

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y EL DERECHO DE AUTOR

ENTREVISTA A FERNANDO ZAPATA LÓPEZ

Entrevista realizada por Jhonny Antonio Pabón Cadavid



Foto: Camilo Gutierrez, 2006.

En las pasadas negociaciones para la elaboración de un tratado de libre comercio entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, la Dirección Nacional de Derecho de Autor cumplió un papel fundamental en la discusión de los artículos relacionados con este tópico de la propiedad intelectual. Fernando Zapata López, abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Director General desde hace más de veinte años de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, profesor de derecho de autor en las más prestigiosas universidades de Colombia, consultor y expositor de diversas organizaciones internacionales y miembro fundador de CECOLDA, nos permite conocer de primera mano las particularidades de este tratado en su relación con el derecho de autor.

¿Cuál es la razón para que en un tratado de libre comercio se aborde el tema de derecho de autor?

Encontramos varias razones, y brevemente uno tendría que señalar que el camino lo trazó la ronda de Uruguay de 1986, la última de las rondas del GATT, la cual incluyó en el temario de discusiones, la necesidad de establecer normas y principios en materia de propiedad intelectual en general, cosa que no se había hecho en ninguna otra de las rondas en el marco del GATT. La razón por la cual los países desarrollados, a la cabeza de ellos Estados Unidos, Europa y el Japón, piden en esa ronda que se hable de propiedad intelectual y de servicios, no fue otra, que tener estos países absoluta claridad de la importancia económica de los bienes protegidos por estos derechos. Ya para esos años, Estados Unidos, Europa y el Japón, así como Australia, habían realizado estudios

sobre la contribución de la propiedad intelectual, en general, y el derecho de autor en particular, en el PIB de los países; ya sabían que las industrias que se estaban posicionando en los primeros lugares en estos países, y en Estados Unidos fundamentalmente, eran las industrias que tenían que ver con lo que los Norteamericanos llaman el entretenimiento, lo que en Europa y en América Latina se conoce como las industrias culturales. Tenían lo que llamamos el diagnóstico, sabían con precisión no solo cual era el aporte de valor agregado sino que conocían también cuántas eran las plazas o puestos de trabajo que a cargo de estas industrias se estaban creando; entonces poseían una convicción plena de la importancia de este asunto.

Vale la pena agregar que los países en vías de desarrollo no tenían la menor idea de lo que eso significaba, y por eso la primera reacción en estos países fue negarse a aceptar el tema, hasta que finalmente son convencidos. Lo lamentable es que hoy por hoy la mayoría de los países en desarrollo del mundo siguen sin saber qué significan esas industrias culturales desde la perspectiva económica, cuánto contribuyen al desarrollo, cuántos puestos de empleo están generando, con lo cual el acercamiento para la propiedad intelectual en los temas económicos es un acercamiento de ocasión, de presión que viene en su inmensa mayoría por los tratados de libre comercio. Una de las condiciones que tiene la ley de promoción de esta clase de tratados en los Estados Unidos es que cuando este país se sienta a negociar con cualquier socio comercial en un tratado de esta naturaleza, tiene que incluir el tema de la propiedad intelectual, es un mandato legal para el presidente de los Estados Unidos. No cabe duda de que esto imprime una importancia propia a la propiedad intelectual, en general, y al derecho de autor, en particular.

¿La negociación con los Estados Unidos en el tema de derecho de autor se realizó de forma individual o regional?

En derecho de autor, Colombia no hizo una negociación individual; participó en una negociación colectiva con Perú y Ecuador, a tal punto que el cierre de negociación en materia de derecho de autor se dio exactamente el 11 de Noviembre de 2005.

Los Andinos teníamos una fortaleza propia que deviene de tener legislación comunitaria, o legislación Andina común, en segundo lugar, que tanto Estados Unidos como los tres países andinos, somos miembros de los tratados administrados por la OMPI en materia de derecho de autor, es decir, ninguna de las obligaciones que de ellos emanan son extrañas para nosotros, y tercero, que todos los países andinos sentados en la negociación teníamos leyes de derecho de autor recientes, con grados de protección altos, que nos permitían tratarnos con Estados Unidos en un nivel de igualdad.

¿Qué dificultades se encontraron por la diferencia en la noción jurídica de copyright en los Estados Unidos y derecho de autor en Colombia?

Lo de la unidad de los derechos, es decir, cuando Estados Unidos habla de creación de obras, se refiere también al productor fonográfico; para ellos el productor es un creador, que crea fonogramas, y un tratamiento de esa forma estaba dado en la propuesta Americana.

Cambiar esta propuesta lo logramos en las primeras rondas: separar claramente que había una protección al derecho de autor como tal y por otro lado una protección a los derechos conexos. El otro tema era el derecho moral; en la negociación hubo una propuesta de referirse al derecho moral de manera expresa; esa propuesta estaba atada a que los andinos aceptáramos el artículo de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet sin entrar en discusión, como decíamos llave en mano, y aunque es mucho el compromiso que tenemos por el derecho moral, no podíamos aceptar un conjunto de disposiciones sobre los proveedores de servicios de Internet, sin discusión.

De todas formas sobre el derecho moral, quedó en cada uno de los artículos, en el referido al derecho de autor y el referido a los derechos conexos, el compromiso de las partes, de observar los artículos, en el caso de los autores, 1 a 21 del convenio de Berna y en el caso de los artistas intérpretes, el tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) del año 1996, con eso no cabe duda, que observándose estos acuerdos multilaterales, cuando un conflicto se diere por inobservancia o por afectación a los derechos morales, se puede acudir a la solución de controversias en función de estos dispositivos.

La propuesta nuestra era hacer una referencia expresa al derecho moral pero lo que exigían a cambio era mucho.

¿Cómo debe hacerse la interpretación de las excepciones del derecho de autor. Especialmente teniendo en cuenta un ambiente digital, y las diferencias entre el fair use en el Copyright de los Estados Unidos y la forma taxativa de las excepciones y limitaciones del derecho de autor?

Deberán interpretarse teleológicamente, y la teleología de la norma de derecho de autor es en primer lugar controlar por parte del autor o del titular del derecho, toda forma de explotación de la obra, pero esa forma o explotación de la obra convive en plena y permanente armonía con ciertos intereses que no son más que el acceso a la educación, la cultura y a la información; además, Colombia, como muchos otros países del mundo, se ha manifestado de manera constitucional, legal, y en nuestro caso jurisprudencial, que el derecho de autor es una forma de propiedad, esa forma de propiedad tiene también sus obligaciones, porque no podríamos considerar que hay una propiedad en Colombia que no tiene ese compromiso con el bien general o por el bien común, la Corte lo ha reiterado permanentemente. Ahora bien, ese compromiso con el interés común está determinado de manera taxativa por el legislador, algunas de estas limitaciones proceden técnicamente y otras que dejan duda; son las que habría que adecuar en la ley y es lo que debe buscar el gobierno en lo que llamamos la agenda interna.

¿Cuál es la relación entre los derechos morales de autor y la información electrónica sobre la gestión de derechos (IEGD)?

La información electrónica para la gestión de derechos apunta a asegurar en un comercio electrónico de obras, en una circulación de obras o contenidos protegidos por el derecho

de autor, que se preserve la información que va adjunta al contenido; hoy, hablamos de discos, de películas, de libros, en formatos materiales, y en cada uno de estos bienes va identificado el nombre del autor, el nombre de la obra y algunos datos accesorios que en el caso de libros llamamos página legal o en las obras audiovisuales créditos: quiénes participaron, quién fue coautor, en qué año se realizó, en fin, toda esa información que es esencial en la circulación de bienes y contenidos, la cual sirve también para identificar la identidad cultural, al saber el origen de una obra. En los tratados de la OMPI de 1996, así como en el TLC, se define lo que se entiende por IEGD, entonces cuando se cambia al autor, o cuando se cambie el nombre de la obra, o se atente contra la integridad de la obra, se estará atentando contra el derecho moral; no toda la información sobre gestión de derechos tiene un vínculo directo con el derecho moral, pero algunos de esos elementos que conforman sí.

¿Se debe entender en el inciso segundo del artículo 272 del Código Penal (Ley 599 de 2000), "*información esencial para la gestión electrónica de derechos*", como un ingrediente normativo cuya definición está dada por el TLC y por el tratado OMPI de 1996?

Sí, aunque lamentablemente cuando se redactó el artículo 272 no se colocó.

¿Se tocó el tema de agotamiento del derecho en el TLC?

No, no se toca, pero quedó dentro de la regulación al derecho de distribución pública, dejando en libertad a las partes para regular el alcance y la figura del agotamiento del derecho. No se tocó porque la propuesta que hacía Estados Unidos no nos gustaba; era una propuesta separada del derecho de distribución, hablaba que cuando se tratara de copias de obras o de fonogramas que se han puesto en el mercado por parte del titular de derechos, las obligaciones relacionadas con el agotamiento, se limitarían a categorías de productos donde el valor del material protegido por el derecho de autor representa sustancialmente la totalidad del valor del producto; a pesar de lo anterior, cada parte será libre de otorgar la figura del agotamiento nacional a un mayor número de productos. Lo que nosotros no queríamos era que nos calificaran la manera como íbamos a ejercer la figura del agotamiento del derecho; para nosotros ese es un problema de cada país, y lo miramos en estos términos, el Tratado de la OMPI de 1996, nos dio un derecho de agotamiento, en función del derecho de distribución, como es técnicamente correcto, y por eso la primera parte del artículo sexto del Tratado de la OMPI trata este tema; esta posibilidad de las partes no está sujeta a nada, a ninguna clasificación de las obras y las condiciones las juzgará cada parte del Tratado de la OMPI.

Es gravísimo que en la decisión andina no exista agotamiento del derecho, lo que sucede en la legislación andina es que hay un derecho de distribución sin agotamiento.

¿Se habló del Derecho Sui Generis en la negociación?

No. Efectivamente en Europa existe una directiva del año 1996, en donde hay un compromiso de los países de la unión de proteger por el término de 15 años a los

productores de bases de datos, en tanto que haya una inversión sustancial en recursos. Esta directiva tiene mucho de los términos en que estaba redactada la propuesta básica para la Conferencia Diplomática de diciembre de 1996; esa propuesta básica fue rechazada por los países; y hoy por hoy, solo tenemos una directiva en Europa y países que de manera insular han tratado el tema en su legislación. Por ejemplo México. Estados Unidos no la tiene, nosotros tampoco, efectivamente hay inversiones cuantiosas en la producción de esas bases de datos no originales, se debe aclarar que cuando las bases de datos son conformadas por obras protegidas por el derecho de autor, no hay problema, están protegidas, y están protegidas por la selección o clasificación de su información; pero sucede que en muchas bases de datos no existe interés en proteger su selección ni clasificación sino su contenido, que son datos, hechos u operaciones en cuya recolección se ha invertido mucho dinero, pero esa información no tendría protección vía derecho de autor sino por otras formas como la competencia desleal. Estados Unidos no tiene la protección que sí existe en Europa. El Congreso de este país la ha rechazado consecutivamente. En la negociación el tema estaba de manera indirecta en la propuesta de Estados Unidos, y nosotros fuimos enfáticos en que no íbamos a proteger las bases de datos por la puerta de atrás, porque no es sólo proteger las bases de datos sino el tema de las excepciones; la población usuaria afectada es mucho más amplia que la del derecho de autor.

¿La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP) cómo quedó desarrollada?

Hace responsables a los proveedores de servicios de Internet sobre las defraudaciones al derecho de autor en la red, per se, se establece que por el hecho de ser proveedor de servicio es responsable frente al derecho de autor, pero el artículo mismo se denomina "limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de los servicios en Internet". Lo que trata el artículo es de las limitaciones a esa responsabilidad, el ISP es responsable por el hecho de ser proveedor, como quien maneja un arma de fuego, maneja un automóvil o un avión; esa responsabilidad objetiva, por ejercer determinada actividad, enfrenta riesgo, ahora bien, ¿el ISP cómo se va a excluir de esa responsabilidad?, el ISP se ubica en lo que conocemos como "puerto seguro"; si se comporta de determinada manera queda excluido, y esa exclusión es frente a cuatro situaciones en particular. En primer lugar, con la conexión a Internet, la transmisión, suministro de conexión o enrutamiento; en segundo lugar en relación con el almacenamiento temporal o caching; en tercer lugar con el alojamiento o hosting; y en cuarto lugar, en relación con los vínculos y motores de búsqueda. Frente a esas cuatro funciones el ISP tiene una serie de posibilidades, se puede exonerar de diversas formas, en términos generales, el proveedor de servicios que reciba de un titular un aviso de que en alguna de estas funciones un usuario está violando el derecho de autor, tiene que tomar ciertas medidas, que uno puede concretar en dos: que corte el acceso o que deshabilite el material, y con eso queda liberado de responsabilidad.

Puede que el usuario o el abonado a quien se le cortó o inhabilitó el material contra notifique o reaccione, que diga "no fui yo", o "si lo hice, y fue por esto", el proveedor está obligado a restituir si encuentra que la respuesta tiene razón y la decisión que ha tomado con el ánimo de liberarse es injusta, sin perjuicio que el titular del derecho demande directamente a ese abonado, para que más adelante la decisión sea de un juez.

Es claro que sin el auxilio del proveedor de servicios el titular del derecho no puede hacer nada, por fuerte que sea, porque al titular por más tecnología que tenga, le quedará muy difícil identificar de forma certera al usuario.

¿Cómo afecta el TLC al artículo 272 del Código Penal, teniendo en cuenta que es la única legislación interna que aborda el tema de las medidas tecnológicas de protección?

El artículo 272 es el inicio de un compromiso internacional, hoy, se hace necesario acorde con el TLC el generar excepciones a la elusión de medidas tecnológicas. Uno de los beneficios que Colombia pueda tener en este tema es haber adquirido claridad en este punto; muchos países han regulado medidas tecnológicas, pero pocos han exceptuado, porque es un tema muy complejo de entender tecnológicamente; hay dos grandes legislaciones en el mundo que lo han hecho con claridad: la DMCA de 1998 de USA, y la Directiva Europea de la sociedad de la información del año 2001, y de esta obligación pocos países, no pasan de 5 o 6 en Europa, han regulado el tema, es decir han hecho la transposición, y en esa transposición sí que están enredados; en Francia por ejemplo, la discusión ha sido intensa, el proyecto de ley lo han tenido que recoger en dos ocasiones, este proyecto lo presenta el Ministro de Finanzas, y la ultima propuesta que sigue siendo objeto de discusión, es sobre esto precisamente.

En el TLC hay excepciones, de manera amplia son: para actos de ingeniería reversa; las actividades de buena fe por un investigador debidamente calificado; la inclusión de un componente o parte con el único fin de prevenir el acceso de menores; las actividades de buena fe autorizadas por el propietario de las computadoras o red de cómputo; actividades con el único fin de identificar o inhabilitar una función capaz de recolectar o diseminar información en forma encubierta; las actividades legalmente autorizadas llevadas a cabo por empleados o funcionarios del gobierno; la que pueden realizar las bibliotecas para opción de compra.

En estos casos la conducta no sería punible, porque para ser típica tendría que salirse de las excepciones que se establezcan, si la conducta encaja en una de las excepciones pierde su tipicidad, porque vale decir que esa elusión es legalmente consentida.

¿Esas excepciones provienen de la DMCA? ¿Observan las revisiones que se les ha hecho a nivel internacional o las recomendaciones de organismos como la biblioteca del Congreso de Estados Unidos?

Provienen de forma directa de la DMCA.

¿El TLC proporciona herramientas para la eficacia del derecho de autor?

A los instrumentos que facilitan la aplicación de la ley, porque hay compromisos en cuestión de la observancia, el TLC no le ayuda a la ley de derecho de autor, porque sin pretensión alguna, la ley de derechos de autor de Colombia es muy buena, una de las mejores leyes de derecho de autor del mundo; en observancia, se adquieren compromisos de elevar las sanciones, perseguir no sólo a quienes hacen la reproducción sino también a quienes realizan actividades adyacentes o colaterales como los que elaboran las etiquetas, realizan reproducciones en talleres, no solo a quien toma la decisión de reproducir sino a quien ayuda a la actividad, ellos también deben ser sancionados.

Estamos en una nueva era social, en donde el hombre tiene como fundamento el conocimiento; no solo es la observancia, es todo, el tema de la piratería por ejemplo, es un tema que nos seguirá mortificando, cada vez más, es un tema de la modernidad, antes este tema no molestaba tanto, porque los elementos reproductores no estaban al alcance de todos, pero era un delito ayer como hoy, lo que sucede es que ayer era un delito menos impactante en los balances de cualquier industria, hoy en día gracias a ese desarrollo tecnológico, le genera muchos daños al autor, la gran paradoja. Entonces hay que volcar todas las instituciones a estos temas, la academia se debe ocupar, no de manera insular, creando una cátedra de derechos de autor, los profesores de contratos, los profesores de penal, de civil, de laboral, todos tienen que hablar de esto, en todas partes, debe ser un comportamiento transversal, hoy en día los niños tienen más cerca los desarrollos tecnológicos que nosotros mismos, hay que educarlos hacia un respeto hacia estos derechos, que ese uso tecnológico no sea violando los derechos de autor ni de las obras, ni que piensen que porque tienen facilidad tecnológica de acceder a las obras, todo tiene que ser gratis porque por ese camino no vamos a tener autores, porque el autor que vea que no puede vivir de su actividad creativa, se va a dedicar a otras cosas.

¿Cuál es su balance frente a los resultados finales en el Tratado de Libre Comercio?

Es un balance positivo; nosotros realmente nos sentimos ganadores, pero así, con mucha satisfacción, la manera como los artículos quedaron, nos permitió lograr que la declaración de principios presentada en Atlanta, en la segunda ronda, fuera una realidad, estuvimos de acuerdo con la parte temática pero logramos matizar el lenguaje de los artículos, yo creo que eso es útil, porque finalmente Estados Unidos de Norteamérica, Perú, Ecuador y Colombia, tenían el mismo propósito: proteger a los autores, los productores de fonogramas, los artistas intérpretes, las industrias culturales, y eso se logró; ahora, se logró en términos de mantener el balance. Una lectura juiciosa, despaciosa del texto permite ver, que por ejemplo las bibliotecas y los archivos tienen muchas facilidades, quisiéramos ver más, pero en el tema de desarrollo tecnológico, ese querer más es navegar por aguas muy inciertas y muy procelosas, porque el desarrollo tecnológico impone muchas barreras y muchas incertidumbres, es decir, yo creo que esto es una normatividad en evolución, y desde esta perspectiva no nos preocupa, porque el derecho, como registrador que es, tendrá que registrar los nuevos desarrollos tecnológicos y los obstáculos que esos desarrollos tecnológicos representen a unos y otros.