

Bogotá D.C., 8 de mayo de 2018.

DAF **00592**

Doctora  
**Amparo Yaneth Calderón Perdomo**  
Secretaria  
Comisión primera  
Cámara de Representantes  
Despacho



**Referencia:** Proyecto de ley 222/2018C (Cámara) 206/2018S (Senado).

Respetada Doctora Calderón:

De manera atenta, escribo en representación del Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica “Proimágenes Colombia”, entidad creada en 1998 a partir de la Ley General de Cultura, con el fin de promover el desarrollo de la industria cultural cinematográfica del país.

Proimágenes Colombia se conforma con participación de los Ministerios de Cultura, de Educación, de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones; la DIAN; Colciencias; la Universidad Nacional; Cine Colombia S.A; la Asociación de Distribuidores de Películas Internacionales; la Fundación Patrimonio Fílmico Colombiano y representantes de los directores y los productores.

Desde esta concertación intersectorial ha sido posible promover la ley 814 de 2003 (ley de Cine; Fondo para el Desarrollo Cinematográfico); la ley 1556 de 2012 (Promoción del territorio para rodaje de películas; Fondo Fílmico Colombiano); el Documento CONPES 3462 de 2007 sobre política cinematográfica, y un conjunto de herramientas que hoy sitúan a Colombia en el tercer lugar de las industrias cinematográficas en América Latina (según número de obras nacionales, empleo, generación de valor, aporte a las cuentas nacionales desde los sectores creativos, de servicios, de producción, distribución, exhibición, conservación de patrimonio, acceso ciudadano, formación, entre otros).



Ha llegado a nuestro conocimiento el proyecto de ley en referencia “por la cual se modifica la ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos” y, en particular, las propuestas de modificación que se consignan en el informe de ponencia para segundo debate en plenarias del Senado y de la Cámara de Representantes. De igual manera, hemos tenido conocimiento de las propuestas formuladas por las asociaciones bibliotecarias.

Al respecto, consideramos importante plantear algunas observaciones, procurando aportar a la adecuada estructuración de la norma, la cual resulta de amplio interés para la industria cinematográfica colombiana:

1. Consideramos que la propuesta presentada por las asociaciones bibliotecarias (en el sentido de pretender instaurar una excepción al derecho de autor en la que las bibliotecas públicas, archivos museos y centros de documentación del país lleven a cabo de manera gratuita la exhibición pública de obras cinematográficas, cuando no hubiera salas de cine en un determinado municipio y cuando la película no se encuentre en cartelera), contradice, no sólo los conceptos de la ley de bibliotecas públicas (ley 1379 de 2010), sino los preceptos de titularidad de las obras cinematográficas (amparada en Colombia tanto por las normas de derecho de autor, como por la regulación cinematográfica, es decir, por las leyes 814 de 2003, 1556 de 2012 y el decreto 1080 de 2015).

Las bibliotecas públicas tienen como principal finalidad promover la lectura y, mediante esta, el acceso al conocimiento y a la información, dentro de una finalidad social por excelencia. En esta dirección, la ley 1379 de 2010 estableció para ellas un conjunto de servicios básicos y complementarios. Los primeros de carácter gratuito, plenamente reglados por el Ministerio de Cultura - Biblioteca Nacional (decreto 1080 de 2015) y, los segundos, como su nombre lo indica, accesorios o de extensión cultural, los cuales pueden cobrarse al público o no, como puede ser el caso de la realización de un concierto.

Todos los servicios de la biblioteca pública cumplen una función social en beneficio del público y por eso están catalogados como un “servicio público”.

Pero este precepto a favor de los usuarios (sobra decir, absolutamente valioso en nuestro criterio), no permite en modo alguno, ni justifica, que los derechos patrimoniales del productor audiovisual consagrados en normas internacionales y en la legislación nacional de derecho de autor, puedan ser vulnerados de la manera más profunda.

Es sabido que en un sistema como el que rige en Colombia y en buena parte de los países en el mundo, comprometidos internacionalmente por similar precepto, el derecho de titularidad sobre las obras cinematográficas o audiovisuales se consagra a favor del productor, quien tiene la potestad de permitir su reproducción, modificación, distribución o comunicación pública. Esa titularidad, por su parte, procede de múltiples titularidades sobre las obras originarias que allí se integran, como el guion, la música, los diseños o la dirección misma que se da en el proceso de elaborar la obra.

La propuesta de las asociaciones bibliotecarias en el sentido de que, ante la inexistencia de salas de cine en un municipio, la biblioteca pública pueda entrar a operar como un exhibidor con derechos de comunicación pública y de manera gratuita, actuaría como una fórmula que atentaría contra los derechos de propiedad de los creadores cinematográficos y contra diversas normas de obligatorio cumplimiento para Colombia, sin ninguna justificación.

En efecto, en diversos tratados internacionales de propiedad intelectual, vinculantes para nuestro país, se incorpora la denominada regla de los 3 pasos. Esta se planteó por primera vez en el artículo 9° del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artística (aprobado en Colombia mediante la Ley 33 de 1987) y se ha extendido a otros tratados, incluyendo el artículo 13 de la parte II de los acuerdos ADPIC de la OMC (con adhesión de Colombia mediante la ley 170 de 1994) y en el artículo 21 de la Decisión 351 (régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para los países de la Comunidad Andina, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena). Bajo esta regla, las limitaciones y excepciones al derecho de autor deben circunscribirse a determinados casos especiales, que no atenten contra la normal explotación de las obras, ni causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Aceptar que, ante la inexistencia de salas de cine en un municipio, la biblioteca pública pueda convertirse en exhibidor de oficio, vulneraría no sólo la regla de los 3 pasos, sino toda esa compleja y extensa cadena de derechos que se integran a la obra cinematográfica. Dado el caso, se estaría atentando contra la normal explotación de las obras y causando un perjuicio injustificado a los productores y otros partícipes de la cadena de valor, ya que esta excepción que se propone parte de premisas equivocadas, incluyendo aquella donde se presume erróneamente que los negocios en torno a la exhibición cinematográfica se limitan únicamente al periodo en que una película está en cartelera.



Esto es a todas luces desacertado, pues existen otras ventanas de exhibición y explotación comercial de gran relevancia para la industria, inclusive en lugares donde no existen salas de exhibición. Algunas de estas ventanas incluyen los festivales de cine (77 registrados durante el 2016 según el Ministerio de Cultura), las muestras itinerantes, diversos proyectos de circulación (que incluso funcionan en alianza con bibliotecas) o la distribución plataformas tecnológicas. A modo ilustrativo, ¿qué interés tendría una persona en alquilar una película en una plataforma en línea (cada más populares y con importantes oportunidades de negocio para los productores), o en pagar una suscripción mensual a una plataforma de *streaming*, si puede acceder gratuitamente a ella en bibliotecas? Si las bibliotecas públicas pudieran evadir la adquisición de derechos de licencia y la justa remuneración al productor, afectando escenarios que trascienden el circuito comercial inicial de cada película y por un insólito mandato legal, también podrían, por vía de ejemplo, no pagar el servicio de internet, los servicios públicos domiciliarios y muchas otras obligaciones, bajo la consideración de que el municipio tiene dificultades sociales o económicas.

Y debe aclararse que la contradicción no está únicamente en la gratuidad de la exhibición, sino en la vulneración que ello traería a la cadena de derechos que se radican en una obra cinematográfica o audiovisual. Por muy simple vía de ejemplo, el titular de un guion puede dar derecho de uso del mismo para la fijación en una obra cinematográfica y para la posterior reproducción y exhibición de la obra terminada en salas de cine, pero también podría reservarse el derecho para la comunicación pública en la web u otras ventanas y formato. Entonces, ¿de qué manera podría responder un productor audiovisual, cuando sin esa autorización usual para ciertos usos de la obra, decidiera la biblioteca pública exhibirla?

En Colombia existen salas de cine en cerca de sesenta municipios. En consecuencia, la limitación que se propone a los derechos de autor en este caso podría llevarse a cabo en más de mil municipios en el país. Con esto, Colombia se estaría situando entre los pocos países del mundo en los que el Estado opera como exhibidor de oficio, naturalmente con la imposibilidad futura de que los productores, tanto nacionales como extranjeros, permitiesen que sus obras circularan en el territorio nacional.

En síntesis, consideramos que la propuesta de permitir que las bibliotecas públicas puedan llevar a cabo la comunicación pública de obras cinematográficas cuando en el municipio no existan salas de exhibición, significaría una medida que atentaría contra la explotación normal de las obras cinematográficas; significaría una medida que afectaría los derechos creativos y patrimoniales de otras personas y artistas contribuyen a la

conformación de una obra cinematográfica (de los autores de guion, música, diseños o del director mismo, y de los artistas, actores, intérpretes y ejecutantes, que otorgan al productor la prerrogativa de que su obra vaya a unas determinadas ventanas pero no a todos los escenarios culturales como las bibliotecas, o los museos, parques, plazas públicas o las escuelas, entre tantos otros); y, naturalmente, violaría los legítimos intereses y los derechos patrimoniales de autor del productor cinematográfico o audiovisual, al quitarle la potestad de decidir bajo qué condiciones autoriza la reproducción, la comunicación pública, la transformación o la distribución de la obra.

Vemos que en este momento del debate la propuesta no ha sido acogida por el Congreso de la República, pero encontramos indispensable alertar para que una norma tal no vaya a ser incorporada de forma alguna.

2. En relación con algunas de las propuestas de modificación al Código Penal que vienen incorporadas al proyecto de ley, igualmente tenemos algunas recomendaciones que se exponen a continuación y que se vinculan a prever afectaciones a una industria ampliamente impactada por la piratería: la audiovisual. Cabe anotar en este sentido, que la ley 814 de 2003 (ley de cine) ha planteado acciones contra la violación de derechos de autor en la comercialización, distribución y exhibición de obras cinematográficas, pero también, que Proimágenes Colombia ha participado en iniciativas como el Convenio Antipiratería o el Programa Antipiratería de Obras Cinematográficas (PRACI).

En primer lugar, consideramos que el artículo 33 del proyecto de ley, donde se plantea una modificación al artículo 272 del Código Penal (Ley 599 de 2000), no debería tener una restricción para aquellas conductas vinculadas a “lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada”. Limitar el predicado de la conducta de esta manera implicaría fomentar la piratería en los sectores de explotación comercial de derechos de autor. Una disposición como esta, donde se restringe el ámbito de aplicación de las normas penales, puede afectar la lucha contra las estructuras criminales de la piratería, desde el punto de vista probatorio y de cara a los procesos de ejecución de política criminal. Con la limitación que se plantea, donde se hace necesario demostrar el ánimo de lucro, habría un impedimento importante a la hora de establecer en qué punto se genera una ganancia económica. Esto, desde las perspectivas vista conceptual y probatoria podría ser sumamente complejo.

La violación a mecanismos de protección, en varias de las conductas tipificadas, podría relacionarse dentro un mismo acto con otros delitos, como la violación a los derechos patrimoniales de autor. Siendo frecuente aquel caso en que un individuo vulnera

mecanismos de protección para una posterior utilización no autorizada de obras, no es claro si podría afirmarse que el ánimo de lucro sólo se presentó en la utilización más no en la violación de la medida. Así las cosas, ¿cómo podría determinarse esto, si todo el proceso puede redundar en un beneficio económico? Bajo esta lógica también cabría preguntarse, ¿en qué casos un ciudadano puede tener interés de violar mecanismos de protección sin un ánimo lucrativo? y, de existir tal caso, ¿cuál sería el fundamento para despenalizar tales situaciones?; ¿existiría un escenario como este que no afecte el bien jurídicamente tutelado?

En segundo lugar, bajo un análisis semejante, estimamos inconveniente la inclusión del párrafo propuesto al artículo 271 del Código Penal. Este párrafo limitaría la conducta típica a escenarios en donde exista un “beneficio económico directo o indirecto” o una “escala comercial” y puede generar la contradicción con los supuestos que sí resultarían punibles, además de lo probatorio, en cuanto a determinar qué es una escala comercial o cuándo existe beneficio económico directo o indirecto.

Esta propuesta, cuyos motivos específicos no se encuentran explicados en el informe de ponencia para segundo debate, también pone en riesgo la lucha contra la piratería. El ánimo de lucro no define, *per se*, si existe o no una infracción. Por ejemplo, una persona podría crear un sitio web de acceso público, para que otras personas descarguen películas sin costo alguno. En este caso podría no existir ánimo de lucro, pero esto no obsta para que se esté generando un perjuicio al interés legítimo de los titulares.

Además, si bien los actos de puesta a disposición o comunicación pública quedan por fuera de esta excepción, es claro que se requiere el acto de reproducción para que todo el proceso tenga lugar. Si lo que se busca es proteger a usuarios como aquel que actúa en el marco del uso en domicilio privado del que trata el artículo 44 de la ley 23 de 1982 o de un usuario que copie el ejemplar de una película en DVD para verla en su teléfono u otro dispositivo, podría plantearse un alcance dentro el régimen de derecho de autor sin necesidad de afectar los tipos penales que sí se relacionan a diversos usos infractores. Este tipo de disposiciones, como se dijo, no sólo podrían afectar las herramientas que procuran el respeto por la propiedad intelectual, sino que puede representar dificultades en otros escenarios, como la reciente inclusión de Colombia en lista de revisión prioritaria del reporte 301 de la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos.

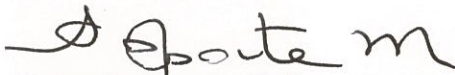
**3.** Finalmente, consideramos conveniente que se revise la propuesta relacionada con la actualización de limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos. Si bien comprendemos y apoyamos la necesidad de contar con disposiciones

adaptadas a las dinámicas de las industrias creativas (especialmente considerando la rapidez con la que surgen avances tecnológicos y con la cual cambian los modelos de negocio), la fórmula que se ha propuesto podría implicar algunas dificultades.

Por una parte, la periodicidad anual que se ha planteado como parámetro obligatorio podría ser más frecuente de lo que realmente se necesita, generando a su vez procesos de reforma constante al régimen legal y, con ello, eventual inseguridad jurídica. Pero además, dada la complejidad técnica y jurídica de los temas relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos, resultaría conveniente fortalecer lo que se plantea en el articulado del proyecto de ley para acatar los parámetros jurídicos aplicables. Consideramos fundamental que en estos esquemas de actualización existan herramientas concretas tendientes a respetar los límites que parten de diversas fuentes y que propenden por un equilibrio entre los intereses de los titulares y el interés general.

Con lo anterior y esperando generar un aporte hacia esta importante iniciativa legislativa, me suscribo a su disposición para atender cualquier inquietud.

Reciba un cordial saludo,



**Yolanda Aponte Melo**

Directora (E)

Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica "Proimágenes Colombia"

c.c. Dra. Adelfa Martínez Bonilla  
Directora de Cinematografía – Ministerio de Cultura

Dra. Carolina Romero Romero  
Directora – Dirección Nacional de Derecho de Autor

Dra. Consuelo Gaitán  
Directora Biblioteca Nacional de Colombia

