

Bogotá, D.C., September 29, 2008

Messrs.  
Executive Committee  
ALAI

Dear Sirs:

Through this report we wish to summarize in a chronological order, the most relevant facts that took place in the area of Copyright and Related Rights, during the period comprised between September 2007 and September 2008 in Colombia.

**1 .-Decision of the Constitutional Court about Article 27 Law 44 of 1993 being Executable Ref.C-833-07**

The decision originates in the claim of unconstitutionality filed by two citizens. Following is the text of the provision challenged:

*ARTICLE 27. In order to guarantee the due Collection of the remuneration originating from the public execution of musical Works, and of the public Communications of phonograms, the partnerships for the collective administration of copyrights and related Rights, may organize a collecting entity in which all the partnerships or associations with identical corporate purpose duly acknowledged by the National Directorate of Copyrights shall have a seat. The National Government shall determine the form and conditions of its constitution, organization, administration and operation and over which it shall exercise inspection and surveillance”*

The alleged ground of the claim is the infringement of the entitlement to equality enshrined in article 13 of the Political Constitution, since in the opinion of the plaintiffs it “grants privileges to the partnerships/associations for the collective administration recognized by the National Directorate of Copyrights, with which other forms of different partnerships or associations are excluded.

The plaintiff states that the provision seeks the laudable purpose of “... performing an activity for the administration of Rights, minimizing the costs through a global management of such prerogatives”, such purpose is lessened by the fact that the

collecting entity can only be formed by Collective Administration Partnerships/Associations and only that kind of associations/partnerships may form part of it.

The National Directorate of Copyrights (DNDA) intervened in the defense of the challenged provision, which is the highest administrative authority in the matter at a national level, arguing that the association forms different than collective administration associations/partnerships, while not being excluded or forbidden for the authors and other owners of copyrights and related rights, do not have the empowerment, prerogatives, obligations and characteristics conceived by the challenged provision, and to qualify such possibility for specifically them does not generate any harm to the constitutional regulation whatsoever, but it does become a guarantor of copyrights and of other owners of copyrights and related rights.

In its writing the DNDA includes a special petition of the Court in order to define the scope of the expression *forms different than collective administration associations/partnerships*, because after having been included in Decision C-509 of 2004, it has given place to different interpretations, particularly referring to the fact that *"... the authors and other owners may freely create "associative forms" for the administration of copyrights of its affiliates but without fulfilling the legal requirements for such purpose, and absolutely out of the scope of inspection and surveillance by the State."*

In its decision the Court acknowledges that the right of free association of citizens included in article 38 of the Constitution also covers the authors and owners of related Rights, but it expressly declares that *"said associations/partnerships cannot exercise any prerogatives inherent to the collective administration, since for such end, as provided for in Law 44 of 1993, in harmony with Decision 351 of the Cartagena Agreement, and as it has been pointed out by this Corporation, it would be required that they would become integrated in a collective administration partnership/association, fulfilling the requirements foreseen in the law for such purpose. But that is not an obstacle for said associative forms, in first or second degree, to carry out jointly, within the environment of private autonomy, the administration of individual rights of their members.*

*Thus the Court finds, on one hand, that the challenged provision does not limit the right of association of the owners of copyrights and related rights who decide to chose the individual administration, nor does it inhibit them to constitute, in accordance with the law and exercising their autonomy, associations of first or second degree, and, on the other hand, that it is not possible that an association, that integrates closely regulated partnerships, subject to a special surveillance and control system by the state, and operating with prerogatives and limitations set forth in a precise manner in the law itself, may allow access to individuals and*

*different associative forms, which are not subject to those limits and controls, nor they exercise the type of collective administration, to which operational perfection is addressed by the challenged provision.”*

## **2.- Decree 1070 of 2008**

Dated April 7, 2008, Decree 1070 was published in the Official Journal, provision that has a special relevance for Copyrights protection, making it obligatory for any establishment offering any type of formal education services in which the service of Graphics reproduction is rendered, to count with the authorization of the owners of the reproduction rights or of the administrative association/partnership representing them.

This provision, which has a national character, constitutes an achievement in the regulations without parallel or preceding events in our region, and it is a fundamental tool for the work carried out by the Centro Colombiano de Derechos Reprograficos CDR, (*Colombian Center of Graphic Reproductions – CDR*), the collective association/partnership for the administration of copyrights and publishers of literary works.

The Decree includes 2 articles which are reproduced as follows:

**Article 1°.** *Educational establishments offering formal education at any level, preschool, Basic, intermediate or institutions offering higher education or education for human work and development, and public or private entities offering training programs directed Howard third parties or ton its own officers, employees or workers, where Graphics reproduction services are rendered shall count with the authorization of the owners of reproduction rights or of the collective association/partnership representing them, to guarantee due protection of copyrights.*

**Article 2°.** *The companies or commercial establishments rendering Graphics reproduction services, shall likewise count with the authorization of the owners of reproduction rights or of the collective association/partnership representing them, for the same purposes cited in the previous article.*

## **3.- Copyrights Economic Impact Study**

Within the Framework of the 13th International Symposium of Copyrights, last April 28, 2008, the National Directorate of Copyrights submitted the findings of the

study titled "Economic contribution of the copyrights and related Rights industries in Colombia".

It deals with the research assigned jointly by the World Intellectual Property Organization –WIPO- and the National Directorate of Copyrights, in order to measure the economic weight of the generating industries of copyrights and related rights, during the period 2000 – 2005.

Following, we reproduce the most significant portions of the executive report of the official study:

“As from the methodology proposed by the WIPO, the study is based on the identification of industries protected by copyrights -IPDA- and on the calculation of the weight of the value added on employment and on the external sector. These industries include companies that contribute to the production and commercialization of Works protected by copyrights at different points within the value chain.

### **3. Study Results for Colombia**

#### **3.1. Contribution of the IPDA to Value Added**

In real terms, namely discounting the price increase, the VAB of the IPDA increased from \$2.4 trillion in 2000 to \$3.1 trillion in 2005 (\$ of 1994), representing this last year 3.3% of the GDP, as shown in Figure 2.

During the period subject to analysis the average participation of the IPDA is 2.3% of the GDP, a figure similar to that of electricity and gas, slightly greater to that corresponding to oil and natural gas extraction, and more than twice the numbers of coffee and coal, which results significant for a country with a relevant contribution Worldwide with these two products.

The basic (core) industries represent about 58% of the total value added generated by these economic activities, followed by related activities (23%), support activities (14%) and activities partially covered (8%).

#### **3.2. Contribution if the IPDA to Employment**

During the year 2006 the IPDA created 1,097,430 employments representing 5.8% of the economically active population of the country and 12.7% of the greater cities. These figures show that the IPDA's have a greater participation in national employment than traditional sectors such as construction, coffee and financial.

With respect to the internal composition of these industries during this year the basic industries contributed 1.7% to national employment, related industries contributed 0,7%, partially related industries contributed 1.9% and support industries 1.5%.

Between 2003 and 2006 the copyright industries created 156 thousand additional employments, this is 8.8% of the new employments in the whole country and 16.5% of those created in the thirteen main cities and metropolitan areas.

### **3.3. Contribution to Foreign Trade**

During 2005 the IPDA's exported 2.137 billion dollars and imported 4.008 billion de dollars. The net balance for the country points out that imports more than duplicated exports. While Copyrights (CR) exports represent 17.3% of industrial exports of the country, and 10% of total exports, imports have a greater substantial participation (24.0% and 22.6%, respectively).

This first result shows that the country would be a net importer of Copyrights (2.2 billion dollars). Nevertheless this result is highly determined by imports of *related* industries. Looking exclusively at the group of basic industries the balance is positive, namely the country is a net exporter of CR.

### **4. Conclusions**

An important economic contribution of industries protected by copyrights is observed. Thus during 2005 the IPDA contributed with 3.3 points to the GDP, generated 1,031,323 employments, namely 5.8% of the national employment and invoiced 2.138 billion dollars in exports.

Such industries show a growth level greater than some of the traditional sectors of Colombian economy.

The quantification carried out in this study highlights that the IPDA's: i) mobilize considerable resources, generate wealth, employments and foreign currency; ii) they show close economic, industrial and technologic relationships with other sectors of the economy; iii) they play a central role in the areas showing the most economic dynamism; iv) currently, they represent an economic value greater than many industries dedicated to the production of traditional goods and services.

In a global World, and with the opportunities offered by the *new economy*, based on the interaction of Information Technology and Communications (ITC), these competitive advantages of the country are not only based on abundant natural resources and production

of goods not subject to transactions, but also in the introduction of technological innovation and organization components, as well as of strategic information (“knowledge elements”).

The IPDA’s include dynamic sectors associated to ITC’s, which in addition to opening new areas of application of copyrights and related Rights, generate, in the short term future, new investments, increasing their participation in the economy.

The purpose of quantifying the economic contribution of the IPDA’s to the value added and to national employment is to make “visible” these industries to the public opinion and to potential investors and financing institutions (public sector, enterprises and private investors).

And from the public perspective, to orient specific actions that allow its consolidation and expansion. Namely, policies that influence the allocation of resources for generating productive capacities at a national and local levels: qualification of human resources through the promotion of professional and technical training, creation of information systems, technology disclosure and appropriation.

#### **4.- Adoption of Intellectual Property Public Policies**

The national government, through its highest planning authority, last 14<sup>th</sup> of July approved the document titled “Basis for the Action Plan for Adjusting the Intellectual Property System to National Competitiveness and Productivity 2008-2010”.

The start point of the document is to carry out a diagnosis of the current situation of Intellectual Property taking into consideration all public entities that in one way or another interact with the subjects contained in the omni-comprehensive concept of Intellectual Property (covering both Copyrights as well as Industrial Property), and establishing the basis for a horizontal public policy that shall include activities and commitments of all entities involved under the instance of a future intra-governmental organization in charge of defining the policies with respect to intellectual property, to assess the impact of it with respect to the owners of rights and to determine the role of different institutions in order to coordinate the policies.

The fundamentals of the policies, which at the same time constitute the main objective of the same, are based on the fact that Intellectual property is the true engine for economic development and entrepreneurial competitiveness, promotion of scientific research and the notion of a culture of innovation and creation.

The document can be consulted at the following URL:

<http://www.derautor.gov.co/HTM/Eventos/CONPES%203533%20Versi%F3n%20a%20probada%20en%20Consejo%20de%20Ministros%20el%2014%20de%20julio%20de%202008.pdf>

## **5.- Creation of the Ibero-American Copyright Observatory**

The Ibero - American Copyright Observatory (Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor - ODAI – [www.odai.org](http://www.odai.org)) was created in 2008, sponsored by the Fundación Autor de la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores de España) and CERLALC (Regional Centre for the Promotion of Book in Latin America, Caribbean, Spain and Portugal). The Observatory seeks to report, survey and analyze all the legal and economic issues regarding copyright and related rights in the region (South America, Central America, Cuba, Dominican Republic, Spain and Portugal), in order to provide advise for the governments in policy making decisions. The headquarters of the ODAI are in Bogota, Colombia.

## **6.- International Seminar “Consequences of the use of Works in the Internet”**

### **Analysis of Comparative Jurisprudence in Copyrights**

The event took place on August 21 and was organized jointly by Cecolda and the School of Jurisprudence of Universidad del Rosario. This event counted with the attendance of Mr. Carlos Fernandez Ballesteros as international panelist and with the participation of 90 lawyers, also including an important number of officers of the Office of the Prosecutor of the Nation.

The main objective of the event was the academic discussion and to provide a space for reflection about the content of the national jurisprudence with respect to the subject, particularly about the Decision of the High Court of Criminal Cassation of the Supreme Court of Justice dated April 30, 2008, that in our opinion affects the protection of copyrights.

With respect to the contents of the decision we transcribe the text of the article of which we are the authors, published in the newspaper of national circulation called “Ambito Jurídico” published by “Editorial Legis”:

### **The judicial interpretation of the Limitations and Exceptions of Copyrights**

Last 30th of April of the current year the Honorable Supreme Court of Justice, though decision identified with number 29188 resolves to repeal the decision dated September 4, 2007, proffered by the High Court of Bogotá. The decision is based on the identification of central subjects that in the opinion of the Court justify a substantive pronouncement of the act: “i) the unawareness of those who were

taking the decision of the principles of strict typification and anti-juridicality; and ii) the development of the national jurisprudence regarding the nature, scope and sense of the criminal protection of copyrights, modalities of realization and typification of the conduct *vis a vis* the protected legal right for which protection is sought.”

During the development of these assumptions, the Court shall conclude, on one hand, that the criminal type of article 271 of the Criminal Code shall be completed part, the jurisprudential addition of the subjective element of profit and the intention to harm the protected legal right, the Proprietary Rights, and on the other part, that “installing” the software in a computer without license of use is not an act of reproduction.

### **The Facts**

Pursuant to the announcement published in the newspaper and subsequently evidenced during the proceeding, Mr. Guillermo Vélez, professional lawyer, offered during 1999, the service of transferring music from a vinyl disc format to a digital format in CD (Change of format – Space Shifting), in consideration of a sum of \$5,000 to \$6,000. “During the proceeding of registration and search warrant ordered by a local prosecutor’s office of the Second Unit for Crimes against Equity, four Computers were found at the house of Mr. VELEZ MURILLO, with operational systems Windows 98, programs such as Office, Norton Antivirus, Encarta and compact disc burners, “without having a user license.” The quotation marks correspond to the textual reference extracted from the Findings of the Court.

Despite the fact that the decision shows the revision of enforceable provisions, concludes in an interpretation where the regulations about exceptions and limitation of Copyrights find an erroneous reading and the import of foreign concepts somewhat alien to our legal tradition regarding Copyrights, tradition that in fact dates from the Santander Law back in 1834.

Truly, the decision relies on Decision 351 of the Cartagena Agreement, and includes some confusing references to some International Treaties of which Colombia forms part, but regrettably, as we may see, it distorts the interpretation of article 21 (which enshrines the “three step rule” -as it is called in the doctrine), and of substantial regulations of Chapter VIII “Of Computer Software and Databases” among which it is worth to highlight article 25, special ruling of a supranational regulation that due to its content and virtue excludes the application of article 378 of Law 23 of 1982, that does not allow the possibility of copying for personal use with regards to computer software.

### **Three Step Rule**



The three step rule is the reference framework guide for the legislators and for those in charge of taking decisions of the member countries of the Berne Convention to be followed during the interpretation and/or application of the exceptions and limitations of Copyrights, the ruling is contained in article 9.2 of the Berne Convention pursuant to the Stockholm Revision of 1967. Colombia joined the Berne Convention through Law 33 of 1987, adherence in force and ratified that is binding for the application of said regulation; besides, our country is also member of the Agreement through which the World Trade organization (WTO) is established pursuant to Law 170 of 1994.

Article 9 of Section 1 Part II of Annex 1C of the Agreement establishing the WTO, namely the Article about aspects of trade related aspects of intellectual property rights (TRIPS), establishes the obligation to observe articles 1 to 21 of the Berne Convention, particularly item 9.2, but even more, article 13 of the TRIPS obliges the member countries to restrict the limitations or exceptions to i) determined special cases, ii) that do not jeopardize the normal exploitation of the works, iii) do not cause an unjustified harm to the legitimate interests of the owner of the rights.

On its turn, the WIPO Agreement (World Intellectual Property Organization) about copyrights, dated December 20, 1996, approved in Colombia through Law 565 of 2000, sets forth, in 10 the power of the member countries to introduce exceptions or limitations, reiterating the three step rule of the Berne Convention.

It is worth to note that article 9.2 of the Berne Convention introduced in 1967 corresponds to the reality of the reproduction Technologies in the analogue environment, while, the WIPO Agreement of 1996 derives from the concerns of the overflow of works reproduction in the digital environment. The Court does not consider this substantial and serious difference deem anywhere in order to reach its conclusions.

La reference to "special cases" of the article is translated according to the doctrine to the exhaustive condition of the limitations and exceptions, and of its restrictive interpretation. In other words, those who take the decisions are not liable of deducting any more exceptions or limitations, in addition to those expressly set forth by the lawmaker, and a restrictive limitation of the same is imposed, interpretation that is, by the principle of "*in dubio pro author*" included in our legislation in article 257 of Law 23 of 1982, and it should benefit the owner of copyrights and not the user of the limitations or exceptions. Our Copyright legislation with continental tradition do not include the notion of "fair use" which is found in anglo-saxon legislations, as that referred to in the citation made by the

Court, where differently from the legislations of our region the lifting of limitations and exceptions does not exist.

In a broad and generous manner with the subject of the infringement, but not so with the creators and owners of copyrights, the decision of the Supreme Court (without having either considered turning to the Court of Justice of the Cartagena Agreement in order to interpret the Andean regulation) interprets the limitations and exceptions of Decision 351 and of Law 23 of 1982 taking for granted that the *sub judice* case and the example of the public downloading music which "is made available" referring to millions of songs that are found in the Internet, the users who do not intend to harm the work or the economic interests of the owner of the rights, in fact to not harm or jeopardize the protected legal right.

To reach this conclusion, in our opinion, in error, they were based on the opinion deriving from the Spanish doctrine, citing a comment which refers to the criminal type in the Spanish legislation, wherein the profit forms part of the typification requirements, being expressly contained in the definition of the type in article 270 of the Spanish Criminal Code. As opposed to our legislation that does not contain such subjective element.

### **The notion of profit**

With respect to the administration of the notion in the decision about the modest profit and its apparent equivalence with the absence of profit, it is worth asking the question: for those who take the decisions, thus a low profitability is equivalent to absence of profit? The truth is that the Court found evidence that the impeached charged "a sum representing the cost of the materials and a modest profit". The absence of clarity of the notion of profit is even worse taking into account that the motivation of the limitation or exception of article 37 of Law 23 of 1982 referred to is the beneficiary "interested party" and here we find the mistake of interpretation making the beneficiary of the limitation a different agent who decides to perform the reproduction in exchange for a "modest profit".

On the other hand, very differently to what the decision has set forth, "installing" software in a computer, despite the fact of carrying out such "installation" inside the computer, likewise located inside a private domicile, does constitute a reproduction of the same, since such "installation" implies fixing such software in the internal memory of a computer, and this act is truly a form of reproduction. In order to support our statement we turn to the Text of the declaration agreed upon with respect to article 1.4. of the WIPO Agreement of 1996: "It is understood that storage in a digital form within an electronic support of a protected work constitutes a reproduction in the sense of article 9 of the Berne Convention."

Even before such ruling the andean lawmaker had clarified that very same issue in articles 25 and 26 de la Decision 351 of 1993, regulations which are absent from the references and application by the Supreme Court and the opinion by the Office of the General Attorney General of the Nation.

In the *sub judice* case several copies or reproductions of software found in four (4) Computers of the impeached party are evidently reproductions not covered by the limitations of article 37 of Law 23 by virtue of articles 25 and 26 of Decision 351 of the Andean Community of Nations which provide a different and special treatment for computer software.

Under these conceptual clarifications we cannot applaud the permissive oversight of the Office of the General Attorney General of the Nation and of the Court with respect to software reproduction as well as of musical Works and phonograms with a mistaken interpretation and extensive of copyright limitations and exceptions.

The confusion of concepts evidenced by both the Office of the General Attorney General of the Nation and those taking the decision necessarily generates the concern due to absence of knowledge and formation of Copyrights, also given its low or nil spread in the law Schools of our universities, and it should generate actions to redress such unawareness. This is the main mission of the Colombian Center of Copyrights (*Centro Colombiano del Derecho de Autor*) –CECOLDA- and the motivation of writing these lines.

*(This article was Published on number 252 of the newspaper "Ambito Juridico" dated June 30 to July 13 of 2008)*

**Graciela Melo Sarmiento**

President

Centro Colombiano del Derecho de Autor

**CECOLDA**

Señores  
Comité Ejecutivo  
ALAI

Apreciados todos:

Con el presente informe resumimos en orden cronológico los hechos más relevantes que tuvieron lugar en el área del Derecho de Autor en el período comprendido entre septiembre de 2007 y septiembre de 2008 en Colombia.

## **1 .-Sentencia Corte Constitucional sobre la Exequibilidad del Artículo 27 Ley 44 de 1993 Ref.C-833-07**

La sentencia tiene origen en la demanda de inconstitucionalidad presentada por dos ciudadanos.

A continuación el texto de la norma acusada:

*ARTÍCULO 27. Con el objeto de garantizar el debido recaudo de las remuneraciones provenientes de la ejecución pública de las obras musicales y de la comunicación al público de los fonogramas, las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, podrán constituir una entidad recaudadora en la que tendrán asiento todas las sociedades con idéntico objeto que sean reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de su constitución, organización, administración y funcionamiento y ejercerá sobre ella inspección y vigilancia”*

El pretendido fundamento de la demanda es la vulneración del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues a juicios de los demandantes, “privilegia a las sociedades de gestión colectiva reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, con lo cual se excluye de tal posibilidad a otras formas asociativas diferentes.

Agrega el demandante que si bien la norma persigue el loable objetivo de “... realizar una actividad de administración de derechos que minimice los costos a través de una gestión global de tales prerrogativas”, tal objetivo se ve desvirtuado por el hecho de que el ente recaudador sólo puede ser constituido por Sociedades de Gestión Colectiva y del mismo sólo pueden hacer parte ese tipo de sociedades.

En defensa de la norma atacada intervino la Dirección Nacional del Derecho de Autor, máxima autoridad administrativa de la materia a nivel nacional arguyendo que las formas asociativas diferentes a las sociedades de gestión colectiva, si bien no se encuentran excluidas o prohibidas para los autores y demás titulares de derechos de autor y derechos conexos, no poseen las facultades, prerrogativas, obligaciones y características concebidas por la norma acusada, y el cualificar específicamente para ellas esta posibilidad no genera lesión alguna de la norma constitucional pero si se convierte en garante de los derechos de los autores y otros titulares de derechos de autor y conexos.

En su escrito la DNDA incluye una petición especial a la Corte para que se sirva definir el alcance que debe tener la expresión *las otras formas asociativas diferentes a las sociedades de gestión colectiva*, en atención a que, al haberse incluido en la Sentencia C-509 de 2004, ha dado lugar a diferentes interpretaciones, en particular a que se pretenda que *"... los autores y demás titulares pueden libremente crear "formas asociativas" para gestionar el derecho de autor de sus afiliados pero sin cumplir los requisitos legales para tal efecto, y absolutamente fuera del alcance de la inspección y vigilancia por parte del Estado."*

En su decisión la Corte reconoce que el derecho de libre asociación de los ciudadanos recogido en el artículo 38 de la Carta cubre también a los autores y titulares de derechos de autor y derechos conexos, pero expresamente declara que *"dichas asociaciones no pueden ejercer las prerrogativas propias de la gestión colectiva, pues para ello, tal como se dispone en la Ley 44 de 1993, en armonía con la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, y como ha sido puntualizado por esta Corporación, se requeriría que se integrasen en una sociedad de gestión colectiva, con el lleno de los requisitos que la ley ha previsto para el efecto. Pero eso no es óbice para que dichas formas asociativas, de primero o segundo grado, adelanten de manera conjunta, en el ámbito de la autonomía privada, la gestión de los derechos individuales de sus integrantes.*

*Encuentra así la Corte que, por un lado, la disposición acusada no limita el derecho de asociación de los titulares de derechos de autor y derechos conexos que decidan optar por la gestión individual, ni los inhibe para constituir, de acuerdo con la ley y en ejercicio de su autonomía, asociaciones de primer o segundo grado, y, por otro lado, que no cabe la pretensión conforme a la cual en una asociación en la cual se integran unas sociedades estrechamente reguladas, sometidas a un sistema especial de vigilancia y control estatal y que funcionan con unas prerrogativas y limitaciones delimitadas de manera precisa en la misma ley, tengan acceso individuos o formas asociativas distintas, que no están sujetos a esos límites y controles, ni ejercen la modalidad de gestión colectiva a cuyo perfeccionamiento operativo atiende la norma demandada."*

## **2.- Decreto 1070 de 2008**

Con fecha 7 de abril de 2008 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto 1070 de 2008, norma que tiene una singular relevancia en la protección al Derecho de Autor, al hacer obligatorio para todo establecimiento que ofrezca cualquier modalidad de servicio de educación formal y en el que se preste el servicio de reprografía, el tener la autorización de los titulares del derecho de reproducción o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente.

Esta norma de carácter nacional, se constituye en un logro normativo sin paralelo ni antecedente en nuestra región y en herramienta fundamental en la tarea del Centro Colombiano de Derechos Reprograficos CDR, la sociedad de gestión colectiva que administra los derechos de autores y editores de obras literarias.

El Decreto consta de 2 artículos que a continuación reproducimos:

***Artículo 1°.** Los establecimientos educativos que ofrezcan educación formal en cualquiera de sus niveles, preescolar, básica, media o las instituciones que ofrecen educación superior, o educación para el trabajo y el desarrollo humano, y las entidades de derecho público o privado que ofrezcan programas de capacitación dirigidos a terceros o a sus propios servidores, empleados o trabajadores, en los que se preste el servicio de reprografía deben contar con la autorización de los titulares del derecho de reproducción o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, para garantizar la debida protección del derecho de autor.*

***Artículo 2°.** Las empresas o establecimientos de comercio que presten el servicio de reprografía, deben igualmente contar con la autorización de los titulares del derecho de reproducción o de la sociedad de gestión colectiva que los represente, para los mismos fines indicados en el artículo anterior.*

## **3.- Estudio Impacto Económico del Derecho de Autor**

En el marco del 13 Simposio Internacional del Derecho de Autor, el pasado 28 de abril de 2008, la autoridad nacional competente a nivel nacional, Dirección Nacional del Derecho de Autor presentó los resultados del estudio "La contribución económica de las industrias del derecho de autor y los derechos conexos en Colombia".

Se trata de la investigación encargada conjuntamente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI- y la Dirección Nacional del Derecho de Autor,

para medir el peso económico de las industrias generadoras del derecho de autor y los derechos conexos, durante el período 2000 – 2005.

Reproducimos los apartes más significativos del informe ejecutivo del estudio oficial:

“A partir de la metodología propuesta por la OMPI, el estudio se basa en la identificación de las industrias protegidas por el derecho de autor -IPDA- y en el cálculo de peso en el valor agregado, en el empleo y en el sector externo. Estas industrias incorporan empresas que contribuyen a la producción y comercialización de obras protegidas por el derecho de autor en distintos puntos de la cadena de valor.

## **4. Resultados del estudio para Colombia**

### **3.3. Contribución del las IPDA al Valor Agregado**

En términos reales, es decir, descontando el incremento de los precios, el VAB de las IPDA aumentó de \$2.4 billones en el año 2000 a \$3.1 billones en 2005 (\$ de 1994), representando en éste último año el 3.3% del PIB, tal como se muestra en el cuadro 2

Durante el período analizado las IPDA tienen una participación promedio en el PIB del 3.3%, cifra similar a la de electricidad y gas, un poco mayor que la extracción de petróleo crudo y gas natural; y más del doble que la de café y carbón, lo que resulta significativo en un país con alta participación mundial en estos dos productos.

Las industrias básicas (núcleo) representan un poco el 58% del total del valor agregado generado por estas actividades económicas, seguidas por las relacionadas (23%), las de soporte (14%) y las parcialmente cubiertas (8%).

### **3.4. Contribución de las IPDA al Empleo**

En el 2006 las IPDA generaron 1.097.430 empleos que representaban el 5.8% de la población ocupada del país y el 12.7% de las 13 grandes ciudades. Estas cifras muestran que las IPDA tienen una participación en el empleo nacional mayor que sectores tradicionales como la construcción, cafetero y financiero

Respecto a la composición interna de estas industrias en este año las industrias básicas aportaban el 1.7% del empleo nacional, las relacionadas el 0,7%, las industrias parcialmente relacionadas 1.9% y las de apoyo el 1.5%.

Entre 2003 y 2006 las industrias de derecho de autor crearon 156 mil empleos adicionales, esto es, el 8.8% de los nuevos empleos de todo el país, y el 16.5% de los creados en las trece principales ciudades y áreas metropolitanas.

### 3.3. Contribución al Comercio Exterior

En el 2005 las IPDA exportaron 2.137 millones de dólares e importaron 4.008 millones de dólares. El balance neto para el país señala que las importaciones más que duplican las exportaciones. En tanto que las exportaciones DA representan el 17.3% de las exportaciones industriales del país y el 10% de las exportaciones totales, las importaciones tienen una substancial mayor representación (24.0% y 22.6%, respectivamente).

Este primer resultado indica que el país sería un importador neto de Derecho de Autor (2.200 millones de dólares). Sin embargo este resultado está altamente determinado por las importaciones de las industrias *relacionadas*. Si se considera exclusivamente el grupo de industrias básicas el saldo es positivo, es decir el país es exportador neto de DA.

### 4. Conclusiones

- Se observa una importante contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor. Así en el 2005 las IPDA contribuyeron con 3.3 puntos del PIB; generaron 1.031.323 empleos, esto es el 5.8 del empleo nacional; y facturaron 2.138 millones de dólares en exportaciones.
- Dichas industrias, comportan un nivel de crecimiento mayor que algunos sectores tradicionales de la economía colombiana.

La cuantificación realizada en este estudio destaca que las IPDA: i) movilizan cuantiosos recursos, generan riqueza, empleos y divisas; ii) tienen estrecha relaciones económicas, industriales y tecnológicas con otros sectores de la economía; iii) ocupan un lugar central en las áreas de mayor dinamismo económico; iv) hoy presentan un mayor valor económico que muchas industrias dedicadas a la producción de bienes y servicios tradicionales.

En un mundo globalizado, y con las oportunidades que ofrece la *nueva economía*, basada en la interacción de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), estas ventajas competitivas del país no se basan tanto, en la dotación de recursos naturales abundantes y producción de bienes no transables, sino en la introducción de componentes de innovación tecnológica y de organización, así como de información estratégica (“elementos de conocimiento”).

Las IPDA incluyen sectores dinámicos asociados a las TIC, que además de abrir nuevos terrenos de aplicación del derecho de autor y los derechos conexos, generaran en el futuro inmediato nuevas inversiones elevando su participación en la economía.



Con la cuantificación de la contribución económica de las IPDA al valor agregado y al empleo nacional, y a la generación de divisas, se ha buscado hacer “visibles” estas industrias ante la opinión pública y ante sus potenciales inversores y financiadores (sector público, empresas e inversores privados).

Y desde lo público, para orientar acciones específicas que permitan su consolidación y expansión. Es decir, políticas que incidan en la asignación de recursos para la generación de capacidades productivas a nivel nacional y local: calificación del recurso humano, a través de la promoción de la capacitación profesional y técnica; generación de sistemas de información; difusión y apropiación de tecnología.

#### **4.- Adopción Políticas Públicas de Propiedad Intelectual**

El gobierno nacional, a través de su máxima autoridad en planeación, aprobó el pasado 14 de julio de 2008 el documento “Bases para Plan de acción para la adecuación del sistema de Propiedad Intelectual a la competitividad y Productividad Nacional 2008-2010”.

El documento parte de realizar un diagnóstico de la situación actual de la Propiedad Intelectual tomando en consideración a todas las entidades públicas que de una u otra forma interactúan con las materias que son contenidas en el concepto omnicomprendivo de la Propiedad Intelectual (cobijando tanto al Derecho de Autor como a la Propiedad Industrial), y sienta las bases de una política pública transversal que deberá involucrar actividad y compromisos de todas las entidades involucradas bajo la instancia de una futura organización intergubernamental que se encargará de definir la política en materia de propiedad intelectual, evaluar el impacto de ella frente a los titulares de derechos y determinar el papel de las diferentes instituciones en la coordinación de la política.

El fundamento de la política que es a su vez el objetivo de la misma, es que la Propiedad Intelectual es el verdadero motor de desarrollo económico y de competitividad empresarial, fomento de investigación científica y la concepción de una cultura de creación e innovación.

El documento completo puede ser consultado en la dirección URL:

<http://www.derautor.gov.co/HTM/Eventos/CONPES%203533%20Versi%F3n%20a%20probada%20en%20Consejo%20de%20Ministros%20el%2014%20de%20julio%20de%202008.pdf>

#### **5.- Creación del Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor**

En este año fue creado el Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor - ODAI – [www.odai.org](http://www.odai.org), ente patrocinado por la Fundación Autor de la SGAE

(Sociedad General de Autores y Editores de España) y el CERLALC (Centro Regional para la promoción del libro en América Latina, el Caribe, España y Portugal). El observatorio procurará reportar, observar y analizar los asuntos legales y económicos relacionados con el Derecho de Autor y Derechos Conexos en la región (Suramérica, Centroamérica, Cuba, República Dominicana, España y Portugal) tratando de servir de órgano asesor de los gobiernos en sus decisiones políticas en estas materias. La sede del ODAI está en Bogotá, Colombia.

## **6.- Seminario Internacional "Consecuencias del uso de obras en Internet"**

### **Análisis de la Jurisprudencia Comparada en el Derecho de Autor y el Copyright**

El 21 de agosto tuvo lugar el evento organizado conjuntamente por Cecolda y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Este evento contó con la presencia del Doctor Carlos Fernández Ballesteros como panelista internacional y con la participación de 90 abogados entre ellos un importante número de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

El objetivo fundamental del evento fue el debate académico y el propiciar espacios de reflexión frente al contenido de la jurisprudencia nacional en la materia, particularmente la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 30 de abril de 2008 que a nuestro juicio afecta la protección del Derecho de Autor.

Sobre el contenido de la sentencia transcribimos el texto de artículo de nuestra autoría publicado en el diario de distribución nacional "Ambito Jurídico" de la Editorial Legis:

### **La interpretación judicial de las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor**

El pasado 30 de abril del año en curso la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia identificada con el número 29188 resuelve casar la sentencia de 4 de septiembre de 2007 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. El fallo parte de la identificación de los temas centrales que a juicio de la Corte justifican un pronunciamiento de fondo en la actuación: "i)el desconocimiento por parte de los falladores de instancia de los principios de tipicidad estricta y de antijuridicidad; y ii)el desarrollo de la jurisprudencia nacional en torno a la naturaleza, alcance y sentido de la protección penal de los derechos de autor, modalidades de realización y tipicidad de la conducta frente al bien jurídico que se pretende amparar."

En desarrollo de estos presupuestos la Corte concluirá de una parte, que el tipo penal del artículo 271 del Código Penal debe completarse con la adición

jurisprudencial del elemento subjetivo del ánimo de lucro y la intención de lesión del bien jurídico tutelado, los Derechos Patrimoniales, y de otra que la "instalación" de un software (soporte lógico) en un computador sin mediar licencia de uso, no es un acto de reproducción.

### **Los hechos**

Conforme a anuncio publicado en prensa y luego demostrado en el proceso, el señor Guillermo Vélez, abogado de profesión, ofrecía en 1999 el servicio de transferencia de música de formato de vinilo a formato digital en CD (Cambio de formato – Space Shifting), a cambio de la suma de \$5.000 o \$6.000. "En la diligencia de registro y allanamiento ordenada por una fiscalía local de la Unidad Segunda de Delitos contra el Patrimonio, se encontraron en la casa del señor VELEZ MURILLO cuatro computadores con sistema operativo Windows 98, programas como Office, Norton Antivirus, Encarta y quemadores para discos compactos, "sin que contara con la licencia de utilización". Las comillas corresponden a la referencia textual extractada de las Consideraciones de la Corte.

A pesar de que la sentencia deja ver la revisión de la normatividad vigente, concluye en una interpretación donde las normas de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor encuentran una lectura errada, y en la importación de instituciones foráneas y un tanto ajenas a nuestra tradición jurídica en Derechos de Autor, tradición que por cierto se remonta a la Ley Santander de 1834.

Ciertamente el fallo acude a la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y refiere confusamente algunos de los Tratados Internacionales de los que Colombia es parte, pero, lamentablemente como veremos, equivoca la interpretación del artículo 21 (que consagra la doctrinariamente denominada "regla de los tres pasos"), y de sustanciales normas del Capítulo VIII "De los programas de ordenador y Bases de Datos" entre las cuales cabe destacar el artículo 25, regla especial de una normativa supranacional que por su contenido y virtud excluye la aplicación del artículo 37 de la Ley 23 de 1982, y que no permite la posibilidad de copia para uso personal en cuanto a los programas de ordenador o soporte lógico concierne.

### **Regla de los tres pasos**

La regla de los tres pasos es el marco guía que legislador y fallador de los países miembros del Convenio de Berna deben acatar al dar interpretación y/o aplicación a las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, la regla se encuentra contenida en el artículo 9.2 del Convenio de Berna según la Revisión de Estocolmo de 1967. Colombia adhirió al Convenio de Berna mediante Ley 33 de 1987, adhesión vigente y ratificada que le obliga a dar aplicación a dicha regla; pero además nuestro país es también nación adherente al Acuerdo por el cual se

establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) conforme a la Ley 170 de 1994.

El artículo 9 de la Sección 1 Parte II del Anexo 1C del Acuerdo que establece la OMC, es decir el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), establece la obligación de observancia de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, entre ellos el 9.2, pero aún más allá, el artículo 13 de los ADPIC's expresamente obliga a los países miembros a circunscribir las limitaciones o excepciones a i)determinados casos especiales, ii)que no atenten contra la explotación normal de la obra, iii)ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

A su vez, el Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre Derecho de Autor, del 20 de diciembre de 1996, aprobado en Colombia mediante Ley 565 de 2000, dispone en su artículo 10 la facultad de los países miembros de introducir excepciones o limitaciones, reiterando la regla de los tres pasos del Convenio de Berna.

Cabe anotar aquí que el artículo 9.2 del Convenio de Berna introducido en 1967 corresponde a la realidad de las tecnologías de reproducción en el entorno analógico, mientras que el Tratado de la OMPI de 1996 surge de la preocupación ante el desbordamiento de la reproducción de las obras en el entorno digital. La Corte no considera en aparte alguno esta sustancial y grave diferencia para llegar a sus conclusiones.

La referencia a los "casos especiales" del artículo se traduce doctrinalmente en la condición exhaustiva de las limitaciones y excepciones, y su interpretación restrictiva. En otras palabras, no cabe al fallador o intérprete deducir más excepciones o limitaciones de las concretamente dispuestas por el legislador, y se le impone una interpretación restrictiva de las mismas, interpretación que además, por virtud del principio "in dubio pro autor" recogido en nuestra legislación en el artículo 257 de la Ley 23 de 1982, debe privilegiar al titular de los derechos de autor y no al usuario de las limitaciones o excepciones. Nuestra legislación de Derechos de Autor de tradición continental no incluye el concepto del "fair use" que si corresponde a legislaciones de tradición anglosajona como la referida en cita traída por la Corte, en donde a diferencia de las legislaciones de nuestra región, no existe una enumeración de las limitaciones y excepciones.

De manera amplia y generosa para con el incriminado, pero no así para con los creadores y titulares de los derechos de autor, en el fallo la Corte Suprema, (sin

haber considerado tampoco acudir al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena para interpretar la norma Andina) interpreta las limitaciones y excepciones de la Decisión 351 y de la Ley 23 de 1982 dando por sentado que en el caso sub iudice y en el ejemplo de la descarga por parte del público de la música "que se coloca a su alcance" refiriéndose a los "millones de canciones" que circulan en la Internet, los usuarios que no tienen el propósito de ocasionar perjuicio a la obra o a los intereses económicos del titular de los derechos, no lesionan o ponen efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado.

Para llegar a esta conclusión se acude, a nuestro modo de ver equivocadamente, a las luces de un doctrinante español citándole en un comentario referido al tipo penal de la legislación española, en la cual el ánimo de lucro si hace parte de los requisitos de tipicidad, al estar contenido de manera expresa en la definición del tipo en el artículo 270 del Código Penal de España. A contrario sensu, nuestra legislación penal no contiene dicho elemento subjetivo.

### **El concepto de lucro**

Ahora bien, respecto del manejo del concepto que la sentencia realiza acerca de la modesta utilidad y su aparente sinonimia con la ausencia de ánimo de lucro, cabe preguntarse, ¿para el fallador entonces un bajo margen de rentabilidad significa ausencia de ánimo de lucro? Lo cierto es que la Corte misma encontró probado que el imputado cobraba "una suma que representaba el coste de los materiales y una modesta utilidad". Esta ausencia de claridad del concepto de lucro es aún más grave si se tiene en cuenta que la razón de ser de la limitación o excepción del artículo 37 de la Ley 23 de 1982 aludida tiene por beneficiario al "interesado" y aquí se yerra en la interpretación al hacer beneficiario de la limitación a otro agente que decide realizar la reproducción a cambio de "una modesta utilidad".

De otra parte, muy a diferencia de lo que la sentencia plantea, la "instalación" de soporte lógico o software en un computador, no obstante hallarse dicha "instalación" dentro de un computador a su vez ubicado dentro de domicilio privado, si configura una reproducción del mismo, toda vez que la "instalación" conlleva la fijación del software en la memoria interna del ordenador, y este acto, es ciertamente una forma de reproducción. Para sustentar nuestra afirmación acudimos al Texto de la declaración concertada respecto del artículo 1.4. del Tratado OMPI de 1996: "Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna."

Pero es que además con anterioridad a dicho precepto ya el legislador andino daba claridad al mismo punto en los artículos 25 y 26 de la Decisión 351 de 1993,

normas ausentes de cita y aplicación en la Sentencia de la Corte Suprema y en el concepto del Ministerio Público.

En el caso sub iudice las varias copias o reproducciones de software halladas en los cuatro (4) computadores del imputado evidentemente son reproducciones que no se hallan cubiertas por la limitación del artículo 37 de la Ley 23 por virtud de los artículos 25 y 26 de la Decisión 351 de la CAN que dan u tratamiento distinto y especial a los programas de computador.

Bajo estas precisiones conceptuales no se puede aplaudir la mirada permisiva del Ministerio Público y de la Corte ante la reproducción de software y de obras musicales y fonogramas con una interpretación errada y extensiva de las limitaciones y excepciones del derecho de autor.

La confusión de conceptos que evidencia tanto el agente del Ministerio Público como el fallador necesariamente genera la preocupación de la ausencia de conocimiento y formación en Derecho de Autor, dada también la poca o nula difusión en la mayoría de las facultades de Derecho de nuestras Universidades y debe generar acciones que procuren remediar este desconocimiento. Esta es la principal misión del Centro Colombiano del Derecho de Autor –CECOLDA- y la razón de ser de la redacción de estas líneas.

*(Publicado en el número 252 de la publicación "Ambito Jurídico" de fecha 30 de junio a 13 de julio de 2008)*

**Graciela Melo Sarmiento**

Presidenta

Centro Colombiano del Derecho de Autor

**CECOLDA**

[gracielamelo@cecolda.org.co](mailto:gracielamelo@cecolda.org.co)