gálvez Juan Carlos 2016. “Hacia Una Internet Libre de Censura Propuestas para América Latina”, En: UNIVERSIDAD DE PALERMO. “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) en Relación con el Ejercicio del Derecho a la Libertad de Expresión en Latinoamérica”. Argentina. Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo. P 73.

Sobre esta última excepción es preciso detenernos, ya que de acuerdo con Daniel Álvarez Valenzuela¹⁷⁷, los usos incidentales serían una especie de uso justo.

La excepción, prevista en el literal q) del artículo 71 reza de la siguiente manera: Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental. (Álvarez, 2011, p. 8)

De acuerdo con el autor citado, se trata de una norma basada en el uso justo anglosajón, pero que sin embargo es bastante imprecisa pues no se establece el alcance del término uso incidental.

Consideramos que a pesar de presentar una falencia al no definir el alcance del concepto "usos incidentales", ésta norma, de todas las incluidas como excepción a los Derechos de Autor, es de las pocas que va acorde con el desarrollo tecnológico¹⁷⁸.

Nos explicamos: haciendo el recuento general de las excepciones incorporadas a través de la ley N° 20.435, si bien se trata de un catálogo amplio, no se ocupó del tema en el ámbito digital. Salvo la referencia a la posibilidad de poder acceder al catálogo de las bibliotecas en línea teniendo en cuenta las restricciones antes descritas (artículo 71.k), y la reproducción temporal que se genera en los procesos tecnológicos (artículo 71.o), en general no se tuvo en cuenta este campo. Así, por ejemplo, da cuenta de esta laguna legal el literal n) del artículo 71, donde se establece una excepción al derecho de comunicación, explicando que no se considerará como tal la que se haga dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de

¹⁷⁶ ÁLVAREZ Valenzuela Daniel 2011 “En Busca de Equilibrios Regulatorios. Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor” [en línea] Programa de Innovación, tecnología y Propiedad Intelectual. Diciembre 2011. Documento de Política 12. <<https://www.files.ethz.ch/isn/144826/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>> {consulta: 12 noviembre 2019}

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ “Evidentemente se extrañan más excepciones, pero esta vez vinculadas con los usos de los usuarios en el marco de las nuevas tecnologías” (Ruíz, 2010, párr. 10). RUIZ Gallardo Claudio 2010. Columna: La nueva ley de Propiedad Intelectual en Chile. [en línea] FAYERWAYER. 30 abril 2010.<<https://www.fayerwayer.com/2010/04/columna-la-nueva-ley-de-propiedad-intelectual-en-chile/>> .{consulta: 22 noviembre 2019}

beneficencia, bibliotecas, archivos y museos siempre que se haga sin fines de lucro. Como vemos, ni siquiera se consideró el tema de la comunicación de la obra en Internet, para ampliar la excepción de alguna manera en este campo.

Entonces, la excepción de usos incidentales puede ser una herramienta útil para determinar si hay lugar o no a un uso lícito de una obra, pues teniendo en cuenta la rapidez con que se puede reproducir, distribuir, y comunicar en la red, es preciso contar con un instrumento que permita dilucidar cuál era el fin de éste uso, no es lo mismo que una persona reproduzca una obra con el objetivo de obtener un lucro, a que lo haga para emitir un comentario, expresar su opinión, o con fines académicos. Encontramos que es en un medio de ponderación de intereses, que puede ser especialmente ventajoso en un campo donde, si bien todo ocurre con una gran velocidad, sí es posible saber cuál fue la intención del sujeto que hace uso de la obra, sí ejercer un derecho o simplemente hacer un uso sin justificación perjudicando de esta manera al autor.

Sobre las ventajas de la inclusión de una cláusula abierta como la que estamos estudiando en regímenes que cuentan con un listado de excepciones y limitaciones como el chileno, se ha dicho lo siguiente.

La consecución de un sistema balanceado de derechos de autor radica en darle la misma relevancia tanto a la garantía de protección para autores y titulares, como al derecho que tienen los ciudadanos, las empresas privadas e instituciones de interés público, para acceder y usar contenidos protegidos. (...) este equilibrio se concreta en la inclusión de una cláusula abierta de uso justo (...) esta cláusula no se limita hoy por hoy a regímenes de derecho común sino que también complementa el sistema legal de países de derecho civil, con lo cual el sistema de excepciones y limitaciones se vuelve híbrido¹⁷⁹.

Concluimos entonces, que si bien no se incluyó un sistema de excepciones que considerara el flujo de información de Internet, el literal q) del artículo 71 puede constituir una herramienta que permita a los jueces buscar un equilibrio entre autores y audiencia, por tratarse de una cláusula abierta.

¹⁷⁹ BOTERO Cabrera Carolina, CHÁVES Ivan, 2013. [en línea] <<https://redpatodos.co/blog/wp-content/uploads/2013/05/Comentarios-Proyecto-001-Mayo.pdf>> {consulta: 25 noviembre 2019}

3.3.2 Responsabilidad de los intermediarios de servicios de internet

En el capítulo III de la ley N° 17.336, modificada por la ley N° 20.435, se establecen las condiciones de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, imponiendo unos requisitos generales para tal fin, y adicionando otros, conforme con el servicio prestado,

De acuerdo con lo anterior en el literal o) del artículo 85 se da cuenta de los requisitos generales que debe cumplir un proveedor de servicios de Internet para exonerarse de responsabilidad, entre los cuales se encuentran el haber establecido las condiciones bajo las cuales se puede dar fin a los contratos cuando se trate de contenido calificado como infractor recurrente, no interferir en las medidas tecnológicas de protección, y no haber generado o seleccionado el material

Además de establecer los requisitos de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, la ley chilena prescribe que no tienen un deber de vigilancia, lo que por supuesto constituye una ventaja para el ejercicio de la libertad de expresión, y además representa un equilibrio entre los autores y la audiencia, ya que los ISP (por sus siglas en inglés) no se ven compelidos a retirar material por su propia cuenta para obtener una exoneración de responsabilidad.

Después de enunciar las causales de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, la ley se encarga de dar cuenta de las acciones que puede tomar el titular de derechos de autor que se vea afectado por la infracción de estos, las medidas que pueden tomar los tribunales judiciales, prescribiendo en el literal q) del artículo 85 que los mencionados titulares pueden solicitar medidas judiciales o prejudiciales, que éstas últimas podrán ser decretadas cuando existan razones graves para ello, sin audiencia del proveedor del contenido, previa caución del solicitante.

En el literal r) del artículo 85) indica las medidas que puede tomar el tribunal dependiendo del servicio que se trate, así por ejemplo en el servicio de transmisión se podría bloquear el acceso al contenido, y en el de almacenamiento temporal se puede dar orden de retiro del material.

En el literal u) del artículo 85, determina que los proveedores de servicios de Internet deben comunicar por escrito a los usuarios los avisos que hayan recibido de supuestas infracciones, siempre que en la comunicación que reciban haya un aviso de la infracción, el titular de los derechos de autor o su representante tenga domicilio o residencia en Chile, se identifiquen los derechos supuestamente vulnerados, contenga datos que permitan identificar al usuario infractor. Una vez recibida la comunicación, el proveedor de servicios debe informar al usuario infractor dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Cómo podemos observar del repaso del articulado chileno sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, además del beneficio ya anotado sobre la no obligación de vigilancia de éstos, hay otro punto que representa una gran ventaja para el equilibrio entre los derechos de los titulares de obras protegidas por la Propiedad Intelectual y los usuarios de la Internet, pues todas las medidas que implican un bloqueo de acceso al contenido infractor deben ser tomadas por un tribunal judicial, es decir, hay un respeto al derecho al debido proceso.

Además debe estudiar las razones por las cuales el usuario hizo uso del material protegido (pues es deber del juez analizar si hay una excepción de por medio) evitando de esta forma que la balanza se incline solo hacia un lado.

Llama la atención el literal u) del artículo 85 porque pareciera un literal incompleto, no se entiende bien si la notificación al usuario infractor es con el fin de que sepa que probablemente se va a presentar un proceso judicial para que el contenido sea bloqueado, o si se espera que el usuario remueva el contenido antes de tal proceso, en fin, es un artículo que no trae ninguna consecuencia legal.

Terminaremos este acápite estudiando las observaciones que ha generado la ley estudiada:

1. La abogada Adriana González López hace las siguientes reflexiones sobre la reforma¹⁸⁰.

¹⁸⁰ GONZÁLES López Adriana 2011. "Responsabilidad de los ISP en la Propiedad Intelectual Chilena". [en línea] RevistaElderechoinformatico.com. 2011. edición número 8
<http://www.elderechoinformatico.com/index.php?option=com_content&view=article&id=703:responsabilidad-de-los-isp-en-la-propiedad-intelectual-chilena-por-adriana-gonzalez&catid=85:articulos&Itemid=107> {consulta: 01 diciembre 2019}

- A. Considera que debe establecerse con claridad los supuestos sobre los cuales se deben tomar las medidas por parte del tribunal competente, y que debería especificarse que prevalecen la libertad de expresión y la presunción de inocencia en los procesos que regula la ley.
 - B. En los procesos debe estudiarse cuál es la intención del infractor, y no se debe asumir que la misma obedece a móviles económicos.
 - C. Dice que es preciso un organismo especializado en la materia, que vele no sólo por los derechos de Propiedad Intelectual, sino por los derechos de los usuarios.
2. Rodrigo Vargas dijo lo siguiente¹⁸¹.
- A. La ley no es clara en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que no se precisa si solo se refiere a prestadores de servicios de Internet o incluye otras redes similares como intranet¹⁸².

Dice el autor que se debe tener en cuenta las demoras propias de los procesos civiles en Chile, producto de la alta cantidad de expedientes, lo que afectará los intereses de los titulares de los Derechos de Autor.

3. El profesor Santiago Schuster, concluyó lo siguiente sobre el régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet¹⁸³.
- A. En cuanto al procedimiento de aviso de infracción de derechos de autor dijo que el primer problema que se enfrenta es cuando se considera que el proveedor ha sido avisado. En principio afirmó, se recurriría a la experiencia estadounidense, donde basta el aviso de la víctima, y el ISP (por sus siglas en inglés) frente a ese aviso puede bajar los contenidos

¹⁸¹ VARGAS Acosta Rodrigo. 2016. "Responsabilidad de intermediarios por infracciones a los derechos de autor en Chile, Paraguay y Costa Rica: un análisis desde la libertad de expresión"[en línea] Revista Chilena de Derecho y Tecnología, volumen 5(1): <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/41782> {consulta: 07 diciembre 2019}

¹⁸² Intranet es una red privada que está contenida dentro de una empresa, organización o institución. Puede consistir en varias redes de área local interconectadas que utilizan una línea para acceder a una red de área amplia. El objetivo principal de una intranet es compartir información de la empresa y los recursos informáticos entre los empleados. Una intranet también se puede utilizar para facilitar el trabajo en grupo y para teleconferencias (Portal Cavis, s.f., párr. 1).

¹⁸³ Esta opinión fue emitida dentro del seminario denominado "Quo Vadis Derechos de autor" realizado los días 19 y 20 de marzo de 2015 en Bogotá por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

sin responsabilidad frente a quien sube el contenido. En Chile, se estableció que la notificación no debe ser administrativa, ni debe ser hecha por la propia víctima, sino que debe ser judicial. La primera observación entonces, es que un proceso como mecanismo de notificación propio del siglo XIX se aplica al siglo XXI, es decir que la víctima tiene que ir al procedimiento de notificación de una demanda propia de un proceso ejecutivo.

- B. Anotó que hay un mecanismo que se conoce como la cláusula del “buen samaritano”, donde el ISP de buena fe, cuando tiene antecedentes sobre la existencia de una infracción en la red digital que él administra, puede bajar el contenido sin verse expuesto a responsabilidad. Lo que hacen los titulares es someterse a la buena voluntad del ISP al notificarle directamente que existe una infracción, y ese ISP le da aplicación a la cláusula del “buen samaritano”. El legislador chileno dijo, sustituyó la norma del “buen samaritano”, estableciendo que si el proveedor recibe una notificación de un usuario sobre la ocurrencia de una actividad ilícita de un tercero suscriptor, el ISP está obligado a notificarle a ese tercero, pero eso no tiene ningún efecto jurídico, ninguna consecuencia, eso es solo un aviso.

Como lo dijimos, con esto finalizamos el estudio de la ley chilena, no sin antes anotar que la afirmación de Adriana Gonzáles en cuanto a que la ley debería especificar que prevalece la Libertad de Expresión podría resultar en un desequilibrio entre autores y audiencia, es decir, sí se estableciera de ese modo estaríamos ante una norma que no permitiría balancear al juez los derechos de los autores con los de los usuarios, por lo que consideramos que sería prudente establecer una cláusula en el sentido de guiar al juez para que sopesa si se está ante un evento de libertad de expresión, si la única alternativa para ejercerlo era haciendo uso de una obra etc.; evitando así caer en el desequilibrio.

3.4 Regulación colombiana de los derechos de propiedad intelectual en internet

En Colombia hasta el año 2018 no hubo una legislación que regule el tema de la protección de los derechos derivados de la Propiedad Intelectual en Internet. Antes de la ley 1915 de ese año hubo varios proyectos de ley que tenían esa finalidad pero que fracasaron por razones distintas, a los que se les conoce como "Ley Lleras"¹⁸⁴

El primer proyecto de ley denominado "Ley Lleras 1" fue presentado en 2011 con el número 241, y su objetivo era dar cumplimiento al Tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos. Su propósito era específico: creación de puertos seguros, que como vimos, se trata de un procedimiento para darle a los intermediarios de Internet la seguridad de no incurrir en responsabilidad cuando un usuario está cometiendo una infracción al Derecho de Autor¹⁸⁵.

Para establecer ese puerto seguro contemplaba entre otras cosas que quién observara que estaban siendo infringidos los derechos de autor respecto de una obra, podía solicitarle al prestador de servicios de Internet el bloqueo y posterior descarga del material, sin intervención judicial (artículo 9 al 16 del proyecto).

Una vez cumplidos los requisitos que exigía la ley, el proveedor de servicios debía tomar una decisión al respecto. Este procedimiento exoneraba a los prestadores del servicio de Internet de cualquier responsabilidad por infracción a los derechos de Propiedad Intelectual. Así mismo, se contemplaba que dentro de las 72 horas siguientes al recibo del reclamo, el proveedor debía enviar la información a sus usuarios, anunciando cuales eran los antecedentes del caso. Los usuarios entonces podían solicitar el restablecimiento del material cumpliendo una serie de requisitos. Si este era el caso, el autor podía acudir ante el juez competente, quien decidiría si el material debía ser retirado definitivamente.

La gran crítica a este proyecto de ley consistía en que los prestadores de servicio de Internet iban a tener función de juez y de parte y por lo tanto iban a buscar

¹⁸⁴ El primer proyecto se denominó Ley Lleras por el apellido de su autor, el entonces ministro del interior Germán Vargas Lleras, de ahí en adelante, cada proyecto es conocido con ese nombre, pero se le asigna un número dependiendo del orden en el que fue presentado.

¹⁸⁵ BOTERO Carolina. (2016). "1er Comentarón Ley Lleras 5"[en línea]<https://www.youtube.com/watch?v=Wh_FCm3C9Ug> {consulta: 10 enero 2020}

exonerarse de responsabilidad, a la vez que, podía ser muy fácil bloquear el acceso a información arguyendo que había una violación de derechos de autor, logrando así el bloqueo del material y haciendo nugatorio el acceso a la misma¹⁸⁶.

Esta ley no se fue aprobada por el Congreso Colombiano por problemas más de forma que de fondo.

Más adelante en el año 2012 el gobierno presentó un nuevo proyecto de ley, el 201 de ese año, que después se convirtió en el 1521 porque el gobierno lo retiró para después volverlo a presentar, que fue llamado "Ley Lleras 2."

La ley tenía la misma finalidad de la de 2011, acoplar la legislación sobre Propiedad Intelectual al TLC firmado entre Colombia y Estados Unidos, pero su contenido era distinto. Regulaba la responsabilidad civil y penal de quienes violaran derechos de autor (4 a 8 años de pena privativa de la libertad, se ampliaban plazos de protección de los Derechos de Autor, y se contemplaban restricciones a la retransmisión de programas de televisión por Internet, lo que fue considerado por el senador Jorge Enrique Robledo inconstitucional y por esa razón la demandó; la directora de la fundación Karisma, Carolina Botero, quién en la demanda de inconstitucionalidad fue la encargada de la intervención ciudadana, la calificó como un atentado a la libertad de expresión ya que uno de los medios de información de la población es precisamente Internet.

Finalmente la ley fue declarada inconstitucional por vicios de forma por la Corte Constitucional Colombiana.

En ese mismo año, 2012, se presentó el proyecto de ley 001 hoy conocido como Ley Lleras 3, que contenía una serie de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, pero contenía restricciones que se consideraron demasiado amplias para la excepción de parodia, y la ley no fue aprobada¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Entre sus críticos estuvo la fundación Karisma, dedicada esta a la defensa de derechos civiles en internet en Colombia.

¹⁸⁷ TORO Juan José 2016. "Se viene la nueva Ley Lleras: expertos nos explican por qué debe preocuparnos" [en línea] <https://www.vice.com/es_co/article/zn9jx8/se-viene-la-nueva-ley-lleras-expertos-nos-explican-por-qu-debe-preocuparnos.> {consulta: 10 enero 2020}

En el año 2013 se presentó de nuevo la de 2012 (la Ley Lleras 2), se llamó Ley Lleras 4, y fue objeto de crítica por cumplir el TLC solo copiando, se dijo que el gobierno no podía limitarse a copiar porque continuaba el desbalance que hay entre autores y sociedad, eso cala, y el Ministerio encargado abrió mesas de trabajo para conversar con diferentes sectores de, la sociedad, pero no se siguió adelante con el proyecto en ese momento sino que se suspendió hasta el año 2016, año en que se dio a conocer las reformas hechas por el gobierno al proyecto de 2013 y abrió la puerta para que los ciudadanos dieran sus opiniones y críticas al mismo (septiembre de 2016). Finalmente se aprobó la ley 1915 de 2018

La ley 1915, trae la definición y regulación de medidas tecnológicas de protección, aumento de los plazos de protección de los derechos de Propiedad Intelectual de personas jurídicas, y excepciones y limitaciones en favor de bibliotecas, archivos e instituciones educativas¹⁸⁸.

En este aparte estudiaremos lo relacionado con las excepciones a los Derechos de Autor que trae la ley, así como lo atinente a las medidas de protección tecnológica, por el impacto que pueden tener estos dos temas en relación con el derecho de Libertad de Expresión, tal como lo hemos venido analizando a lo largo del presente escrito.

3.4.1 Excepciones a los derechos de autor

En el artículo 16 de la ley, se establecen cinco excepciones, dos de ellas atinentes a bibliotecas, otra referida a la reproducción temporal electrónica, una más destinada a la enseñanza, y finalmente una que específicamente permite transformar obras que han sido divulgadas, con fines de parodia o caricatura siempre que no haya lugar a confusión con la obra original, lo que vale la pena resaltar en la medida en que en Colombia no había excepción alguna que contemplara la parodia, lo que sin duda, constituye una validación del ejercicio de la Libertad de Expresión mediante este instrumento.

¹⁸⁸ RAMÍREZ Ordoñez David. 2016."Comentarios al proyecto de ley de derecho de autor de 2016. *Fundación Nomono*." [en línea]< <http://blog.nomono.co/2016/09/27/comentarios-al-proyecto-de-ley-de-derecho-de-autor-de-2016/>> {consulta: 11 enero 2019}

No obstante, como vemos, se trata de la inclusión de solo cinco excepciones que dejan en el aire qué pasa, por ejemplo, con el alcance del derecho de comunicación pública en Internet (cuando se entiende que hay comunicación pública), o qué ocurre con el ejercicio de la Libertad de Expresión en la red a través de la reproducción y/o distribución de obras protegidas aprovechando de paso para regular excepciones que hoy en día no están contempladas como tal en nuestro ordenamiento jurídico como los casos en que se comparte para que la comunidad académica de cuenta de nuevas investigaciones científicas. Es decir, no hay una regulación que se preocupe realmente por el alcance de las limitaciones a los derechos de autor en Internet, sino que al contrario, se queda corta al pronunciarse solo sobre en unos pocos eventos, donde solo la reproducción temporal electrónica se ocupa de la regulación de una excepción del derecho reproducción en la red.

A continuación, veremos las críticas que ha suscitado este artículo, anotando que las mismas se hicieron cuando la ley todavía no había sido sancionada:

1. Sobre este tema el colectivo de organizaciones e individuos de la sociedad civil denominado "RedPa Todos", anotó lo siguiente¹⁸⁹.
 - A. No se resta mérito a la intención de actualizar a contextos digitales las limitaciones al derecho de autor, sin embargo el esfuerzo no fue suficiente al incluir solo la llamada excepción de copia temporal fijada en literal a) del artículo en mención del proyecto.
 - B. En relación con la excepción consagrada en el literal b) es necesario consagrar una cláusula abierta para permitir el préstamo público en bibliotecas, no tiene sentido que se restrinja la excepción exigiendo que no haya lucro ni directo ni indirecto.

¹⁸⁹ BOTERO Cabrera Carolina, GÓMEZ Padilla Oscar Daniel, PUELLO Camilo, GUZMÁN Luisa Fernanda, ARDILLA Maria Elisa, GOMÉZ Manuel J, MEJÍA Carolina, NARVAEZ Cristina. 2016. "Comentarios jurídicos al Proyecto de ley "Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos"". *RedPaTodos*. [en línea] <https://redpatodos.co>. {consulta: 11 enero 2020}

- C. Igualmente, la restricción del propósito asignada a la excepción c tampoco tiene sentido en las bibliotecas puesto que muchas de ellas se ocupan del propósito de recreación.
2. Por su parte, María Juliana Soto dijo lo siguiente¹⁹⁰.

En esta línea, el texto presentado por el gobierno incluye 3 excepciones (dos para bibliotecas y la de copia temporal) que resultan insuficientes para los problemas del presente. Como ya lo mencionamos, esta nueva reforma ni siquiera está mejorando la situación actual y su mirada sigue siendo bastante estrecha frente a los entornos digitales.

En su momento el colectivo RedPA Todos y la fundación Karisma, propusieron la inclusión de una cláusula de uso justo, pero donde se fijaran categorías de excepciones específicas, tales como temas relacionados con la educación, material de investigación o estudio privado, críticas o comentarios a reportajes actuales, parodia, copias temporales e incidentales. Una vez establecidas las categorías el juez tendría unos factores para considerar si se está dentro de las categorías, éstos serían: a. Naturaleza de la obra. b. El fin con el que se usa. c. Como fue obtenida. d. Porcentaje utilizado¹⁹¹.

Si bien esta sugerencia no fue acogida, no es un sistema con el que estamos de acuerdo, ya que seguiríamos teniendo la misma falencia en casos que no se encuadren en las mencionadas categorías. Así por ejemplo, en el caso del ejercicio de Libertad de Expresión, no siempre se tratará de críticas o comentarios sobre reportajes actuales, o de parodia, entonces lo que no se hace cumpliendo esas condiciones no entraría dentro de la categoría y por tanto se estaría frente a una infracción de derechos de autor, podría pensarse entonces en categorías más abiertas que den cabida a otros

¹⁹⁰ SOTO María Juliana 2015. “Colombia merece una reforma integral al derecho de autor. *Fundación Karisma.*” [en línea] <<http://karisma.org.co/colombia-merece-una-reforma-integral-al-derecho-de-autor/?utm.>> {consulta: 12 enero 2020}

¹⁹¹ HERNANDEZ Mónica, MADRID Berroterán Luis Ángel, .2016. “La Regulación de las excepciones al derecho de autor: la inclusión de uso justo en Colombia” [en línea] [https://karisma.org.co/descargar/dokumento-4-la-regulacion-de-las-excepciones-al-derecho-de-autor-la-inclusion-de-uso-justo-en-colombia/.](https://karisma.org.co/descargar/dokumento-4-la-regulacion-de-las-excepciones-al-derecho-de-autor-la-inclusion-de-uso-justo-en-colombia/) {consulta: 28 abril 2019}

eventos o situaciones, dándole así al juez más flexibilidad a la hora de determinar si el usuario está o no dentro de una excepción a los Derechos de Autor.

Consideramos entonces, que efectivamente la ley no cubre la necesidad de actualizar la regulación de las excepciones a los derechos de autor en el ámbito de Internet, pues se hace necesario incluir excepciones que den cuenta de la facilidad con que se reproduce distribuyen y comunican obras en este campo, es decir que busquen un equilibrio entre los derechos de autor y el uso y facilidad que ha brindado Internet a la sociedad para comunicarse, acceder a información, expresarse, etc.

3.4.2 Medidas tecnológicas de protección

El artículo doce de la ley, define las medidas tecnológicas de protección como "cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados."

En el mismo artículo, se prescribe que incurrirá en responsabilidad civil quién eluda las medidas tecnológicas de protección de acceso a una obra, o que tenga como finalidad proteger cualquier derecho de autor. Así mismo, incurrirá en responsabilidad, quien fabrique, importe, ofrezca al público o suministre o comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca servicios que sean promocionados con el fin de eludir una medida, tengan un uso limitado diferente al de elusión de la medida, sean diseñados para ese fin.

En el artículo trece, se establecen las excepciones a la responsabilidad consagrada en el primer aparte, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a. Actividades de buena fe no infractoras de ingeniería inversa realizadas a la copia de un programa de computación obtenida legalmente, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas, o para corregir la seguridad de una computadora, o para evitar la recolección de datos no divulgados de personas naturales.

b. Acceso por parte de bibliotecas y archivos para decidir sobre posibles adquisiciones.

c. Usos no infractores, amparados por una limitación o excepción, teniendo en cuenta la existencia de evidencia sustancial de un impacto adverso real o potencial en aquellos usos no infractores.

Como se puede observar, no solamente se regula lo atinente a las medidas de protección de acceso a una obra sino a las que limitan el uso de las mismas, es decir, se está dando una protección bastante amplia a los autores que utilizan dichas medidas, pues cuando hablamos de uso entramos en el terreno de las excepciones y limitaciones a los derechos de autores, que se podrían ver mermadas por cuenta de las medidas tecnológicas de protección.

Aun cuando pareciera que la excepción de usos no infractores busca un equilibrio entre medidas que limitan el uso de una obra y las excepciones a los derechos de autor, sin embargo no nos parece que ese objetivo se alcance ya que al hacerse un uso en principio legitimado por la ley, de acuerdo con el proyecto se debe tener en una evidencia sustancial del impacto adverso real o potencial de la medida, es decir, que hay una carga extra para el usuario, ya que no solo debe justificar que el uso es legítimo, sino que la medida significaba un impacto al mismo, razón por la cual la eludió.

Finalmente, la ley dentro de la excepción que hace referencia a los usos no infractores, dice que el gobierno a través de la Dirección Nacional de Derechos de Autor cada tres años hará una revisión para determinar la necesidad de emitir un concepto en donde se consagren los usos no infractores objeto de la excepción. Esto resulta bastante confuso, pues pareciera que una unidad administrativa tiene la facultad para reemplazar la ley en lo atinente a las excepciones a los derechos de autor, pudiendo excluir algunas de estas, lo que sin duda sería perjudicial para el usuario.

Concluimos que la ley en Colombia tiene que revisarse nuevamente, incluyendo nuevas cláusulas que clarifiquen el camino para determinar cuáles serían las excepciones y limitaciones de los Derechos de Autor en Internet, y cuáles serían las herramientas para que estas sean protegidas cuando hay medidas tecnológicas de por medio.

Así terminamos el capítulo referente a la regulación de los derechos de autor en Internet, qué nos servirá de base a la hora de estudiar y analizar cuál es la relación de estos derechos con la Libertad de Expresión.

4 Libertad de expresión

En el presente capítulo nos dedicaremos a estudiar la definición y protección que se le ha otorgado a la Libertad de Expresión en las regiones geográficas a los que

hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo y observar cuál es su relación con los derechos de autor para, consecuentemente, analizar las posibles soluciones a eventuales conflictos que se presenten entre dicha libertad y la Propiedad Intelectual, ya que como lo hemos reiterado, dependiendo del sistema en que nos encontremos esta solución puede cambiar.

Conforme con lo anterior, en primer lugar veremos el alcance y definición de la Libertad de Expresión en Estados Unidos, luego de lo cual continuaremos con su estudio en la Unión Europea, y terminaremos con Colombia y Chile.

4.1 Libertad de expresión en Estados Unidos

El derecho de Libertad de Expresión en Estados Unidos está consagrado en la primera enmienda hecha a la constitución de dicho país en 1791.

El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios¹⁹².

Como podemos observar, la primera enmienda no trae una definición precisa de lo que significa la Libertad de Expresión y ha sido la jurisprudencia la que ha efectuado su desarrollo conceptual y alcance. Este proceso de la Libertad de Expresión ha descansado sobre cuatro argumentos básicos¹⁹³.

1. La Libertad de Expresión como un aspecto de la autodeterminación

De acuerdo con esta premisa, la libertad de expresión es un aspecto integral del derecho de cada individuo al autodesarrollo. Esto redundaría en que las restricciones en lo que se nos permite decir, escribir, oír o leer inhibe nuestra personalidad¹⁹⁴.

¹⁹² traducción recogida de: PRESNO Linera Miguel Ángel, TERUEL Lozano Germán M. 2017 "La Libertad de Expresión en América y Europa" Lisboa. Colección de Derecho Constitucional, Editorial Juruá. P 20

¹⁹³ PRESNO Linera Miguel Ángel, TERUEL Lozano Germán M. 2017."La Libertad de Expresión en América y Europa". Lisboa. Colección de Derecho Constitucional, Editorial Juruá. P 21.

¹⁹⁴ BARENDT Eric 2007. "Freedom of Speech". Inglaterra. Oxford University Press, P13

2. La Libertad de Expresión cómo una herramienta de la participación democrática

De acuerdo con esto, la enmienda representa el compromiso del país con el gobierno representativo¹⁹⁵. Se trata entonces del libre flujo de ideas entre los ciudadanos para después de forjarse una opinión, y haber accedido a la información necesaria, puedan escoger a sus gobernantes¹⁹⁶.

3. La Libertad de Expresión como elemento para descubrir la verdad

Si la Libertad de Expresión se ve restringida, se impide a la sociedad acceder a la publicación y comprobación de hechos precisos y opiniones valiosas. En cambio, si hay una discusión abierta se puede erradicar todos aquellos discursos falsos, y es más probable que la verdad prevalezca¹⁹⁷.

4. La Libertad de Expresión es necesaria para mantener un consenso

De acuerdo con este argumento, es necesario el intercambio de ideas para que la sociedad esté informada con el fin de que las decisiones que tome estén justificadas. Es decir, para que las decisiones sean tomadas con pleno conocimiento. Es de aclarar que a diferencia del argumento democrático no se trataría de expresiones meramente políticas, sino de todo aquello en que hay decisiones que afectan la colectividad¹⁹⁸.

La jurisprudencia estadounidense entonces, con base en estas premisas ha desarrollado a lo largo del tiempo el concepto de este derecho prácticamente sin guía de la Constitución¹⁹⁹, y en ese devenir, se han sentado las bases del tratamiento que

¹⁹⁵ PRESNO, TERUEL Op.cit;.P 24

¹⁹⁶ Ibídem

¹⁹⁷ Ibídem.

¹⁹⁸ PRESNO, Op.cit; P 23

¹⁹⁹ BARENDT Op.cit; P 14

se le debe dar a esta libertad, prohibiendo la censura previa, estableciendo un test de proporcionalidad que da cuenta de cuando una restricción está justificada, pronunciándose sobre los discursos de odio, hasta fallar casos sobre su ejercicio en el ámbito específico de Internet.

Nos pronunciaremos brevemente sobre estos puntos (prohibición de censura previa, test de proporcionalidad, discursos de odio, y su protección en Internet) para, como lo hemos venido diciendo, entender el alcance de la protección de este derecho en Estados Unidos.

4.1.1 Censura previa

La prohibición de censura previa en lo que hace a la Libertad de Expresión, se refiere a la imposibilidad de restringir su ejercicio a través de cualquier medio de comunicación, con anterioridad a que la idea sea expresada²⁰⁰.

El desarrollo de esta prohibición en Estados Unidos se hizo a través de casos que involucraban la prensa. Así por ejemplo, en 1931 en el asunto *Near v. Minnesota*, se resolvió el siguiente conflicto: En el Estado de Minnesota, existía una ley que prescribía que en el negocio de publicaciones quién hiciera divulgaciones maliciosas, escandalosas y difamatorias, era culpable de "molestia" y autorizaba al Estado a tomar medidas sancionatorias, a menos que se demostrara que las afirmaciones fueran verdaderas²⁰¹.

En este contexto, un periódico llamado "The Saturday Press", en cabeza de J.M Near, empezó a afirmar que "el jefe de la policía tenía relaciones ilícitas con gánsteres"²⁰². De igual manera criticaba a otros personajes públicos, razón por la cual, estos presentaron una demanda contra el periódico, invocando la ley ya mencionada.

²⁰⁰ LA GUÍA. 2009. "Censura Previa". [en línea] <<https://derecho.laguia2000.com/parte-general/censura-previa>> {consulta: 20 marzo 2020}

²⁰¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/case.html>.

²⁰² Re: JUSTIA US Supreme Court. "Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931) [en línea] <<https://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-sullivan/freedom-of-speech-how-government-restricts-speech-modes-of-abridgment-and-standards-of-review/near-v-minnesota-3/>> {consulta: 21 marzo 2020}

El juez que conoció del caso, Matthias Baldwin²⁰³ emitió una orden eliminando el periódico²⁰⁴.

Una vez el caso llegó al Tribunal Supremo se declaró la ley de Minnesota Inconstitucional por considerar que se debía salvaguardar a la prensa de la censura previa, ya que lo contrario sería permitir que mediante la ley se determinara el alcance del ejercicio de la libertad de expresión, lo que derivaría en un paso a un sistema completo de censura. Entonces, el reconocimiento de la autoridad para imponer restricciones previas a la publicación con el fin de proteger a la comunidad contra la circulación de acusaciones de mala conducta, necesariamente conlleva a la admisión de la censura.

Este caso fue emblemático para decantar lo que se conoce como prohibición de censura previa. Más adelante, ya en 1964, hubo otro caso muy importante que afianzó lo dicho en *Near v Minnesota*, que fue el del *New York Times v Sullivan*, donde el señor Sullivan demandó al periódico por las críticas que se hicieron dentro de este, respecto del comportamiento del cuerpo de policía durante las manifestaciones de la ciudadanía en favor de los derechos civiles (movimiento liderado por Martin Luther King Jr.) en Alabama²⁰⁵.

Al ser el señor Sullivan el responsable de la policía en ese momento, demandó al periódico por daños a su reputación, consiguiendo que se le reconocieran 50.000 dólares a título de indemnización, pues en efecto, algunas de las afirmaciones hechas por el periódico fueron encontradas falsas²⁰⁶.

Una vez llegó el caso a la Corte Suprema, la misma decidió que la sentencia que otorgaba la indemnización al señor Sullivan debía ser revocada, pues dentro de la

²⁰³ PRESNO TERUEL Op.cit; P 29

²⁰⁴ CASEBRIEFS. “Near v. Minnesota” [en línea]: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-sullivan/freedom-of-speech-how-government-restricts-speech-modes-of-abridgment-and-standards-of-review/near-v-minnesota-3> > {consulta: 21 marzo 2020}

²⁰⁵ AYUSO Miguel 2016. "El caso "Libertad de Expresión y Derecho a la Información en el Constitucionalismo Europeo" [en línea] FUNDACIÓN SPEIRO. .2016. NÚMERO 547-548:SERIE LIV. " Recuperado de la página web: <<https://fundacionspeiro.org/revista-verbo/2016/547-548/documento-151> > {consulta: 14 abril 2021}

²⁰⁶ PRESNO, TERUEL Op.cit; P 44.

protección de la Libertad de Expresión se encontraban incluidas las expresiones difamatorias²⁰⁷.

Igualmente dijo que la amenaza de sanción pecuniaria en caso de afirmaciones difamatorias constituía un sesgo a la Libertad de Expresión, por tanto declaró inconstitucionales las leyes en las cuales se había basado la indemnización obtenida por el señor Sullivan²⁰⁸.

Finalmente concluyó que un funcionario público solo puede demandar por difamación, cuando se pruebe que hubo una manifiesta mala fe en la publicación de la noticia falsa porque en el ejercicio de la Libertad de Expresión los errores son inevitables y estos no pueden ser castigados restringiendo el ejercicio de la misma, mediante amenazas sancionatorias.

Tenemos pues, que la jurisprudencia en Estados Unidos en la protección de la Libertad de Expresión respecto de la censura previa ha sido contundente, impidiéndola incluso en casos de difamación, ya que tal como lo expresó el Juez Brennan, en la Corte Suprema de ese país a propósito del caso *New York Times v Sullivan*, la protección a la Libertad de Expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas²⁰⁹.

4.1.2 Test de peligro claro y presente (Clear and Present Danger Test)

El test de peligro claro y presente, fue elaborado por el juez Oliver Holmes a raíz del juzgamiento del caso *Schenck v. Estados Unidos* de 3 marzo de 1919²¹⁰. En el mismo, se decidía si la ley de espionaje de julio de 1917 era constitucional, con ocasión de la repartición del proyecto de ley de conscripción hecha por Schenck a los reclutas militares, donde los compelia a ejecutar acciones pacíficas en contra de la mencionada Acta de Conscripción. Debido a esto, Schenck fue acusado de violar la ley de espionaje

²⁰⁷ AYUSO, Op.cit.

²⁰⁸ PRESNO TERUEL Op.cit; P 45.

²⁰⁹ AYUSO, Op.cit.

²¹⁰ PRESNO , TERUEL Op.cit; P 33

(que prohibía la interferencia con operaciones militares y reclutamiento), y atentar contra el reclutamiento en Estados Unidos²¹¹.

En el fallo, Holmes afirmó que la cuestión en todos los casos es si las palabras usadas son utilizadas en qué circunstancias, y son de tal naturaleza que crean un daño claro y presente que pueden resultar en los daños que el Congreso tiene el derecho a prevenir²¹². Esto redundó en que se consideró que la ley de espionaje era constitucional, ya que “si las palabras y su posible resultado estaban en un mismo plano, no se podía decir que era necesario alcanzar el fin para que el comportamiento fuera punible”²¹³. Lo anterior quiere decir que si bien se usó la expresión peligro claro e inminente, su concepto no se desarrolló.

Posteriormente, en el caso *Gitlow v. Nueva York* de 1925, donde el señor Gitlow fue perseguido por repartir copias de un manifiesto de izquierda que llamaba al establecimiento del socialismo a través de acciones de clase llevadas a cabo de cualquier manera. Gitlow fue condenado por el delito de anarquía criminal, por intentar derrocar al gobierno²¹⁴. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema al considerar que la ley puede prohibir los discursos que pueden resultar peligrosos. Sin embargo, el juez Holmes emitió una opinión disidente, diciendo que "el manifiesto de Gitlow no tenía gran audiencia, por tanto no había un daño presente de un intento de derrocamiento del gobierno de parte de una minoría." "Consideró el manifiesto como una incitación, pero afirmó que toda idea lo es". Es decir, en ese caso no había un peligro real e inminente de que las palabras dieran ese resultado²¹⁵.

Este test se ratificó posteriormente en otros fallos, dando lugar a una fórmula en que las expresiones no pueden ser castigadas, aun cuando sean calificadas de

²¹¹ OYEZ ; « *Schenck v. United States* » [en línea] <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/249us47>> {consulta: 23 marzo 2020}

²¹² *Ibidem*.

²¹³ PRESNO , TERUEL Op.cit;.P 33

²¹⁴ OYEZ “*Gitlow v. New York*” [en línea] <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/268us652>> {consulta: 23 marzo 2020}

²¹⁵ SCHMOOP. “The Clear and Present Dangerous Test”. [en línea] <<https://www.shmoop.com/free-speech/clear-and-present-danger-test.html>> {consuta: 25 marzo 2020}

incitadoras, si no hay un peligro inminente, es decir, si no hay un riesgo inmediato de concreción del daño posible que pueden causar dichas expresiones²¹⁶.

Por último, es preciso advertir que este test que, como lo hemos dicho, ha sido constantemente ratificado, estuvo a punto de ser restringido por una ley conocida como Shield Bill²¹⁷ introducida en el congreso estadounidense en el año 2011 como respuesta a las filtraciones del sitio web WikiLeaks²¹⁸.

El proyecto de ley buscaba sancionar a quienes voluntariamente diseminaran información clasificada respecto de actividades de inteligencia de Estados Unidos, que en cualquier manera pudiera resultar perjudicial para la seguridad o el interés de ese país, y a quienes la reprodujeran aun cuando ya había sido filtrada por un tercero²¹⁹.

La ley fue criticada por la prensa²²⁰ por tratarse de una norma que obviaba el test de daño claro y presente ya que sancionaba a quienes publicaran información después de que esta ya había sido filtrada, sin limitar la sanción a situaciones donde la diseminación de la información supusiera un daño claro y presente o un daño grave a la nación²²¹. También fue criticada porque las razones para mantener como confidencial una información pueden ser tan variadas que pueden ir desde una preocupación legítima hasta una cuestión de carácter ilegal, por tanto se hacía necesario mantener el estándar del daño claro y presente para proteger la libertad consagrada en la Primera Enmienda. También se dijo que se sancionaba en demasía a quienes diseminaran información sacrificando el debate público y por tanto la Libertad de Expresión.

La ley finalmente nunca fue aprobada²²², pero este debate nos da una muestra de la importancia que representa para los estadounidenses el mantenimiento de esta

²¹⁶ PRESNO, TERUEL Op.cit; P 37.

²¹⁷ Securing Human Intelligence and Enforcing Lawfull Dissemination.

²¹⁸ Se trata de un sitio web fundado por Julián Assange, especializado en filtrar información secreta. Entre sus filtraciones más conocidas, están aquellas relacionadas con la inteligencia de Estados Unidos y la guerra en Afganistán, hechas en el año 2010 (CNN Español, 2016).

²¹⁹ STONE Geoffrey 2011. “A Clear Danger to Free Speech” [en línea] The New York Times. 3 de enero de 2011. <<http://www.nytimes.com/2011/01/04/opinion/04stone.html>> {consulta 25 marzo 2020}

²²⁰ Entre otros medios, el Washington post y el New York Times (The Washington Post Company, 2010).

²²¹ STONE Geoffrey 2011. “A Clear Danger to Free Speech” [en línea] The New York Times. 3 de enero de 2011. <<http://www.nytimes.com/2011/01/04/opinion/04stone.html>> {consulta 25 marzo 2020}

²²² CONGRESS.GOV 2012. “All Information (Except text) for H.R 703-Securing Human Intelligence and info) > {consulta: 27 marzo 2020}

prueba de proporcionalidad que otorga el test de peligro claro y presente, en la protección de la Libertad de Expresión.

4.1.3 Discursos de odio

Se entiende como discursos de odio aquellos que expresan este sentimiento o alientan la violencia hacia una persona o a un grupo de personas, basado en asuntos tales como la raza, religión, género u orientación sexual²²³.

La jurisprudencia estadounidense, ha fijado una limitación para sancionar los discursos cuyo contenido se califica como discurso de odio o hate speech. Así, en el caso *Brandenburg v. Ohio*, se protegió la libertad de expresión de uno de los líderes del Ku Klux Klan que, junto con varios miembros de esta organización se habían manifestado en contra de judíos y personas de color, diciéndoles que se devolvieran a sus lugares de origen²²⁴. En la sentencia se afirmó que la apología a la violencia que habían hecho los miembros del Ku Klux Klan no era sancionable, ya que no representaba una acción que condujera a inminentes conductas ilícitas²²⁵.

Se establece pues que la Libertad de Expresión no debe ser coartada aun cuando estemos frente a discursos calificados como violentos si no hay un riesgo inminente.

Esta postura ha sido ratificada a través del tiempo, siendo el último caso conocido el de *Matal Interim Director, United States Patent and Trademark Office v. Tam* de junio de 2017, en el cuál se definió si la ley de marcas en la parte que impide el registro de términos considerados peyorativos u ofensivos era o no constitucional²²⁶. El caso se dio porque se denegó el registro marcario del término *Slants*²²⁷, que fue solicitado por una banda de rock de origen americano asiático, toda vez que la oficina

²²³ CAMBRIDGE DICTIONARY. “Hate Speech” [en línea] <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hate-speech>> {consulta: 28 marzo 2020}.

²²⁴ OYEZ. “*Brandenburg v. Ohio*” [en línea] <<https://www.oyez.org/cases/1968/492>> {consulta: 28 marzo 2020}

²²⁵ PRESNO , TERUEL Op.cit; P 53

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Es la forma de referirse a quienes tienen los ojos rasgados (Urban Dictionary, 2003).

de registro de marcas y patentes (UPSTO) lo consideró peyorativo. La banda de rock estimó que se trataba de una prohibición que violaba la Libertad de Expresión plasmada en la Primera Enmienda, y por eso llevó el caso a los estrados judiciales. La Corte Suprema determinó que efectivamente la ley de marcas, que prohíbe el registro de expresiones ofensivas, es inconstitucional ya que ofende un principio básico de la Primera Enmienda: la expresión no puede ser prohibida sobre la base de que expresa ideas que ofenden²²⁸.

Como podemos ver entonces, son protegidas expresiones que no son consideradas políticamente correctas, dándole más peso consecuentemente, a las libertades consagradas en la primera enmienda.

4.1.4 Ejercicio de la libertad de expresión en internet

Tal como hemos tenido la oportunidad de mencionar precedentemente, Internet es una plataforma en la que, por la rapidez que implica su uso en lo que respecta al flujo de la información, se facilita la expresión y el intercambio de ideas.

La Libertad de Expresión como componente esencial de la experiencia estadounidense se extiende al ciberespacio²²⁹ razón por la cual el gobierno norteamericano ha tratado de no intervenir en la regulación del ejercicio de la mencionada libertad, salvo contadas excepciones.

Entre estas últimas está la regulación de la pornografía infantil. Así, las actas de protección de privacidad de niños en línea de año 2000 (Mediante esta regulación se impone ciertos requerimientos a operadores de sitios web, o servicios en línea dirigidos a niños menos de 13 años de edad, o a operadores de sitios web o servicios en línea que saben que están recolectando datos de información personal de niños menores de 13 años, entre los cuales se encuentra la previa aprobación de los padres) que fue posteriormente suspendida en 2002, y eliminada en el año 2009 por la Corte Suprema

²²⁸ CHUNG Andrew. 2017. "U.S Top Court Finds Law Banning Offensive Trademarks Unconstitutional" [en línea] REUTERS. 19 de junio de 2017. <<https://www.reuters.com/article/us-usa-court-band/u-s-top-court-finds-law-banning-offensive-trademarks-unconstitutional-idUSKBN19A1YP>> {29 marzo 2020}

²²⁹ Recuperado de la página web: <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs201/projects/2010-11/FreeExpresionVsSocialCohesion/>

de Justicia, por considerar que el Acta no cumplía con su cometido ya que los menores podrían acceder a contenido perjudicial procedente de países extranjeros²³⁰, y la protección en Internet de los niños de 2000 (mediante la cual escuelas y bibliotecas son requeridas para adoptar e implementar una política de Internet segura, dentro de la cual se debe incluir normas sobre el acceso de menores a material inapropiado en Internet, seguridad al acceder al correo electrónico, acceso no autorizado a actividades ilegales²³¹.

Otra intervención legislativa que, como lo vimos, y lo seguiremos analizando más adelante, se ha considerado como una autorización para restringir la Libertad de Expresión en Internet es la ley DMCA por sus siglas en inglés (Digital Millenium Copyright Act de 1998), que facilitó las acciones en contra de quienes infringen material protegido por la Propiedad Intelectual en línea²³².

En lo que respecta a los pronunciamientos jurisprudenciales, cabe destacar el caso *Packingham v. North Carolina*, de 2017, en que la Corte Suprema analizó una ley del estado de Carolina del Norte, que prohibía hacer usos de redes sociales Facebook y Twitter a quienes hubiesen sido condenados por delitos sexuales, cuando estos supieran que esos sitios eran usados por menores de edad²³³. Gerard Packingham, quién había sido condenado por abuso sexual en menor en el 2010, luego de haber pagado su pena, hizo un comentario en Facebook acerca de la suerte que había tenido por no haber sido acusado de tráfico, lo que le generó una investigación por haber violado la ley del estado de Carolina del Norte²³⁴.

La Corte Suprema de Justicia decidió que la ley de Carolina del Norte era inconstitucional, ya que todas las personas tienen, a la luz de la Primera Enmienda, "acceso a lugares donde puedan hablar y escuchar, y luego reflexionar y hablar de

²³⁰ PRESNO Linera Miguel Ángel, TERUEL Lozano Germán M. "La Libertad de Expresión en América y Europa, editorial Juruá, Lisboa 2017, P. 63.

²³¹ Recuperado de la página web: <https://www.fcc.gov/consumers/guides/childrens-internet-protection-act>

²³² CHAN Conrad, DAO Anthony HOU Justin JIN Tony, TUONG Calvin, 2011 "Free Speech vs. Maintaining Social Cohesion" [en línea]

²³³ PRESNO, TERUEL Op.cit; P. 66.

²³⁴ Harvard Law Review. 2017. "Packingham v. North Carolina" [en línea] HLR. Nov 10, 2017. 131Harv. L. Rev. 233.<<https://harvardlawreview.org/2017/11/packingham-v-north-carolina>> {consulta: 31 marzo 2020}

nuevo." La Corte se pronunció sobre el ciberespacio describiéndolo como el lugar más importante para el intercambio de ideas, señalando que dicho intercambio se lleva a cabo especialmente en las redes sociales²³⁵, por tanto, una ley que restringiera su uso iba en contra de la Primera Enmienda, pues por lo demás esos sitios son la fuente de acceso a noticias²³⁶.

Así mismo, es preciso hablar del caso *Perfect 10, Inc v. Amazon.com, Inc* de 2007 que fue resuelto por la Corte de Apelaciones del Circuito Noveno, donde Perfect 10 que es una revista en línea por suscripción, demandó a Google y a Amazon, ya que el motor de búsqueda de Google grababa las imágenes de desnudos de la revista, en miniatura, y a su vez por el acuerdo de Google y Amazon, el motor de búsqueda del primero enviaba los resultados a los consumidores del segundo. La Corte de Apelaciones, determinó que el daño potencial en el mercado de Perfect 10 era hipotético, que el motor de búsqueda proveía acceso a la información en internet, lo que implicaba un beneficio invaluable que no debía ser puesto en peligro²³⁷.

Es de anotar que en este caso no hubo una alusión a la Primera Enmienda, pero sí se hizo una específica mención del acceso a la información que, tal como lo veremos más tarde, es una arista de la Libertad de Expresión. Fue en esa medida que se protegió la libertad consagrada en dicha enmienda.

En relación al desarrollo jurisprudencial de la Libertad de Expresión en Estados Unidos analizado a través de las sentencias previamente mencionadas, podemos concluir que:

1. Si bien no hay una descripción detallada del alcance de la protección de la Libertad de Expresión en la Primera Enmienda, han sido las decisiones de los Tribunales, especialmente la Corte Suprema, la que ha permitido por vía jurisprudencial si se ha detallado el nivel de su protección.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ PRESNO, TERUEL Op.cit; P 66.

²³⁷ STROUD Matt. 2014. "The six Lawsuits that Shaped Internet" [en línea] <<https://www.theverge.com/2014/8/19/6044679/the-six-lawsuits-that-shaped-the-internet> > {consulta: 15 abril 2021}

2. La Libertad de Expresión ha merecido un alto grado de protección en la medida que incluso se protege, valga la redundancia, aquella que va dirigida a ofender a los demás como seres humanos (discursos de odio), así como también se ha impedido el control de las opiniones de las personas mediante la imposición del test de peligro presente e inminente.
3. La Libertad de Expresión encuentra su justificación, entre otras razones, en el papel que esta desempeña en un sistema democrático, ya que permite la participación de la sociedad en la toma de decisiones²³⁸.
4. La Libertad de Expresión está protegida en contra de la censura previa, impidiendo entonces que se encuentre supeditada la voluntad de una autoridad.
5. La protección de la Libertad de Expresión se traslada al ámbito de Internet, y el gobierno ha intentado estar al margen de su restricción en este campo. Ya analizaremos si la protección de los derechos de autor se convierte en una restricción.

A continuación veremos cómo se ha protegido la Libertad de Expresión en Europa, ya que como lo advertimos, esta fue una de las regiones que hemos tomado como base para nuestro estudio, ya que representa un enfoque distinto al estadounidense en lo que a la protección de derechos se refiere, lo que consecuentemente nos será útil a la hora de determinar cuál es la importancia de la Libertad de Expresión y como interactúa con los derechos de autor, si es que lo hace, en el ámbito específico de Internet, y cuál sería la solución en caso de conflicto, desde la perspectiva europea.

4.2 Libertad de expresión en Europa

Para abordar el estudio de la protección de la Libertad de Expresión en Europa, nos centraremos en los desarrollos hechos por la Corte Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos es un tribunal internacional constituido en 1959, con sede en la ciudad de Estrasburgo y tiene competencia para fallar sobre

²³⁸ PRESNO, TERUEL, Op.cit.;P 72.

casos en los que presuntamente haya habido una infracción a los derechos humanos que están contemplados dentro de la Convención Europea de Derechos Humanos²³⁹

La Convención Europea de Derechos Humanos es un tratado internacional bajo el cual, los Estados miembros del Consejo de Europa se comprometieron a respetar los derechos y libertades civiles no solo de sus propios ciudadanos sino de cualquier jurisdicción. Dicho tratado se firmó en 1950 y entró en vigencia en 1953²⁴⁰.

El Consejo de Europa, tiene como rol encontrar acuerdos entre las naciones en diferentes áreas. Es una entidad diferente a la Unión Europea, ya que ésta última se limita precisamente a los países de la Unión. Sin embargo se trata de dos entidades que trabajan de la mano²⁴¹. Uno de los enfoques del Consejo de Europa ha sido la protección de los derechos humanos en ese continente, fue constituido en 1949 y hoy cuenta con 47 miembros²⁴².

En la Convención Europea de Derechos Humanos la Libertad de Expresión está consagrada en el artículo 10 que nos permitimos citar para mayor claridad:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la

²³⁹ European Court of Human Rights. “The Court in Brief” [en línea] <https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf> {consulta: 12 abril 2020}

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Council of Europe. “47 Member States” [en línea] <<https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>> {consulta: 12 abril 2020}

²⁴² Council of Europe. “47 Member States” [en línea] <<https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>> {consulta: 12 abril 2020}

seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Conforme con lo anterior, estudiaremos los siguientes puntos: Libertad de Expresión y Democracia, elementos de la Libertad de expresión, las restricciones a la Libertad de Expresión, la censura previa, el discurso de odio, el ejercicio de la Libertad de Expresión en Internet.

4.2.1 Libertad de expresión y democracia

Aunque el artículo 10 citado no hace una alusión explícita a la relación entre Libertad de Expresión y democracia, sí lo hace implícitamente cuando en su segundo numeral se refiere a su ejercicio y las restricciones o sanciones que "constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática." La Corte Europea de Derechos Humanos ha hecho énfasis en la relación de estos dos conceptos, haciendo hincapié en que la Libertad de Expresión es fundamental para la democracia. Así en el caso *Castells v. España* de 1992, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió sobre la condena al señor Castells quién escribió un artículo publicado en un magazín llamado *Punto y Hora*, sobre la ineficiencia del gobierno en la persecución e identificación de los criminales que atacaron el País Vasco, sugiriendo que había complicidad con los mismos, y que incluso el gobierno había orquestado dicho ataque. Debido a este artículo, el Fiscal General inició una acción en contra de Castells por falsas acusaciones, logrando que lo condenaran a un año de prisión ya que el escrito había excedido los límites de la crítica y había atacado el "honor del gobierno".

Cuando el caso llegó a la Corte, sostuvo que la sentencia en contra de Castells había interferido con su derecho a la Libertad de Expresión. Al examinar si la interferencia era necesaria, la Corte recalcó que la Libertad de Expresión es aplicable no solo a la información o a las ideas que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, sino también aquellas que ofenden o disturban. También resaltó la Corte el papel de la prensa, pues fue ahí donde apareció el artículo, afirmando que brinda al público una herramienta para descubrir y formarse una opinión sobre las ideas y

actitudes de sus líderes políticos, y al mismo tiempo, les ofrece una oportunidad a los políticos de reflexionar y comentar sobre las preocupaciones de la opinión pública, forjándose así un escenario de debate público, como concepto esencial en una sociedad democrática. La Corte encontró que la interferencia en el derecho de Libertad de Expresión había sido innecesaria, sobre todo teniendo en cuenta que en lo que respecta a los políticos es más amplia la tolerancia a la crítica, por tratarse de temas de interés público.

De igual modo la Corte reiteró lo dicho en el asunto de Castells, en el caso Lepojic v. Serbia, de noviembre 6 de 2007, donde analizó la condena en contra del señor Zoran Lepojic, presidente del partido demócrata cristiano de Serbia, por haber escrito y publicado en el periódico local un artículo cuestionando la actuación del alcalde mayor, dado que había sido expulsado del partido y había pruebas de su malversación de fondos, ya que gastaba el dinero en lujos y eventos suntuosos.

El alcalde cuestionado demandó al señor Lepojic por difamación, y efectivamente lo condenaron por considerar que no tenía suficientes bases para lanzar las acusaciones plasmadas en su artículo. Una vez llegó el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos, el gobierno serbio alegó que las afirmaciones de Lepojic no estaban probadas por tanto eran constitutivas de difamación y esa era la razón por la cual la condena estaba justificada.

Al decidir el caso, la Corte encontró que se había vulnerado el derecho a la Libertad de Expresión del señor Lepojic, ya que su condena equivalía a una limitación de la misma, y recordó que dicha libertad llevaba consigo el derecho a impartir de buena fe, información sobre asuntos de interés público, incluso cuando hay afirmaciones dañinas relacionadas con individuos, y que esto se amplía más en tratándose de políticos. También estudió si la sanción por difamación, que tenía un fin legítimo cuál era salvaguardar la reputación de otros, era una limitación necesaria en una sociedad democrática. Sobre esto, puntualizó que el artículo había sido escrito dentro del debate político, siendo el alcalde una figura pública, y que su intención no había sido la de inmiscuirse en la vida privada. Entonces la Corte consideró que esta

interferencia en la Libertad de Expresión no era necesaria y era una violación al artículo 10²⁴³.

Estos dos casos, dan cuenta entonces de la manera en que es concebida la Libertad de Expresión como elemento esencial de la democracia, ya que por medio de su ejercicio es posible la transmisión y recepción de ideas y opiniones, así como la participación de todos los ciudadanos en este intercambio, razón por la cual se ha protegido aun cuando la información transmitida choca, inquieta u ofende al Estado o a una fracción de su población²⁴⁴.

4.2.1.1 Elementos de la libertad de expresión

Del artículo 10 de la Convención, se puede extraer cuales son los elementos que configuran el derecho a la Libertad de Expresión.

Dentro de estos elementos encontramos esencialmente dos: la libertad de opinar, de comunicar ideas o informaciones, y la libertad de recibir, en este mismo sentido, información e ideas. En el primer caso estaríamos frente a quién se expresa, a quien da a conocer la idea o información, es decir quién la difunde. En el segundo, por supuesto estamos frente a quién tiene derecho a recibir esas opiniones e informaciones, es decir estamos ante la sociedad.

En lo que respecta a la libertad de expresar opiniones e informaciones, la Corte Europea de Derechos Humanos ha hecho una diferenciación entre los juicios de valor y la transmisión de información sobre datos y hechos. En el fallo del caso de Jerusalem v. Austria de 2001, se aclara de qué se trata dicha diferenciación, al resolverse la demanda interpuesta por parte de la señora Sussane Jerusalem en contra del Estado de Austria, ya que le fueron impuestas medidas civiles sancionatorias por las opiniones emitidas dentro del Consejo Municipal de Viena. En una reunión de dicho Consejo, en junio de 1992, se discutía si se debía seguir subsidiando a las organizaciones de

²⁴³ Global Freedom of Expression. "Lepojic v. Serbia". [en línea]
<<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lepojic-v-serbia/>> {consulta: 14 abril 2020}

²⁴⁴ JIMÉNEZ Ulloa Adriana Consuelo. 2010. "La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Bogotá. Universidad Externado de Colombia 20.

padres cuyos hijos hacían parte de sectas. En ese debate, la señora Jerusalem dijo que las sectas tenían tintes totalitaristas y fascistas, y que además estaban envueltas en drogas. Dentro de estas sectas se mencionaron las organizaciones IPM (por sus siglas en inglés, conocida como Instituto para el mejor entendimiento de la psicología Humana) y la VPM (la misma asociación establecida en Suiza).

En 1992 las dos organizaciones demandaron a la señora Sussan Jerusalem por difamación, advirtiendo que lo que había ocurrido afectaba su reputación. En las dos instancias judiciales en las que fue llevado a cabo el proceso en su contra, se dijo que lo que ella había dicho no equivalía a un juicio de valor sino a una afirmación de hecho, y aun cuando ella quiso demostrar que lo que dijo era cierto le fueron rechazadas las pruebas.

Al conocer de este caso, la Corte indicó lo siguiente: 1. La Libertad de Expresión se extiende a aquellas opiniones que resultan chocantes o que son desfavorables. 2. Lo dicho por la señora Sussan Jerusalem equivale a un juicio de valor y no a una afirmación de hecho, emitido dentro de un debate político, y aun así ella quiso probar la base sobre la cual sustentaba su opinión y no le fue permitido.

1. La Corte ha distinguido entre afirmaciones de hecho y juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, mientras que la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de prueba: "El requerimiento de prueba de verdad de juicios de valor es imposible de satisfacer, e infringe la libertad de opinión en sí misma."
2. La Corte recuerda que cuando una afirmación equivale a un juicio de valor, la no intervención del Estado (como puede ser una sanción civil o penal) depende de si hay una base fáctica para haberla emitido, porque de lo contrario, la permisión de la emisión de juicios de valor sin siquiera una base objetiva para hacerlos puede resultar excesiva.
3. En el caso en concreto el juicio de valor de la señora Sussane tenía una base objetiva derivada de artículos de revistas y periódicos sobre el tema, por tanto se concluyó que sí había habido una violación a su libertad de expresión.

En otro caso, la Corte estableció cuál era el límite del deber de la veracidad de la información, es decir, estableció qué pasa cuando la información difundida resultaba no ser verdadera. Si bien las afirmaciones de hecho deben ser sustentadas, fijó lo que sería un límite a esto, cuando aun imprimiendo la diligencia necesaria y buena fe, la información resulta falsa.

Esto lo precisó en el caso *Bladet Tromsø y Stensaas v Noruega* en 1999, en el que un periódico y su editor demandaron al Estado de Noruega, por la condena que les fue impuesta por difamación. El caso se dio porque a finales de los años ochenta, el inspector vigilante de un barco pesquero rindió un informe al ministro de pescadería de Noruega, en el que afirmaba que la tripulación trataba con crueldad a las ballenas que cazaba, y hablaba de todos los vejámenes que se daban con ocasión de la navegación y la caza ya mencionada.

Si bien el ministro decidió mantener el documento en confidencialidad, el periódico a raíz de una entrevista al inspector (llamado Mr. A) publicó no solo la entrevista, sino el reporte que había entregado al ministro de pesca. Después de esto, el ministerio hizo una investigación, y resultó que lo dicho por el inspector no era cierto, por lo que la tripulación denunció por difamación al periódico y su editor. La Corte donde se llevó a cabo el procedimiento encontró culpable de difamación al periódico, y además lo acusó de actos ilegales, al publicar un documento confidencial.

Al llegar el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos, esta decidió que no había habido un quebrantamiento de la ley de confidencialidad, ya que el ministro resolvió eximir el informe de la divulgación pública por la naturaleza de las alegaciones, y para dar la oportunidad a las personas involucradas de comentarlo. Pero nunca puso en duda la veracidad del reporte del inspector, e incluso había llegado a decir que parecía que había habido una caza ilegal. Tratándose pues, de un asunto de interés público, la prensa solo estaba cumpliendo con su deber.

Por otro lado, en cuanto a la condena por difamación, la Corte Europea de Derechos Humanos, consideró que no había lugar a tal, ya que el periódico se valió de

fuentes consideradas confiables, como era el reporte de un supuesto experto. Por tanto, estimó que el reportero había actuado con diligencia y buena fe²⁴⁵.

En lo que respecta a la libertad para recibir información e ideas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha precisado que incluye el derecho, valga la redundancia, a recibirla y a acceder a la información²⁴⁶.

En el caso *Autronic AG v Suiza* de 1990, en el que la compañía *Autronic* dedicada a la comunicación de programas de televisión demandó a Suiza por impedir la retransmisión de programas emitidos en Rusia, cuya señal era alcanzada a través de una antena parabólica, la Corte Europea de Derechos Humanos se refirió al derecho de recibir información. En la demanda, la compañía de televisión *Autronic* consideró que se estaba vulnerando su derecho a la Libertad de Expresión. Sin embargo el gobierno suizo no lo consideró así, ya que la compañía de televisión perseguía un fin puramente económico, independientemente del contenido de la información retransmitida.

Al referirse entonces a la aplicabilidad del artículo 10 de la Convención, la Corte dijo que la actividad comercial de la empresa de comunicaciones no podía privarla del mencionado derecho a la Libertad de Expresión. Añadió que el artículo 10 se aplica no solo al contenido de la información sino también a los medios de transmisión o recepción, ya que cualquier restricción impuesta a esos medios, necesariamente interfiere con el derecho a recibir información.

Concluyó en consecuencia, que la recepción de programas de televisión por medio de antenas parabólicas está dentro del derecho consagrado en las dos primeras frases del párrafo primero del artículo 10 de la Convención, sin que sea necesario cerciorarse de la razón o propósito por el cual el derecho es ejercido; y que por tanto el

²⁴⁵ Oxford Public International Law.. 1999. “*Bladet Tromsø A/S and Stensaas v Norway*, Judgment, Merits and Just Satisfaction, App No 21980/93, ECHR 1999-III, [1999] ECHR 29, (2000) 29 EHRR 125, 6 BHRC 599, IHRL 2868 (ECHR 1999), 20th May 1999, European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR]” [en línea] < <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2868echr99.case.1/law-ihrl-2868echr99> > {consulta: 16 abril 2020}

²⁴⁶ Council of Europe. “Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention of Human Rights”. [en línea] <<https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>> {consulta: 17 abril 2020}

haber impedido la retransmisión por medios legales de los programas, era equivalente a interferir en el ejercicio de esa libertad²⁴⁷.

En cuanto al derecho a acceder a la información, la Corte Europea de Derechos Humanos lo ha incluido, como dijimos, como parte del derecho a recibir información. En el caso *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, de 2013, así lo reiteró. Este proceso se dio debido a que la ONG "Youth Initiative for Human Rights" en su monitorización sobre una nueva ley de vigilancia electrónica, solicitó al gobierno de Serbia información sobre las medidas electrónicas de vigilancia, a lo que la agencia encargada se negó, primero amparándose en el estatuto de información secreta, y después, una vez la comisión de información se había pronunciado sobre el deber de divulgar esa información, diciendo que no la tenía en su poder. Al resolver el asunto, la Corte especificó que la noción de libertad de recibir información incluye el derecho a acceder a la información. Además, concluyó que la iniciativa de la ONG era legítima, pues se trataba de acceder a información de interés público. También sostuvo que, si bien ese derecho de acceso a la información puede ser sometido a restricciones, las mismas no pueden obedecer a la arbitrariedad de la autoridad como ocurrió en este caso, por lo que finalmente sentenció que sí había habido una infracción a la Libertad de Expresión²⁴⁸.

Con esto terminamos de estudiar los elementos constitutivos de la Libertad de Expresión conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

4.2.1.2 Restricciones a la libertad de expresión

En el segundo párrafo del artículo 10 de la Convención, se establece que el ejercicio de la Libertad de Expresión podrá verse sometido a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, con el fin de proteger la seguridad

²⁴⁷ PRESNO, TERUEL Op.cit; Lozano Germán M. "La Libertad de Expresión en América y Europa, editorial Juruá, Lisboa 2017, P 105.

²⁴⁸ DIRK Voorhoof 2013. "article 10 of the Convention includes the right of Access to data held by an intelligence agency" [en línea] Belgic. Strasbourg Observers <<https://strasbourgobservers.com/2013/07/08/article-10-of-the-convention-includes-the-right-of-access-to-data-held-by-intelligence-agency/> {consulta: 19 abril 2020}

nacional, la reputación o derechos ajenos, la integridad territorial, la salud, la moral, o impedir la ruptura de la confidencialidad de información, entre otras cosas.

Como son varias las posibles restricciones a la Libertad de Expresión, es decir la interferencia del Estado sobre este derecho puede darse mediante la imposición de una pena, o mediante la imposición del pago de una indemnización, o la prohibición de publicar un tema, la Corte decide caso por caso si las restricciones en cada asunto, se ajustan o no a la Convención²⁴⁹.

De acuerdo con Miguel Ángel Presno y Germán M. Teruel, lo anterior hace que el marco de libertad de los Estados para imponer las restricciones sea amplio, ya que por un lado la Corte evalúa esto, es decir, la medida restrictiva, y por otro analiza el "contenido del mensaje"; así, dependiendo del tipo del mensaje es más o menos estricta al analizar dichas limitaciones²⁵⁰.

Así, por ejemplo, como vimos, cuando hablamos de la relación entre Libertad de Expresión y democracia, en el caso Lepojic v. Serbia de noviembre 6 de 2007, la Corte fue enfática en afirmar que los políticos debían tener una tolerancia a las críticas más alta que la que se le exigirían a una persona cuyo trabajo no tenga que ver con el ámbito político, ya que sus actuaciones están sujetas al debate público. Esta necesidad de tolerancia mayor llevó a que la Corte determinara que en ese asunto específico había habido una interferencia innecesaria en la Libertad de Expresión.

En todo caso, las restricciones a la Libertad de Expresión tienen que cumplir con los siguientes requisitos:

A. La limitación debe estar prescrita por la ley: la restricción debe estar establecida en una ley nacional, aprobada conforme con el proceso legislativo de cada estado, que sea precisa, accesible, y cuyas consecuencias sean previsibles, de manera que el público entienda cuál es el alcance de la norma, para poder regular su conducta conforme a esta²⁵¹.

²⁴⁹ BYCHAWSKA Siniarska Dominika. 2017. "Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights" Consejo de Europa, 2017, P 41.

²⁵⁰ PRESNO, TERUEL, Op. Cit; P 108.

²⁵¹ BYCHAWSKA Op.cit; P 41.

B. Perseguir un fin legítimo: los objetivos legítimos son aquellos que están en el párrafo segundo del artículo 10 de la Convención, los cuales tienen que estar claramente delimitados en el momento de imponer la restricción, y no puede ser uno distinto a los establecidos por la mencionada Convención²⁵².

C. Necesario en una sociedad democrática: para Dominika Bychawska, al verificar la proporcionalidad entre la medida restrictiva y el fin perseguido, las cortes nacionales deben preguntarse, si el objetivo era proporcional a los medios para alcanzarlo, siendo los medios la interferencia del Estado, y el objetivo el interés que se busca proteger. Para establecer que la medida era necesaria, debe haber de por medio una necesidad social imperiosa²⁵³.

En el caso *Tammer v. Estonia* de 2001, la Corte se pronunció respecto de un periodista condenado por el delito de insulto, por ofender a la esposa del primer ministro de Estonia. En una entrevista hecha a la señora Laanaru, el periodista le preguntó entre otras cosas, si el haber roto un matrimonio no la hacía un mal ejemplo para las jóvenes. La señora Laanaru denunció al señor Tammer, el periodista, quién fue obligado a pagar una multa; lo que consecuentemente, cuando la sentencia fue confirmada, llevó a Tammer a acudir a la Corte Europea de Derechos humanos, alegando que había habido una vulneración a su Libertad de Expresión.

Cuando la Corte analizó el caso, afirmó que no había habido una violación a la Libertad de Expresión del señor Tammer, y que la actuación de los jueces locales había sido correcta, pues la conducta del periodista estaba prescrita en la ley, al haber tomado la medida de condenarlo se perseguía un fin legítimo, cuál era el proteger el honor de una persona, y era necesaria en una sociedad democrática, ya que el señor Tammer hubiera podido hacer su crítica sin hacer uso de los insultos. Estimó que los términos usados por el periodista no estaban justificados por el interés público o que fueran asunto de interés general. Sobre el punto de necesidad de la medida la Corte anotó que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para determinar dicha necesidad, pero que este margen debe ir mano a mano con la supervisión europea. En

²⁵² SINIARSKA Op.cit; P 42.

²⁵³ *Ibidem*.

el asunto específico de Tammer v. Estonia, consideró que, dentro del margen de apreciación de las cortes locales, su interferencia, es decir, su decisión de condena, estaba justificada, y que por tanto, repetimos, no había una violación al artículo 10 de la Convención²⁵⁴.

Con esto finalizamos el estudio sobre los requisitos necesarios para poder restringir el derecho a la Libertad de Expresión, conforme con la Convención de Derechos Humanos Europea.

4.2.2 Censura previa

Tal como se puede observar en el texto del artículo 10 de la Convención, no se prohíbe la censura previa de la Libertad de Expresión. La Corte se ha pronunciado sobre este tema en particular, sosteniendo que en los eventos de censura previa, por ser esta la manera más peligrosa de interferencia en el ejercicio de la Libertad de Expresión, el control que ella está mandatada a ejercer debe ser estricto²⁵⁵.

Así, en el caso RTBF v. Bélgica de 2001²⁵⁶, la Corte conoció de la demanda interpuesta por una compañía de radio y televisión que producía un programa de investigación llamado "En nombre de la ley", que en una de las ediciones trató acerca de las operaciones médicas fallidas, para lo cual decidió entrevistar a uno de los cirujanos involucrados, el doctor D.B. Al ser consultado para la entrevista, el doctor D.B. no quiso darla, y además buscó ante los jueces una medida cautelar para que no se transmitiera el programa, y que en caso de ser transmitido se les multara. La medida cautelar para evitar la transmisión del programa fue concedida mientras se decidía las acciones judiciales interpuestas por el médico, teniendo en cuenta que las quejas de

²⁵⁴ DIRK Voorhoof 2013. "article 10 of the Convention includes the right of Access to data held by an intelligence agency" [en línea] Belgic. Strasbourg Observers. <<https://strasbourgobservers.com/2013/07/08/article-10-of-the-convention-includes-the-right-of-access-to-data-held-by-intelligence-agency/>> {consulta: 19 abril 2020}

²⁵⁵ Council of Europe. "Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention of Human Rights". [en línea] <<https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>> {consulta: 17 abril 2020}

²⁵⁶ European Court of Human Rights. 2011. "Case of RTBF v. Belgium". [en línea] <<https://www.legal-tools.org/doc/af1425/pdf/>> {consulta: 25 abril 2020}

los pacientes que mostraban en el programa no habían sido objeto de procesos judiciales donde se demostrara su veracidad.

Al analizar el caso entonces, la Corte dijo que, la aplicación de medidas urgentes sobre diseminación de información debe descansar en un estricto marco legal de reglas específicas sobre la aplicación de medidas restrictivas prioritarias sobre la Libertad de Expresión. De lo contrario, el derecho de expresarse libremente se vería amenazado por la proliferación de quejas y discrepancias en las medidas urgentes aplicadas por los jueces. En este asunto resolvió entonces que se había incurrido en una violación del artículo 10, ya que no existía un marco legal previo para dichas restricciones prioritarias, asegurando así un control estricto sobre el alcance de las mismas.

Respecto del régimen de autorización previa al que pueden someter los estados a las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión previsto en el artículo 10 de la Convención, es preciso advertir que, aunque parecería una autorización que permitiría a los estados ejercer un control que llevaría a un sistema de censura, la Corte en el caso *Groppera Radio AG v. Suiza*, de 1990, al analizar el caso de una compañía de radio que retransmitía programas italianos, determinó que no es así. En este asunto, el gobierno suizo le hizo saber a la compañía que no contaba con licencia para llevar a cabo tales retransmisiones, así que debían cesar esas actividades. Cuando la Corte estudió la demanda de la compañía de radio en la que argüía que había una violación del artículo 10 de la Convención, sostuvo que no era así, ya que no se trataba de una medida de censura sino de una forma de evitar la evasión de la ley. También dijo que este régimen de autorización es para que los estados puedan controlar por medio del sistema de licencias la manera en que las compañías de transmisión de programas están organizadas en sus territorios, particularmente en lo que se refiere a los aspectos técnicos. Es decir, no se trata de un permiso para establecer un régimen de censura²⁵⁷.

Con esto concluimos lo atinente a la censura previa.

²⁵⁷ JIMÉNEZ Op.cit; P23.

4.2.3 Discursos de odio

En lo que respecta a los discursos de odio, la Corte Europea de Derechos Humanos, se ha referido a las expresiones que incitan a la violencia, a las que son discriminatorias, y a aquellas que niegan el Holocausto²⁵⁸.

En lo que hace a la definición de los discursos de odio discriminatorias, la Corte, en el caso *Vejdeland v. Suecia* de 2012, en el que analizó la demanda interpuesta por una serie de ciudadanos que pertenecían a una organización llamada Juventud Nacional, que en el año 2004 se dieron a la tarea de repartir a los pupilos de una escuela secundaria panfletos que contenían propaganda contra los homosexuales, diciendo entre otras cosas que el sida se había disparado gracias a ellos. Por esta acción, los distribuidores de los panfletos fueron acusados de agitación en contra de un grupo étnico o nacional, a lo que contestaron que ellos no pretendían expresar desprecio contra los homosexuales, sino iniciar un debate acerca de la falta de objetividad en la educación que se dispensaba en las escuelas suecas. No obstante la defensa de los demandantes, fueron condenados por la Corte Suprema de ese país, por el cargo por el cual se les acusaba.

Al estudiar el asunto, la Corte dijo que en su opinión, si bien es cierto los panfletos no recomendaban cometer actos violentos, si eran aseveraciones perjudiciales. De igual forma exaltó que la incitación al odio no necesariamente llama a la ejecución de actos violentos o ataques criminales, pero los ataques en personas cometidos mediante insultos, o poniéndolos en ridículo, o calumniando grupos específicos de la población, es suficiente para que las autoridades combatan la expresión racista y enfrenten la Libertad de Expresión ejercida de una manera irresponsable.

Con esta consideración, la Corte sostuvo que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como aquella basada en la raza, color u origen, por lo que concluyó que en ese caso no había habido una violación del artículo 10 de la Convención²⁵⁹.

²⁵⁸ BYCHAWSKA Op.cit; P 23.

²⁵⁹ PRESNO, TERUEL Op.cit;P 115.

En cuanto a las expresiones que incitan a la violencia, la Corte, en el asunto *Leroy v. Francia* de 2008, al estudiar el caso de un caricaturista condenado a pagar una multa por haber dibujado el ataque a las torres gemelas de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, con un slogan que decía: "Todos hemos soñado con esto...Hamás lo hizo", la Corte consideró que lo hecho por el caricaturista no se limitó a una crítica a Estados Unidos, sino que era una expresión de aprobación de la violencia perpetrada en contra de miles de personas, que incluso podía llevar a una reacción violenta por parte de un sector de la población, por lo que consideró que no había habido violación del artículo que contiene el derecho a la Libertad de Expresión²⁶⁰.

Finalmente, con relación a las expresiones que niegan el Holocausto, en el asunto *M'Bala M'Bala v. Francia* de 2015, en el que se analizó la demanda interpuesta por un comediante francés, por la multa impuesta a él, a raíz del premio que otorgó durante uno de sus shows a un ciudadano que había sido condenado por sus teorías según las cuales, las cámaras de gas no existieron²⁶¹ la Corte recordó que en otros casos similares, había dejado en claro que las palabras dirigidas contra los valores que sustentan el Convenio se excluyen de la protección del artículo 10. En el caso en particular, señaló que el comediante nunca tuvo la intención de contrariar las tesis de su invitado, y que al contrario lo honró durante el espectáculo, lo que constituyó para la Corte una demostración de odio y antisemitismo, por lo que tales expresiones no entran dentro del ámbito del artículo 10, pues van en contra, reiteró, de los valores de paz y justicia del Convenio²⁶².

Con esta última referencia jurisprudencial, damos por concluido el punto referente a los denominados discursos de odio.

4.2.4 Libertad de expresión en internet

Con relación a la importancia de Internet para el ejercicio de la Libertad de Expresión, la Corte, en el caso *Ahmet Yildirim v. Turquía* de 2012, se pronunció

²⁶⁰ BYCHAWSKA Op.cit ; P 26.

²⁶¹ Fue condenado por negación de crimen contra la comunidad.

²⁶² PRESNO, TERUEL Op.cit; P 117.

ampliamente. En dicho caso, se estudió la demanda interpuesta por el señor Ahmet Yidirim contra el gobierno turco, debido a que, por orden de un Tribunal de su país, fue autorizado el bloqueo de su sitio web, dedicado a publicar trabajos académicos, dentro de un proceso penal que se llevaba en su contra, por los delitos de injuria y calumnia. Al ejecutarse la orden de bloqueo, los encargados de llevarla a cabo se dieron cuenta que no podían hacerlo porque el propietario no tenía la titularidad del certificado de alojamiento del sitio, (se trata de un certificado que otorgan los registradores de dominio, donde se especifica de quién es el sitio), pues la página había sido creada a través de Google Sites, que como se deduce, es una aplicación de Google para crear páginas web.

Al encontrarse con este obstáculo, el Tribunal que conocía del caso decidió cambiar la medida, ordenando entonces el bloqueo total de Google Sites. El señor Ahmet Yidirim, interpuso recursos judiciales en contra de esta decisión, pero sus pretensiones fueron desestimadas. Así es que el caso llega a la Corte, pues el señor Yidirim consideró que la medida tomada en su contra constituía una infracción a la Libertad de Expresión, ya que había sido tomada dentro de un proceso que no tenía relación alguna con su sitio web, y además esa decisión redundaba en que incluso el mismo no podía acceder a su propio sitio web.

Al analizar el caso, la Corte hizo énfasis en que Internet es una plataforma a través de la cual el público puede acceder a la actualidad, y es un medio que facilita la comunicación de la información. Respecto de Google Sites, dijo que debido a que se trataba de un medio para crear páginas web y compartirlos, era una herramienta para ejercer la Libertad de Expresión. Del mismo modo recalzó, que el artículo 10 de la Convención, protegía tanto el derecho a comunicar informaciones, como el derecho a recibirlas, derechos que se veían afectados al bloquear el acceso a un sitio web. Sobre el bloqueo, la Corte determinó que no se había hecho conforme a un proceso claro establecido por la ley, ya que en las leyes turcas no estaba determinado que se pudiera bloquear todo un sitio web dedicado al intercambio de ideas como es Google Sites, además nunca se notificó a Google de la posibilidad de que en alguna de sus páginas se estuviera alojando contenido ilícito, y además, el juez nunca tuvo en consideración

los intereses que estaban en juego al momento de ordenar el bloqueo, por lo que concluyó que había habido una violación a la Libertad de Expresión²⁶³.

En cuanto a las expresiones que resultan ofensivas hechas en línea, en el caso *Delfi v. Estonia* de 2015, la Corte sostuvo que los portales tienen una responsabilidad en retirar dicho contenido. En este asunto, analizó el caso de una compañía que tenía un sitio web dedicado a noticias, que fue encontrado responsable por los comentarios ofensivos puestos por sus usuarios, y obligado a pagar una indemnización, pues dicha compañía había publicado un artículo sobre los caminos de hielo que comunican a Estonia con diferentes islas del mar báltico, y la destrucción de uno de ellos por parte de una de las empresas operadoras de ferry, lo que generó distintas reacciones entre los usuarios del sitio web, e incluso una de ellas amenazantes contra de uno de los operadores de esta empresa.

El operador amenazado, le solicitó a los dueños del sitio web que eliminara dichos comentarios, y que lo indemnizaran por los daños causados por los mismos. Los dueños efectivamente eliminaron los comentarios ofensivos, pero se negó a pagar la indemnización solicitada. Sin embargo, el operador interpuso una demanda y los jueces encargados de la misma, obligaron a quienes manejaban el portal, a pagar una suma a título de indemnización de perjuicios.

El caso llegó a la Corte porque los dueños del sitio web arguyeron que había habido una violación a la Libertad de Expresión al haberlos obligado a pagar una indemnización por comentarios generados por sus usuarios. El tribunal consideró que no se vulneró el derecho a la Libertad de Expresión ya que su papel se asimilaba al de un editor, que tenía que estar pendiente de los comentarios hechos en su sitio web, más teniendo en cuenta que se trataba de un sitio comercial, y que debía remover aquellos que incitaran al odio y a la violencia de manera pronta y eficiente²⁶⁴.

Estos dos casos nos dan cuenta de la aplicación de las directrices fijadas para el ejercicio la Libertad de Expresión en el ámbito específico de Internet, pues por un lado

²⁶³ PRESNO I, TERUEL Op.cit., P 130.

²⁶⁴ Council of Europe. “Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention of Human Rights”. [en línea] <<https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>> {consulta: 17 abril 2020}

nos muestra que no es posible restringir su ejercicio en la red sino se cumplen con los requisitos para ello, y por otro, hay una limitante para las expresiones consideradas como de odio.

Sobre el ejercicio de la Libertad de Expresión en Internet infringiendo derechos de Propiedad Intelectual, vale la pena mencionar dos casos, sobre los cuales de cualquier manera volveremos en el capítulo cuarto, pero nos permite entrever en parte, cuáles han sido las posturas de la Corte. El primero de ellos es el de Akdeniz v. Turkey de 2014, en el que un usuario de Internet alegó que su derecho a la Libertad de Expresión se vio vulnerado por el bloqueo de dos páginas web dedicadas a la transmisión de música, sin permiso de los titulares de los derechos de autor sobre esas obras. Al analizar el caso, la Corte dijo que, si bien los derechos de los usuarios de Internet son de suma importancia, las páginas web habían sido bloqueadas por operar infringiendo la ley de Propiedad Intelectual; y que además el usuario se había beneficiado de esos servicios y qué con ese bloqueo solo se le había privado de una de las maneras de las muchas que hay de acceder a la música sin infringir los derechos de autor, por lo tanto, desestimó la demanda²⁶⁵.

En el asunto de Ashby Donald v. Francia de 2013, la Corte analizó el caso de dos fotógrafos de moda que después de asistir a unos desfiles de este tipo, transmitieron las fotografías tomadas a una sociedad estadounidense, que después las puso en línea. La Federación Francesa de Costura los demandó, dado que ésta institución tiene una política para la asistencia de la prensa a los desfiles de moda, según la cual los medios de prensa seleccionados para asistir a dichos desfiles solo están autorizados a reproducir las fotografías y videos realizados en esas ocasiones, para ellos mismos, es decir, los medios seleccionados por la Federación. Por tanto, las personas acreditadas por los medios de prensa que a su vez han sido seleccionados por la Federación, no pueden explotar las imágenes en medios diferentes al que están representando, lo que, de acuerdo a la mencionada Federación, constituye un compromiso de exclusividad.

²⁶⁵ SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW. 2015. "Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-Down of Illegal Internet Content" [en línea] < <https://rm.coe.int/16806554bf> > {consulta: 29 abril 2020}

Los fotógrafos consecuentemente fueron condenados a una multa por los jueces franceses, por considerar que ellos sabían perfectamente que no podían explotar las fotografías. Al llegar el caso a la Corte, los fotógrafos alegaron que su derecho a la Libertad de Expresión les fue vulnerado, por cuanto las fotografías constituyen una información y su difusión en el sitio web es del ámbito del ejercicio de dicha libertad. La Corte, en sus consideraciones sostuvo que el artículo 10 de la Convención se aplicaba a la comunicación a través de Internet, sin importar el tipo de mensaje que se transmita, aun cuando tenga una naturaleza lucrativa, y que se extiende a la publicación de fotografías. En el caso específico, el tribunal determinó que no hubo una vulneración al artículo 10 de la Convención, pues lo que buscaron los jueces franceses fue la protección de los derechos de autor de terceros, derechos que están establecidos en la ley, y que eran conocidos por los demandantes.

Así, a la luz de las decisiones antes mencionadas, podemos concluir lo siguiente:

1. En Europa cuentan con una articulación detallada con relación a los elementos que comprenden la Libertad de Expresión.
2. Europa y Estados Unidos tienen una clara diferencia con relación a los llamados discursos de odio, pues aquellos que son discriminatorios o que niegan el Holocausto no son protegidos por el artículo 10 de la Convención.
3. Bajo la Convención Europea de Derechos Humanos se admite restringir la Libertad de Expresión, e incluso la censura previa siempre y cuando se trate de medidas que cumplan con lo establecido en dicha Convención, es decir que estén previstas en la ley, que cumplan con los fines previstos en ese documento, y que sean necesarias en una sociedad democrática.
4. La Libertad de Expresión protege no solo las ideas e informaciones consideradas como inofensivas, sino también aquellas que resultan chocantes, incluso si se refieren al Estado²⁶⁶.

²⁶⁶ PRESNO, TERUEL, Op.cit.; P 133.

A continuación, analizaremos cómo se ha protegido la Libertad de Expresión en Colombia y en Chile, pues han sido países que hemos usado como referencia en esta tesis; y su estudio nos ayudará a concluir cuál sería la solución ante posibles conflictos entre este derecho y los derechos de autor, si los hay.

4.3 Libertad de expresión en Colombia

En Colombia la Libertad de Expresión está plasmada en el artículo 20 de la Constitución, como el derecho que tienen todas las personas a "expresar y difundir pensamientos y opiniones, informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación". Adicionalmente establece que no habrá censura.

Tenemos pues entonces un artículo detallado en donde se establecen los elementos que constituyen esta libertad. Su desarrollo, se ha dado esencialmente a nivel jurisprudencial por la Corte Constitucional. A través de sus fallos estudiaremos este derecho, analizando dichos elementos, las restricciones a la misma, la prohibición de censura previa, y por supuesto su protección en Internet.

4.3.1 Elementos de la libertad de expresión

En la sentencia T-391 de 2007, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad para hacer un análisis profundo sobre el derecho a la Libertad de Expresión, desarrollando así los puntos a los que hemos hecho referencia.

En este fallo decidió sobre la acción de tutela²⁶⁷ interpuesta por una cadena radial en contra de una decisión emitida por el Consejo de Estado por considerar que con el mismo se había violado su derecho a la Libertad de Expresión. A su vez, la sentencia del Consejo de Estado se había producido por una acción popular²⁶⁸ interpuesta por una fundación denominada "Un sueño por Colombia" en contra de la cadena radial, por la transmisión de un programa en las mañanas, que a su consideración resultaba vulgar y en consecuencia nocivo para la juventud, y violatorio

²⁶⁷ Se trata de una acción mediante la que se busca proteger, de manera inmediata, los derechos fundamentales.

²⁶⁸ Se trata de una acción para proteger los intereses de una comunidad que se ve afectada ante ciertas acciones o situaciones.

de la moral pública. Al decidir el caso, el Consejo de Estado²⁶⁹, sostuvo que los programas radiales tienen como misión, entre otras cosas, difundir cultura y afirmar valores nacionales, que por tanto esto daba espacio para regular el contenido del programa sin que significara una restricción a la Libertad de Expresión, ya que la misma no constituía un derecho ilimitado. A raíz del fallo del Consejo de Estado, a la cadena radial le fue impuesta una multa, y fue obligada a moderar el contenido del programa. Es así que, la cadena radial interpone la acción de tutela, argumentando que la sentencia del Consejo de Estado resultaba violatoria de su Libertad de Expresión, ya que se trataba de una forma de censura previa.

Al estudiar el caso repetimos la Corte Constitucional, empezó por analizar el concepto de Libertad de Expresión, afirmando que los elementos constitutivos de este derecho son los siguientes²⁷⁰.

1. Libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, informaciones e ideas a través de cualquier medio si ser molestado por ello. De acuerdo con lo dicho por la Corte, esta libertad tiene una doble dimensión, la de quién se expresa y la de los receptores del mensaje expresado.
2. Libertad de información: se refiere a la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, esto es, de buscar o investigar información, no solo sobre hechos sino ideas y opiniones de toda clase. Igualmente comprende la libertad de informar sobre hechos o sucesos

Al hablar sobre la diferencia entre ambas libertades (expresar e informar), la Corte estableció que la primera de ellas se refiere a todo tipo de declaración que tenga por objeto difundir todo tipo de pensamientos, ideas, opiniones, e informaciones personales mientras que la segunda tan sólo protege la comunicación de versiones sobre hechos, eventos, acontecimientos, gobiernos, funcionarios, y situaciones en general, con el fin de enterar al receptor sobre lo que está ocurriendo.

En esa medida, anotó la Corte, el interés del receptor toma una alta relevancia, ya que, sin esa información, no está en condiciones de ejercer sus derechos como

²⁶⁹ Organismo judicial competente para conocer las acciones populares.

²⁷⁰ Apartados 4.1 a 4.4 de la sentencia.

ciudadano. Además, sostuvo, que mientras en el ejercicio de la expresión basta que la persona cuente con las facultades para expresarse, la libertad de información debe contar con una infraestructura material apta para captar y difundir la información. Explicó además que la Libertad de Expresión en sus dos vías, expresión en estricto sentido y de información, es un derecho que va en dos sentidos, ya que involucra tanto el emisor como al receptor de los actos comunicativos.

Por ende, ambos intereses deben ser protegidos como fundamentales en una democracia, puesto que, dependiendo del intercambio e influjo de diferentes opiniones, informaciones, ideas, se forman las preferencias como ciudadanos.

Finalmente, en lo que hace a estos elementos de la Libertad de Expresión, la Corte, se refirió a la especial protección que ha merecido este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Dijo respecto de esto, que este derecho tiene un estatus especial, y un grado de inmunidad frente a regulaciones estatales dado el papel que juega en el proceso de comunicación interpersonal y social, y por ende en las sociedades democráticas, ya que evita la atrofia de pensamiento. Los fundamentos en los cuales descansa esta especial protección, conforme lo indicó la Corte en este caso, son cinco²⁷¹.

1. Búsqueda de la verdad, dado que solo a través del conocimiento e intercambio de la información, opiniones e ideas expresadas por otros, se puede llegar a esta, pues solo así se podría descubrir y desechar aquello que es falso.

2. Funcionamiento de la democracia. Ya que solo mediante mencionado intercambio de opiniones y pensamientos, los ciudadanos estarán suficientemente informados para decidir.

3. Motivos atinentes a la autorrealización individual, dado que en la medida en que los individuos puedan expresarse libremente puede desarrollarse.

4. Consideraciones alusivas a la conservación patrimonio cultural de la sociedad, dado que solo mientras se proteja esa libertad se generará dicho patrimonio.

²⁷¹ Apartado 1.2 de la sentencia

5. Consideraciones sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esa esfera, ya que la tendencia estatal será restringir todas aquellas expresiones que le resultan inconvenientes.

De estas motivaciones, aseveró la Corte, se desprenden tres consecuencias²⁷².

1. Presunción a favor de la Libertad de Expresión: En principio toda expresión se cree cubierta por el artículo 20 constitucional, salvo que se justifique su limitación.
2. También, se presume que la Libertad de Expresión goza de una primacía frente a otros derechos. Esa primacía solo cesará cuando se demuestre que el otro derecho adquiere mayor peso en el caso concreto, y que se han cumplido con los requisitos constitucionales para limitar esa libertad.
3. Igualmente se presume que toda limitación a la Libertad de Expresión es inconstitucional, es decir se sospecha que cualquier intervención del estado a este derecho es contrario a la Constitución, a menos que se demuestre que se cumple con los requisitos que justifiquen tal limitación.

Como consecuencia de la presunción en favor de la Libertad de Expresión, las autoridades que pretendan limitarla, deben cumplir con tres cargas²⁷³.

A. Carga definitoria: se debe especificar cuál es el bien jurídico que se quiere proteger con la limitación. Esta definición debe ser detallada, estando prohibido presentar en consecuencia, definiciones en abstracto, como sería el caso de la autoridad que se limita a decir que lo que busca proteger es la moral pública.

B. Carga argumentativa: en el acto jurídico mediante el cual la autoridad del caso pretende limitar la Libertad de Expresión, se debe argumentar las razones de dicha limitación, derrotando la presunción que acompaña este derecho, y cumpliendo con los requisitos para la misma.

C. Carga probatoria: las autoridades deben contar con suficientes evidencias técnicas y científicas que soporten su decisión de limitar la Libertad de Expresión, como sería los efectos sociales nocivos que generaría una determinada expresión.

²⁷² Apartado 4.1.3 de la sentencia

²⁷³ Apartado 4.1.4 de la sentencia

También estableció que la Libertad de Expresión goza de un carácter constitucionalmente tolerable de los riesgos generados por su protección y de las cargas impuestas por su ejercicio. Se refiere, valga la redundancia, a que la Libertad de Expresión conlleva riesgos, que son tolerables. Sin embargo, resulta más tolerable soportar dichos riesgos (como sería que una parte de la sociedad se sintiera ofendida por considerar que la expresión atenta contra su concepto de moral) que suprimir o restringir la expresión, por lo que esto redundaría en una especie de inmunidad de esta libertad frente a intervenciones estatales.

Cuando se trata de menor de edad, estos riesgos deben ser estudiados con más detenimiento, sin embargo, no bastaría decir que ellos hacen parte de la audiencia para justificar una posible restricción a la Libertad de Expresión.

Con base en estas consideraciones, y en otras como cuales son los requisitos para limitar la Libertad de Expresión que veremos en un punto subsiguiente, la Corte falló en favor del actor, debido a que, por un lado, la misma determinó que las cargas argumentativas, definitorias y probatorias no estuvieron presentes en los actos judiciales emitidos por las autoridades pertinentes, ya que no se señaló la finalidad concreta y específica de la limitación a la Libertad de Expresión, ni la probatoria, al no tener evidencias que sustentaran las afirmaciones sobre el impacto del programa. En lo que hace a la sentencia del Consejo de Estado, determinó que iba en contra de la Constitución por violar la prohibición de censura previa, (prohibición que igualmente estudiaremos más adelante) por lo que dejó sin efecto aquellos apartes de la sentencia que contenían dicha violación.

Con esta breve mirada a la sentencia T - 391 de 2007, nos queda claro cuáles son los elementos de la Libertad de Expresión, así como sus fundamentos en Colombia.

4.3.2 Restricciones a la libertad de expresión

En el punto anterior, cuando hablamos sobre los elementos que componen la Libertad de Expresión, insinuamos que la misma puede estar sujeta a restricciones. En este punto hablaremos entonces de estas limitaciones, basándonos en la misma sentencia de la Corte Constitucional colombiana que estudiamos en el ya mencionado

punto primero, debido al detalle con que se desarrolló el tema en dicho fallo. Es de aclarar que el mismo raciocinio y fundamento que se expuso en esta tutela, ha sido repetido en sentencias posteriores por este Tribunal.

Así pues, la Corte al referirse a las restricciones a la Libertad de Expresión dijo lo siguiente²⁷⁴:

En primer lugar, aclara que el derecho a expresarse libremente no es un derecho absoluto, en ninguna de sus manifestaciones y por ende puede estar sujeto a limitaciones, con el fin de preservar otros derechos, o intereses constitucionalmente protegidos, y con los que puede llegar a producirse un conflicto. Sin embargo explica que cualquier acto de carácter general o particular emitido por las autoridades colombianas, que limite el ejercicio de la Libertad de Expresión será considerado como sospechoso, y por tanto deberá el juez someterle a un estudio estricto para decidir si dicho acto fue emitido conforme con los requisitos que hacen admisible dicha limitación²⁷⁵.

En segundo término, la Corte, se refiere a esos requisitos, los cuales son los siguientes²⁷⁶.

1. La limitación debe estar formulada precisa y taxativamente en una ley nacional: el nivel de precisión al que se refiere esta condición, está atado a que los ciudadanos puedan entender de manera diáfana, de tal manera que puedan regular su conducta de conformidad con la ley. Este requisito quiere decir entonces que están prohibidas las limitaciones expuestas en términos vagos o ambiguos. De esta manera dice la Corte, se evita que las autoridades limiten arbitrariamente este derecho, y en consecuencia se evita también que haya actos discriminatorios.
2. Las limitaciones deben perseguir el logro de una finalidad imperiosa definida de manera concreta y específica: la limitación debe perseguir la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad y el orden público, la

²⁷⁴ Apartado 4.5 de la sentencia.

²⁷⁵ Apartado 4.5.1 de la sentencia

²⁷⁶ Apartados 4.5.23.1 – 4.5.3.3 de la sentencia

protección de la salud pública, o la protección de la moral pública. De acuerdo con la Corte, estas limitaciones constituyen una enumeración taxativa, por tanto, no hay lugar a otras justificaciones para limitar la Libertad de Expresión, y en cada caso debe demostrarse que la situación en particular se encuadra dentro de estos elementos, es decir debe formularse concreta y detalladamente cuál es el interés que se busca proteger.

La Corte explica las finalidades de la siguiente manera²⁷⁷:

a. Limitaciones adoptadas para proteger los derechos de los demás: Sobre este tipo de restricciones o limitaciones, se aclara que solo se pueden dar frente a derechos que tengan la misma categoría del derecho a la Libertad de Expresión, es decir que se trate de derechos fundamentales (de acuerdo con el concepto de la Corte Constitucional, se trata de aquellos derechos que tienen conexión o devienen de la dignidad humana T - 095 de 2016, entendiéndose por esta el trato que merece toda persona por el solo hecho de ser tal, y la facultad que tiene toda persona de exigir ser tratada acorde con su condición humana T 291 de 2016).

Dice la Corte que para solucionar conflictos entre derechos de igual rango se debe usar el método de la ponderación, sobre la base de la presunción de la primacía de la Libertad de Expresión, pero que en todo caso el equilibrio entre derechos variará dependiendo del caso, pues si se trata de discursos políticos, las figuras públicas deben soportar una carga mayor en lo que hace a los derechos de intimidad y buen nombre, pero si se trata de cuidar los intereses de los menores de edad, el equilibrio cambia, ya que a este sector de la población se le presta especial protección.

b. Limitaciones adoptadas para preservar la seguridad y el orden público: cuando se limite la Libertad de Expresión para preservar la seguridad, el concepto de seguridad que se debe tener en cuenta es aquel que va de la mano con la democracia, y no con uno autoritario o dictatorial. Del mismo modo dichas limitaciones deben ser puntuales, razonables y proporcionales a las circunstancias, estando proscrita la posibilidad de restringir la Libertad de Expresión más allá de lo necesario en estas situaciones.

²⁷⁷ Apartado 4.5.3.3 de la sentencia

c. Limitaciones adoptadas para preservar la moralidad pública: para limitar la Libertad de Expresión con esta justificación, la noción de moralidad pública debe estar definida de manera previa por una ley nacional, debe invocarse de manera clara, exponiendo los intereses concretos que están en juego, y estos deben concordar con la noción de democracia abierta y pluralista, no confesional, y con el concepto de dignidad humana, imposibilitando que se fomenten prejuicios e intolerancia.

3. Las limitaciones deben ser necesarias para el logro de la finalidad que persiguen y proporcionadas: El juez entonces debe hacer un test estricto sobre la medida tomada, para conocer si se cumplieron con los siguientes elementos:

a. Existencia de la necesidad de usar esa restricción para alcanzar la finalidad invocada. Como consecuencia, no puede tratarse de una medida simplemente útil o deseada. Se trata de una necesidad imperiosa o apremiante más que útil, legítima u oportuna.

b. La limitación debe estar permitida, no podría entonces por ejemplo tratarse de una censura previa.

c. La medida tomada debe ser materialmente necesaria, es decir no debe haber otro medio disponible para alcanzar la finalidad deseada. Igualmente debe ser lo menos restrictiva posible, de tal forma que si hay otro medio menos restrictivo se debe elegir este, so pena de incurrir en una violación a la Libertad de Expresión.

d. La medida debe ser proporcionada, haciendo inadmisibles aquellas que resulten excesivas. Para saber si se da tal proporción el juez deberá analizar si hay un equilibrio entre la medida y la finalidad, para lo cual debe estudiar el contexto específico, observando el tipo concreto de Libertad de Expresión (por ejemplo si se trata de la prensa, o de un acto individual con una audiencia reducida, si se trata de una opinión, una información sobre un hecho etc.) la duración en el tiempo de la limitación, y cualquier elemento de interés público que esté presente. Así mismo deberá verificar que no hay un ánimo persecutorio, retaliatorio o discriminatorio en dicha medida.

4. Las limitaciones deben ser posteriores y no deben constituir censura. En Colombia está prohibida la limitación previa de la Libertad de Expresión, salvo por las normas que regulan la entrada de menores de edad a espectáculos públicos.

Con esto terminamos de ver cuáles son los requisitos para que las autoridades puedan limitar la Libertad de Expresión.

4.3.3 Censura previa

En este punto, igualmente tomaremos como base la explicación expuesta por la Corte en la sentencia T- 391 de 2007, porque como lo advertimos en el punto anterior, es bastante detallada, y la misma se ha repetido en las sentencias que vinieron posteriormente.

Respecto de la censura previa, la Corte dice que se trata de un control previo sobre lo que se va a expresar, y supone un veto antes de que esa expresión sea difundida, impidiendo así que tanto quién se expresa como la sociedad ejerzan su derecho a la libre expresión, es decir es un asunto que afecta tanto al emisor como al receptor de la información²⁷⁸.

La Corte aclara que una cosa es la censura previa, y otra las prohibiciones con responsabilidad ulterior, pues en este último caso, cumpliendo los requisitos de las limitaciones, mediante una ley nacional, y con el lleno de requisitos de las restricciones, se puede establecer qué tipo de expresiones están, valga la redundancia, limitadas, sometiendo, a quién quebrante dicha ley a una responsabilidad ulterior. Podríamos pensar como ejemplo, en una ley que buscara impedir la transmisión por parte de los medios de comunicación de noticias falsas.

Finalmente, en este punto la Corte explica que la censura puede ser positiva o negativa, será de la primera forma cuando quién censura exige que la expresión se ajuste a sus parámetros, y de la segunda, cuando se obstaculiza o se prohíbe la comunicación del contenido de la expresión. En cualquier caso, ambos modos de censura están prohibidos por la Constitución Colombiana.

4.3.4 Discursos de odio

En la Sentencia C-091 de 2017, la Corte Constitucional colombiana analizó la constitucionalidad del artículo del código penal que tipifica el delito de actos

²⁷⁸ Apartado 4.6 de la sentencia.

discriminatorios. Dentro de este análisis se refirió a los denominados discursos de odio y si la Libertad de Expresión los cobija o no.

En sus consideraciones, la Corte sostuvo que el artículo 20 de la Constitución colombiana no cobija la apología al odio, pues si bien la Libertad de Expresión cobija tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas inusuales, aquellas que resultan ofensivas chocantes indecentes o contrarias a las posturas mayoritarias, no protege reiteramos, aquellas que fomentan el odio nacional, religioso, o cualquier tipo de odio que constituya una incitación a la violencia por cualquier motivo²⁷⁹.

Es pues la incitación al odio la clave para determinar que un discurso no está protegido por el derecho en estudio. Para la Corte existe tal incitación siempre y cuando, valga la redundancia, el contenido del discurso persuada o incite al odio, y cuando, analizando las circunstancias particulares sea previsible que ese mensaje incite a la violencia o al odio. Sobre esto, dice que por ejemplo las opiniones emitidas en una red social como Twitter que emiten juicios de valor respecto de prácticas culturales de algunos grupos indígenas, no constituyen discursos que incitan al odio, ya que no es suficiente con que el mensaje resulte ofensivo, sino que es necesario repite, que incite al odio o a cometer algún hecho ilícito en contra de la persona o grupo afectado con el discurso.

El mensaje debe ser una motivación explícita o implícita, a actuar contra el sujeto que es objeto del discurso calificado como de odio.

Concluimos entonces lo que respecta a los discursos de odio y su ausencia de protección por la Libertad de Expresión, en los casos en que estos constituyan una incitación al odio, lo que se traduce en una motivación para actuar en contra de un grupo o persona en específico.

4.3.5 Libertad de expresión en internet

En la sentencia T-050 de 2016, al estudiar un caso relacionado con la publicación en la red social Facebook de la foto de una mujer que tenía una deuda no

²⁷⁹ Consideraciones 23 a 30 de la sentencia.

saldada con otra, junto con la leyenda de dicha deuda, la Corte se refirió al ejercicio de la Libertad de Expresión en el ámbito específico de Internet.

En sus consideraciones, la Corte hizo un repaso de lo que ya vimos en lo que hace al contenido de la Libertad de Expresión, concluyendo que dicha Libertad se aplica a Internet de igual manera. Esto es, que goza de una primacía en cuanto a su protección, y que puede ser limitada siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. En lo que hace al ejercicio de este derecho en redes sociales, la Corte indicó que está sometido a los límites impuestos por otros derechos, en específico, la honra, el buen nombre y la intimidad. Respecto del derecho a la intimidad, sostuvo que este se clasifica en distintos niveles, la intimidad personal, familiar, social y gremial; la gremial es aquella relacionada con las libertades económicas y envuelve el derecho a reservarse la explotación de cierta información, siendo, conforme lo dice la Corte, uno de sus más importantes exponentes el derecho a la Propiedad Intelectual²⁸⁰.

Esta sentencia resulta de suma importancia para nuestro estudio, ya que la Corte Constitucional expresamente reconoció en Colombia como límite al derecho de Libertad de Expresión los derechos derivados de la Propiedad Intelectual, lo que tiene aplicación, de acuerdo a lo dicho en este fallo, en Internet.

Sobre esta afirmación no ha habido más desarrollos a nivel de jurisprudencia constitucional, ni tampoco en otras ramas hasta el momento, excepto esta que encontramos acá, lo que deja una puerta abierta a la interpretación al momento de resolver casos concretos, ya que si bien la Corte la expone como una limitante, habría que analizar en cada asunto sí hay cumplimiento de los requisitos para que tenga tal efecto.

El único caso a partir del cual se llegó a mencionar el choque entre Libertad de Expresión y Propiedad Intelectual en Internet, fue el que se dio en el año 2014, cuando el biólogo Diego Alejandro Gómez Hoyos, decidió compartir en Internet la tesis sobre taxonomía de Andrés Acosta. Al enterarse de esto, el autor de la tesis decidió denunciar penalmente a Diego Alejandro, por infracción del derecho de autor de reproducción y distribución. El caso se hizo público gracias a la gestión de la Fundación

²⁸⁰ Apartado 5 de la sentencia.

Karisma, que como ya hemos visto se encarga de la defensa de derechos en Internet, y dicha fundación lo hizo público por considerar que el caso daba cuenta de un desequilibrio entre los derechos de autor y otros derechos, como por ejemplo la Libertad de Expresión, ya que compartir información que contiene conocimiento hace parte como vimos de una de las aristas de esta libertad.

En la sentencia se declaró inocente a Diego Alejandro, sin que el juez se pronunciara en estricto sentido sobre la Libertad de Expresión y el conflicto con los derechos de autor, pero sí tuvo en cuenta lo dicho por el investigado, sobre su intención de compartir información científica, y sobre lo habitual de esta práctica en el mundo académico. Dicho que fue confirmado por varios testigos que trabajan en la mencionada comunidad académica. De la misma manera al establecer que no había un interés de lucro, concluyó que no había pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado.

Sobre este caso volveremos más adelante, porque como lo advertimos, despertó interés sobre la necesidad de balancear los derechos de Propiedad Intelectual y la Libertad de Expresión, dando pie a la insistencia en propuestas como la de incluir una cláusula de uso justo en la legislación colombiana.

Así terminamos entonces, lo atinente a la Libertad de Expresión en Colombia.

4.4 Libertad de expresión en Chile

En el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución chilena se encuentra consagrado el derecho a la Libertad de Expresión en este país, estableciendo que todas las personas son libres de emitir opiniones y de informar sin censura previa, sin perjuicio de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades. Además, establece que quién se haya visto aludido injustamente por un medio de comunicación tiene derecho a la rectificación, y que todas las personas tienen derecho a "fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones señaladas por la ley", y que no habrá monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

En el numeral mencionado se establecen entonces los elementos de la libre expresión, así como la prohibición de censura previa, por lo que estamos ante un

artículo más o menos detallado, pues si bien es extenso, dicha extensión no se ocupa de asuntos tales como las restricciones a este derecho.

A continuación analizaremos los elementos que comprenden este derecho, así como la prohibición de censura previa y las limitaciones al mismo.

4.4.1 Elementos de la libertad de expresión

De acuerdo al numeral 12 del artículo 19 de la constitución chilena, todas las personas tienen la libertad de emitir opiniones y de informar. Sobre estos elementos el profesor José Luis Cea Egaña cita la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de mayo 31 de 1993, en la que diferencia entre opinión e información, diciendo que aquella se refiere a un juicio sobre un asunto determinado, mientras que la información corresponde a la narración objetiva de unos hechos, incluyendo o no comentarios, imágenes, signos, símbolos o descripciones subjetivas²⁸¹.

Sobre el derecho a informar llama la atención que el artículo en mención no hace alusión al derecho de acceder y recibir información, sin embargo, para Daniel Álvarez esto no es óbice para que no se entienda incluido, ya que en el fallo del Tribunal Constitucional Rol 226 de octubre 30 de 1995, se sostuvo que si bien no aparece expresamente consagrado el derecho a recibir informaciones se entiende que se encuentra implícito, ya que de nada servirían las libertades a opinar y a informar si no tienen "destinatarios reales"²⁸².

En esta misma línea, Manuel Vergara²⁸³ expresó que el derecho de Libertad de Expresión incluye el derecho a ser informado, "esto es, de las personas de recibir

²⁸¹ CEA Egaña José Luis 2012. "Derecho Constitucional Chileno". Santiago de Chile. Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile P 386.

²⁸² Valenzuela Daniel 2004. "La Libertad de Expresión en Internet y el Control de Contenidos Ilícitos y Nocivos" [en línea] Memoria de licenciado en ciencias jurídicas. Santiago de Chile Universidad de Chile, P 5. <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107436>> {consulta: 02 mayo 2020}

²⁸³ VERGARA Manuel. 2021. "Libertad de Expresión, Redes Sociales y Medios de Comunicación Social." [en línea] Diario Constitucional.cl 27 enero de 2021. <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/libertad-de-expresion-redes-sociales-y-medios-de-comunicacion-social/>> {consulta: 15 abril 2021}

información”, y que si bien esta prerrogativa no está plasmado en la Constitución, si es mencionado en el inciso tercero del artículo primero de la Ley 19.733²⁸⁴.

Concluimos entonces, que se encuentra protegida la Libertad de Expresión en su doble dimensión, expresión propiamente dicha, información y acceso a la misma.

4.4.2 Censura previa

Como lo dijimos antes, la censura previa está proscrita en la constitución chilena, es decir, está prohibido someter la expresión a una autorización previa a su difusión.

Sobre la prohibición censura previa, el Tribunal Constitucional en el fallo contenido en la causa Rol 2358, de enero 9 de 2013, sostuvo que la Libertad de Expresión sin dicha censura se originó primero respecto de la prensa, pero que hoy en día es aplicable a todos los medios de comunicación.

Respecto del alcance de esta prohibición, el profesor José Luis Cea Egaña cita la sentencia del Tribunal Constitucional dictada dentro del proceso Rol número 176 de noviembre 22 de 1993, en la cual dicho Tribunal advierte que el derecho a la Libertad De Expresión se puede ver sometido a restricciones en estados de excepción, lo que no es igual a autorizar una censura previa, ya que en este último caso estaríamos ante una suspensión del derecho, lo que no está permitido²⁸⁵.

Finalmente, hacemos alusión al fallo del Tribunal Constitucional dictado dentro del proceso Rol 2541 de noviembre 18 de 2013, en el cual se refiere a la prohibición de censura previa, diciendo que dicha censura puede ser indirecta o directa cuando consiste en un "control o examen verificado antes de la comunicación o divulgación, realizado por una autoridad o por un particular", con el fin de impedir o limitar la expresión. Añadió que la interferencia puede ser negativa cuando se trata de un impedimento, o positiva cuando hay una imposición para la entrega de información.

Por último, afirmó que la prohibición de censura previa va a atada a un sistema de responsabilidad ulterior, es decir, que sí con la expresión se configura un delito o

²⁸⁴ “Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general” (Congreso Nacional de Chile, 2001, p. 1).

²⁸⁵ CEA Op.cit; P 388.

abuso, hay lugar a responsabilidad del emisor, por ende se trata de un sistema preventivo y no represivo.

4.4.3 Límites a la libertad de expresión

Tal como lo dijimos en el punto anterior, la Libertad de Expresión está sometida a responsabilidades ulteriores en el caso de un ejercicio abusivo de la misma, o cuando se configura un delito.

Lo anterior quiere decir, que mediante el ejercicio legislativo se pueden configurar aquellas situaciones que constituyen un límite para el ejercicio de la Libertad de Expresión, como la Ley N° 19.733 sobre ejercicio del periodismo, en donde se impone como límite las expresiones injuriosas, no aceptándose como *exceptio veritatis* (prueba de verdad) aquellos comportamientos concernientes a la vida privada del sujeto afectado con la injuria, salvo que a su vez aquellos comportamientos constituyan a su vez un delito²⁸⁶.

Por otro lado, el honor y la reputación, si bien se han tenido como dos limitantes a la Libertad de Expresión²⁸⁷, no en todos los casos es así, pues conforme con la jurisprudencia constitucional, en algunos eventos debe haber un ejercicio de tolerancia respecto de situaciones que se dan en la vida en sociedad²⁸⁸, como cuando se trata de personas que desempeñan un cargo público²⁸⁹.

²⁸⁶ COUSO Javier, LOVERA Parmo Domingo, GUILOFF Matías, CODDOU Alberto.2011"Constitutional Law in Chile". Países Bajos. Wolters Kluwer Law & Business, Países Bajos P189

²⁸⁷ JARA Villalobos Camilo.,2014. "Derecho a la Privacidad, Libertad de Expresión e Interés Público: el caso Cordero con Lara y otros" [en línea] 2014Anuario de Derechos Humanos Número (10) <<https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/31706>> {consulta: 05 mayo 2020}

²⁸⁸ Lopehandia Matías.2016. "Libertad de Expresión y Protección de la Intimidad: Chile, España y México"[en línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 02 de febrero de 2016 <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22232/1/FINAL%20-%20Libertad%20de%20expresi%C3%B3n%20e%20intimidad%20-%20Mex%20y%20Esp.pdf>> {consulta: 06 mayo 2020}

²⁸⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2422 de octubre 24 de 2013

Por último, sobre las limitantes al derecho de información, el profesor José Luis Cea Egaña²⁹⁰ hace alusión a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada dentro del procedimiento Rol 226 de octubre 30 de 1995, dentro de la cual, sostuvo que no se puede obligar a ninguna persona o medio a entregar una información determinada; es decir, que ninguna ley puede obligar a las personas a dar una información u opinión (Cea, 2019). Esto sin perjuicio, conforme con lo que dice el profesor José Luis Cea, del deber de transparencia democrático que hay con respecto a los documentos emitidos por las autoridades públicas, los cuales sí deben ser de libre acceso.

4.4.4 Discursos de odio

En la ley 19.733 sobre ejercicio del periodismo, en su artículo 31 se establece que quien por un medio de comunicación social realice transmisiones destinadas a promover odio respecto de personas o colectivo de personas por su raza, sexo, religión o nacionalidad será penado con una multa. Es decir, estaríamos frente a un ejercicio de expresión que no estaría cubierto por el derecho constitucional a la Libertad de Expresión, bastando para que se configure la sanción, que se realice la transmisión promotora de odio, sin que haya como exigencia que exista una amenaza o puesta en peligro efectiva para quienes resultarían ser el objeto de ese discurso. No obstante, este artículo presenta el problema de solo referirse a los discursos de odio hechos a través de medios de comunicación (lo que es lógico teniendo en cuenta el objeto de la ley), dejando por fuera la sanción entonces aquellos que no se hacen por estos medios²⁹¹.

Sobre los discursos de odio, en el año 2017 se presentó un proyecto de ley que busca penalizar la incitación al odio, castigando a los siguientes:

²⁹⁰ CEA Op.cit; P 396

²⁹¹ PAÚL Díaz Álvaro 2011. "La Penalización de la Incitación al Odio a la Luz de la Jurisprudencia Comparada"[en línea] Revista Chilena de Derecho. 2011. volumen 38 No.(2)<<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9360>> {consulta: 15 abril 2021}

El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima²⁹².

Este artículo salvaría la falencia del artículo 31 de la ley 19.733 en lo que hace a la expansión de los medios mediante los cuales se haría la incitación a la violencia, y además no se limita a motivos de raza, sexo, religión, o nacionalidad, sino que incluye identidad de género, orientación sexual o creencias de la víctima merece especial atención que solo se aplicaría cuando el discurso vaya dirigido a la violencia física, es decir que habría tolerancia aquellos discursos promotores de violencia psicológica²⁹³.

De llegarse a aprobar esta ley, no habría tolerancia alguna, ni estaría cobijado por la Libertad de Expresión los discursos de odio que inciten a la violencia.

Sobre la importancia de no dar protección de Libertad de Expresión a estos discursos, Daniel Olate refiriéndose explícitamente al evento en que el ex alcalde de Providencia rindió un homenaje al ex brigadier, Miguel Krassnoff quien fuera acusado de distintos delitos de violación a derechos fundamentales, afirmó que se tienen “buenas razones para el evaluar limitar la libertad de opinión e información de aquel que emita esa expresión”²⁹⁴.

Afirmó que la expresión de odio del ex alcalde al rendir este homenaje, constituía una negación del sufrimiento de las víctimas, por lo tanto, los tribunales judiciales no debían de amparar la libre opinión de aquel, pues la protección de su libertad de expresión redundarían en una violación a otros derechos fundamentales tales como el derecho de las víctimas a recibir un trato diferenciado, justamente en pro del reconocimiento del mencionado sufrimiento.

²⁹² MOVILH. 2017. “Presidenta Bachelet presenta Proyecto de ley que sanciona contra hasta 3 años de cárcel la incitación a la violencia”. [en línea] <www.movilh.cl/presidenta-bachelet-presenta-proyecto-de-ley-que-sanciona-contra-hasta-3-anos-de-carcel-la-incitacion-a-la-violencia/> {consulta: 09 mayo 2020}

²⁹³ ESCOBAR Javier, "Delito de Incitación al Odio o a la Violencia en Chile. Una Tarea Pendiente" [en línea] Diario Constitucional.cl <www.diarioconstitucional.cl/articulos/delito-de-incitacion-al-odio-o-a-la-violencia-en-chile-una-tarea-pendiente/> {consulta: 09 mayo 2020}.

²⁹⁴ OLATE Daniel. 2011. “Expresiones de Odio: una cuestión de libertad e igualdad”. [en línea] Diario Constitucional.cl 2011. <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/expresiones-de-odio-una-cuestion-de-libertad-e-igualdad/>> {consulta: 15 abril 2021}

4.4.5 Libertad de expresión en internet

Sobre el libre ejercicio del derecho a la Libertad de Expresión en Internet, es preciso referirnos al avance en la legislación chilena, al consagrar principio de neutralidad de la red, plasmado en el artículo único de la ley 20.453, conforme con el cual los proveedores de Internet no pueden bloquear arbitrariamente, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de los usuarios de Internet, para enviar, usar, u ofrecer contenido de cualquier tipo o servicios legales, así como "cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red."

Conforme lo explica el profesor Alberto Cerda, la neutralidad de la red garantiza que el servicio del proveedor de internet no se vea afectado por causa de discriminaciones arbitrarias, por ejemplo, denegando el acceso a un contenido determinado, o ralentizando el acceso²⁹⁵.

Sobre la relación entre la neutralidad de la red y la Libertad de Expresión, Cerda explica qué teniendo en cuenta que Internet constituye una especie de plaza pública, donde el acceso a la información se facilita en gran medida, así como el intercambio de ideas, se requiere de este principio para evitar la privatización de esta red, y con ello, la obstaculización del ejercicio de este derecho, pues serían los proveedores de Internet los que decidirían en qué circunstancias de modo y tiempo accederíamos a la red, y a que contenido.

Es por lo anterior, que la legislación sobre la neutralidad en la red constituye ciertamente un avance, pues reconoce a Internet como una plataforma en la que se puede ejercer de manera libre abierta e, instantánea la Libertad de Expresión, y se salvaguarda mediante este principio, impidiendo que se impida dicho ejercicio mediante la discriminación en el acceso a la red o a su contenido.

Este principio es de vital importancia para nuestro estudio, ya que se impediría que mediante leyes de Propiedad Intelectual se convirtiera a los proveedores de

²⁹⁵ CERDA, Silva Alberto J. 2013. "Neutralidad de la red y la Libertad de Expresión"[en línea] Cuestión de Derechos Revista Electrónica. Primer semestre 2013.número 4. <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139609/Neutralidad%20de%20la%20Red%20y%20Libertad%20de%20Expresion.pdf?sequence=1>> {consulta: 10 mayo 2020}

Internet en una especie de vigilantes de la red, permitiéndoles a su arbitrio, o al arbitrio de terceros, dar de baja y bloquear contenido considerado infractor.

Con esto terminamos el capítulo relativo a la Libertad de Expresión, para dar paso al estudio de la interrelación, entre este derecho, y los derechos derivados de la Propiedad Intelectual.

5 Interacción entre derechos de autor y libertad de expresión

Tal como se ha venido desarrollando esta tesis, en el presente capítulo nos dedicaremos a estudiar la interacción que han tenido los derechos derivados de la Propiedad Intelectual y la Libertad de Expresión en las diferentes regiones que han sido objeto de nuestro análisis, pues como ya queda claro, al ser tan distinta la génesis del copyright y de los derechos de autor, es posible que esta interacción no se haya dado

de la misma manera. De esta forma, se podrá dar una respuesta final al problema jurídico planteado en la introducción de este trabajo académico.

5.1 Estados Unidos

En Estados Unidos, ha sido la Corte Suprema de ese país la encargada de sentar los lineamientos generales sobre los cuales descansan los raciocinios para determinar si hay o no conflicto entre los derechos de autor y la Libertad de Expresión. Siendo cierto lo anterior, en la primera parte de esta acápite veremos cuáles son esos lineamientos, en tanto que en la segunda, estudiaremos casos específicos que dieron pie a los mencionados lineamientos, advirtiendo que no solo analizaremos jurisprudencia de la Corte Suprema, sino decisiones de las cortes bajas, que de cualquier modo, siguen los lineamientos indicados.

5.1.1 Lineamientos generales de la Corte Suprema de Justicia estadounidense

Sobre las líneas generales de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto la posible tensión entre el copyright y la Libertad de Expresión, Eric Barendt dice que, de la jurisprudencia de esta Corte, se concluye que para la misma cualquier tensión o conflicto tiene solución interna dentro del copyright, pues conforme con el raciocinio judicial, dado que la Constitución de Estados Unidos explícitamente autoriza al congreso a "promover el progreso de la ciencia y artes útiles asegurando por tiempos limitados a los autores e inventores el derecho exclusivo de sus respectivos escritos y descubrimientos", sería sorprendente que esa legislación específicamente autorizada por la Constitución pueda ser incompatible con la Primera Enmienda (aquella que consagra la Libertad de Expresión)²⁹⁶.

Así entonces explica, para la Corte, la misma ley de copyright ahoga cualquier posible tensión mediante la dicotomía idea/expresión, de acuerdo con la cual, el copyright protege solo la forma en que un autor expresa sus ideas mas no las ideas en

²⁹⁶ BARENDT Eric 2004. "Copyright and Free Speech Theory" En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN UMA "Copyright and Free Speech". Inglaterra. Oxford University Press. P 11.

sí mismas, por tanto, quién busca hacer uso de su derecho a expresarse libremente, puede escoger cualquier método y manera para hacerlo, excepto aquel que ya fue usado por el autor.

Sobre este enfoque de la Corte, Fiona Macmillan advierte que la dicotomía referida no sería suficiente para concluir que el copyright salvaguarda la Libertad de Expresión en la medida en que la expresión adoptada en ciertas obras puede ser tan importante para su impacto como la idea que está detrás. En ese sentido, se podría concluir -dice Macmillan- que el copyright coarta la Libertad de Expresión, dado que en no pocas ocasiones la expresión será más atractiva que la idea, como cuando se trata de imágenes protegidas con copyright²⁹⁷.

Otro de los argumentos con base en el cual la Corte arguye que no hay tensión entre las dos figuras jurídicas objeto de nuestro estudio, es el uso justo cuya definición estudiamos en el capítulo segundo. No obstante, para Macmillan el uso justo no constituye un puerto seguro para la Libre Expresión debido a que los requisitos para que la Corte considere un uso como tal, pueden variar de un juicio a otro; así indica, hay casos en que ha exigido que el propósito del uso debe ser una crítica a la obra en específico, y no una crítica a la sociedad en general, lo que redundaría en que se trata de una herramienta fallida como elemento de resistencia y precisamente, crítica. Así mismo, el problema al determinar el factor de la proporcionalidad de la obra usada, tiene como consecuencia que los usuarios de obras protegidas con copyright no se puedan valer del uso justo como defensa, especialmente cuando su titular es una gran corporación, lo que para la autora citada, degenera en una ausencia verdadera y legítima de la Libertad de Expresión, a pesar de que se dice que el uso justo ya mencionado, la salvaguarda, dado que normalmente la Corte solo admite una porción mínima de la obra.

Sobre las salvaguardas estudiadas, Wendy Gordon afirma que no son suficientes, y que las leyes de copyright pueden resultar en una herramienta de censura a la Libertad de Expresión. Así, explica que estas leyes pueden empoderar a

²⁹⁷ MACMILLAN Fiona 2004. "Commodification and Cultural Ownership" En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN UMA "Copyright and Free Speech". Inglaterra. Oxford University Press. P 35.

una persona privada para censurar la crítica o ridículo al que se verían expuestas sus obras, o podrían permitirle delimitar la manera como se deberían usar dichas obras. Y lo expone de esta forma, porque afirma que por ejemplo en el caso de la crítica, usualmente quien la hace necesita replicar parte del contenido de su objetivo para ilustrar a la audiencia sobre los defectos percibidos en el mismo. Explica en consecuencia, que si el copyright es muy robustecido, puede despojar al crítico de la opción de poder reproducir evidencia crucial de la obra para demostrar su punto. En esta misma línea dice que la gente necesita símbolos y textos que reconocen, pero que no obstante el copyright puede privar a la audiencia de usarlos, lo que tiene como resultado, que se produce distorsión en la capacidad de información y reformación de la cultura²⁹⁸.

En específico, respecto de la dicotomía idea/expresión donde las ideas y los hechos pueden ser usados libremente, dice que la línea entre idea y expresión muchas veces puede ser brumosa y si un nuevo artista cruza esa línea casi invisible puede ser acusado de haber creado una obra derivada sin autorización. Aún más expone, en ocasiones idea y expresión están inextricablemente atadas, y muchas veces para dar paso a nueva creación necesariamente hay que usar obras que le preceden con el propósito de que esa nueva o segunda creación le hagan sentido al público, como es el caso de usar fotografías de la Estatua de la Libertad para luego recrearla "nadando" por su, justamente, libertad.

Sin embargo, señala que a pesar de esa ineficiencia de las salvaguardas de uso justo y de la dicotomía idea/expresión, la Corte Suprema estadounidense no admite una defensa directa de libre expresión en los casos de infracción de obras protegidas con copyright, ya que consideran que estos "puertos seguros" constituyen suficiente protección a esa Libertad de Expresión, de tal manera que estos casos nunca se llevan a un enfrentamiento de carácter constitucional.

En esta misma línea, Patrick Conin afirma que las válvulas internas del copyright como puertos seguros de la Libre Expresión representan un problema, ya que sustituir

²⁹⁸ GORDON Wendy 2004. "Copyright and the Problem of Private Censorship" En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN UMA "Copyright and Free Speech". Inglaterra. Oxford University Press. P 76.

uso justo por análisis de Primera Enmienda no la protege de manera eficiente, ya que el test de los cuatro factores es muy complicado de aplicar debido a la incertidumbre de como interpretarían los jueces dichos factores. Además el test le da mucha libertad a los jueces para incluso reprimir expresión al no tener que estudiarla a la luz de la Primera Enmienda.

Pero sobre todo expresa Patrick Cronin, el resultado del análisis del uso justo puede activar valores que no se compaginan con la Primera Enmienda, como lo sería la gravedad del daño económico que el titular del copyright sufrió, pues este factor no tiene contenido alguno de Primera Enmienda, debido a que solo se preocupa por los intereses económicos del titular de los derechos de autor²⁹⁹.

Por tanto concluye, se debe desarrollar una nueva doctrina que lidie con el conflicto entre el copyright y la Primera Enmienda. Respecto de la dicotomía idea/expresión dice que tampoco sirve de salvaguarda de la Primera Enmienda, dado que esta se ocupa justamente de la expresión y no de las ideas. Afirma que es sabido que la fuerza persuasiva de muchas ideas depende exactamente de la manera en que son comunicadas, por ende limitar la Primera Enmienda solo a la protección de las ideas y no de su expresión impide que se proteja de manera efectiva la Libre Expresión.

Michael Birnhack afirma que la negación del conflicto por parte de la Corte Suprema estadounidense descansa, entre otras cosas, sobre una arista aún no mencionada hasta este momento, y es un argumento histórico constitucional, pues tanto la Primera Enmienda que consagra la Libertad de Expresión, como el copyright coexisten a nivel constitucional y fueron diseñados con cercanía en el tiempo. Así pues, esto demostraría que para los redactores de la Constitución, no habría conflicto alguno, y que el copyright habría sido comprendido como manifestación de la ya mencionada Libertad de Expresión³⁰⁰.

²⁹⁹ CRONIN Patrick. 3 de marzo de 2012 "The Historical Origins of the Conflict Between Copyright and the First Amendment" [en línea] Columbia Journal of Law & the Arts 35, 3 de marzo de 2012. <file:///C:/Users/nataliavera/Downloads/2-Cronin.pdf> {consulta: 09 noviembre 2020}.

³⁰⁰ BIRNHACK Michael "Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View" En: TORREMANS PAUL L.C. "Copyright and Human Rights." Países Bajos. Kluwer Law International Editado P. 37.

A propósito de ese argumento de la cercanía histórica constitucional, Patrick Cronin dice que efectivamente hay escasa evidencia de que en el momento de la redacción de la Constitución se pensara que la cláusula de copyright y la Primera Enmienda pudiesen estar en serio conflicto, debido a que por una parte no se sabía qué tan expandido iba a ser el régimen de copyright derivado de esa cláusula, y en segundo término si bien los anti-federalistas llegaron a temer que el copyright sirviera como herramienta de censura de la expresión al otorgarle protección a unos autores y a otros no, los federalistas arguyeron que la cláusula de copyright solo podía ser utilizada para promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, pero no para regular o cercenar la expresión, de tal modo, que esta cláusula estaba en consonancia con la Primera Enmienda³⁰¹.

No obstante, explica Cronin, serían las transformaciones de la Primera Enmienda y del copyright lo que los haría entrar en tensión, debido a que, en principio, la Libre Expresión no fue concebida para proteger la opinión de aquellos que disientían, sino para proteger la opinión de la mayoría, que en ese momento tenía que ver con la supresión de la mayoría de la legislación preexistente.

El entendimiento absolutista de la Libre Expresión como derecho natural de todos los ciudadanos incluyendo aquellos cuyas visiones son opuestas a las de la mayoría, se debió al movimiento abolicionista de la esclavitud y sería a partir de esa confrontación que se entendería que este derecho protege incluso aquellas opiniones chocantes. Igualmente, se entendió que esta protección no podía ser antepuesta solo al gobierno sino a entidades privadas que intentaran coartarla de alguna manera, ya que en el enfrentamiento por la abolición de la esclavitud se vieron involucrados movimientos no gubernamentales que intentaban acallar a quienes propugnaban por dicha abolición. En cuanto al régimen de copyright explica el autor citado, en principio solo protegía las copias literales de obras literarias, considerando por ejemplo, las traducciones y las versiones resumidas como actos no infractores que permitían el acceso al público a las obras en cuestión. No obstante, los derechos de autor se fueron

³⁰¹ CRONIN Patrick. 3 de marzo de 2012 "The Historical Origins of the Conflict Between Copyright and the First Amendment" [en línea] Columbia Journal of Law & the Arts 35, 3 de marzo de 2012. <file:///C:/Users/nataliavera/Downloads/2-Cronin.pdf> {consulta: 09 noviembre 2020}.

extendiendo a tal punto que el poder de los autores para prohibir usos sobre sus obras fue considerado como un derecho que podía coartar la libertad de expresión, ya que, por ejemplo, se impuso la prohibición de hacer obras derivadas lo que redundaba en que se asumiera que el público no podía oír nuevos puntos de vista sobre el tema de que tratase la obra original.

Así, se entendió que cuando el copyright les dio más peso a los autores, estos podían restringir la expresión que chocaba, esa expresión que era protegida también por la Primera Enmienda.

Como consecuencia de la reflexión sobre la cercanía histórica hecha por Cronin, el argumento que afirma que por tal cercanía no se presenta conflicto entre las cláusulas en estudio no tendría validez, dado que, ambas tuvieron desarrollos que en principio no fueron tan siquiera esperables, tales como la amplitud de la cobertura de su protección, y que, en el día de hoy, causa que haya tensión entre ambas.

Finalmente, respecto de los lineamientos generales en cuanto a la posible tensión entre el copyright y la Primera Enmienda, la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha sostenido que mientras la ley de copyright no altere sus contornos tradicionales, no se puede afirmar que haya tal inflexión. Sin embargo, como lo veremos en el aparte jurisprudencial, hay autores como Neil Weinstock que afirman que la Corte no es clara en establecer cuáles son esos contornos tradicionales teniendo en cuenta que el copyright actual está muy lejos de aquel definido por los redactores iniciales de la Constitución del país norteamericano, y por ende, muy poco caería dentro de lo que podría ser considerado "contorno tradicional", y siempre habría lugar a una revisión de las normas del copyright a la luz de la Primera Enmienda³⁰².

De conformidad a lo expuesto, podríamos resumir los lineamientos generales de la Corte Suprema estadounidense para negar un conflicto externo entre el copyright y la Libre Expresión de la siguiente manera:

1. Válvulas internas del copyright para salvaguardar la Libertad de Expresión:
 - a. Dicotomía idea/expresión.
 - b. Uso Justo.

³⁰² WEINSTOCK Netanel Neil. 2013. "First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder." [en línea] UCLA Law Review. 2013. 60. <<https://escholarship.org/uc/item/2qk499hh>> {consulta 11 noviembre 2020}

2. Proximidad histórica entre la primera enmienda y la cláusula de copyright.
3. No afectación de contornos tradicionales del copyright.

Enseguida estudiaremos la jurisprudencia relevante que ha dado pie a estos lineamientos generales, y concluiremos si efectivamente existe o no una tensión entre el copyright y la Libertad de Expresión en el país objeto de esta parte de nuestro estudio.

5.1.2 Jurisprudencia

En este aparte como lo advertimos, estudiaremos la jurisprudencia que dio pie a los lineamientos esbozados anteriormente; así entonces empezaremos con el fallo de *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises* de 1985, advirtiendo que es necesario ver los casos que se dieron fuera de Internet, no solo para entender cómo se levantan los lineamientos a los que hemos hecho referencia, sino para después comprender a cabalidad como se da la aplicación de los mismos, dentro del ámbito específico de la red de redes.

5.1.2.1 *Harper & Row Publishers. V. Nation Enterprises. 1985*

A. Hechos³⁰³

En 1977, el presidente Gerald Ford, contrato mediante, le otorgó los derechos de publicación de sus memorias a Harper & Row. El libro, entre otros aspectos, detallaba las observaciones de Ford sobre el perdón otorgado al Presidente Nixon y la crisis del Watergate. Adicionalmente, les otorgó el derecho de publicar breves extractos de esas memorias en otros medios antes del lanzamiento del libro (Shiple, 1986).

Consecuentemente, para llevar a cabo la escritura de las memorias, Harper & Row nombró a un editor para que acompañara al Presidente Ford durante dos años haciendo entrevistas e investigaciones, suscribiendo, a su vez, un pacto con la revista

³⁰³ SHIPLEY David E. 1986. "Conflicts between Copyright and the First Amendment after Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises" [en línea] University of Georgia School of Law. 1-1-1986.Vol.984 <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1337&context=fac_artchop> {consulta 12 noviembre 2020}

Time para la pre publicación de estas memorias. Mediante dicha pre publicación, la revista Time, tenía el derecho de reproducir 7.500 palabras del escrito, acordando un precio de 25 mil dólares en total por este derecho, acordando que la fecha de publicación sería el 23 de abril de 1979.

En marzo de 1979, una persona no identificada, le dio una copia del manuscrito de Ford al editor de la revista de noticias The Nation, y este último decidió, publicar un artículo de 2250 palabras, concentrándose en los apartes del manuscrito que contenía lo relativo al perdón otorgado al Presidente Nixon. Es pertinente aclarar, tal como lo hace David E. Shiple, que el editor de The Nation, si bien sabía que las memorias estaban por salir publicadas, no estaba al tanto que la revista Time iba a editar un artículo como antelación a la publicación. Al mismo tiempo, la revista Time le había solicitado a Harper & Row, permiso para publicar los extractos antes de la fecha prevista, respecto de lo cual recibió una negativa, lo que le llevó a rehusarse a pagar 12.500 dólares, de los 25.000 acordados.

La revista The Nation fue demandada por Harper & Row en febrero de 1980 por infracción de derechos de autor. The Nation argumentó que lo cierto es que ellos reprodujeron hechos no protegibles mediante copyright, y que el uso de aquella expresión que sí estaba protegida por Propiedad Intelectual constituía un “uso justo”.

B. La decisión de la Corte Distrital (primera instancia)

La Corte del Distrito encontró que el manuscrito no publicado estaba protegido con copyright, y que el uso de The Nation infringió el derecho de reproducción de los demandantes, su derecho a autorizar la preparación de obras derivadas, y su derecho a controlar la primera distribución de la obra al público.

La defensa de uso justo fue rechazada por considerar que el artículo de The Nation no contenía nuevos hechos y no constituía noticias. Además, dijo esta Corte, el artículo fue publicado con ánimo de lucro, tomó la esencia de una obra próxima a ser distribuida y causó que la revista Time cancelara el acuerdo. A pesar de que el artículo contenía hechos no protegibles por derechos de autor, la Corte Distrital consideró que la parte tomada por The Nation constituía "un todo", del que hacían parte las reflexiones del Presidente Ford, y eso era justamente lo que le había dado valor para The Nation.

C. Decisión de la Segunda Corte del Circuito de Apelaciones (segunda instancia)

La Corte de Apelaciones revocó la decisión de la Corte Distrital, argumentando que la mayoría del material copiado no era protegible por el copyright, puesto que versaba sobre la importancia pública del Watergate, la renuncia de Nixon y el perdón concedido a este, y, en consecuencia, las consideraciones de Libre Expresión eran superiores respecto del interés del autor en controlar su obra. Argumentó esta decisión que el Acta de Copyright no fue diseñada con el fin de impactar las actividades de la prensa impidiendo hacer uso de palabras protegidas con derechos de autor. El asunto principal a resolver se circunscribió a si el material tomado del manuscrito estaba protegido con derechos de autor, y la conclusión fue que no más de 300 palabras de la totalidad de las tomadas por The Nation gozaban de esta protección. Una vez se arribó a esta conclusión, la Corte hizo un análisis de uso justo teniendo en cuenta aspectos de Libertad de Expresión. Con base en esto, este tribunal advirtió que el ánimo de lucro de los demandados era irrelevante ya que el artículo servía al interés público, la obra de los demandantes era esencialmente factual y la porción de expresión protegida fue insustancial. Respecto del cuarto factor del uso justo, referente al impacto en el mercado de la obra tomada, la Corte consideró que no había prueba de conexidad entre el uso limitado de la obra por parte de The Nation, y la decisión de Time.

También afirmó que permitir que el titular de copyright prevaleciera en el caso en estudio sería ignorar los valores de Libre Expresión que tradicionalmente han sido acomodados bajo las provisiones del uso justo. Finalmente concluyó que la copia hecha por The Nation era un uso justo, debido a que tomó una porción ínfima del manuscrito original de Ford, y que el Acta de Copyright no tenía como cometido impactar las actividades de la prensa prohibiendo el uso de palabras protegidas con Propiedad Intelectual.

Tal como lo expone David E. Shipley, en esta decisión si bien hubo consideraciones de Libre Expresión, no obstante, si se observa bien, las mismas estuvieron ceñidas a una resolución interna del copyright, es decir, no hubo una externalización del conflicto entre Propiedad Intelectual y Primera Enmienda³⁰⁴.

D. Decisión Corte Suprema de Estados Unidos

³⁰⁴ *Ibidem*.

La Corte Suprema revocó la decisión de la Corte del Circuito por considerar que no había habido uso justo por parte de The Nation. Respecto de la disputa de si el material copiado era protegible o no por el copyright, la Corte concluyó que esto se había zanjado desde el inicio dado que The Nation había reconocido que tomó expresión protegida, dando como excusa para esto, que se trataba de un uso justo.

Sobre el uso justo en específico, la Corte admitió que este no tenía una formula precisa, pero que, tradicionalmente no se admitía tal defensa en tratándose de obras no publicadas, aun cuando esto no era de carácter absoluto. Frente a esto, los demandados advirtieron que la defensa de uso justo es aplicable tanto a obras publicadas como no publicadas, pero la Corte dijo en su fallo que solo una persona puede publicar una obra por primera vez, por lo que arrebatarse este derecho las más de las veces implica una nulidad de la defensa de uso justo.

Los demandados también arguyeron en esta sede, que los intereses de Libertad de Expresión requieren una regulación distinta dado que la importancia del asunto debía excusar un uso que ordinariamente no pasaría el filtro del uso justo. De igual modo, dijeron que la manera en que se expresaba el Presidente Ford tenía valor noticioso, y que en esta medida lo que dijo era de interés público, y esto debía redundar en que se privilegiara dicho interés sobre el derecho de autor a controlar la primera publicación de la obra.

Al pronunciarse sobre este argumento, la Corte expresó que la dicotomía idea/expresión balancea el copyright y la Primera Enmienda, que el copyright debe asegurar simultáneamente a los autores narradores de hechos que gocen del derecho a explotar económicamente sus contribuciones originales en estas obras como compensación a su esfuerzo.

Afirmó la Corte que el argumento de los demandados respecto del interés público involucrado como justificación para copiar las expresiones originales así como las no protegibles, causaría un desbalance y afectaría los incentivos para que figuras públicas escriban sus memorias, y advirtió que los redactores de la Constitución idearon la cláusula referente al copyright con el fin de que fuera el motor de la Libertad de Expresión, debido a que a través de este se permite el flujo de ideas y hechos. También afirmó que una expansión del uso justo con el fin de crear una excepción

respecto de figuras públicas no tenía justificación alguna debido a que las protecciones de primera enmienda ya están incrustadas en la distinción de lo que es protegible vía copyright y lo que no como los hechos y las ideas.

En cuanto al material tomado por The Nation, la Corte dijo que no se trató de frases aisladas y hechos, sino que los extractos tomados fueron los que gozaban de protección por el copyright por la manera en que estaban expresados, por lo que esa reproducción sobrepasó la línea que permite hacer un reporte de noticias sobre hechos no protegibles. Por otro lado, al estudiar la cantidad de porción usada, si bien la Corte anotó que se trataba de una cantidad no sustancial de las memorias, cualitativamente había tomado el corazón del libro, por lo tanto no se trataba de una cantidad ínfima como lo había afirmado la Corte del Circuito.

Finalmente, al hablar del efecto del uso en el mercado de la obra, la Corte dijo que este era un elemento determinante para definir si había uso justo, y en este caso consideró que hubo un impacto económico latente ya que razonó que la cancelación de The Time sí había sido atribuible a la publicación no autorizada de los extractos de las memorias.

Para terminar, es preciso advertir que el Juez Brennan disintió de la mayoría de la Corte, pues a su parecer, la distinción entre expresión por protegible por copyright y aquella que no lo es, resulta fundamental, y la misma no puede verse mermada por la sensación de que un autor puede ser privado del valor de su labor. De acuerdo con su razonamiento, la Corte permitió que esta falla redundara en un análisis equivocado del uso justo, pues tuvo como consecuencia que se concluyera que las partes copiadas excedieran la proporción permitida por encontrarse dentro de la misma, algunos apartes sustanciales.

Esto a su vez, permitió en su decir, que se otorgara a los demandantes un monopolio de información e ideas, a pesar que la finalidad del copyright es justamente promover la diseminación de información y de ideas.

E. Reflexión

Como podemos observar, a pesar del disentimiento del Juez Brennan, el mismo en ningún momento hace alusión a la Libertad de Expresión, sino que se refiere solo al uso justo y la visión errática que tuvo la mayoría sobre el mismo.

Tampoco contempla la posibilidad de una excepción de figura pública aunada a la Libre Expresión, aun cuando la Corte estadounidense dice, como lo vimos, que sobre las figuras públicas pesa una carga mayor de Primera Enmienda.

Vimos entonces que acá se levantaron las directrices del copyright como ingeniería de la Libre Expresión, y los puertos seguros del copyright para dirimir cualquier tensión entre este y la Primera Enmienda.

A continuación estudiaremos el caso *Eldred* de 2003, donde se habla de los contornos tradicionales del copyright.

5.1.2.2 *Eldred V. Ashcroft. 2003*

A. Hechos³⁰⁵

En 1998, el Congreso de Estados Unidos extendió en 20 años el término de protección de las obras protegidas, pasando de 50 a 70 años después de la muerte del autor. Las obras publicadas antes de 1978 y que todavía estuvieran protegidas por el copyright, les fue extendido el término de 75 a 95 años después de la publicación (Jaffe, s.f).

Eric Eldred, así como otros coleccionistas de obras, había dedicado su vida a convertir libros que se encontraban en el dominio público, al lenguaje de marcas de híper texto (HTML), no obstante, bajo el acta expedida por el Congreso conocida como Bono³⁰⁶, Eldred perdió el trabajo que estaba preparando para añadir al suyo, debido a que ningún material protegido con copyright para 1998 caería bajo el dominio público hasta veinte años después³⁰⁷.

Lawrence Lessig, su abogado, quien además es profesor en la Harvard Law School y un conocido crítico de los derechos de autor, le aconsejó demandar el Acta

³⁰⁵ JAFFE, Erik S. "A Page of Logic: *Eldred v. Ashcroft* and the Logic of a Written Constitution" [en línea] <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2003/9/logic.pdf>> {consulta: 10 noviembre 2020}

³⁰⁶ El Acta conocida como Sonny Bono que extendió los términos de protección del copyright fue la Copyright Term Extension Act (CTEA).

³⁰⁷ LESSIG Lawrence. 2001. "Copyright's First Amendment", *UCLA Law Review* 48. No.(5): P 1057.

argumentando que los términos no pueden leerse en abstracto, sino que deben interpretarse a la luz del propósito por el cual el Congreso puede otorgar derechos a los autores y creadores, esto es, para promover el progreso. Por tanto, explica Lessig, para asegurar ese progreso se debe verificar que las formulas adoptadas por el Congreso, efectivamente lo estimulen. En este caso, la extensión del término, según él, no promovía nada.

En lo referente a la Primera Enmienda, los demandantes arguyeron que se permite que el copyright restrinja de alguna manera la Libertad de Expresión porque es una herramienta mediante la cual, justamente se promueve la libre expresión mediante el flujo de información. Pero una extensión al término de protección, que por demás era retrospectiva, no podía ser justificada bajo el raciocinio de la ingeniería de la libre expresión, dado que el aumento de términos no haría que muchos autores se estimularan para crear nuevas obras, y adicionalmente, esta extensión solo redundaría en que las personas que harían uso de ese material que estaría en el dominio público, sencillamente no podrían hacerlo.

B. Decisión de la Corte del Distrito (primera instancia) y de la Corte de Apelaciones (segunda instancia)

La Corte del Distrito rechazó la demanda y mantuvo incólume la ley controvertida. Así mismo, la Corte de Apelaciones sostuvo que la extensión de términos no vulneraba el mandato impuesto en la cláusula de copyright, y aún más importante, afirmó que las leyes de copyright eran categóricamente inmunes a cualquier desafío de Primera Enmienda, lo que se traduce en que bajo ningún aspecto hay una tensión que se deba exteriorizar entre el copyright y la Libre Expresión³⁰⁸.

C. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

En el año 2003, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió sobre el caso, arguyendo que la ley en comento no vulneraba el mandato de la cláusula de copyright al respetar los contornos tradicionales del mismo, pues históricamente la práctica del Congreso con sujeción a lo dicho por los redactores de la Constitución, era la de fijar

³⁰⁸ JAFFE, Erik S. “A Page of Logic: *Eldred v. Ashcroft* and the Logic of a Written Constitution” [en línea] <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2003/9/logic.pdf>> {consulta:10 noviembre 2020 }

extensiones del término de protección retroactivamente, por ende el argumento de los demandantes en este sentido era fallido, ya que además, esta extensión ponía en igualdad de condiciones a los antiguos autores con aquellos venideros.

Respecto de la posible vulneración a la primera enmienda, la Corte dijo que la cláusula de copyright y la primera enmienda fueron adoptadas con cercana proximidad en el tiempo, y esa proximidad indicaba que para los redactores de la Constitución, el monopolio del copyright era compatible con la Libertad de Expresión, entre otras razones, porque el copyright era el motor de esta última, debido a que incentiva la diseminación de ideas. También afirmó la Corte que el copyright tiene válvulas de seguridad de primera enmienda, tales como la dicotomía idea/expresión y el uso justo.

D. Reflexión

Sobre la decisión de la Corte, Neil Weinstock Netanel anota que teniendo en cuenta que es muy difícil determinar cuáles son los contornos tradicionales del copyright, debido a que el Acta de Copyright actual dista mucho de la concepción de copyright concebida por los padres fundadores, lo lógico, sería concluir justamente que sería muy poco lo que caería dentro de esa concepción primigenia de la cláusula de copyright, y en esa medida en consecuencia, no se puede deducir que la normatividad sobre derechos de autor desarrollada por el Congreso automáticamente está en consonancia con la Libertad de Expresión, sino al contrario, se debería enfrentar directamente dicha normatividad con la Primera Enmienda, para determinar si pasa o no ese filtro³⁰⁹.

En cuanto al copyright como motor de la Libre Expresión, dice que resulta un argumento insuficiente debido a que esto no absuelve automáticamente a la legislación sobre derechos de autor del escrutinio de Primera Enmienda. Finalmente, respecto de los puertos seguros que contiene el copyright internamente, afirma que, si bien estos aminoran la tensión entre este y la Libre Expresión, no la eliminan, ya que aun cuando el copyright deja en libertad los hechos y las ideas, limita la posibilidad de construir sobre expresión existente para transmitir nuevas ideas. Además, muchas veces quién

³⁰⁹ WEINSTOCK Netanel Neil.2013. "First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder." [en línea] UCLA Law Review. 2013. 60. <<https://escholarship.org/uc/item/2qk499hh>> {consulta: 11 noviembre 2020}

tiene la necesidad de expresarse debe hacerlo desde esa locución particular del autor para poder hacer ver su punto. En cuanto al uso justo, siempre estará sujeto a la manera en como sea interpretado y aplicado por los jueces. Hace énfasis en que si la dicotomía idea/expresión y la defensa de uso justo son considerados salvaguardas que son requeridas para que el copyright pase el filtro de la primera enmienda, deben proteger los derechos en esta consagrados de manera sustancial y no meramente nominal, pues tal y cómo están estructurados repetimos, están sometidos al vaivén de la interpretación judicial, y de esta forma no se otorga suficiente peso a la primera enmienda.

En esta misma línea, en un escrito distinto, Weinstock dice que a contrario sensu de lo dicho por la Corte, si una norma altera los contornos tradicionales del copyright, debe enfrentar el escrutinio de Primera Enmienda. Explica que si bien el fallo da pocas luces sobre cuáles son esos contornos tradicionales, hay normas que parecen adaptarse a lo que podría asumirse como alteración, y entre estas indica, está la DMCA³¹⁰.

La DMCA, como lo vimos en el capítulo segundo, prohíbe eludir medidas de protección que impiden el acceso no autorizado a una obra; e igualmente prohíbe la fabricación y comercialización de dispositivos que tengan como finalidad principal, la de pasar por alto dichas medidas. Esta protección redundante en que los autores tienen un nuevo derecho para controlar no solo el uso de la obra sino el acceso a ella, lo que trae como consecuencia directa que incluso se puede impedir el acceder a la obra cuando se requiera ejercer un uso justo. Explica Weinstock que, inevitablemente, esto tendría una repercusión en el flujo y acceso de la información, bloqueando usos no infractores y se podría entender que la DMCA va más allá de los contornos tradicionales del copyright y no pasaría el filtro de la Primera Enmienda.

³¹⁰ WEINSTOCK Netanel Neil. 2004. "Copyright and the First Amendment: What Eldred Misses and Portends" En: GRIFFITHS JONATHAN y SUTHERSANEN UMA "Copyright and Free Speech". Inglaterra. Oxford University Press. P 11.

En el caso ELDRED, pareciera que la Corte optó por privilegiar el copyright sin siquiera atreverse a exteriorizar el conflicto que permita demostrar que el copyright salvaguarda efectivamente la libre expresión consagrada en la Primera Enmienda.

A continuación analizaremos el caso *Universal City Studios Inc. V. Corley* que se dio en el ámbito específico de Internet.

5.1.2.3 *Universal City Studios INC. V Corley. 2001*

A. Hechos³¹¹

Un adolescente noruego utilizó ingeniería de reversa sobre el sistema de control de contenido usado en las películas que están en DVDs con el fin de que no puedan ser copiadas. La ingeniería utilizada fue DeCSS, que es un programa que permite eludir las medidas tecnológicas de protección de, precisamente, los DVDs (Mihet, 2002).

Al popularizarse el programa, Eric Corley dueño de la revista en línea 2600: The Hacker Quarterly lo publicó en la misma dejando a disposición de los usuarios los enlaces donde podían encontrar el programa. Debido a lo anterior, Universal City Studios, incoó una demanda en contra de Eric Corley y sus socios, amparados bajo la DMCA por considerar que los demandados estaban violando la prohibición de distribuir dispositivos cuyo fin principal es la elusión de medidas tecnológicas de protección al poner a disposición de los usuarios los vínculos que los llevarían a encontrar el programa referido, o al postear directamente en su sitio web el programa DeCSS.

Los demandados arguyeron que el posteo y los enlaces eran conductas protegidas por la Primera Enmienda dado que el Congreso no estaba legitimado para restringir la Libre Expresión. Esto es, que aun cuando el Congreso había expedido la DMCA, no podía estar por encima de la Primera Enmienda. En segundo término,

³¹¹ MIHET Harry. 2002. "Universal City Studios, Inc. V. Corley: The Constitutional Underpinnings of Fair Use Remain an Open Question" [en línea] Duke Law & Technology Review. 1-11 (2002) <<https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol1/iss1/45/>> {consulta: 15 noviembre 2020}

alegaron que el programa le permitía a los usuarios ejercer un uso justo sobre obras protegidas con copyright, y ese ejercicio no podía ser prohibido por la DMCA.

B. Decisión de la Corte Distrital (primera instancia)

La Corte rechazó los argumentos de los demandados concluyendo que la Primera Enmienda no protegía ni las publicaciones del programa en su sitio web, ni los enlaces a los sitios donde este podía ser encontrado, ya que, si bien es cierto el DeCSS está protegido por la Primera Enmienda (los códigos fuente lo están), dado que la DMCA solo trataba aspectos funcionales de esa expresión protegida (aspectos meramente técnicos), por ende, pasaba sin problemas el escrutinio de la señalada disposición constitucional.

Además, concluyó que el uso justo no constituía una defensa respecto de violaciones a la DMCA, dado que este opera frente a infracciones de copyright, y los demandados eran culpables de eludir medidas tecnológicas de protección, no de infringir el copyright en sí mismo. De hecho, dijo la Corte, el Congreso hubiera podido regular que el uso justo fuera una defensa en casos de elusión de medidas tecnológicas de protección, pero no lo hizo, así que, repitió, no podía interponerse dentro del caso en estudio. La Corte, entonces, ordenó que el material fuera removido de la página web.

C. Corte de Apelaciones (segunda instancia)

Frente a la Corte de Apelaciones, Corley argumentó que el uso justo es un requerimiento constitucional debido a que es una válvula de seguridad que reconcilia el conflicto entre las leyes de copyright y la Primera Enmienda. Sin la defensa de uso justo, la DMCA de manera inadmisiblemente afectaría las protecciones a la expresión garantizadas en dicha regla constitucional.

Al decidir el caso, el tribunal sostuvo que, efectivamente, el postear y poner enlaces en la página web son actos protegidos por la Primera Enmienda, pero que, debido a su componente funcional, cual es la elusión, podía ser regulado por el Congreso sin que esto pueda ser considerado una violación a la Primera Enmienda. Explicó que postear y poner enlaces eran actos protegidos por la Primera Enmienda, dado que el código puede ser tan esencial para la comunicación como el lenguaje ordinario, los programadores necesitan comunicarse con sus pares acerca de nuevas

ideas de programación, tal como los compositores necesitan las notas musicales para transmitir nuevas de ideas de canciones a otros músicos, pero reiteró que debido a que la DMCA se suscribía al componente funcional cual era la elusión, podía ser regulado por el Congreso sin que vulnerara la Libertad de Expresión.

Afirmó que la DMCA sirve a un interés gubernamental sustancial que no está relacionado con la supresión de la libre expresión y no impone una carga sobre la misma que no sea necesaria, pues el propósito del gobierno al reglamentar las medidas anti elusión es de control, por tanto se trata de una regulación de contenido neutral (se refiere a aquella regulación que no tiene como fin suprimir la expresión de algún sector, como sería por ejemplo prohibir a los judíos hablar del holocausto) incluso si se considera que puede afectar alguna expresión o mensajes pero no otros.

Respecto del uso justo, la Corte de Apelaciones sostuvo que no era una defensa ante el uso, o comercialización de dispositivos, sino solo para usos infractores de obras protegidas con copyright una vez estas han sido obtenidas. Es decir, la DMCA solo tiene como objetivo la elusión per se, y no se refiere al uso del material una vez ha ocurrido dicha elusión.

Asimismo, dijo que hubiera sido en extremo extraño que el Congreso hubiera abierto una ventana para permitir la elusión con el fin de ejercer un uso justo, pero que sin embargo, si su intención era haberlo constituido como excepción a las sanciones por elusión, efectivamente así lo habría hecho. Finalmente adujo que no hay un mandato constitucional para que el uso justo siempre sea privilegiado, y por demás, los apelantes no habían ejercido un uso justo sobre material protegido con copyright, ya que no habían usado por sí mismos el programa sobre una película específica. Adicionalmente, dijo la Corte, el uso justo no garantiza que las copias que se hagan sobre una obra deban ser en el mismo formato que contiene la obra. Así, en el caso de las películas en DVDs nada impide que se hagan comentarios sobre las mismas, o se citen extractos de estas, o incluso se graben porciones de los filmes apuntando con otro dispositivo. Nada obliga en la legislación, a que el uso justo sea ejercido mediante la técnica preferida del usuario.

D. Reflexión

Como podemos observar, ninguna de las cortes se hizo el cuestionamiento de si la DMCA altera los contornos tradicionales del copyright, y ni siquiera se planteó una posible tensión entre esta y la Primera Enmienda que fuera salvaguardada por las válvulas de puerto seguro que hemos visto.

Sobre este caso y su relación con la Primera Enmienda, en un estudio aparecido en la Harvard Law Review en el año 2002, se advirtió que al tratar la comunicación del software DeCSS como un aspecto meramente técnico, lo supeditó como una categoría de expresión desfavorecida, dejando que sean los jueces quienes a su discreción decidan su protección o no bajo la Primera Enmienda, pero siendo probable que lo subvaloren teniendo en cuenta que los programas de computador no le son familiares³¹².

Considera el estudio en comento que la Corte de Apelaciones ha debido tener en consideración cuál era la intención de postear el código, pues si el propósito hubiera sido el ejercicio de la Libre Expresión como informar desde un punto de vista académico sobre la ingeniería inversa, necesariamente el juez se hubiera visto compelido a enfrentar la DMCA directamente a la Primera Enmienda.

Se anota que, aun cuando la DMCA, tiene el propósito válido de impedir la piratería, los tribunales deben aplicar un escrutinio estricto cuando esta ley se va a aplicar a situaciones en las cuales una persona quiera expresarse a través de un código de computador. En este caso, la pregunta correcta que ha debido plantearse es si Corley posteo un vínculo como base para informar periodísticamente que el código se había desarrollado, o si publicó el código fuente meramente con el ánimo de ayudar a sus lectores a eludir las medidas de seguridad de los DVDs. Concluye el artículo que enfocándose en la intención más que en la generalización acerca de la expresión que puede resultar o no protegible mediante Primera Enmienda, las cortes darían una protección adecuada.

³¹² Harvard Law Review – Recent Cases. 2001 – 2002. “Constitutional Law. Free Speech Clause. Second Circuit Clarifies the Posting and Linking of Computer Code as Expressive Conduct Rather Than Pure Speech. *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001)” [en línea] Harvard Law Review. 2001-2002. Volumen 115 (No. 7) < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr115&div=94&id=&page=>> {consulta: 15 no viembre 2020}

Esta dirección que aconseja tomar el artículo citado implica que los jueces acepten que hay una ley dictada dentro del copyright que efectivamente pone una carga más allá de lo necesario sobre la Libre Expresión que no es salvable mediante el uso justo, dado que esta válvula o puerto seguro quedó excluido en esta norma. Y llama la atención que, de hecho, cuando se habla de uso justo en los fallos citados no se le da el tratamiento de válvula de seguridad de la Libre Expresión, ya que si se le hubiera tratado como tal, no se habría llegado a la conclusión sobre que el mismo no tiene la exigencia de poder hacerse en el mismo formato en que se encuentra la obra protegida, pues si se trata de un uso justo que involucre un ejercicio de expresión, se debería poder hacer en el mismo formato y medios usados en la obra protegida con copyright.

Igualmente llama la atención que al suponerse que es una válvula de seguridad de la libre expresión, no se haya considerado que tenga rango constitucional, pues la primera enmienda tiene justamente ese rango. Parece que el balance entre copyright y libre expresión queda de esta manera afectado.

A continuación, estudiaremos el caso *A&M Records V. Napster* de 2001, que se dio a raíz del compartimento de archivos musicales en Internet.

5.1.2.4 *A&M Records. V. Napster. 2001*

A. Hechos³¹³

En el año de 1999, Shawn Fanning creó una plataforma en Internet denominada Napster, para que los usuarios accedieran y descargaran archivos de música en formato Mp3, que a su vez otros usuarios habían puesto a disposición en el mismo sitio. Debido a lo anterior, la firma de grabaciones musicales A&M Records y otras compañías pertenecientes a la Asociación de Industrias de Grabación Americanas interpusieron una demanda por infracción de copyright en su contra, y solicitaron que se ordenara el cese de esta actividad (Washington University School of Law, 2013).

³¹³ WASHINGTON UNIVERSITY IN ST. LOUIS. SCHOOL OF LAW. 2013. "Case Study: A&M Records. V Napster, Inc." [en línea] < <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/> > {consulta: 20 noviembre 2020}

En su defensa, los abogados de Napster arguyeron que su actividad constituía un ejercicio de uso justo, dado que las personas podían escuchar canciones que potencialmente después podían comprar, lo que era, en su parecer un uso transformativo. El uso transformativo dentro del uso justo es el uso, valga la redundancia de una obra anterior con un nuevo propósito. Además, dijeron que los usuarios de la plataforma ya eran propietarios de las canciones dado que el disco compacto que las contenía antes de ser compartidas era de su propiedad, y que muchos de los archivos que se compartían eran obras que hacían parte del dominio público.

B. Fallo de la Corte del Distrito (primera instancia)

Al analizar el uso justo alegado por los demandados, la Corte concluyó que no había tal, debido a que lo único que hacían era una retransmisión de la canción por un medio diferente. También descartó que el uso hecho por el público de Napster fuera personal, ya que una vez se transmite una canción cualquiera puede acceder a ella, lo que se traduce, dijo la Corte, en que si bien pareciera en principio un uso no comercial de las canciones, su explotación masiva y constante mediante la copia, le otorga el estatus de uso comercial.

En cuanto a la porción usada de las obras, la Corte determinó que necesariamente al transferir las canciones se usaba la totalidad de estas. Por tanto, respecto de este factor, en este caso específico se descartó el uso justo. Finalmente, en cuanto el impacto, en el mercado, determinó que causaba un agravio a los titulares de derechos de autor ya que por un lado mermaba la venta de discos compactos, y por otro, impedía que pudieran competir en el mercado digital.

Es así que esta Corte ordenó a Napster no participar o facilitar que otros copiaran, descargaran, cargaran, transmitieran o distribuyeran las distintas composiciones sin permiso expreso del titular de los derechos de autor.

C. Fallo de la Corte del Circuito

Los demandados apelaron el fallo de primera instancia, diciendo, entre otras cosas, que el mismo violaba la Primera Enmienda ya que era más amplio de lo necesario. Argumentaron que se violaba su derecho a publicar en su página un índice

de búsqueda y que, además, se prohibía el derecho de sus usuarios a intercambiar información.

Frente a este argumento, la Corte del Circuito dijo que la ley de copyright equilibra cualquier preocupación de Libre Expresión con la cláusula de uso justo, y debido a que en este caso estaba comprobado que no había uso justo, no hubo análisis en este sentido. No obstante, acotó la medida de la primera Corte, diciendo que solo se debía responsabilizar a Napster en la medida en que tuviera un conocimiento razonable sobre la infracción de copyright con los archivos compartidos, saber que esos archivos están en su plataforma, y no impedir su distribución. Por ende, se obligó a Napster a ejercer vigilancia sobre los archivos compartidos, y también se ordenó a los demandantes avisar a Napster sobre el contenido infractor para que de esta manera la plataforma los deshabilitara.

D. Reflexión

Como podemos observar, la Corte de Apelaciones se niega a exteriorizar la tensión entre Libre Expresión y Propiedad Intelectual, al hacer hincapié en que el uso justo es una válvula de seguridad de la primera enmienda. No obstante, consideramos que cuando se trata de Libre Expresión que no se limita a un comentario crítica o sátira, que son formas de expresión que caben o se acoplan dentro del uso justo, sino de una formal tal como el intercambio de información, es probable que el uso justo no alcance a esa forma de expresión, y entonces habría que exteriorizar el conflicto para balancear la cuestión.

Así, por ejemplo, se podría concluir que intercambiar canciones sin autorización de sus titulares, dado que se puede acceder a las mismas sin impactar de manera innecesaria sus derechos, y más aún cuando no se trata de un ejercicio necesario para la autodeterminación, o la toma de una decisión democrática, o la expresión de un punto de vista, pues los usuarios que comparten la canción no están acompañando junto a las mismas expresión alguna, no merece protección de primera enmienda.

Durante este proceso, dieciocho profesores de Propiedad Intelectual de distintas universidades, presentaron un escrito en defensa de Napster, poniendo de presente que no todas las copias, transmisiones o distribuciones son ilegales, que algunas pueden constituir uso justo como cuando se trata de usos personales no comerciales

de los usuarios, y que la primera Corte ha debido tener en mira eso con el fin de no limitar su alcance en el ámbito de Internet, y a su vez, no limitar el avance de la tecnología, y cumplir precisamente con el propósito del copyright entendido como la promoción de la ciencia³¹⁴.

Esta necesidad de sopesar el uso justo en el campo específico de Internet, es un faro al que hemos hecho referencia en varios apartes de este trabajo, pero al cual como hemos visto con los desarrollos legislativos de vigilancia de los proveedores de servicios de Internet y con las medidas tecnológicas de protección difícilmente se llega. Finalizamos esta relación jurisprudencial con el caso conocido como "the dancing baby" de 2007, referenciado como *Lenz v. Universal Music Corp.*

5.1.2.5 *Lenz v. Universal Music CORP. 2015*

A. Hechos³¹⁵

En el año 2007, Stephanie Lenz subió un video a la plataforma de Youtube, que contenía a su bebé bailando la canción Let's go crazy del músico Prince. A raíz de esta publicación, el sello musical representante del cantante, mediante el sistema de notificación y contra notificación de la DMCA, solicitó que el video fuera removido por infringir derechos de autor. Youtube removió el video, y Lenz mediante una contra-notificación arguyó que el uso hecho sobre la canción era un uso justo, ante lo cual semanas después, Youtube volvió a subir el video en su plataforma.

No obstante lo anterior, la señora Lenz resolvió demandar a Universal por haber ejecutado una conducta engañosa abusando del procedimiento extrajudicial de descarga de la DMCA sin estudiar previamente si el uso corresponde a un uso justo.

³¹⁴ Escuela de Derecho de la Universidad de Wayne, Universidad de Oregon, Universidad de Carolina del Sur, Universidad de Minnesota, Universidad de Georgetown, Universidad de Washington, Universidad de Northwestern, Universidad de Pittsburgh, Universidad de Oklahoma, Escuela de Derecho de Boston College, Universidad de Nueva York. <<http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/briefs/Amicus.pdf>>

³¹⁵ FIND LAW. "Lenz. V Universal Music Corp." [en línea] <<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1729382.html>> {consulta: 25 noviembre 2020}

En su respuesta, Universal afirmó que hacen una revisión diaria de los videos que contienen canciones de Prince, y una vez los encuentran, hacen una evaluación de si se trata de un uso significativo de la composición, si la canción se puede reconocer, y si ocupa una parte importante del video. Con base en eso decidieron solicitar la baja del vídeo en cuestión, ya que cuando lo revisaron inmediatamente reconocieron la canción y que la misma era audible durante todo el vídeo, por tanto la solicitud había sido hecha de buena fe, es decir, realmente bajo la creencia de que había habido una infracción a los derechos de autor. Respecto del uso justo, dijo que implicaría una carga demasiado alta para los propietarios de derechos de copyright, ya que acarrearía la necesidad de hacer una investigación exhaustiva que conduciría a resultados subjetivos respecto de si hay o no uso justo. Que además el uso justo no era un uso autorizado por ley, sino que se trataba de un uso excusado por la legislación, por tanto en definitiva, no era un factor a considerar.

B. Fallo de la Corte del Distrito (primera instancia)

En esta instancia se afirmó que no es cierto que el titular de derechos de autor tenga que hacer una investigación exhaustiva para determinar si el uso sobre una de sus obras corresponde o no a un uso justo, pues basta una mera consideración de buena fe.

En cuanto a los daños ocasionados, la Corte dijo que estos eran nominales³¹⁶, dado que no había habido prueba de una pérdida efectiva de dinero.

A pesar de esto, como las partes habían solicitado que el juicio fuera sumario, es decir sin jurados y dicha petición fue rechazada, decidieron apelarla y el circuito noveno se pronunció sobre el caso.

C. Fallo del Circuito Noveno (segunda instancia)

Al estudiar el caso, la pregunta que se planteó es si se requiere que el titular de copyright se debe cuestionar si el uso que se hace el tercero sobre su obra es uso justo, teniendo en cuenta que la DMCA requiere que quién hace la solicitud de

³¹⁶ Se habla de daños nominales cuando se demuestra que hubo un daño pero no el perjuicio efectivo que este causó (The Free Dictionary, s.f).

remoción del material, de buena fe crea que hay un uso no autorizado por la ley del material protegido.

Respecto del uso justo entonces, la Corte aclara que se trata de una conducta directamente autorizada por el ordenamiento jurídico que cuenta con cuatro factores para determinarlo; en consecuencia, el titular de los derechos de autor antes de solicitar la remoción ya mencionada, debe reflexionar sobre si el uso hecho sobre su obra es o no justo, so pena de tener que indemnizar por daños y perjuicios al supuesto infractor.

De acuerdo con lo anterior, concluyó la Corte, de cualquier modo, si el titular de los derechos de autor tiene una creencia de buena fe acerca de la ausencia de uso justo sobre la obra de que se trate, queda exonerado de responsabilidad, a menos que sea evidente que no hay tal buena fe.

Respecto del caso en concreto, al referirse a la actuación de Universal, la Corte dijo que si bien es cierto Lenz alegó que debía haber sabido que el vídeo calificaba como un uso justo, ya habían definido que basta con una creencia subjetiva de buena fe respecto de que el uso no es autorizado. Por ende, no se requiere una investigación exhaustiva, ni una creencia objetiva como lo pretendía Lenz, sino se reitera, solo la creencia subjetiva de buena fe. Dicho esto, la Corte no se pronunció de fondo sobre la cuestión, ya que determinó que es un jurado el competente para definir si había habido una creencia subjetiva de buena fe sobre el uso legítimo del video o su ausencia³¹⁷.

Luego, la Corte examinó las acciones que puede seguir un titular de derechos de autor para que un jurado determine la existencia de una creencia subjetiva de buena fe en este contexto. En este sentido aclaró que, entendiendo que la búsqueda de las obras infractoras puede ser compleja en la era digital por el gran volumen de estas, el titular de copyright se puede valer de algoritmos para procesar los datos y arrojar como resultado si hay un uso justo o no, y de esta forma cumplir con el requisito de buena fe. En este sentido, el fallo señaló que el programa informático puede detectar si una pieza musical usada, como en este caso, en un vídeo, es coincidente con una obra protegida

³¹⁷ MANATT. 2015. "Entertainment and Media Litigation Update" [en línea] <<https://www.manatt.com/insights/newsletters/entertainment-and-media-litigation-update/the-dancing-baby-case%E2%80%9494ninth-circuit-rules-that#Article1>> {consulta: 25 noviembre 2020}

con copyright, si hay una única obra musical utilizada, y luego de esto aseguró la Corte, puede haber unas personas naturales encargadas de eliminar cualquier duda restante.

Respecto de los posibles perjuicios sufridos por Lenz, dijo que podía buscar la compensación de los daños nominales ya que su daño no era cuantificable en dinero, pues la DMCA en su sección 512 contempla esta posibilidad para quién haya sido privado de sus derechos. De esta manera, el expediente regresó a la primera corte para las cuestiones no resueltas. Las partes quisieron llegar a la Corte Suprema de Justicia, pero su petición fue rechazada. Finalmente llegaron a un acuerdo en 2017, sin mencionar en qué consistió con exactitud³¹⁸.

D. Reflexión

Al analizar el caso Lenz, Brandan Ray dice que muchos críticos de la DMCA han centrado sus comentarios en que los titulares de derechos de autor afectan la libre expresión en línea cuando usan el sistema de notificación y remoción provisto en esta acta, pues dice que la misma no contiene disposición textual que requiera explícitamente que el proveedor de servicios de Internet evalúe si una solicitud de remoción es verdaderamente legítima, o si al contrario, si se trató de un uso justo y por lo tanto el requerimiento sería improcedente, con lo cual concuerda³¹⁹.

Sostiene igualmente que teniendo en cuenta que la primera enmienda establece un derecho fundamental de Libertad de Expresión, y que el uso justo salvaguarda algunas formas de expresión, la DMCA debe proteger las obras que sirven de medio para estas expresiones. Dice Brandan Ray, que en consecuencia las cortes deben tener mayor deferencia con las obras paródicas y críticas, y considerar si el titular de los derechos de autor ha hecho uso de la notificación y remoción de la DMCA para torpedear usos críticos o humorísticos sobre una obra.

De hecho expone que la DMCA debería ser modificada de tal manera que en su texto se reflejen aquellos actos torticeros de los titulares de copyright, para impedir que

³¹⁸ McCARTHY Kieren. 2018. “Infamous “Dancing Baby” Copyright Battle Settled Just before YouTube tot Becomes a Teen”. [en línea] < https://www.theregister.com/2018/06/27/dancing_baby_settlement/> {consulta: 26 noviembre 2020}

³¹⁹ RAY Brandan. 2019. “Could Someone “Lenz” a Hand? Modernizing the Digital Millenium Copyright Act After Lenz V. Universal Music Corp”. [en línea] < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jstl25&div=10&id=&page=>> {consulta: 26 noviembre 2020}

los usuarios ejerzan la Libre Expresión, estableciendo que será responsable de los perjuicios causados en estos casos cuando sea evidente que se trata de un uso justo que salvaguarda este derecho. Se trataría entonces, de cambiar la creencia subjetiva de la que se habla en el caso del “dancing baby”, al hecho objetivo que demostraría que el uso es legítimo, lo que redundaría en un balance entre usuarios y titulares.

Agrega finalmente que los jueces tienen suficiente capacidad de discernimiento para considerar si el uso de la obra en cuestión es protegido por la Primera Enmienda; y si deciden con base en esto, se evitaría que los titulares de derechos de autor reclamen indebidamente por usos legítimos sobre sus creaciones.

Sobre este tema, concordamos con que no basta con que el usuario de copyright asegure que en ejercicio de la buena fe no encuentra uso legítimo alguno sobre su obra, y que por tanto ese uso debe ser removido, pues debe haber un segundo filtro por parte del proveedor de servicios de Internet que respalde o no, de manera objetiva el reclamo del titular de copyright. Si el caso se judicializa, las cortes, tomando las reglas de la experiencia, deben analizar el uso per se, no simplemente la ausencia de mala fe por parte del titular de copyright, sino ir más allá y confrontar el uso con la lupa del uso justo como salvaguarda de la primera enmienda, y si es preciso exteriorizar el conflicto entre el copyright y la Libre Expresión, analizándolo directamente desde la expresión protegida por la ya mencionada primera enmienda.

Concluimos sobre este acápite, que en Estados Unidos hay una negación del conflicto entre copyright y Libre Expresión que podría salvarse exteriorizándolo conforme con los argumentos que se han expuesto en los diferentes fallos, dado que por ejemplo la DMCA altera contornos tradicionales del copyright otorgando herramientas a los titulares de derechos de autor que pueden impactar la Libertad de Expresión, y que no fueron concebidas en el momento de decantar tales derechos. En esta línea, si analizan el argumento de los puertos seguros del copyright que protegen la Libertad de Expresión, podrán darse cuenta que seguramente son insuficientes, por la complejidad del test de uso justo, y por la necesidad que puede tener un usuario de no utilizar solo ideas y hechos sino parte de la obra como tal, para expresarse. Las Cortes entonces, tienen un desafío impuesto por los avances tecnológicos, para balancear los derechos de titulares y usuarios.

En el siguiente acápite, analizaremos como se ha manejado el tema en la Unión Europea.

5.2 Unión Europea

Tal como lo vimos en el capítulo primero, la protección sobre las creaciones intelectuales en esta región se da desde una perspectiva distinta a la estadounidense, pues se entiende que hay un lazo inescindible entre el autor y su obra, debido a que esta última es un reflejo de la personalidad de aquel. Esto redundando en que, como lo explica Michael D. Birnhack, no se considere que la Libertad de Expresión represente un problema. De hecho explica, se entiende que hay necesidad de proteger este último derecho, cuando hay una intervención del estado, no cuando hay un ejercicio de derechos por parte de otros ciudadanos. De esta forma, el balance de intereses entre titulares de Derechos de Autor y usuarios se encuentra en las excepciones y limitaciones estatutarias, sin que hasta años recientes, se haya visto o intuido siquiera, un posible conflicto con otro derecho³²⁰.

Sin embargo, hace poco tanto la Corte Europea de Derechos Humanos, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han hecho referencia a dos cosas: por un lado la Libertad de Expresión como derecho que debe tener cabida y debe ser tenido en cuenta cuando se trata de estudio de casos de infracciones de Propiedad Intelectual, y por otro, se habla específicamente de los derechos de los usuarios como un factor determinante al estudiar casos de esta misma índole, que tienen lugar en el ámbito específico de Internet. Es decir, aun cuando se entiende que las excepciones y limitaciones estatutarias a los derechos de autor hallan su razón de ser en justamente los intereses de la audiencia, se ha dado un estatus de una raigambre más alta en sentencias de años recientes del Tribunal, al darles especial consideración en el momento de la decisión.

No obstante, la investigación presente se centra en los desarrollos tanto de la Corte Europa de Derechos Humanos como en los del Tribunal de Justicia de la Unión

³²⁰ BIRNHACK Michael “Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View” En: TORREMANS PAUL L.C. “Copyright and Human Rights.” Países Bajos. Kluwer Law International Editado P. 37.

Europea, empezaremos el estudio jurisprudencial con el caso inglés de Ashdown v Telegraph Group Ltd de 2001, por constituir un antecedente de suma importancia en lo que hace al balance entre copyright y Libertad de Expresión en la Unión Europea (en ese entonces Inglaterra todavía era parte de la Unión), dado que el conflicto que se dio en este caso, se analizó a la luz del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, debido a que en tiempo reciente se había aprobado en este país, el Acta de Derechos Humanos de 1998, mediante la cual se daba efecto a la ya mencionada Convención.

5.2.1 Antecedente jurisprudencial inglés

5.2.1.1 *Ashdown V. Telegraph Group LTD. (2001)*³²¹

A. Hechos

Paddy Ashdown era un ex líder del Partido Liberal Demócrata que había suscrito junto con otras tres personas, una minuta de una reunión secreta sostenida con el Primer Ministro en 1997; en esta, constaba una propuesta sobre una cooperación entre el partido Laborista y el Liberal Demócrata debido al triunfo del primero en las elecciones de mayo de ese año. La oferta consistía en la posibilidad de incluir dos demócratas en el gabinete de coalición. Este escrito fue creado por el demandante, y fue mostrado a un número limitado de sus colegas, para luego ser guardado junto con sus diarios.

En noviembre de 1999, Ashdown dio una entrevista en la radio BBC, anunciando sus planes de publicar sus diarios. No obstante, en ese mismo tiempo, la minuta fue mostrada en estricta confidencialidad a un número determinado de representantes de los periódicos y de las casas editoriales. Aun cuando se habían tomado medidas para guardar la confidencialidad de la misma, llegó a las manos del editor político del diario Sunday Telegraph.

³²¹ GRIFFITHS Jonathan.2009. "Copyright Law After Ashdown - Time to Deal Fairly with the Public." [en línea] In Intellectual Property Quarterly. September 22 2009. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477095> {consulta: 02 diciembre 2020}

De esta forma, para fines de noviembre de 1999, este último periódico publicó tres separatas acerca de la minuta y sus revelaciones, copiando una quinta parte de ella tanto literalmente, como parafraseándola.

Por lo anterior, Ashdown demandó al Sunday Telegraph por violación de derechos de autor. El periódico basó su defensa en trato justo, arguyendo que se había tomado parte de la minuta con el propósito de crítica, reportaje de noticias y el interés público, que debía ser interpretado a la luz de la Libre Expresión contenida en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que se trataba de cuestiones que versaban sobre la responsabilidad de las acciones de aquellos que gobernaban la nación.

B. Fallo de primera instancia

Si bien el juez de esta instancia anotó que la defensa del periódico podría estar imbuida dentro del derecho de Libre Expresión, de cualquier modo, los intereses de copyright del demandante eran parte de los intereses protegidos por el segundo párrafo del artículo 10 de la Convención de Derechos Humanos³²².

De esta forma, concluyó que la legislación había satisfecho de lleno los requisitos para que la Libre Expresión se viera restringida cuando estaban en juego derechos de copyright. Respecto de las defensas de trato justo, dijo que el periódico no hizo ninguna crítica por sí mismo, pues simplemente se había limitado a publicar parte del escrito.

³²² 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial (Portal Fundación Acción Pro Derechos Humanos, s.f, párr.1-2).

Hizo énfasis, además, que al hacer tal publicación, la minuta había competido comercialmente con las memorias del demandante, y que la porción tomada había sido muy amplia.

C. Fallo de apelación

La Corte de Apelaciones tomó en consideración que, si bien las más de las veces el Copyright no constituye una talanquera para la Libre Expresión debido a las excepciones dentro del mismo que la salvaguardan, hay ciertos casos en que la Libertad de Expresión solo será efectiva si se le permite a un individuo reproducir las palabras exactas dichas por otro.

Igualmente, afirmó que cuando el objeto de la información es un evento actual, el acta de Copyright permite la publicación de las palabras usadas, pero que es posible concebir información de interés público que no está relacionada con eventos actuales, sino con documentos producidos en el pasado. Dijo la Corte que, en ese evento no había una excepción que permitiera hacer tal copia, a menos que con el simple hecho de la publicación, y las controversias creadas con la divulgación, sea suficiente para convertirlos en "eventos actuales".

La Corte, consecuentemente, advirtió que los jueces podían adecuar o acomodar el derecho consagrado en el artículo 10 de la Convención de Derechos Humanos, rehusándose a emitir una orden judicial de indemnización al autor de la obra infringida, y que en caso en que esto no sea suficiente, cualquier tensión con dicha norma podría ser resuelta a través del concepto de interés público proveniente del derecho común. Dijo entonces que las circunstancias en las cuales el interés público puede estar sobre el Copyright no son catalogables de manera específica, y que dado que el acta de derechos humanos había entrado en vigencia, había una clara intención en dar efecto al derecho de Libertad de Expresión en aquellos "raros casos" donde este derecho podría superponerse a los derechos conferidos en la ya mencionada acta de Copyright.

No obstante, en el caso específico de Ashdown, consideró que no se estaba ante uno de esos casos extraños donde el artículo 10 de la Convención podría justificar la publicación de parte de la minuta a pesar de no encontrarse una excepción específica a este respecto dentro del Copyright, pues concluyó que dentro de la ley de

este se podía resolver el problema jurídico planteado, y concordó con el juez inferior en que no se estaba frente a un trato justo en la medida en que el artículo no contenía una crítica, además de competir comercialmente con la obra del titular de los derechos de autor.

La Corte también tuvo en cuenta que la obra no había sido publicada con anterioridad, o de alguna manera no se había hecho accesible al público, así como la porción de la obra que fue tomada, afirmando respecto de lo primero que esto constituía un argumento más en contra del trato justo, y respecto de lo segundo, que la porción de la obra que tomó el diario fue muy amplia y por tanto en definitiva no prosperó esta defensa del demandado.

D. Reflexión

Sobre este fallo, no podemos dejar de exaltar la posibilidad que abrió la Corte a la exteriorización de la tensión entre el copyright y la Libre Expresión, al concebir que no en todos los casos las limitaciones y excepciones a los derechos de autor son suficientes para salvaguardar la ya mencionada libertad. Sin embargo, tal como lo anota Jonathan Griffiths si bien la Corte consideró el interés público para sopesar a quién debía otorgarle la razón, en el momento de analizar si había habido o no trato justo, este factor no fue tenido en cuenta, ya que el tema comercial en ocasiones resulta irrelevante, como este caso, debido a, justamente, el interés de la audiencia en acceder información de la mayor importancia política.

También dice Griffiths que este mismo interés debe pesar aun tratándose de obras no publicadas e independientemente de la porción tomada, sobre todo si dicha porción era necesaria para dar a conocer de manera completa la información³²³.

Coincidimos entonces que la Corte ha debido aprovechar la oportunidad que ella misma estaba abriendo, para hacer un análisis abierto, sin embargo, en ese momento se estaba presenciando apenas un primer paso en el avance a la consideración de la Libertad de Expresión como un factor determinante a la hora de definir un caso de infracción a Derechos de Autor.

³²³ GRIFFITHS Jonathan.2009. "Copyright Law After Ashdown - Time to Deal Fairly with the Public." [en línea] In Intellectual Property Quarterly. September 22 2009.
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477095> {consulta: 02 diciembre 2020}

A continuación, nos centraremos en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, empezando por el caso ya mencionado en el capítulo tercero de esta tesis referenciado como *Ashby Donald y otros c. Francia* de 2013.

5.2.2 Jurisprudencia Corte Europea de Derechos Humanos

5.2.2.1 *Ashbey Donald y otros C. Francia. 2013*

A. Hechos³²⁴

Luego de haber sido acreditados por la Federación francesa de Costura para poder tomar fotografías en los desfiles de moda, los fotógrafos Ashby Donald, Madeira Moraes y Olivier Claisse, fueron invitados por distintas organizaciones de prensa a los desfiles de invierno de 2003. Las fotografías tomadas por Claisse, fueron transmitidas a la sociedad Zeppelin de propiedad de Madeira Moraes. Esta última sociedad transmitió a su vez el material fotográfico a la compañía estadounidense Viewfinder propiedad de Donald y de Moraes; esta sociedad subió las fotos a su página web, sitio que está dedicado justamente a subir vídeos y fotografías de moda que son de libre consulta. Por lo anterior, la Federación francesa de Costura denunció a los fotógrafos por infracción de obras protegidas con Propiedad Intelectual (European Court of Human Rights, s.f).

B. Sentencia del Tribunal Penal de París de Junio 17 de 2005

Si bien a los fotógrafos les fue imputado cargos de infracción a derechos de autor por haber cedido las fotografías sin autorización de la Federación Francesa de Costura en el caso de Claisse, y en el caso de Donald y Moraes por haberlas difundido a través del sitio web de Viewfinder, el Tribunal los absolvió por cuanto no encontró que hubiesen firmado exclusividad alguna con la prensa, y por ende nada les impedía utilizar en otros sitios las imágenes tomadas.

Es así que la Federación Francesa de Cultura decidió apelar el fallo.

C. Tribunal de Apelaciones de París de Enero 17 de 2007

³²⁴ Resumen de los hechos y decisiones de las Cortes, con base en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que se encuentra en la página web: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-7393%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-7393%22])

El Tribunal de Apelaciones falló a favor de la Federación, pues consideró que las casas de moda son titulares de obras intelectuales debido que sobre los diseños y los desfiles donde se exhiben recaen derechos de esta categoría, y por tanto tenían derecho a decidir sobre el modo de distribución de las fotografías.

Arguyó esta corte, que la ausencia de una cláusula de exclusividad no invitaba a entender que las imágenes podían ser distribuidas y reproducidas libremente, ya que la acreditación otorgada obedecía a un marco específico, y no había una cláusula que indicara lo contrario. Por lo anterior, al afirmar que se había usado el material sin autorización condenó a Donald y a Moraes al pago de 8.000 euros cada uno, y a Claisse al pago de 3.000 euros.

A título de perjuicios, este Tribunal condenó a los demandados a pagar la suma de quince mil euros cuya causa fue el riesgo que sufrieron las casas de moda sobre su credibilidad por la violación del sistema de protección sobre los diseños. También los condenó al pago de 30.000 euros por el riesgo de falsificación de los diseños al ser distribuidos ampliamente.

D. Sentencia de la Corte de Casación de febrero 5 de 2008

Los demandados decidieron acudir a la Corte de Casación francesa argumentando que se había pasado por alto la excepción a los derechos de autor consistente en la reproducción de una obra con fines informativos. Dijeron que esta excepción era aplicable en el ámbito digital, que la reproducción de las fotografías se había hecho con tal fin, y que por ende el Tribunal de Apelaciones no había justificado en suficiencia su decisión. Sin embargo, la Corte de Casación desestimó el argumento de los demandados, sosteniendo que el Tribunal de Apelaciones había procedido de manera soberana sobre los hechos y circunstancias del caso, así como sobre sus pruebas, y había justificado de pleno su decisión.

E. Corte Europea de Derechos Humanos de enero 22 de 2013

Los fotógrafos acudieron a la Corte Europea de Derechos Humanos, arguyendo que había habido una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de los tribunales franceses, dado que las fotografías de desfiles de moda constituyen per se una información, y que por tanto su difusión en un sitio web era un ejercicio de la Libertad de Expresión consagrado en el ya mencionado artículo

10. Afirmaron que el público tiene un interés general en conocer la moda actual y por tanto está en su derecho a acceder a tal información, y que a nadie le es dado restringir la misma; sobre todo cuando los propios titulares de derechos de autor habían dado a conocer esa información a través de medio de prensa específicos.

De hecho, agregaron, la publicación de la información fue concomitante con aquella hecha por la prensa autorizada, por ende tampoco era cierto que se creara un riesgo de falsificación sobre los diseños.

Al analizar el caso, la Corte señaló que el artículo 10 tiene plena aplicabilidad en el ámbito específico de Internet, indistintamente del tipo de mensaje que se transmita a través de la red, y que por tanto la publicación de imágenes constituye un ejercicio del derecho a la Libre Expresión. Sin embargo, consideró que la injerencia en ese ejercicio de Libre Expresión fue legítima debido a que se buscaba proteger los derechos de terceros, en este caso los autores, y esto estaba legitimado en una ley precedente a la actuación que dio lugar a los hechos.

También que el margen de libertad de los estados para restringir la Libertad de Expresión conforme con el cumplimiento de las condiciones del párrafo segundo del artículo décimo, era más o menos amplio dependiendo del tipo de discurso protegido de que se trate. Así, cuando se está ante una expresión de carácter político, el margen de los estados para restringirla es muy estrecho, en tanto que en tratándose de expresión de carácter comercial en un ámbito que no es de interés general, es más amplio. Dijo en consecuencia, que no se podía decir que las imágenes de los desfiles de moda despertaran un debate de interés general. Por ende, en el momento en que el Tribunal de Apelaciones decidió sobre los hechos, no hubo exceso en la injerencia del juez interno sobre la Libertad de Expresión de los fotógrafos. La naturaleza y gravedad de las sanciones aplicadas a los requirentes no de aquellas que puedan estimarse desproporcionadas en relación al objetivo perseguido por ellas, no existiendo, por lo tanto, violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

F. Reflexión

Sobre esta sentencia, Dirk Voorhoo y Inger Høedt-Rasmussen sostienen que, a pesar del rechazo del requerimiento, por primera vez la Corte aclaró que los derechos de autor pueden interferir con el derecho de Libertad de Expresión, lo que implica que

se abrió un camino para examinar casos de esta estirpe que tienen su raíz en el ámbito específico de Internet, y esto a su vez redundante en que las leyes de Propiedad Intelectual deben pasar el escrutinio de la ya mencionada Libertad de Expresión.

Lo anterior da cuenta de la exteriorización de la tensión entre los derechos mencionados, y esto quiere decir que la Corte abrió el camino para admitir que el conflicto debe solucionarse externamente y no basta con basarse en las soluciones internas de las leyes sobre derechos de autor³²⁵.

No obstante, como vimos, la Corte fue bastante flexible en lo que hace a la libertad de los estados en el momento de redactar y aplicar las leyes sobre los derechos derivados de las creaciones intelectuales, de tal manera que difícilmente se está ante una ley que no pase el escrutinio de Libre Expresión.

Creemos entonces que la Corte hubiera podido centrarse con más énfasis en el aspecto de la proporcionalidad entre la restricción legal al derecho de Libre Expresión y el fin perseguido, pues es ahí, en ese margen de libertad que tienen los estados al estructurar dichas leyes restrictivas, donde puede haber un desbalance entre los dos derechos en estudio, pues puede concluir si las excepciones y limitaciones de las leyes de Propiedad Intelectual son suficientes para salvaguardar la Libre Expresión e Información, o si al contrario no cubren todas las formas de estas libertades, y por tanto hay un desbalance desde algún aspecto.

Es decir, pensamos que no basta con decir que la expresión que merece más protección es aquella que genera debate público porque pareciera denigrar cualquiera otra que no entra en esta categoría, sino podría aprovechar para pronunciarse con más profundidad sobre este tema en particular.

A continuación, analizaremos el caso de "Pirate Bay, vs. Suecia, de febrero de 2013, del cual podremos concluir si en definitiva la línea de la Corte es exteriorizar el conflicto, y de hacerlo, que tan estricto es el escrutinio de Libertad de Expresión.

³²⁵ DIRK Voorhoof, HOEDT RASMUSSEN Inger, 2013. "ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression".[en línea] <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>> {consulta: 05 diciembre 2020}

5.2.2.2 *Neij and Sunde Kolmisoppí v. Suecia, febrero de 2013*

A. Hechos³²⁶

Durante 2005 y 2006, en la página web "The Pirate Bay", Fredrik Neij (sueco) y Peter Sunde Kolmisoppi (finlandés) prestaban servicios de compartimento de archivos multimedia entre los usuarios del sitio³²⁷. Por lo anterior, en 2008 los dos dueños de la página web fueron acusados de violar la ley de derechos de autor por permitir que se pudieran compartir obras protegidas, y que consecuentemente cada usuario las pudiera bajar en su computador personal, y empezar a compartirlas incluso fuera del sitio web (Voorhoof y Høedt, 2013).

B. Fallo de primera instancia, Corte Distrital de Estocolmo, 2009

En esta Corte, Neij y Kolmisoppi se declararon no culpables, alegando que no podían ser responsables solo por recibir y proveer información sobre los archivos; dijeron que de hecho ningún funcionario de la página manipula de manera directa material protegido con derechos de autor, ni lo seleccionaban, y por tanto no conocían que había material de esta clase. Arguyeron que la esencia de Internet es poder compartir vínculos que conducen a documentos, lo que está ligado al derecho de proveer información. Respecto de la compensación de daños solicitada por los autores afectados, sostuvieron que los mismos no habían sufrido tales daños debido a que sus ventas no se vieron afectadas, y reiteraron que ellos no eran responsables de transferencia de archivos ni de manejo de los mismos, solo eran una fuente de información.

No obstante, sus argumentos, la Corte los declaró culpables por violación de derechos de autor y los condenó a un año de prisión y al pago de tres millones de euros. Dijo la Corte que el sitio web ubicado en Suecia era un motor de búsqueda, y un facilitador para que se subieran archivos infringiendo derechos de Propiedad

³²⁶ DIRK Voorhoof, HOEDT RASMUSSEN Inger, 2013. "ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression II (The Pirate Bay)". [en línea] <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/03/20/echr-copyright-vs-freedom-of-expression-ii-the-pirate-bay/>> {consulta 09 diciembre 2020}.

³²⁷ De esta manera se podía compartir música, juegos y películas.

Intelectual, y que los demandados eran responsables de la organización, administración, programación, financiación y operación del sitio.

C. Segunda instancia, Corte de Apelaciones de Svea, 2010

La Corte de Apelaciones concordó con la Corte Distrital en que el sitio "The Pirate Bay" promovía el intercambio ilegal de archivos, sin embargo, la responsabilidad tenía que ser individualizada conforme su participación en la plataforma. Por lo anterior, a Neij, que era el encargado de la programación, le fue impuesta una pena de prisión de 10 meses, mientras que Kolmisoppi fue sancionado con 8 meses de prisión por ser el encargado de la publicidad.

D. Corte Europea de Derechos Humanos

Los demandados acudieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que habían sido cercenados en su derecho a recibir y dar información, arguyendo que el mismo incluye la posibilidad de ofrecer un servicio automático de transferencia de material entre usuarios conforme con los principios básicos de comunicación en Internet, y de la sociedad de información.

Argumentaron que el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos protege el derecho a prestar un servicio que puede ser usado tanto para propósitos ilegales como legales, sin que quienes se encargan de prestar dicho servicio deban ser responsables por aquellos actos ejecutados por sus usuarios.

Al analizar el caso, la Corte primeramente se refiere a la importancia del rol que juega Internet en el acceso a la información por la facilidad que representa en la diseminación de la misma. Señaló que el artículo 10 de la Convención, tiene aplicación no solo respecto del contenido de la información sino también sobre los medios de transmisión o recepción ya que cualquier restricción sobre estos, implica necesariamente una restricción sobre el derecho a impartir y recibir el contenido. También afirmó que el derecho de Libre Expresión le es garantizado a todas las personas sin importar si lo ejercen con el fin de obtener o no una ganancia.

Consideró entonces que las medidas tomadas en contra de los, en esta instancia demandantes, efectivamente constituían una interferencia con el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 10, por lo que dio lugar al estudio de si tal

interferencia cumplía con las condiciones del párrafo segundo de este artículo para considerarse legítima. En lo que respecta a la prescripción en la ley, se consideró que sí había cumplimiento debido a que se trató de la infracción al Acta de Derechos de Autor. En lo que hace al fin legítimo, también se consideró que existía debido a que se perseguía la protección de los derechos de terceros, y el impedimento de la comisión de un delito.

En cuanto a si la restricción o interferencia era necesaria en una sociedad democrática la sentencia indicó dijo que había de tomarse en cuenta que los derechos de Propiedad Intelectual requerían por parte de los estados medidas efectivas para su protección, y que éstos contaban con un amplio margen de independencia para determinar en qué circunstancias debían ser protegidos frente a intereses de terceros, específicamente intereses de Libre Expresión.

Así como en el caso de Ashdown, la Corte sostuvo que no se podía comparar la expresión protegida ejercida por los demandantes con la expresión que generara debate público, por lo que se acentuaba el margen de los estados para establecer si los derechos de Propiedad Intelectual debían tener mayor protección que una clase de expresión que no resulta de amplia importancia. Por estas razones consideró que no hubo excesos por parte de las autoridades suecas al sancionarlos por infracción a las normas de derechos de autor.

E. Reflexión

Sobre este fallo, Krisjanis Buss opina que la Corte tuvo una falencia al no establecer una lista de criterios claros para evaluar si la Libre Expresión y los derechos de Propiedad Intelectual presentan o no, un desbalance. Afirma que la Corte debió haber tenido en consideración la perspectiva internacional sobre la materia, refiriéndose específicamente a las decisiones de los tribunales nacionales, haciendo alusión a la solución británica en Ashdown v Telegraph, donde como lo vimos, se concibió la posibilidad de sopesar el interés público manifestado en la Libre Expresión a la hora de definir si hay o no un trato justo de una creación intelectual.

A la hora de determinar si la Libre Expresión ha sido legítimamente restringida, Buss afirma que se debería seguir lo dicho por Eric Barendt en orden a que se debiera tener en cuenta la audiencia a la que va dirigida la información, su forma y contenido,

los motivos que tuvo quién la transmitió y, finalmente, tal como lo expone Barendt, los jueces deben hacer un profundo escrutinio de la legislación cuyo fin es promover la Libre Expresión³²⁸.

Coincidimos ampliamente con esta opinión en lo que respecta a la falta de criterios para determinar si la Libre Expresión ha sido o no, legítimamente restringida. Ahora bien, en cuanto a los factores a tener en cuenta señalados por Barendt, hay que recordar que éstos son expuestos dentro del contexto norteamericano donde el fundamento básico del Copyright es ser un motor de la Libre Expresión, mientras que en el enfoque continental los derechos de autor tienen cómo núcleo esencial exaltar y estimular el lazo inescindible entre el autor y su obra. Por lo tanto, el escrutinio de las normas de Propiedad Intelectual frente a la Libre Expresión no tiene la misma perspectiva de la visión norteamericana toda vez que aquí los jueces buscan proteger al autor. En consecuencia, desde la visión continental, consideramos que sería de suma importancia analizar si al proteger al autor se está afectando a la audiencia de manera desproporcionada.

En esto las sentencias que hemos visto hasta ahora, y en específico la de “Pirate Bay” constituyen un avance al tener en cuenta si se trata de información o expresión que genera debate público, pero más allá de eso, es preciso considerar si aun cuando no se trata de una información que concierna al público en general, merece protección porque de cualquier forma hay un sector de la audiencia que se ve impactado por las restricciones impuestas por los derechos de autor. Esto no quiere decir que el balance tenga como resultado de manera imperativa el que se beneficie exclusivamente a la audiencia, pero sí debe o debería existir un estudio más a fondo en este aspecto.

Con esto damos paso a la siguiente sentencia, se trata del caso Akdeniz v. Turkey de marzo 11 de 2014, sobre el que habíamos hablado brevemente en el capítulo tercero.

³²⁸ BUSS Krisjanis.2015. “The Copyright and Free Speech: The Human Perspective”[en línea] Baltic Journal of Law & Politics. 2015. Volumen 8:2 2015. PP 182202.
<https://www.cobalt.legal/files/bundleNewsPost/2526/K_Buss_Copyright_Free_Speech_The_Human_Rights_Perspective_March_2016.pdf> {consulta: 09 diciembre 2020}

5.2.2.3 *Akdeniz v. Turkey. Marzo de 2014*

A. Hechos³²⁹

En el año 2009, el gobierno Turco emitió una orden de bloqueo del sitio web MySpace en dicho país, así como de otros similares, por infracción de derechos de autor, debido a que en estas plataformas se compartía música sin autorización de los titulares. A pesar de no haber habido oposición por parte de los directamente afectados (los responsables del manejo del sitio), el ciudadano Yaman Akdeniz presentó ante la fiscalía una petición de nulidad de la orden en comento, por considerar que se vería afectado por tal decisión dado que no podía acceder a la información que en ese sitio residía, viéndose vulnerado en su derecho a recibir información. No obstante, su petición fue rechazada por el juez respectivo, debido a que él como usuario no podía oponerse a la decisión gubernamental. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de segunda instancia, añadiendo que al sitio en cuestión ya se había advertido que debía retirar cierto contenido y no lo había hecho, que por tanto, para evitar las infracciones a derechos de autor en el ámbito específico de Internet, esta era la medida más eficaz posible.

B. Corte Europea de Derechos Humanos

Cuando la Corte estudió el caso, si bien reconoció el valor de Internet como medio de comunicación por su capacidad de almacenamiento de información y de distribución de la misma, desestimó la petición por considerar que el usuario no podía considerarse víctima de una restricción a la Libre Expresión, no solo por no ser el directo responsable del manejo de la plataforma o un afectado indirecto cómo serían los familiares de la persona afectada, sino porque de cualquier forma podía acceder a las obras musicales por otros medios alternativos que por demás no infringieran las normas sobre derechos de autor.

C. Reflexión

A pesar de las conclusiones del fallo, la Corte hizo una precisión que resulta de nuestro interés, pues argumentó que en todo caso el demandante no había alegado

³²⁹ IZYUMENKO Elena. 2016. "The Freedom of Expression Contours of Copyright in the Digital Era: A European Perspective"[en línea] *The Journal of World Intellectual Property*. 06 june 2016. Volumen 19. <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jwip.12057>> {consulta: 15 diciembre 2020}

que la información que se pudiera encontrar en los sitios afectados con la orden fuera de particular interés para él y que al restringirse el acceso a estos sitios hubiera quedado privado de acceder a una importante fuente de comunicación, que le impidiera tomar una postura respecto de un tema de interés general. Esto resulta de suma importancia para nuestro estudio dado lo visto hasta ahora respecto de las medidas de bloqueo o restricción al acceso de sitios web o a contenido de los mismos, ya que la Corte abre la puerta a un escrutinio estricto de las leyes de Propiedad Intelectual al respecto, frente a la Libre Expresión; esto a pesar de supeditar el tema a tratarse de un asunto de interés general.

Con esto damos por terminado nuestro análisis sobre las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, llegando a las siguientes conclusiones:

a. La Corte abrió el espacio a la exteriorización del conflicto entre Libre Expresión y Propiedad Intelectual, admitiendo que esta última puede restringir la primera, y que esta tensión debe ser solucionada enfrentando directamente la legislación sobre derechos de autor a la Libre Expresión.

b. A pesar de lo anterior, la Corte suscribe el escrutinio de la legislación de derecho de autor a los eventos en que la expresión que resulte afectada sea aquella de tal carácter que genere debate público y por ende sea de interés general.

c. Como consecuencia de lo anterior, la Corte presenta una falencia al determinar si la medida resulta pertinente y proporcional en una sociedad democrática, pues cuando determina que el discurso no genera debate público, no ahonda en este aspecto.

d. Sostiene la Corte que los estados tienen amplio margen para regular los atinente a Propiedad Intelectual, no obstante podría haber dejado sentado que esta amplitud en todo caso debe poder soportar el escrutinio de Libre Expresión.

A continuación, estudiaremos la jurisprudencia decantada sobre el conflicto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.2.3 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

5.2.3.1 *Scarlet Extended v. Sabam de 2011*

A. Hechos³³⁰

La sociedad de autores y compositores belgas denominada Sabam, y cuyo fin principal es velar por el respeto a los derechos de autor de sus asociados, en el 2004 solicitó, en el marco de un proceso judicial, al proveedor de servicios de Internet denominado Scarlet, que usara un mecanismo de bloqueo con el propósito de impedir que sus usuarios pudieran compartir y descargar archivos de música sin la previa autorización de los titulares de derechos de Propiedad Intelectual. Esta petición se sumaba a la búsqueda de la condena de Scarlet como infractor de derechos de autor, por permitir justamente, este compartimento de obras musicales, debido que de acuerdo con los argumentos de Sabam, estaba en la posición de controlar y tomar medidas en contra de los infractores de los ya mencionados.

B. Sentencia de primera instancia

El juez de primera instancia encontró que efectivamente los usuarios de Scarlet llevaban a cabo actuaciones que infringían los derechos de autor, y en consecuencia previo peritaje con el fin de saber si las medidas ordenadas eran posibles de ejecutar), le ordenó a Scarlet establecer un sistema de bloqueo y filtrado que imposibilitara que los usuarios pudieran enviar y recibir archivos que contuvieran obras protegidas.

Scarlet apeló esta decisión alegando que tendría un sin número de obstáculos técnicos para establecer el sistema de filtrado, y que por demás tendría un deber de súper vigilancia dentro de Internet de acuerdo con el cual tendría que vigilar todas las comunicaciones para evitar la ejecución de actividades ilegales, lo que por demás repercutiría en la violación de la confidencialidad de datos.

Antes de resolver la apelación, la Corte respectiva pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que emitiera una Interpretación Prejudicial sobre si usar un sistema de filtro sobre todas las comunicaciones de manera indistinta sobre los clientes

³³⁰ COLUMBIA UNIVERSITY – Global Freedom of Expression. “Scarlet Extended SA v Sabam” [en línea] <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/scarlet-extended-sa-v-sabam/>> {consulta : 16 diciembre 2020}

se compadecía, entre otras normas, con los artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Protección Derechos Humanos³³¹.

C. Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la U.E.

Al resolver sobre la consulta prejudicial, el Tribunal tuvo en cuenta que la medida de establecer un sistema de filtrado implicaría la identificación de todas las comunicaciones de los usuarios, para luego depurar los archivos con obras protegidas y así entrar a determinar cuál de esos intercambios de archivos es ilícito, por lo que se necesitaría que el Proveedor de Servicios de Internet constantemente ejerciera una vigilancia general. También tuvo entre sus consideraciones que la protección a los derechos de Propiedad Intelectual no son absolutos, y que tal protección debía garantizar un equilibrio justo cuando hubiese otros derechos fundamentales en juego. Así entonces, concluyó que las medidas ordenadas podían lesionar por una parte, la libertad de empresa del Proveedor de Servicios de Internet, debido a que le obligaban a establecer un "sistema informático complejo, gravoso, permanente, y exclusivamente a sus expensas"³³²; y por otra, afectaría a los usuarios en su libertad de recibir o comunicar informaciones.

Igualmente, afirmó que el sistema de filtrado podría afectar la libertad de información, ya que "se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que el establecimiento podría dar bloqueo de comunicaciones de contenido lícito"³³³³³⁴.

³³¹ Artículo 8 de la Convención.

Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (Portal Fundación Acción Pro Derechos Humanos, s.f., párr. 1-2).

³³² Considerando 48 de la sentencia

³³³ Considerando 52 de la sentencia

³³⁴ Esta última afirmación sería el caso de un uso legítimo conforme con las excepciones y las limitaciones de derechos de autor.

Decidió en consecuencia que, en aras del desequilibrio que se produciría entre la protección de los derechos de Propiedad Intelectual y la Libertad de Empresa y la Libertad de Información, la orden judicial sobre el sistema de filtrado y bloqueo no gozaba de legitimidad a la luz de la normativa respectiva.

D. Reflexión

Sobre esta sentencia, es importante anotar que si bien no es un caso que verse sobre la posible defensa de un uso específico de una obra protegida desde la base de la Libre Expresión, sí resulta de la mayor importancia para nuestro estudio, debido a que, por una parte, pone sobre la mesa la responsabilidad de los proveedores de Internet y lo que podría acarrear un sistema de filtrado y bloqueo como parte de un deber de súper vigilancia, y por otra, las facultades otorgadas legislativamente a los titulares de derechos de autor con el fin de defender los mismos, pues resulta claro que estos sistemas pueden degenerar en una anulación del ejercicio de otros derechos, ya que es imposible que diferencien entre usos legítimos y aquellos que no lo son.

Aunado a lo anterior, resulta en suma medida llamativo que, cuando el Tribunal se refiera a la afectación de otros derechos, indica que se debe buscar un balance entre estos y los derechos derivados de la Propiedad Intelectual, y aun cuando no detalla cómo debería ser ese balance, el fallo en sí constituye una luz sobre el tema dado que sienta un precedente sobre la imposibilidad de tomar una medida en exceso amplia.

Sobre la falta de detalle del Tribunal, Christina Angelopoulos y Stijin Smet anotan que el Tribunal, en primer lugar no emite un concepto de balance justo y, en segundo término, no entra en detalle en un razonamiento sobre lo que significa la ruptura de dicho balance. Sobre esto hemos de anotar que, si bien es cierto que el Tribunal no da luces sobre el significado de balance, pensamos que el razonamiento está en parte implícitamente dado por el argumento al que aludimos anteriormente, es decir, cuando define que la medida es demasiado amplia, a punto de afectar a todos los usuarios en los diferentes derechos expuestos en la interpretación prejudicial³³⁵.

³³⁵ ANGELOPOULOS Christina, SMET Stijin. 2016. "Notice and Fir Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability". [en línea] <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2944917> {consulta: 16 diciembre 2020}

A continuación, estudiaremos la sentencia del caso *Funke Medien v. Alemania* de 2019, sobre la posibilidad de oponer la libertad de información como defensa en un proceso de protección de derechos de autor, como una excepción aparte de aquellas establecidas por las directivas de la Unión.

5.2.3.2 *Funke Medien v. Alemania julio de 2019*

A. Hechos³³⁶

Las fuerzas armadas alemanas deben rendir informes sobre sus operaciones en el extranjero al parlamento alemán; parte de esos informes son conocidos por el público, más sin embargo hay otra que es mantenida bajo reserva. *Funke Medien*, editorial de periódicos y revistas, de la que es parte el periódico alemán *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*, solicitó acceso a los informes sobre las mencionadas operaciones entre el año 2001 y el 2012. Esta solicitud fue denegada, pero aun así en el portal web fueron publicados informes sobre las operaciones militares ejecutadas en Afganistán³³⁷.

La República Federal de Alemania demandó a la editorial *Funke Medien* por violación de derechos de autor, y el Tribunal Regional de lo Civil y Penal le dio la razón. En consecuencia, *Funke Medien* interpuso recurso de apelación, el cual fue fallado en su contra por parte del Tribunal Superior Regional de lo Civil y lo Penal. Seguidamente interpuso casación, y entonces el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal decidió suspender el proceso para preguntar entre otras cosas, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si los derechos fundamentales a la libertad de información o a la libertad de prensa pueden justificar excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de los autores a la reproducción de sus obras y a su comunicación al público, al margen de las excepciones o limitaciones previstas en el artículo 5 apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29.

B. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

³³⁶ párrafos 9 - 15 sentencia. Documento recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-469/17>

³³⁷ Párrafo 15 de la sentencia.

Al analizar el caso, el Tribunal fue claro en advertir que las excepciones al derecho de reproducción y al derecho de comunicación pública de las obras establecidas en los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la directiva 2001/29, son las únicas limitaciones que los estados en sus legislaciones pueden concebir³³⁸.

³³⁸ Los apartados 2 y 3 del Artículo 5 de la directiva 2001/29 prescriben que los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

- a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;
- b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;
- c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;
- d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;
- e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

- a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;
- b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;
- c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;
- d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;
- e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;
- f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor.

Anotó que, en cualquier caso, los estados miembro no pueden perder el norte en lo que hace a la finalidad de la Directiva, cual es establecer "un elevado nivel de protección en favor de los autores y el correcto funcionamiento del mercado interior"³³⁹. No obstante, también dijo que deben salvaguardar el justo equilibrio que se busca guardar con estas excepciones, entre derechos de autores y derechos de los usuarios, tales como la Libre Expresión y la libertad de información, pues es mediante estas que se logra tal balance. Sin embargo, a los estados no les es permitido establecer excepciones más allá de las prescritas en la directiva, porque de acuerdo con el Tribunal, esto podría poner en peligro la armonización en lo que respecta a los derechos de autor, ya que puede afectar el funcionamiento del mercado interior de esta clase de derechos. Por ende, a los estados no les es permitido, se reitera, establecer limitaciones al margen de aquellas autorizadas en la Directiva.

Finalmente, el Tribunal anota que la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que, cuando el derecho de Libertad de Expresión está en juego, se debe determinar el tipo de expresión de que se trata, a efectos de ponderar la protección de la misma respecto de aquella que reciben los derechos de autor, mereciendo especial

-
- g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;
 - h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;
 - i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;
 - j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;
 - k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;
 - l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;
 - m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;
 - n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.
 - o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo (Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea, 2001, pp. 7-8).

³³⁹ Párrafo 50 de la sentencia

importancia aquella que genera debate público y que por ende es de interés general. Dicho esto, y teniendo como faro que se estaba ante un tema de interés general, consideró que los informes militares publicados podrían constituir un uso autorizado de obras, consagrado en el literal c) del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 2001/29, debido a su “conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad”³⁴⁰. Esto siempre y cuando la corte respectiva determinara que se cumple con los demás requisitos. De esta forma, concluyó el Tribunal, la corte del estado respectivo, podría hacer una ponderación entre los derechos autor y derechos de los usuarios, ateniéndose a las excepciones establecidas, guardando su conformidad con los derechos fundamentales³⁴¹.

C. Reflexión

Como podemos observar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no concibe la posibilidad de exteriorizar la tensión entre las normas de Derechos de Autor y aquellas protectoras de la Libertad de Expresión, aduciendo entre otras cosas que esto afectaría la armonización de la Propiedad Intelectual en la Unión. En el caso en estudio, el Tribunal sostuvo que la conducta infractora podría adecuarse dentro del listado de excepciones, dejando claro entonces que, si se trata de un evento no contemplado dentro del mencionado listado, y que de cualquier forma afecte la Libertad de Expresión, no hay lugar a una excepción de facto. En consecuencia, desde esta visión la búsqueda de balance entre unos y otros derechos puede verse impactada.

Igualmente podemos concluir que hay un choque de trenes entre lo dicho en este aspecto por el Tribunal de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos, pues mientras la última abre la puerta a la posibilidad a una exteriorización del conflicto entre Propiedad Intelectual y Libertad de Expresión, el Tribunal la cierra. En esta línea, Thom Snijders y Stijn Van Deursen dicen que la lista cerrada de excepciones y limitaciones a los derechos de autor es consecuencia directa de la aspiración de armonización de la Propiedad Intelectual en la Unión, y de esta manera alcanzar un

³⁴⁰ Considerando 75 de la sentencia.

³⁴¹ Considerando 76 de la sentencia.

alto grado de certeza legal en su aplicación, más que sin embargo es cuestionable que pasa con casos que no encuadran dentro de ese listado de excepciones y que afectan derechos como la Libertad de Expresión y la libertad de prensa tal cual sería el caso de la emisión de material protegido no publicado que no está relacionado con eventos actuales³⁴².

En ese caso, argumentan los autores citados, la única manera de asegurar un balance es invocando de manera directa la protección del derecho que pudiere resultar mermado, cómo sería la Libertad de Expresión, solución que podría sostenerse de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, pero no conforme con lo decantado por el Tribunal de Justicia.

Como resultado explican, al presentarse puntos de vista encontrados entre las mencionadas cortes, las cortes locales deberán escoger entre la certeza legal o la flexibilidad que se requiere para asegurar un balance justo entre los derechos en conflicto.

De esta manera, concluimos el estudio sobre el manejo de la tensión entre Propiedad Intelectual y Derechos de Autor en la Unión Europea, haciendo hincapié en que es una cuestión por ahora sin una respuesta certera, en la medida en que la Corte Europea de Derechos Humanos exterioriza el conflicto pero sólo bajo ciertas condiciones, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea definitivamente con el fin de armonizar la legislación sobre el tema, lo interioriza y no admite que pueda abrirse, salvo cuando no se trata del uso de las obras por parte de la audiencia, sino de deberes de los prestadores de servicios de internet.

A continuación, estudiaremos el caso colombiano de Diego Alejandro Gómez Hoyos, dentro del acápite correspondiente a este país, como el único caso relevante que hemos tenido hasta el momento, en donde ha habido una confrontación directa entre derechos de autor y Libre Expresión en el ámbito específico de Internet.

³⁴² SNIJDERS Thom; DEURSEN Stijin Van. 2019. "The Road no Taken – The CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework - A Case Note on the Pelham Spiegel and Funke Medien Decisions"[en línea] International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2019. Volumen 50. <<https://doi.org/10.1007/s40319-019-00883-0>> {consulta: 05 enero 2021}

5.3 Colombia

5.3.1 Andrés Rymel Acosta Galvis v. Diego Alejandro Gómez hoyos, 2011³⁴³

A. Hechos

1. En octubre 26 de 2011, el señor Andrés Rymel Acosta Galvis denunció penalmente al biólogo Diego Alejandro Gómez Hoyos por haber infringido sus derechos de autor, al haber publicado en el año 2009, en el sitio web Scribd y en un grupo cerrado de Facebook, su tesis de maestría titulada "Taxonomía y evaluación de la homología de los caracteres para las salamandras del género *Bolitoglossa* (caudata:plethontidae)", aclarando que la misma se encontraba antes de esto, de manera exclusiva en la Biblioteca de la Universidad Nacional de Colombia, donde solo podía consultarse sin que pudiera descargarse o reproducirse.
2. En el año 2013 el denunciado fue imputado formalmente y por ende se inició el proceso penal correspondiente.
3. En su defensa, el denunciado adujo que la finalidad de compartir la tesis del señor Rymel había sido únicamente la de dar a conocer información, de compartir conocimiento y que nunca tuvo ánimo de lucro. Argumentó que compartir investigaciones entre estudiantes de su profesión era una práctica común con el fin de que otros pudieran aprender, y que incluso el mismo denunciante había hecho lo propio en diferentes momentos.

B. Sentencia de primera instancia

El 24 de mayo de 2017 el Juzgado 49 penal dictó sentencia absolviendo a Diego Alejandro, bajo entre otros, los siguientes argumentos:

a. Afirmó que, si bien la conducta del biólogo Diego Alejandro infringió los derechos de autor sobre la tesis, lo cierto es que para que se configurara el tipo penal correspondiente, la actuación debía ir dirigida a atentar contra la normal explotación de la obra o causar un perjuicio injustificado al titular. En este caso advirtió el juzgado,

³⁴³ El resumen de hechos y sentencia de primera instancia fueron tomados de la sentencia de segunda instancia del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Plena, de noviembre 21 de 2017.

Diego Alejandro ni afectó la explotación normal de la obra, ni causó un perjuicio irrazonable, toda vez que uno de los testigos del caso afirmó que antes del tiempo en que la tesis fue subida por Diego Alejandro, la había obtenido de otro sitio de Internet, donde se podía encontrar desde el año 2007.

b. Igualmente sostuvo que en el ámbito académico científico el cruce de información era parte del giro normal del mismo, por lo que no se podía considerar que había perjudicado injustificadamente los intereses del autor de la tesis, pues estaba actuando dentro del uso honrado de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina³⁴⁴.

c. También dijo el juez que no se había probado que Diego Alejandro se hubiese lucrado de forma alguna al compartir la tesis, pues si bien las personas tenían que pagar cinco dólares para acceder al documento, este dinero nunca fue dirigido al denunciado.

C. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de noviembre 21 del 2017

La sentencia del Juzgado de primera instancia fue apelada tanto por la víctima como por la fiscalía por considerar que no se había probado que el documento estuviera en distintas páginas de Internet antes de ser subido por Diego Alejandro, pues este y otros testimonios no fueron suficientemente respaldados por otras evidencias probatorias, y que el denunciado si se lucraba con los cinco dólares cada vez que alguien accedía a la tesis. No obstante, el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, considerando lo siguiente:

a. En cuanto a los testimonios sobre la existencia de la tesis en otras páginas web antes de ser subida por Diego Alejandro, dijo que éstos se habían visto respaldados con el informe del forense experto en investigación informática, en el cual constaba que la tesis si se encontraba en distintas páginas de Internet.

b. Sin embargo, a pesar de haber dejado en claro que la tesis ya se encontraba en Internet, el Tribunal consideró que este solo hecho no exoneraba de responsabilidad

³⁴⁴ El Artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, normatividad a la que está sujeta Colombia por ser parte del Pacto Andino, indica los eventos en que se considera que el uso de una obra es honrado o legítimo. “Usos honrados: los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor” (Comisión del Acuerdo de Cartagena, s.f., p. 3). Es decir, se trata del equivalente a la regla de los tres pasos.

al acusado. Entró a examinar entonces si la conducta desplegada por este último está cubierta por alguna excepción a los derechos de autor, advirtiendo que el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina establece lo siguiente.

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. (Comisión del Acuerdo de Cartagena, s.f., p. 6)

Con base en este artículo , dice el Tribunal que conforme al mismo, y de acuerdo con lo dicho con la Corte Suprema de Justicia respecto a la necesidad del ánimo de lucro para que se configure el tipo penal, pues este, así no sea expreso exige tácitamente que quien vulnera los derechos patrimoniales de autor involucre actos de contenido económico Diego Alejandro resultaba no culpable, ya que su interés único había sido el de compartir información para los investigadores interesados en el tema (Congreso de la República de Colombia, 2000)³⁴⁵. Esto, concluyó el Tribunal, se había visto corroborado al comprobar que Diego Alejandro no había sufrido un incremento patrimonial en su cuenta bancaria por parte de transferencias provenientes de la página de Scribd.

En relación con la normal explotación de la obra, explicó el Tribunal que en la medida en que la misma no se había visto alterada y se había respetado el derecho de paternidad, se concluía que esta no resultaba afectada. Esto se veía reforzado en tanto que el denunciante pudo hacer uso de su tesis publicando artículos en revistas y libros especializados. De igual modo, afirmó que si bien el titular de la obra arguyó la existencia de una afectación por la reproducción masiva de la misma, no se estaba probado que esa reproducción en Internet se haya hecho desde el sitio de Scribd, y que de hecho pudo haber sido de los sitios donde él compartió esta información.

Por último, respecto del perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor, el Tribunal sostuvo que no se advirtió que su propósito fuera lucrarse patrimonialmente de su tesis, dado que transcurrieron más de diez años desde su publicación, y que él mismo aceptó que nunca había vendido sus trabajos académicos.

³⁴⁵ Considerando 6.5.5 de la sentencia.

D. Reflexión

Sobre este caso, representantes de la fundación Karisma³⁴⁶ afirmaron constituye un recordatorio del desequilibrio normativo entre derechos de autor y "otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho la educación el acceso al conocimiento y la cultura". Así mismo dijeron que el proceso de conocimiento en el ámbito de Internet se da a partir de la colaboración, y que es justamente en la red donde se puede multiplicar.

Sobre el conflicto suscitado a raíz de la reproducción de la tesis en cuestión, opinamos que si bien, tal como lo dijo la Fundación Karisma, da cuenta de un desequilibrio en la normatividad colombiana ya que no hay una excepción que dé lugar a una exoneración cuando el motivo de una conducta como la de Diego Alejandro sea meramente la de compartir un conocimiento académico, esto no quiere decir que consideremos que debe haber una excepción absolutamente abierta en tal sentido, pues justamente el equilibrio debe considerar a las dos partes, autor y audiencia, en esa medida la excepción podría estar configurada de manera tal, que no pudiera compartir más de un porcentaje específico de la obra de que se trate, aunado a las condiciones de no causar perjuicio injustificado.

En este sentido, es notorio que tanto el Tribunal como el Juez inicial no se acogieron a ninguna excepción específica, lo que da pie a un resultado cuando menos, sui generis, dado que aun cuando la intención de buscar la solución al conflicto se dio dentro de la misma ley de Propiedad Intelectual, no se encontró una excepción del listado cerrado que permitiera tal solución, pero tampoco se dio lugar a un enfrentamiento externo entre derechos de autor y Libertad de Expresión, pareciera ser una sentencia que quedó en un punto medio tomando dos condiciones prescritas en el marco normativo que rige en Colombia, pero que se sale del listado detallado de excepciones permitidas. Y decimos pareciera porque en cualquier modo no se hace mención específica de derechos externos, por tanto, de cualquier modo, el fallo es criticable por su absoluta falta de claridad.

³⁴⁶ Comunicado de prensa de octubre 26 de 2016: "si el acceso abierto fuera la regla y no la excepción (...) casos como el mío no existirían" (Netizen Report Team, 2015, párr. 5).

Con esto damos por terminado el cuarto y último capítulo de nuestra tesis, dado que no tenemos conocimiento que en Chile se hayan suscitado controversias judiciales que den cuenta de la tensión entre Propiedad Intelectual y Libertad de Expresión en casos específicos (Vargas, 2020). Es preciso advertir que del estudio de esta sección se concluye que:

A. Existe una tensión entre derechos de autor y Libertad de Expresión que viene dada por la zona gris en que encuentran ambos, y que se ha visto reforzada por el blindaje digital que se ha otorgado a los titulares de derechos de Propiedad Intelectual.

B. La solución a la tensión detectada depende de la región en la que nos encontremos, pudiendo ser interna o externa.

C. En Estados Unidos la tendencia es a dar una solución interna al conflicto, bajo la premisa de que en el derecho de copyright y basados en sus fines, se salva la ya mencionada tensión.

D. En la Unión Europea hay un choque entre el Tribunal Superior de la Unión Europea y la Corte de Derechos Humanos, debido a que el primero no acepta una exteriorización del conflicto basados entre otras cosas, en la necesidad de armonización del derecho de la Unión, en tanto que la Corte ha admitido que el conflicto se puede resolver externamente cuando estén involucrados temas de debate público.

E. En Colombia la solución dada parece ser la internalización del conflicto, pero sin embargo el caso estudiado dio muestra que esta no es una salida, teniendo en cuenta que las excepciones no son suficientes para tales efectos.

6 Conclusiones

Conforme se planteó en la Introducción, el problema jurídico a resolver tuvo como punto central dirimir si en Internet se presenta una tensión o conflicto entre Libertad de Expresión y Propiedad Intelectual; con el fin de llegar a una respuesta, se explicaron los conceptos de derechos de autor, sus excepciones, y la relación de estos con la Libertad de Expresión en cuatro diferentes regiones. Así entonces, se demostró que hay un conflicto que es producto de la protección reforzada de los autores, derivado tanto de la regulación en materia legislativa como de la posición jurisprudencial; sin embargo, este resultado es justificado de manera diferente dependiendo de la jurisdicción en donde nos encontremos.

Consecuentemente, se dio cuenta que si bien la visión de Propiedad Intelectual de Estados Unidos deviene de una tradición jurídica cuya máxima es la función social de ésta, en la medida en que se traduce en una herramienta para el enriquecimiento cultural de la sociedad a través de la generación y acceso al conocimiento, cuyo resultado generó que en pro de esa visión la recompensa al autor no jugara un papel primordial, por una parte y, por otra, que no se tendiera a una perpetuación de los derechos de autor, redundando incluso en que en el siglo XIX no se reconocieran esta clase de prerrogativas a autores extranjeros proclamando la valía del interés público, y, de contera, se mirara con extrañeza y ajenidad los derechos morales de autor. No obstante, y aun teniendo en cuenta que paralelamente la percepción de la Libertad de Expresión es muy amplia por su función en la democracia, en el descubrimiento de la verdad, en un entorno donde se admite incluso que la prensa puede caer, siempre que no haya mala fe, en errores del oficio difamando un funcionario público, y en una cultura jurídica donde se admite los discursos de odio, procurando siempre una mínima intervención estatal, no ha bastado para admitir una posible tensión externa entre el copyright y la primera enmienda de la Constitución.

Desde el nivel jurisprudencial estadounidense, se ha negado que exista este conflicto por cuanto los lineamientos de la Corte Suprema han decantado que el copyright es per se un motor de la Libertad de Expresión, ya que el mismo contiene válvulas internas que resuelve cualquier tensión entre ambos derechos que son el uso justo y la dicotomía idea expresión, que ambas cláusulas fueron concebidas en un

mismo espacio temporal y que por demás el desarrollo del copyright en el tiempo no ha afectado los contornos tradicionales del mismo.

Ha hecho la Corte Suprema norteamericana en consecuencia, oídos sordos a las críticas con las cuales concordamos respecto de la insuficiencia de las válvulas internas, debido a la variación en la interpretación judicial respecto del uso justo, la necesidad de usar partes de obras para poder transmitir una información y/o expresar un punto de vista determinado, la alteración de los conceptos de copyright y de Libre Expresión, y la invalidez del argumento de la coexistencia de las cláusulas en conflicto en sus orígenes.

Lo anterior, se ha visto reforzado con la regulación de los derechos de autor en Internet que pese a desdibujar esa visión primigenia de la Propiedad Intelectual como herramienta de enriquecimiento de la audiencia, no ha tenido un enfoque jurisprudencial que apunte a mantener esa función social ya aludida. Al contrario, pese a que la DMCA ha robustecido a los autores con dos herramientas que les otorga una ventaja muy clara frente a los usuarios, cuales son el sistema de notificación y contranotificación para que los ISP descarguen supuesto material infractor solo con la petición del titular y la afirmación de un uso constitutivo de violación a los derechos de autor, y las medidas tecnológicas de protección, los jueces no han definido que se está frente a una ley que afecte los contornos tradicionales del copyright pues en principio no habían concebido tales derechos, e incluso no han aceptado que se afecte la válvula interna del uso a pesar de que su ejercicio se hace nugatorio, pues en una contradicción más que clara, si bien la DMCA le otorga nuevas herramientas a los titulares para defender sus derechos en línea, en lo que hace a la defensa del uso justo, se considera que la DMCA solo regula aspectos técnicos no vinculados al ejercicio de esta defensa.

Lo expuesto redundante en que no se hace un enfrentamiento externo entre lo regulado por la ley y la primera enmienda, trayendo como consecuencia un evidente desbalance entre los derechos de autor y aquellos de los usuarios en esta nación, pues no se compadece la expansión de los derechos de los titulares de derechos derivados de la Propiedad Intelectual, con aquellos de la audiencia, donde los primeros, por demás, mediante procedimientos que no cumplen el debido proceso y que obligan a los

ISP a ejercer una labor de vigilancia indirecta para poder acceder a las exenciones de responsabilidad, pueden proteger sus obras, mientras que la sociedad, en un contexto donde Internet constituye una herramienta de inmediatez para, se repite, informar y ejercer la Libre Expresión, se convierte en una plataforma donde estos derechos se ven disminuidos sin lugar a una defensa en condiciones equitativas.

Este desequilibrio podría salvarse si a nivel jurisprudencial se abriera el conflicto enfrentando el copyright a una excepción de primera enmienda, cuando las válvulas internas del mismo demuestren no ser suficientes para salvaguardar la Libertad de Expresión.

Por su parte, la Unión Europea fiel a su tradición jurídica donde el autor ha sido concebido como un genio cuyas creaciones deben ser respetadas y admiradas casi con veneración, y cuya consecuencia es una protección jurídica muy fuerte, en la era digital ha trasladado esa misma visión tanto en lo atinente a la regulación legislativa, como a parte de su línea jurisprudencial.

En materia legal, la Unión Europea robusteció los derechos de autor, pues se hace hincapié en las prerrogativas de estos dejando muy pocas excepciones a disposición de los usuarios, y obligándolos en el caso de la copia privada a compensar al autor, lo que degenera no en una excepción sino en una licencia obligatoria.

En consonancia con esta misma línea, en lo que hace a las medidas tecnológicas de protección se condena la elusión no solo de aquellas tomadas para evitar el acceso a las obras sin autorización sino aquellas otras que buscan evitar la copia de estas, yendo mucho más allá que la estricta DMCA estadounidense; repercutiendo en el notorio desbalance entre autores y audiencia, debido entre otras cosas a la dejación en manos de los autores la toma voluntaria de medidas para que los usuarios puedan hacer ejercicio de las excepciones, constituyendo así un sin sentido jurídico, dado que quien toma una medida tecnológica de protección no va al mismo tiempo a concebir mecanismos para que estas puedan ser eludidas.

Igualmente, la legislación de la Unión, le atribuye una función de súper vigilancia a los prestadores de servicios de Internet pues cada posteo o hipervínculo hecho por los usuarios se traduce en un acto de comunicación pública de la obra, por tanto los ISP deben corroborar si hay o no autorización de los autores, lo que puede

potencialmente redundar en un cercenamiento de la Libertad de Expresión, pues no todo lo que comparten los usuarios con apariencia de ilicitud lo es, dado que se puede estar ante un ejercicio de una excepción que involucre esta libertad.

Si bien es cierto en los casos Svensson y Sanoma se había hecho énfasis en que los hipervínculos constituyen un acto de comunicación pública, esto se había atemperado afirmando que debía tenerse en cuenta si la obra estaba o no disponible para el público en general, y, de no serlo, si quien lo postea es una persona con ánimo de lucro, y su conocimiento sobre la ausencia de autorización por parte del titular, la Directiva de marzo de 2019 borró de un plumazo lo dicho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adjudicando la labor de súper vigilancia de los ISP, dado que no podrán discernir si se está o no frente a los eventos decantados en los casos mencionados.

La visión proteccionista de los autores de la Unión Europea, se une a una visión menos amplia que la estadounidense respecto de la Libertad de Expresión, no solo porque se excluyen de la protección de este derecho los discursos discriminatorios, sino porque si bien, el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos habla de la protección otorgada a esta libertad, en su segundo párrafo anota los eventos y requisitos para restringir la misma, dentro de los que se encuentra la protección de derechos de terceros. Esta prerrogativa otorgada a los estados pertenecientes a la Unión, ha redundado en que la Corte Europea de Derechos Humanos si bien ha hecho avances en la confrontación directa de las normas de Propiedad Intelectual con la Libertad de Expresión, no ahonda en el desbalance entre estos dos derechos, dado que justifica las restricciones que no estén atadas al debate público.

Al atar la relevancia de una restricción a la Libertad de Expresión al debate público, la Corte Europea de Derechos Humanos echa de lado el desbalance entre autores y usuarios que implica la estricta regulación sobre Propiedad Intelectual ya que no profundiza en el mismo, dado que deja de hacer un análisis referente al panorama completo entre titulares y audiencia. Esto quiere decir, que no tiene en cuenta que si bien el derecho de Propiedad Intelectual implica restricciones, los derechos de los usuarios se salvaguardan mediante excepciones a los derechos de autor, más sin

embargo, hay eventos en que estas resultan insuficientes para garantizar derechos tales como la Libertad de Expresión. De esta manera, deviene entonces en inane este avance en la exteriorización del conflicto entre los derechos objeto de nuestro estudio.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien ha hecho avances en lo que respecta a la imposibilidad de los ISP de ejecutar un sistema general de filtro y bloqueo, estos adelantos quedaron en un estado incierto frente a la Directiva de marzo 26 de 2019, dada la imposición de la función de súper vigilancia.

Finalmente, la negativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de permitir el enfrentamiento entre los derechos de autor y la Libertad de Expresión basada la afectación de la armonización del mercado, a nuestro parecer no tiene suficiente peso argumentativo, debido a que tal cual como atemperó el tema del derecho de autor de comunicación pública, podría hacer lo mismo en el caso de la Libertad de Expresión, pues es la jurisprudencia de esta alta Corte, la llamada a modular la excesiva regulación en favor de los autores.

En el caso chileno, aun cuando la tradición jurídica de este país en Propiedad Intelectual es la continental, redundando en un sistema de excepciones cerrado que en una clara falencia legislativa no fue adaptado en suficiencia al ámbito específico de Internet, pues la regulación a este respecto es escasa, se puede ver un avance en el equilibrio entre autores y sociedad en la denominada excepción de “usos incidentales”, que en su configuración se acerca al uso justo de tradición anglosajona, debido a que se ocupa de los propósitos del *fair use*, que a su vez van en concordancia con la Libertad de Expresión de los usuarios; los usos con fines de crítica, comentario e investigación, tienen estrecha correlación con esta libertad.

Esta excepción (usos incidentales) en consecuencia, a pesar de no significar una apertura a la confrontación directa entre Propiedad Intelectual y Libertad de Expresión, si abre la posibilidad de una flexibilización judicial a la hora de determinar, si el uso se hizo con el fin de hacer un ejercicio que lleva implícito esta libertad y que es legítimo bajo la regulación de derechos de autor de este país.

En lo que respecta a la función de los ISP en la vigilancia de contenido infractor y la descarga o bloqueo del mismo, pese a que Chile suscribió un TLC con Estados Unidos, no siguió la estricta regulación de la DMCA en este campo, no solo porque

exonera de un deber tal a los proveedores de servicios de Internet, sino porque debe haber de por medio una orden judicial para este fin. Esto pues constituye un avance en el balance entre autores y usuarios, porque será un juez quién dirima un conflicto de esta categoría y no será arbitrio de los titulares.

En lo que hace a la protección de Libertad de Expresión en Internet, el derecho chileno estatuyó el “principio de neutralidad de la red”, lo que deviene en el libre acceso al contenido que se encuentra en la red de redes, sin que los ISP estén autorizados para bloquearlo o para discriminar qué contenido puede ser accesible y cuál no. Esto resulta en la posibilidad de informarse, de formar opiniones y de expresar las mismas en este mismo escenario, pues se está ante un libre flujo de ideas y expresiones.

Si bien la norma que habla sobre la neutralidad de la red específicamente se refiere a contenido legal en Internet; si se une esta regulación a la descarga del deber de vigilancia de los ISP y a la necesidad de una orden judicial para retirar o bloquear contenido, esta decisión en consecuencia, no corresponderá a los primeros, por lo que se sigue guardando en este aspecto, el balance entre Propiedad Intelectual y Libertad de Expresión.

En el caso colombiano, en sus múltiples intentos por adaptar a la legislación colombiana lo suscrito en el TLC con Estados Unidos, se optó por seguir muy de cerca la DMCA en lo que respecta a las medidas tecnológicas de protección, generando incluso una regulación más estricta que esta, prohibiendo los actos de elusión no solo que protegen el acceso a la obra sino los usos sobre esta, lo que aunado a un intento cuando menos carente de claridad de excepción cuando se trate de usos no infractores, deja un claro y perceptible desbalance entre los derechos de los titulares y los de los usuarios, ya que la decisión de lo que se considera uso no infractor va al vaivén de la decisión de una entidad administrativa, creando un espacio de inseguridad jurídica, lo que potencialmente puede redundar en desconocimiento del derecho de Libertad de Expresión.

En la legislación que fue adoptada con el fin de ejecutar el acuerdo TLC, Colombia desperdició una oportunidad de oro para regular las excepciones a los derechos de autor en el ámbito específico de Internet, pronunciándose solo en unos pocos artículos sobre el tema, dejando por fuera una regulación detallada sobre las

excepciones a los derechos de reproducción y de comunicación pública, pues siendo la tradición jurídica de este país continental, se hace necesario esta especificación en la ley para alcanzar el balance entre autores y audiencia.

En el caso judicial del biólogo Diego Alejandro Gómez el Tribunal al no llegar a una solución interna del conflicto entre Propiedad Intelectual y Libertad de Expresión, pues no se amparó en una excepción específica, hubiera podido llegar a una solución externa del conflicto, dada la amplísima percepción y protección de esta libertad en el ordenamiento jurídico, pues se trata de un derecho que constituye una piedra angular en la democracia, cuyas funciones son múltiples, por lo que cualquier cercenamiento debe ser estudiado por el juez con atención, conforme a los requisitos para limitar este derecho. Así entonces, el juez del caso en comento, hubiera podido hacer un análisis donde enfrentara directamente la Propiedad Intelectual con la Libertad de Expresión, sin que esto significara violación de ley alguna.

Colombia en consecuencia presenta vacíos legales que no han sido suplidos a nivel jurisprudencial en el balance entre titulares y sociedad, que mientras subsistan creemos que de acá en adelante, es justamente a los jueces a quienes corresponderá llenarlos.

De las regulaciones de las regiones estudiadas se desprende que el balance está inclinado hacia los titulares de derechos de Propiedad Intelectual, y que la internalización del conflicto entre derechos de autor y Libertad de Expresión no salva el desbalance legislativo, por lo que en consecuencia, mientras las leyes se mantengan en ese sentido, son los jueces mediante las herramientas jurídicas otorgadas por los distintos países, los llamados a exteriorizar el conflicto logrando el balance deseado específicamente en Internet, donde el flujo de información es constante, y para muchos, el único medio para emitir sus opiniones, y para ello, deben poder expresarlas por los mismos medios e iguales condiciones en que se encuentran las obras protegidas.

Igualmente, los tribunales deben tener en cuenta cuestiones tales como que muchas veces para poder expresar un punto se necesita usar la fuente que da lugar al mismo, o que el punto entre las ideas y la expresión es difuso, y además que el autor ya no es un personaje aislado, sino que al contrario unos se nutren de lo hecho por

otros. Esto no quiere decir que el balance solo debe girar en torno de los usuarios, pues el resultado sería el mismo, un desbalance entre derechos lo que daría pie a un conflicto que podría redundar en que los autores ya no se vieran estimulados a crear; al contrario, se trata de encontrar el punto medio donde ambas partes ganen, la manera de llegar a esto es que tanto derechos como excepciones sean protegidos, así como que la apertura del conflicto también lo sea.

7 Referencias

- Alarcón, D. (2017). *Diferencia entre hosting y dominio*. Blog Tek Soluciones: <https://www.teksoluciones.com/diferencia-entre-hosting-y-dominio/>
- Álvarez, D. (2004). *Libertad de expresión en internet y el control de contenidos ilícitos y nocivos [Tesis de Licenciatura]*. Universidad de Chile.
- Álvarez, D. (2011). *En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor*. Universidad de Chile: <https://www.files.ethz.ch/isn/144826/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf>
- Angelopoulos, C., y Smet, S. (2016). Notice and fair balance: how to reach a compromise between fundamental rights in european intermediary liability. *Journal of Media Law*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2944917>
- Ayuso, A. (2016). Libertad de expresión y derecho a la información en el constitucionalismo europeo. *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, 547-548, 657-682.
- Baldwin, P. (2014). *The copyright wars: three centuries of trans-atlantic battle*. Princeton University Press.
- Barendt, E. (2007). *Freedom of Speech*. Oxford Scholarship.
- Barragán, C., Ceballos, M., Marín, D., y Tamayo, O. (2012). El agotamiento del derecho a la luz del derecho comunitario. Unión Europea y Comunidad Andina. *Revista La Propiedad Inmaterial*(16), 225-280.
- Barrett, B. (2012). *¿What is SOPA?* Portal Gizmodo: <https://gizmodo.com/what-is-sopa-5877000>
- Bertoni, E. (2012). Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina . En D. Nunziato, *Preservar la libertad en Internet en las Américas*. BRAPACK Industria Gráfica.
- Botero, C. (s.f.). 1er Comentaton #LeyLleras 5 [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=Wh_FCm3C9Ug&ab_channel=RedPaTodos.

- Botero, C., Gómez, O., Puello, C., Castañeda, J., Guzmán, L., Ardila, E., Narváez, C. (2016). *Comentarios jurídicos al Proyecto de ley “Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos*. Colectivo RedPaTodos: <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Comentarios-RedPaTodos-Proyecto-modificacio%CC%81n-Ley-de-Derechos-de-Autor.pdf>
- Buss, K. (2015). Copyright and free speech: the human rights perspective. *Baltic Journal of Law & Politics*, 8(2), 182-202. <https://doi.org/10.1515/bjlp-2015-0024>
- Bychawska, D. (2017). *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention of Human Rights*. Council of Europe.
- Calleja, D. (2019). *El agotamiento del derecho de distribución en un entorno digital [Trabajo de fin de Máster]*. Universidad Internacional de La Rioja.
- Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Zaragoza. (2012). *¿Qué es un alojamiento web?* <https://www.camarazaragoza.com/faq/que-es-un-alojamiento-web/>
- Cambridge Dictionary. (s.f). *Hate speech*. Cambridge University Press: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hate-speech>
- Cea, J. (2019). *Derecho constitucional chileno*. Ediciones UC.
- Centro Colombiano del Derecho de Autor. (s.f). *Derecho de autor: preguntas frecuentes*. <http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/preguntas-frecuentes>
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. (s.f). *Título III Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos. [Título adicionado por el No 8 del artículo 1o de la Ley 20.435, de 30 de marzo de 2010]*. https://cerlalc.org/laws_rules/ley-no-17336-de-1970-ley-sobre-propiedad-intelectual/titulo-iii-limitaciones-y-excepciones-al-derecho-de-autor-y-a-los-derechos-conexos/
- Cerda, A. (2013). Neutralidad de la red y libertad de expresión. *Cuestión de Derechos*(4), 67-78.

- Chung, A. (2017). *U.S. top court finds law banning offensive trademarks unconstitutional*. <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-band/u-s-top-court-finds-law-banning-offensive-trademarks-unconstitutional-idUSKBN19A1YP>
- CNN Español. (2016). *Las 10 filtraciones más importantes de WikiLeaks en sus 10 años*. <https://cnnespanol.cnn.com/2016/10/04/las-10-filtraciones-mas-importantes-de-wikileaks-en-sus-10-anos/>
- Cohen, T. (2016). *European Court of Justice: hyperlinks to unauthorized content may infringe copyright*. Wipo Magazine: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/06/article_0007.html
- Colnago, C. (2012). *SOPA ("Stop Online Piracy Act") - Comentários e Reflexões*. Kindle.
- Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. CSIC Press.
- Cortés, C. (2013). *Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección*. Fundación Karisma: <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>
- Couso, J., Lovera, D., Guiloff, M., y Coddou, A. (2011). *Constitutional law in Chile*. IEL Constitutional Law.
- Cronin, P. (2012). The historical origins of the conflict between copyright and the first amendment. *Columbia Journal of Law y the Arts*, 221-252. <https://doi.org/10.7916/D8Q81PQC>
- Crunchbase Inc. (s.f). *KeepTheWebOPEN.com*. <https://www.crunchbase.com/organization/keepthewebopen-com>
- Davenport, A. (2019). *We do not support the EU Copyright Directive in its current form. Here's why you shouldn't either*. The Wikimedia Foundation: <https://wikimediafoundation.org/news/2019/02/28/we-do-not-support-the-eu-copyright-directive-in-its-current-form-heres-why-you-shouldnt-either/>
- Dusollier, S. (2001). *Usa justo en la Directiva de Derecho de Autor de 2001: una promesa vacía*. Universidad de Namur.

- Electronic Frontier Foundation. (s.f). *Concerned Educator Letter Against SOPA*.
<https://www.eff.org/es/document/concerned-educator-letter-against-sopa>
- Electronic Frontier Foundation. (2004). Las consecuencias no deseadas: cinco años bajo la digital Milenium Copyrighth Act. *Revista Chilena de Derecho Informático*(4), 17-35. doi:10.5354/0717-9162.2011.10671
- Escobar, J. (s.f). *Delito de incitación al odio o a la violencia en Chile. Una tarea pendiente*. Diario Constitucional:
<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/delito-de-incitacion-al-odio-o-a-la-violencia-en-chile-una-tarea-pendiente/>
- Eur Lex. (2019). *Directivas de la Unión Europea*. Summaries of EU Legislation:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l14527>
- Expansión S.A. (2012). *Cuatro leyes polémicas que buscan regular internet*.
<https://expansion.mx/tecnologia/2012/01/24/pipa>
- Federal Communications Commission. (s.f). *Children's Internet Protection Act (CIPA)*.
<https://www.fcc.gov/consumers/guides/childrens-internet-protection-act>
- Fundación Karisma. (s.f). *Tag Archive:Carolina Botero*.
<https://web.karisma.org.co/tag/carolina-botero/>
- García, D. (2014). *¿Por qué Marx no habló de copyright? La propiedad intelectual y sus revoluciones*. Enclave de libros.
- García, S. (2000). *La responsabilidad de los proveedores de servicios: consecuencias de la ausencia de regulación del sistema de notificación y retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico*. Universidad de Alicante:
https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001981_SandraGarciaCabezas.pdf
- Gobierno de México. (s.f). *Instituto Nacional de Derechos de Autor*.
<https://indautor.gob.mx/index.php>
- Goldman, E. (2011). *The Open Act: significantly flawed, but more salvageable than SOPA/Protect-IP*. Portal Ars Technica: <https://arstechnica.com/tech-policy/2011/12/the-open-act-significantly-flawed-but-more-salvageable-than-sopaprotect-ip/>

- González, A. (2011). Responsabilidad de los ISP en la propiedad intelectual chilena. *Revista Electrónica El Derecho Informático*(8).
- Gonzalo, R. (s.f). *Servicio de adecuación a la LSSI. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*. Portaley: <http://www.portaley.com/lssi/sociedad.shtml>
- Griffiths, J. (2002). Copyright Law after Ashdown - Time to Deal Fairly with the Public. *Intellectual Property Quarterly*, 240-262.
- Griffiths, J., y Suthersanen, U. (2005). *Copyright and Free Speech*. Oxford University Press .
- Guibault, L. (2003). *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. Universidad de Amsterdam.
- Harvard Law Review. (2001). Constitutional Law - Free Speech Clause - Second Circuit Classifies the Posting and Linking of Computer Code as Expressive Conduct Rather than Pure Speech. 115(7).
- Hernández, M., y Madrid, L. (2016). *La regulación de las excepciones al derecho de autor: la inclusión del uso justo en Colombia*. Fundación Karisma: <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/DoKumento4Resumen.pdf>
- Intellectual Property Office. (2014). *Ownership of copyright works*. <https://www.gov.uk/guidance/ownership-of-copyright-works>
- Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. (2015). *Bienvenida a los Operadores de Registro*. <https://www.icann.org/resources/pages/registries-46-2015-11-17-es>
- Izquierdo, A. (2012). Los puertos seguros para los intermediarios de internet. *Análisis*(81), 191-220. <https://doi.org/10.15332/s0120-8454.2012.0081.09>
- Izyumenko, E. (2016). The Freedom of Expression Contours of Copyright in the Digital Era: A European Perspective. *The Journal of World Intellectual Property*, 19, 115-130. <https://doi.org/10.1111/jwip.12057>

- Jaffe, E. (s.f). *A Page of Logic: Eldred v. Ashcroft and the Logic of a Written Constitution*. <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2003/9/logic.pdf>
- Jara, C. (2014). Derecho a la privacidad, libertad de expresión e interés público: el caso Cordero con Lara y otros. *Anuario de Derechos Humanos*(10), 163-173. 10.5354/0718-2279.2014.31706
- Jiménez, A. (2010). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Jones, R. (2019). *A 'dark day': copyright law that threatens the internet as we know it passes final EU vote*. Portal Gizmodo: <https://gizmodo.com/a-dark-day-copyright-law-that-threatens-the-internet-a-1833570802>
- LAC Group. (2018). *Comparing UK and US copyright protection: Myths of international copyright law*. <https://lac-group.com/blog/comparing-uk-and-us-copyright-protection/>
- Lara, J., y Vera, F. (s.f). *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Estudio Navaja.
- Lee, T. (2012). *Music publisher uses DMCA to take down Romney ad of Obama crooning*. Portal Ars Technica: <https://arstechnica.com/tech-policy/2012/07/major-label-uses-dmca-to-take-down-romney-ad-of-obama-crooning/>
- Legal Information Institute. (s.f). *Perjury*. Cornell Law School: <https://www.law.cornell.edu/wex/perjury>
- Lessig, L. (2001). *Copyright's First Amendment*. UCLA.
- Manatt, Phelps y Phillips, LLP. (2015). *Entertainment and media litigation update*. <https://www.manatt.com/insights/newsletters/entertainment-and-media-litigation-update/the-dancing-baby-case%E2%80%9494ninth-circuit-rules-that#Article1>
- McCarthy, K. (2018). *Infamous 'dancing baby' copyright battle settled just before YouTube tot becomes a teen*. The Register: https://www.theregister.com/2018/06/27/dancing_baby_settlement/

- McCullagh, D. (2012). *¿MPAA chief: SOPA and protect IP back from the grave?* Portal CNET: <https://www.cnet.com/tech/services-and-software/mpaa-chief-sopa-and-protect-ip-back-from-the-grave/>
- Meneses, M. (2012). *¿La Ley SOPA pone en riesgo el futuro de internet?* <http://mariaelenameneses.com/opinion/la-ley-sopa-pone-en-riesgo-el-futuro-de-internet/>
- Meza, M. (2016). *Libertad de expresión y protección de la intimidad: Chile, España y México*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22232/1/FINAL%20-%20Libertad%20de%20expresi%C3%B3n%20e%20intimidad%20-%20Mex%20y%20Esp.pdf>
- Mihet, H. (2002). Universal City Studios, Inc. V. Corley: The Constitutional Underpinnings of Fair Use Remain an Open Question. *Duke Law & Technology Review*, 1-11.
- Mora, L., Botero, C., y Espitia, N. (2016). *Entre notificaciones, contranotificaciones y el equipo de mis amores*. Fundación Karisma: <https://web.karisma.org.co/entre-notificaciones-contranotificaciones-y-el-equipo-de-mis-amores/>
- Movimiento de Integración y Liberación Homosexual. (2017). *Presidenta Bachelet presenta proyecto de ley que sanciona contra hasta 3 años de cárcel la incitación a la violencia*. <https://www.movilh.cl/presidenta-bachelet-presenta-proyecto-de-ley-que-sanciona-contrahasta-3-anos-de-carcel-la-incitacion-a-la-violencia/>
- Music Ally Ltd. (2019). *MEPs approve European Copyright Directive (including Article 13) – 348 votes to 274*. <https://musically.com/2019/03/26/meps-approve-european-copyright-directive-including-article-13-348-votes-to-274/>
- Netizen Report Team. (2015). *Netizen Report: Académicos en Colombia y Kazajistán enfrentan retos legales por compartir investigaciones*. <https://es.globalvoices.org/2015/07/06/netizen-report-academicos-en-colombia-y-kazajistan-se-enfrentan-a-retos-legales-por-compartir-investigaciones/>

- Olate, D. (s.f). *Expresiones de odio: una cuestión de libertad e igualdad*. Diario Constitucional: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/expresiones-de-odio-una-cuestion-de-libertad-e-igualdad/>
- Oxford Reports on International Law. (1999). *Bladet Tromsø A/S and Stensaas v Norway, Judgment, Merits and Just Satisfaction, App No 21980/93, ECHR 1999-III, [1999] ECHR 29, (2000) 29 EHRR 125, 6 BHRC 599, IHRL 2868 (ECHR 1999), 20th May 1999, European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [EC.*
- Paúl, A. (2011). La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. *Revista chilena de derecho*, 38(3), 573-609.
- Plana, J. (2016). El agotamiento del derecho de distribución y su aplicación en un entorno digital. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 5(2), 11-61. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41876>
- Portal Cavsi. (s.f). *¿Qué es Intranet?* <https://www.cavsi.com/preguntasrespuestas/que-es-intranet/>
- Portal Fundación Acción Pro Derechos Humanos. (s.f). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo10CEDH.htm>
- Portal La Guía. (2009). *Censura previa*. <https://derecho.laguia2000.com/parte-general/censura-previa>
- Portal Mundo LG. (2018). *¿Qué es la memoria caché y para qué sirve?* Tecnología y Tendencias: <https://www.lgblog.cl/lgtv/tecnologia-tendencias/cache/>
- Portal USLegal. (s.f). *Common Law Copyright Law and Legal Definition*. <https://definitions.uslegal.com/c/common-law-copyright>
- Portal WIPO. (s.f). *International exhaustion*. <https://www.wipo.int/portal/en/>
- Ramírez, D. (2016). *Comentarios al proyecto de ley de derecho de autor del 2016*. Fundación Nomomo: <http://blog.nomono.co/2016/09/27/comentarios-al-proyecto-de-ley-de-derecho-de-autor-de-2016/>
- Ray, B. (2019). *Could Someone Lenz a Hand: Modernizing the Digital Millennium Copyright Act after Lenz V. Universal Music Corp.*

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jstl25&div=10&id=&page=>

- República de Colombia; Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Secretaría General de la Comunidad Andina. (2002). *Seminario de la ompí para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en frontera*.
- Ríos, W. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Universidad de los Andes.
- Roberts, E. (2010). *Free expresion vs. Social cohesion*.
<https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs201/projects/2010-11/FreeExpresionVsSocialCohesion>
- Rodríguez, O. (2001). Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet. *Revista de Derecho Privado*(26), 143-180.
- Ruíz, C. (2010). *La nueva Ley de Propiedad Intelectual en Chile*.
<https://www.fayerwayer.com/2010/04/columna-la-nueva-ley-de-propiedad-intelectual-en-chile/>
- Rushe, D. (2012). *Sopa plans set to be shelved as Obama comes out against piracy legislation*. The Guardian:
<https://www.theguardian.com/technology/2012/jan/16/sopa-shelved-obama-piracy-legislation>
- Sainsbury, M. (2007). Parody, satire, honour and reputation: The interplay between economic and moral rights. *Australian Intellectual Property Journal*, 18(149), 149-166.
- Sánchez, R. (2002). La propiedad intelectual en la España contemporánea, 1847-1936. *Hispania*, 62(212), 993-1019. <https://doi.org/10.3989/hispania.2002.v62.i212.247>
- Serna, J. (s.f). *La utilización de las obras en el entorno digital: comercio electrónico y modelos de negocio en el sector*. Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales:
<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/288664/la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20las%20obras%20en%20el%20entorno%20digital%20-%20Juan%20Carlos%20Serna.pdf/8310e490-e5b4-4d93-b773-a6958584c883>

- ShIPLEY, D. (1986). *Conflicts between Copyright and the First Amendment after Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*. University of Georgia: https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1337&context=fac_artchop
- Shmoop University Inc. (s.f). *Free Speech - The Clear and Present Danger Test*. <https://www.shmoop.com/study-guides/civics/free-speech/clear-and-present-danger-test>
- Snijders, T., y Van Deursen, S. (2019). The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*(50), 1176-1190. <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00883-0>
- Soto, M., Botero, C., y Castañeda, J. (2016). *Colombia merece una reforma integral al derecho de autor*. Fundación Karisma: <https://web.karisma.org.co/colombia-merece-una-reforma-integral-al-derecho-de-autor/?utm>
- Stanford Libraries. (s.f). *Fair Use. Overview Sections* : <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/>
- Stone, G. (2011). *A Clear Danger to Free Speech*. The New York Times: <https://www.nytimes.com/2011/01/04/opinion/04stone.html>
- Stroud, M. (2014). *These six lawsuits shaped the internet*. <https://www.theverge.com/2014/8/19/6044679/the-six-lawsuits-that-shaped-the-internet>
- Suhl, N. (2002). Moral Rights Protection in the United States Under the Berne Convention ¿A Fictional Work? *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 12(4).
- Swiss Institute of Comparative Law. (2015). *Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal internet content*.
- Teilmann, S. (2009). *British and French Copyright: A Historical Study of Aesthetic Implications*. Djoef Publishing.
- Teruel, G., y Presno, M. (2017). *La libertad de expresión en América y Europa*. Juruá Editorial.

- The 112th United States Congress. (2011). *All Information (Except Text) for H.R.703 - Securing Human Intelligence and Enforcing Lawful Dissemination Act*.
<https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/703/all-info>
- The Free Dictionary. (s.f). *Nominal damages*.
[https://www.thefreedictionary.com/nominal%20damages#:~:text=an%20award%20of%20a%20\(usually,nominal%20damages%20cannot%20be%20awarded](https://www.thefreedictionary.com/nominal%20damages#:~:text=an%20award%20of%20a%20(usually,nominal%20damages%20cannot%20be%20awarded)
- The U.S. National Archives and Records Administration. (s.f). *La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787*.
<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- The Washington Post Company. (2010). *Wikileaks controversy highlights debate over shield law*.
- Toro, J. (s.f). *Se viene la nueva Ley Lleras: expertos nos explican por qué debe preocuparnos*. Portal Vice: <https://www.vice.com/es/article/zn9jx8/se-viene-la-nueva-ley-lleras-expertos-nos-explican-por-qu-debe-preocuparnos>
- Torremans, P. (2004). Copyright and human rights : freedom of expression, intellectual property, privacy. En M. Birnhack, *Copyrighting Speech: A Trans-Atlantic View* (págs. 37-62). Kluwer Law International.
- Torres, J., y Gómez, J. (2011). El copyright en cuestión: diálogos sobre propiedad intelectual. En A. Muñoz, *Diálogos sobre propiedad intelectual: una defensa convencida de la libertad de creación*. DeustoDigital.
- U.S. Copyright Office Fair Use. (2021). *More Information on Fair Use*.
<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>
- Universidad Externado de Colombia. (2019). *Nueva Directiva europea sobre derecho de autor en el mercado único digital*. O Competencia económica y consumo:
<https://propintel.uexternado.edu.co/nueva-directiva-europea-sobre-derecho-de-autor-en-el-mercado-unico-digital/>
- Urban Dictionary. (2003). *Slant*. <https://www.urbandictionary.com/define.php?term=slant>
- UsLawEssentials. (2014). *¿What is an implied private right of action?*
<https://uslawessentials.com/20141116what-is-an-implied-private-right-of-action>
- Vallepuga, P. (2001). Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. *Revista Electrónica de Derecho Informático* (33).

- Vaquero, M. (s.f). *¿Qué es un hipervínculo?* Web docente departamental: <http://www.deciencias.net/disenoweb/elaborardw/paginas/hipervinculos.htm>
- Vargas, I., Astwood, I., Guzmán, L., Cortés, C., Ríos, D., Vargas, E., y Botero, C. (2013). Una invitación a repensar las limitaciones y excepciones al derecho de autor en Colombia: comentarios jurídicos al proyecto de ley 001 de 2012 Cámara / 242 de 2013 Senado. *Revista de derecho informático e informática jurídica*.
- Vargas, R. (2016). Responsabilidad de intermediarios por infracciones a los derechos de autor en Chile, Paraguay y Costa Rica: un análisis desde la libertad de expresión. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5(1), 137-163. 10.5354/0719-2584.2016.41782
- Vargas, R. (2020). *Sucesos regulatorios en materias de libertad de expresión e internet en Latinoamérica*. Derechos digitales América Latina.
- Vergara, M. (s.f). *Libertad de expresión, redes sociales y medios de comunicación social*. Diario Constitucional: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/libertad-de-expresion-redes-sociales-y-medios-de-comunicacion-social/>
- Victor, J. (2014). Garcia v. Google and a “Related Rights” Alternative to Copyright in Acting Performances. *The Yale Law Journal Forum*, 80, 80-88.
- Vincent, J. (2019). *Europe’s controversial overhaul of online copyright receives final approval*. The Verge: <https://www.theverge.com/2019/3/26/18280726/europe-copyright-directive>
- Voorhoof, D. (2013). *Article 10 of the Convention includes the right of access to data held by an intelligence agency*. <https://strasbourgobservers.com/2013/07/08/article-10-of-the-convention-includes-the-right-of-access-to-data-held-by-intelligence-agency/>
- Voorhoof, D., y Høedt, I. (2013). *ECHR: copyright vs. freedom of expression*. Copyright Blog: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>
- Washington University School of Law. (2013). *Case Study: A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/case-study-am-records-inc-v-napster-inc/>

- Weinstock, N. (2013). First Amendment Constraints on Copyright after *Golan v. Holder*. *UCLA Law Review*, 1084-1128.
- Wodecki, B. (s.f). *EU Copyright Directive ¿A dark day for internet freedom?* IPProMagazine:
https://issuu.com/blackknightmedialtd/docs/ippro_issue_18/s/91984
- Woolcot, O.,y Flórez, G. (2014). El régimen de exención de responsabilidad de los ISP por infracciones de propiedad intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos: una explicación a partir de la DMCA y la DCE. *Vniversitas*(129), 385-416. doi:10.11144/Javeriana.VJ129.reri
- Xfinity Discovery Hub. (s.f). ¿Qué es un Proveedor de Servicio de Internet (ISP)? Portal xfinity.
- Yeh, B., Miller, J. (2011). *A Legal Analysis of S. 968, the Protect IP Act*. Congressional Research Service:
https://www.everycrsreport.com/files/20110707_R41911_27dd3184d9bf06bc7520a0566c29e583b55be75e.pdf
- Your Dictionary. (s.f). *Digital age*. <https://www.yourdictionary.com/digital-age>
- Zittrain, J., Albert, K., y Solow, A. (2011). *A Close Look at SOPA*. Blog Harvard:
<http://blogs.harvard.edu/futureoftheinternet/2011/12/02/reading-sopa/>

Jurisprudencia

- Case *Brandenburg v. Ohio*. (1969, june 9). Supreme Court of the United States
<https://www.oyez.org/cases/1968/492>.
- Case *Gitlow v. New York*. (1926, june 8). New York Court of Appeals
<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/268us652>.
- Case *Lenz v. Universal Music Corp.* (2015, september 14). United States Court of Appeals
<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1729382.html>.
- Case *Lepojić v. Serbia*. (2007, november 6). European Court of Human Rights
<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lepojic-v-serbia/>.
- Case *Near v. Minnesota* (1930, january 30). U.S. Supreme Court
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/697/>.
- Case *Packingham v. North Carolina*. (2017, june 19). Supreme Court of the United States
<https://harvardlawreview.org/2017/11/packingham-v-north-carolina/>.

- Case RTBF v. Belgium. (2011, march 29). The European Court of Human Rights
<https://www.legal-tools.org/doc/af1425/pdf/>.
- Case Scarlet Extended S.A. v. SABAM. (2011, november 24). Court of Justice of the
 European Union. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/scarlet-extended-sa-v-sabam/>.
- Case Schenck v. United States. (1919, march 3). District Court for the Eastern District
 of Pennsylvania. <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/249us47>.
- Sentencia C 160/15. (2016, 8 de septiembre). Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
 (Sr. M. Ilešič, M.P)
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183124&pageI ndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1864607>.
- Sentencia C 466/12 (2014, 17 de febrero). Tribunal de Justicia Europeo. (J.
 Malenovský, M.P)
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&doclang=ES>.
- Sentencia C-091/17. (2017, 15 de febrero). Corte Constitucional de Colombia. (María
 Victoria Calle Correa, M.S).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-091-17.html>.
- Sentencia C-469/17. (2019, 29 de julio). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (M.
 Ilešič, M.P)
 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216545&pageI ndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2149905>).
- Sentencia Rol 2422. (2013, 24 de octubre). Tribunal Constitucional de Chile.
<https://vlex.cl/vid/-471473390>.
- Sentencia T-050/16. (2016, 10 de febrero). Corte Constitucional de Colombia. (Gabriel
 Eduardo Mendoza Martelo, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>.
- Sentencia T-391/07. (2017, 22 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (Manuel
 José Cepeda Espinosa, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>.
- United States Court of Appeals Ninth Circuit. (s.f). Appeal Nos. 00-16401 and 00-16403.
<http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/briefs/Amicus.pdf>

United States Senate. (2011). S. 2029 (112th): Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act. <https://www.govtrack.us/congress/bills/112/s2029/text>

Normas internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Libertad de expresión e internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Organización de los Estados Americanos.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1993). Convenio de Berna “para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”. <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/13104/BERNA.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1997). Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Periodistas y Comunicadores Sociales de América Latina. En D. Lipszyc, Los Derechos Patrimoniales.

España

Boletín Oficial del Estado de España. (1996). Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril. [Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia].

Chile

Congreso Nacional de Chile. (1970). Ley 17336 del 2 de octubre de 1970. [Por cuanto el Congreso Nacional ha tenido a bien prestar su aprobación al siguiente Proyecto de ley]. Ministerio de Educación Pública.

Congreso Nacional de Chile. (2001). Ley 19733 del 18 de mayo del 2001. [Ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo].

Congreso Nacional de Chile. (2010). Ley 20435 del 24 de mayo del 2010. [Modifica la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual]. Ministerio de Educación.

Colombia

Comisión del Acuerdo de Cartagena. (s.f). Decisión 351.
<https://www.uninorte.edu.co/documents/72553/12744051/R%C3%A9gimen+Com%C3%BAn+sobre+Derecho+%281%29.pdf/5b8aabc5-55fa-443c-8811-449334d1680e>

Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 23 del 28 de enero de 1982.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 565 del 2 de febrero del 2000. [Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI –Organización Mundial de la Propiedad].

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 del 2000. [Por la cual se expide el Código Penal].

Europa

Commission of the European Communities. (1995). Green Paper Copyright and Related Rights. Unión Europea.

European Court of Human Rights. (s.f). Grande Chambre.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%20>

European Court of Human Rights. (s.f). The Court in brief.
https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf

Parlamento Europeo; Consejo de la Unión Europea. (2001). Directiva 2001/29/CE. [Relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información]. Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

The Council of Europe. (s.f). 47 Member States. <https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>

The Council of Europe. (s.f). The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values. <https://www.coe.int/en/web/portal/european-union>

