

Regulación de las industrias creativas y análisis de impacto normativo (AIN):

¿QUÉ; PORQUÉ Y CÓMO?

El presente documento brinda una perspectiva sobre la utilización del análisis de impacto normativo (AIN) y su potencial aplicación en el contexto de la creciente digitalización de las denominadas industrias creativas.



Fundación Karisma

Una investigación de Fundación Karisma Democratización del Conocimiento y la Cultura

Autor investigador: Rodrigo Corredor, Docente-Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia

En un esfuerzo para que todas las personas tengan acceso al conocimiento, Fundación Karisma está trabajando para que sus documentos sean accesibles. Esto quiere decir que su formato incluye metadatos y otros elementos que lo hacen compatible con herramientas como lectores de pantalla.

El propósito del diseño accesible es que todas las personas, incluidas las que tienen algún tipo de discapacidad o dificultad para la lectura y comprensión, puedan acceder a los contenidos. Más información sobre el tema en <http://www.documentoaccesible.com/#que-es>



Este material circula bajo una licencia Creative Commons CC BY-SA 4.0. Usted puede remezclar, retocar y crear a partir de obra, incluso con fines comerciales, siempre y cuando dé crédito al autor y licencie las nuevas creaciones bajo mismas condiciones.

Para ver una copia de esta licencia visite: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>



PRÓLOGO

Por Viviana Rangel

Con la aprobación de la Ley 1834 de 2017 inició la apuesta de la Economía Naranja en Colombia. Esta norma es una política marco para la regulación de las industrias culturales y creativas en el país, modificó la estructura del Ministerio de Cultura, principal autoridad en este sector, y con esto la visión y la misión de las políticas culturales en Colombia.

Desde su paso por el Congreso de la República, previo a su rápida aprobación, fueron muchas las voces que desde diferentes sectores se opusieron a este proyecto por considerarlo impuesto, ya que no contó con un diálogo concertado entre todos los agentes del ecosistema cultural y creativo en el país, además porqué se centró en una visión de cultura como una mercancía y no como un derecho.

En 2018 con la llegada de Iván Duque a la presidencia del país, uno de los autores y el principal congresista promotor del proyecto, la economía naranja, además de ser una ley, pasó a ser una de las principales banderas del gobierno colombiano. Muchas fueron las promesas, muchas las críticas y muchos los cuestionamientos que cuatro años después nos sigue dejando está política.

Desde Fundación Karisma prestamos atención a lo que sucedería en términos de optimización de la regulación de la propiedad intelectual, ya que era uno de los objetivos centrales de la política, y en lo relacionado con la digitalización de la cultura puesto que el auge de la virtualidad, y las miles de posibilidades que brinda internet cambiaron por completo las lógicas de la creación y consumo de los contenidos culturales y creativos.

Lo que observamos fue más de lo mismo, una política de propiedad intelectual y derechos de autor que solo mira un lado de la balanza, que desconoce el interés público, que no pone en diálogo los derechos de los titulares y los derechos de las personas usuarias, que en muchos casos son los mismos, y que adicionalmente, por falta de análisis rigurosos, desconoce las lógicas de la digitalización y su relación con la creación dejando muchos vacíos en temas como los alcances de la legislación local, normatividades que rigen las principales plataformas en donde circulan los contenidos, derechos, obligaciones, criterios de protección y de remuneración en el entorno digital.

El estudio que presentamos a continuación brinda una perspectiva de los análisis previos que estuvieron ausentes en la formulación de esta política de economía naranja y el porqué es tan importante que la toma de decisiones de este nivel cuente con procesos rigurosos de participación, de análisis de costos, beneficios y externalidades. Según la OCDE, [Colombia es uno de los países que más rezago](#) tiene entre sus miembros en prácticas de evaluación de los efectos de sus regulaciones, esperamos que este estudio sea un incentivo más para que el nuevo gobierno aplique el instrumento del AIN a esta política en marcha.

CONTENIDO

1. ¿Qué es el Análisis de Impacto Normativo?.....	5
2. ¿Qué son las industrias creativas?.....	6
3. ¿Qué efectos regulatorios conlleva la creciente digitalización?.....	7
4. ¿Cuál es la motivación para llevar cabo un AIN?	8
5. Cuáles son las condiciones para un AIN en materia de industrias creativas? ...	9
6. ¿Cuáles son los beneficios y los desafíos/riesgos?	10
7. ¿Cómo lograr un AIN exitoso en materia de promoción de industrias creativas?	11
8. Ejemplos de AIN	13
9. El AIN frente a casos puntuales.....	14
10. Referencias	16

1. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO?

El AIN es una herramienta empleada para examinar de manera sistemática los beneficios, costos y efectos potenciales de una propuesta normativa (o alternativa no regulatoria), ya sea nueva o la modificación de una preexistente. (OCDE, 2016) Estos análisis constituyen una opción atractiva para las entidades responsables de desplegar agendas regulatorias respecto de temas nuevos o que requieren una actualización en razón de los sucesivos cambios tecnológicos, sociales o políticos. Este tipo de herramientas permiten superar los problemas de eficiencia, al poner sobre la mesa todas las opciones y sus costos o beneficios. A través del despliegue de esta herramienta, las administraciones públicas aspiran a reducir la inflación normativa y a armonizar y mejorar la actividad regulatoria en su conjunto.

En Colombia el AIN ha sido integrado como parte de los compromisos adquiridos en el marco de la adhesión a la OCDE (Comité de Política Regulatoria). El documento Conpes 3816 de 2014 Mejora Normativa: análisis de Impacto, constituye el marco técnico y legal para llevar a cabo los procesos de mejora normativa al interior de las entidades del sector público. Este tipo de política busca estandarizar la producción normativa, reduciendo los costos de transacción y así impactar positivamente el bienestar social, la competitividad y las expectativas de inversión. Adicionalmente, las regulaciones así obtenidas, tienden a incidir en mejores niveles de implementación y baja litigiosidad entre los particulares, y entre estos y el Estado.¹

Comúnmente se asimila el uso de esta herramienta al denominado ciclo de Gobernanza regulatoria.



¹ “La regulación es el conjunto de normas jurídicas de distintos niveles jerárquicos que define la participación de las personas o las empresas en un mercado, en un sector o en alguna actividad económica o social. El proceso mediante el cual se establecen e implementan estas reglas puede definir su pertinencia, importancia y efecto sobre el sujeto y el objeto de la normativa. Esto implica que el proceso de emisión de la normativa determina la calidad de la misma y tiene un efecto directo sobre los resultados o consecuencias de la política pública.” ... “De hecho, una regulación específica puede abrir o cerrar mercados; puede promover la eliminación de monopolios o su formación; puede generar barreras de entrada; puede reducir o impulsar los incentivos para innovar o emprender; etc. También puede asegurar la calidad de servicios públicos como la educación, salud, etc. Es muy importante revisar y mejorar el proceso por el cual se emite la normativa, para asegurar que ésta se ha planteado en la dirección correcta y tiene como objetivo un problema específico”. OCDE, p. 16

2. ¿QUÉ SON LAS INDUSTRIAS CREATIVAS?

Al tenor de la Ley 1834 de 2017 las industrias creativas, son “aquellas que generan valor en razón de sus bienes y servicios, los cuales se fundamentan en la propiedad intelectual”.

Esta escueta definición está llamada a ser objeto de un desarrollo normativo que implica la actuación simultánea y coordinada de varias entidades de la rama ejecutiva.² Puntualmente la obligación de desplegar una evaluación previa de los impactos sociales, económicos y culturales parece recaer en la Dirección de Estrategia, Desarrollo y Emprendimiento del Ministerio de Cultura.³ Así mismo, en vista de los efectos en materia de derecho de la competencia puede que sea también necesaria la intervención (abogacía de la competencia) de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) así como de la Dirección Nacional del derecho de Autor.

Ahora bien, concebir una definición de las industrias creativas requiere comprender el contexto en el que se vienen gestando los cambios sustanciales en las rígidas taxonomías jurídicas contenidas en estándares legales multilaterales que gobiernan entre otros temas la gestión de los derechos de propiedad intelectual (DPI).⁴ En efecto, las posibilidades que internet ha generado para disponer, en tiempo real, de una gran cantidad de información de todo tipo han sido la causa eficiente de la ampliación de la capacidad creadora de millones de individuos que acceden libremente a cualquier tipo de información logrando generar nuevos productos que a su vez son replicados en línea.

Para los fines de la discusión propuesta en este documento se entenderá por industrias creativas al conjunto de actividades relacionadas con la explotación honesta de bienes intangibles protegidos por los dpi con fines de integrar uno o más de estos productos en la elaboración de nuevos productos o servicios que, a su vez, pueden o no ser susceptibles de protección a través de los dpi.⁵

2 Decreto 2120 de 2018, Artículo 14. *Funciones del Despacho del Viceministro de la Creatividad y la Economía Naranja*. Son funciones del Viceministerio de la Creatividad y la Economía Naranja, las siguientes (...)

17. Diseñar y ejecutar, en coordinación con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MCIT), el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA), *acciones* dirigidas a creadores, productores, distribuidores, comercializadores y consumidores, con el objetivo de concientizarlos sobre: (i) el reconocimiento económico justo a autores y creadores por la comercialización, distribución, uso y goce de sus creaciones; (ii) los beneficios derivados del registro de propiedad intelectual de bienes y servicios de la economía naranja; y, (iii) el impacto negativo de prácticas desleales, como la piratería.

3 Decreto 2120 de 2018, Artículo 17. Funciones de la Dirección de Estrategia, Desarrollo y Emprendimiento. Son funciones de la Dirección de Estrategia, Desarrollo y Emprendimiento, las siguientes: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30035941> (...)

2. Liderar y apoyar procesos participativos de innovación pública en los campos cultural y creativo para el diseño, formulación, implementación, seguimiento, evaluación y divulgación de políticas, marcos regulatorios, planes, programas y proyectos relacionados con la Economía Naranja, así como con el fomento y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y creativas en línea con las particularidades territoriales. **(4.) Diseñar**, implementar y realizar seguimiento a estrategias para el fortalecimiento, protección y promoción del régimen de propiedad intelectual en los ámbitos de competencia del Viceministerio y las entidades competentes. **(5.) Liderar y apoyar**, en articulación con las instancias competentes, el diseño e implementación de marcos normativos que contribuyan al fortalecimiento de la institucionalidad pública y privada para el desarrollo integral del sector cultura y la Economía Naranja, así como la promoción de las organizaciones y empresas culturales, e industrias creativas.

4 En este sentido ver Huarag Guerrero, (2017, p. 86): *“before continuing to create norms seeking to defend a system of intellectual property tailored to old business models, we must adapt the system to the changes imposed by the information society. The system must adapt to the new digital environment and accept its rules, encouraging new business models and finally allowing for the reconciliation of access to information with the interests of creators”.*

5 Ante la ausencia de una definición exclusiva de “industrias creativas”, se pueden distinguir distintas propuestas para clasificarlas dependiendo del propósito o finalidad de quien las define. Para la ompí (2015), el centro es la propiedad intelectual y estas industrias creativas se dividen en cuatro grupos relacionados a la propiedad intelectual: “centro”, “interdependiente”, “parcial” y “no dedicada”; para la Unesco el énfasis está en los productos culturales, los cuales son clasificados como productos culturales “centro” o “relacionado”; por último, en el caso de unctad, la propuesta parece orientarse más al comercio con un claro enfoque al flujo de bienes y servicios creativos.

3. ¿QUÉ EFECTOS REGULATORIOS CONLLEVA LA CRECIENTE DIGITALIZACIÓN?

El éxito de las denominadas industrias creativas depende de la articulación de políticas públicas vinculadas a temas regulatorios complejos que van desde la gobernanza global de internet, la observancia de los derechos de propiedad intelectual (dpi) y el comercio electrónico, llegando hasta la misma regulación de ciertos servicios audiovisuales que suponen una transferencia transfronteriza de datos.

Estos temas, *a priori* desconectados de las agendas internas en materia de promoción cultural, cobran relevancia en la medida en que su instrumentalización en el mundo analógico constituye el núcleo de las condiciones de base científicas y tecnológicas que a la postre se traducirán en la posibilidad de adelantar innovaciones/creaciones relevantes, escalables y competitivas dentro del entorno digital.

La creciente digitalización de contenidos en línea ha ampliado la posibilidad de ejercer una apropiación de contenidos (frecuentemente protegidos por el derecho de autor) en desarrollo de actividades de modificación o transformación emprendidas por sujetos o comunidades creativas. La respuesta a las dificultades de gestionar armoniosamente los derechos y obligaciones en este entorno y/o de corregir la opacidad de los criterios de protección y/o remuneración de obras establecidos unilateralmente por las plataformas digitales ha dado lugar a propuestas normativas enfocadas en la protección excesiva de los derechos de exclusión sobre obras intangibles. Así, el denominado ciclo de gobernanza en el caso de las industrias creativas implica no solo una transversalidad con otros regímenes regulatorios (específicamente el régimen de protección de DPIs) sino con las soluciones regulatorias privadas ofrecidas/establecidas por las plataformas.

4. ¿CUÁL ES LA MOTIVACIÓN PARA LLEVAR CABO UN AIN?

La teoría entorno al AIN ha concebido una serie de principios rectores que deben orientar los procesos regulatorios.

- I. **Eficacia:** la medida regulatoria deberá ser adecuada y suficiente para resolver el problema identificado y cumplir los objetivos para los cuales fue creada.
- II. **Eficiencia:** la medida regulatoria deberá lograr mayores beneficios (económicos, sociales y ambientales) que costos para el cumplimiento de sus objetivos.
- III. **Necesidad:** se debe justificar que la medida regulatoria es requerida para mitigar un problema o un riesgo existente que afecta a la sociedad.
- IV. **Seguridad jurídica:** la medida regulatoria debe propender por la certeza del derecho dentro del ordenamiento jurídico, y obedecer a condiciones objetivamente previsibles, de tal forma que las afectaciones positivas o negativas que de esta se desprendan para los sujetos regulados de la norma puedan ser calculadas previamente y no signifiquen una vulneración arbitraria de sus derechos.
- V. **Transparencia y consulta pública:** se deben garantizar los espacios institucionales para que los sujetos regulados y los terceros interesados consulten y participen de manera efectiva en la formulación, el cumplimiento y la evaluación de las medidas regulatorias.
- VI. **Proporcionalidad:** los recursos, las metodologías y los procedimientos deberán guardar relación con el impacto esperado de la medida regulatoria en la economía, la sociedad o el medio ambiente.
- VII. **Idoneidad:** los instrumentos jurídicos deben ser consistentes con las competencias otorgadas a las autoridades para regular y con el orden jerárquico de las normas, de conformidad con la Constitución y la ley.
- VIII. **Accesibilidad:** una regulación debe ser comunicada adecuadamente, de manera que facilite la comprensión y el acceso a ella por parte de los regulados y los ciudadanos interesados.
- IX. **Responsabilidad y rendición de cuentas:** los sujetos regulados deben tener la posibilidad de identificar al responsable de la expedición de la norma.
- X. **Simplicidad-lenguaje claro:** la norma debe ser expuesta en un lenguaje claro que facilite su comprensión.

En el caso de la ley 1834 de 2017 y sus decretos reglamentarios es claro que la intención de lograr un mercado competitivo en materia de industrias creativas justifica llevar a cabo un AIN que sirva como guía para la ejecución simultánea de las tareas a cargo de diferentes entes y que al mismo tiempo oriente a los ciudadanos en relación con las entidades encargadas de asegurar la eficacia de las regulaciones. De esta manera se generará como contrapartida, un marco para la efectiva protección de ciertos derechos y prerrogativas contenidos en diversos instrumentos internacionales aplicables en relación con la promoción de las industrias culturales/creativas, pero compatibilizados con las oportunidades de participación que propician los desarrollos tecnológicos contemporáneos.

5. CUÁLES SON LAS CONDICIONES PARA UN AIN EN MATERIA DE INDUSTRIAS CREATIVAS?

Los AIN suponen la definición de un problema específico con el fin de proponer soluciones que generen beneficios al interés general y no solo a ciertas partes interesadas. Las siguientes condiciones deben ser tenidas en cuenta al momento de pensar en el uso de esta herramienta:

- Los resultados de una regulación en la que se ha usado la herramienta de AIN deberían mejorar la legitimidad de la regulación sin dejar espacio a posibles intereses encubiertos o dudas sobre captura del regulador.
- Generalmente los AIN debe orientarse a balancear los intereses en juego.
- Un elemento importante es el agotamiento del procedimiento establecido para llevar a cabo el AIN.
- En la medida en que se den los efectos benéficos en términos de eficiencia dichos indicadores deben retroalimentar el ciclo de información de manera que la ciudadanía pueda constatar la eficacia y oportunidad de la intervención regulatoria. Dentro de los indicadores pueden incluirse: a.) la mejora cualitativa y cuantitativa de la producción cultural y el acceso (digital o analógico) a la misma, b.) los incrementos en la producción de obras literarias, artísticas o científicas disponibles, c.) ampliación de la disponibilidad y acceso a obras en bibliotecas, museos y archivos, d.) adaptación o incorporación de estándares de acceso a personas o grupos vulnerables, e.) mejoramiento en el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados al despliegue de las industrias creativas, f) lograr una justa armonización de la protección y disponibilidad de contenidos en el entorno digital.
- El contexto político debe brindar la estabilidad y condiciones de base para apalancar políticas culturales y educativas con efectos a corto plazo.

Razones para regular

La decisión del gobierno sobre la adopción de una regulación es, en términos generales, política; sin embargo, el AIN es una herramienta que permite ofrecer información técnica y socioeconómica relevante, de manera sistemática, tanto a quienes tienen la responsabilidad de decidir si van a regular o no, como a los que serán supervisores de la regulación e, incluso, a quienes serán objeto de la misma. La OCDE, desde 1995, ha establecido una serie de preguntas que contribuyen a mejorar el proceso de toma de decisiones regulatorias, comenzando con las razones que justifican la necesidad de la regulación.

La definición del problema debe explicar exactamente por qué se requiere la intervención gubernamental. En ese sentido, varias razones pueden estar en el origen de la intervención:

- Una falla de mercado, por ejemplo, información asimétrica, externalidades, bienes públicos o mercados imperfectos.
- Una falla regulatoria, por ejemplo, una restricción a la competencia impuesta por el gobierno, que va en contra del interés público.
- Riesgo inaceptable, por ejemplo, a la salud y seguridad humana o posible daño al medio ambiente.
- Búsqueda de objetivos sociales y de equidad, por ejemplo, cuando grupos de la sociedad quedan excluidos de bienes o servicios o se trata de atender temas como la pobreza, género, desigualdades sociales, etc.

En presencia de estos fenómenos, la intervención regulatoria puede estar justificada. El AIN, por ello, debe explicar claramente en la sección de definición del problema qué es lo que motiva al regulador a intervenir.

6. ¿CUÁLES SON LOS BENEFICIOS Y LOS DESAFÍOS/RIESGOS?

La regulación de las industrias creativas conlleva claros beneficios, pero también importantes riesgos que podrían ser anticipados mediante el despliegue de AIN.

BENEFICIO/	RIE/GO/
Promoción del uso social de DPIs, tratamiento de nuevos temas o abordaje de temas complejos con miras a soluciones concretas (ej. regulación de las obras huérfanas, remuneración por contenidos informativos, etc.)	Tendencia a privilegiar enfoques de protección excesiva y/o de monetización de expresiones culturales, dejando de lado la instrumentalización de las limitaciones y excepciones previstas en acuerdos internacionales.
Nuevo escenario para la implementación de agendas positivas	Perdurabilidad de la estigmatización a enfoques que promuevan flexibilidades, acceso a dominio público o licenciamiento obligatorio de ciertas categorías de derechos.
Reconocer el carácter trasgresor de muchos emprendimientos creativos	Polarizar posturas en torno a la necesidad de protección/finalidad económica.
Relajar las tensiones internas que genera el debate entre comercio y cultura en el entorno digital	Banalización de los aspectos culturales ligados a la agenda de internacionalización del comercio
Promoción de la creación de valor en el contexto de las actividades de las plataformas digitales	Eventual consolidación de una visión monetizadora impulsada por la economía digital
Visibilización del comercio de servicios y de la transferencia de datos/contenidos	Activar respuestas regulatorias con enfoque de proteccionismo digital
Posibilidad de identificar y proveer alternativas a procesos de erosión cultural	Limitar el abanico de opciones en beneficio de empresas con poder de dominio.
Mejora de la competitividad del sector creativo	Condiciones de acceso a mercado inequitativas con potencial de afectar la forma como los actores concurren al mercado.
Permite focalización de actores	Se pueden dejar de lado a actores relevantes, pero con poca capacidad de cabildeo
Claridad sobre el nivel de injerencia	Generar una normatividad intrusiva que dificulte la innovación o reduzca la disponibilidad de inversionistas para desarrollar el sector

Conclusión: el análisis costo-beneficio inherente al AIN es clave para determinar la efectividad de la regulación entendida como la capacidad de generar externalidades positivas – creación de valor – en torno a los emprendimientos basados en actividades o productos culturales. Igualmente, esta evaluación costo-beneficio es útil en la medida en que permite a las autoridades evaluar las opciones en materia de salvaguardias o incentivos a actividades culturales.

7. ¿CÓMO LOGRAR UN AIN EXITOSO EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE INDUSTRIAS CREATIVAS?

Adaptar la herramienta AIN a la complejidad creciente de las industrias creativas es un desafío que debe estar enmarcado por importantes consideraciones a fin de evitar incentivos adversos y/o efectos indeseados.

Consideraciones generales

- Asumir el carácter ex ante de la herramienta AIN: tal y como se ha dejado establecido, la regulación de las industrias creativas puede verse beneficiada de la correcta implementación de esta herramienta, al permitir avizorar en conjunto el problema y sus actores.
- Es fundamental considerar el carácter transversal de la regulación de las industrias creativas.
- Así mismo, debe considerarse que terminará habiendo una priorización respecto de ciertas actividades que son relevantes en el mediano-corto plazo.
- Uno de los eventuales resultados del uso de la herramienta puede ser la decisión/recomendación de no regular o de abrir espacio a esquemas de autorregulación o correulación.
- Es necesario considerar la economía política de los DPIs en los países en desarrollo lo cual implica el reconocimiento de una gran capacidad de cabildeo por parte de los representantes de los gigantes tecnológicos interesados en capturar valor a través del despliegue de las actividades de sus plataformas.
- El acompañamiento presupuestario es clave para lograr que la eficiencia de la regulación se vea reflejada en una mayor legitimidad gubernamental en materia de promoción de las industrias creativas.

Consideraciones técnicas

- El AIN como procedimiento administrativo es altamente reglado. Los criterios y etapas para llevarlo a cabo han sido delineados por el Departamento Nacional de Planeación y el Departamento Administrativo de la Función Pública y dependiendo de las esferas regulatorias se prevé la participación de otras entidades que conforman la rama ejecutiva.
- Durante el proceso de definición del problema es importante hacer una identificación de los grupos que potencialmente están siendo afectados por la situación a ser resuelta o que podrían ser afectados por una posible solución. Habrá quienes obtengan beneficios de la situación y su solución, así como, habrá quienes tengan que incurrir en costos debido a ello; esto es, toda intervención crea ganadores y perdedores. El AIN debe ayudar a identificar quienes pertenecen a cada grupo, en qué forma son afectados y en qué medida, para así tomar mejores decisiones que permitan minimizar los costos y maximizar los beneficios de la intervención en la sociedad.
- El mapeo de actores es fundamental para poder entender los impactos que el problema está causando o su solución puede crear en ellos. Atribuir los efectos o impactos a los distintos grupos facilitará también entender si ellos se benefician o se perjudican frente a la problemática. Una matriz donde se pueda atribuir a cada grupo identificado los impactos puede ayudar a tener mayor claridad sobre estos aspectos.
- El proceso de consulta comprende diferentes fases que deben acompañar todo el diseño y la preparación del AIN. Hay momentos previos, de pre-consulta, que son tan importantes como la consulta pública final porque es al inicio del proceso donde se nutre la mayor parte del análisis y la interacción con actores afectados y permite obtener las informaciones más valiosas para entender los impactos.
- Al final del proceso de AIN, el documento debe ser sometido a un proceso de consulta pública,

donde la sociedad tenga la posibilidad de opinar al respecto. Son momentos diferentes durante el proceso regulatorio, pero vinculados por la preparación del AIN y la posible afectación a los actores identificados.

- Debe haber un punto de partida claro en relación con la necesidad de que la regulación propuesta sea lo más clara y simple posible, esto en razón de la concurrencia con temas técnicos como lo son el derecho económico internacional, los DPIs, el derecho de la competencia o la regulación aún incipiente de la economía digital (mercados de dos caras y economías en red)



Fuente: https://www.funcionpublica.gov.co/documentos/-/document_library/othA1ZSmAr2v/view_file/35925388

8. EJEMPLOS DE AIN

Sector de alimentos labeling de productos alimenticios-información nutricional

La reglamentación ha estado a cargo de la presidencia de la república “...” las entidades e instituciones que participaron en su elaboración analizaron diversos modelos gráficos usados en el mundo y límites nutricionales implementados en diversos países latinoamericanos, teniendo en cuenta el marco de la actual reglamentación del país y de las normas internacionales en la materia (...) se permitirá el uso voluntario del sello frontal positivo. En el camino a reglamentación se deberá surtir el Análisis de Impacto Normativo AIN con término de 10 días, consulta nacional (30 días), concepto previo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Consulta Internacional (90 días), abogacía de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, concepto por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, revisión de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y protección y expedición” (Diario el Heraldo 27.02.2020) “Comida chatarra tendrá sellos de advertencia” https://www.funcionpublica.gov.co/documentos/-/document_library/othA1ZSmAr2v/view_file/37033364

Sector Construcción Reglamento Técnico aplicable a barras corrugadas de baja aleación para refuerzo de concreto en construcciones sismo resistentes que se fabriquen, importen o comercialicen en Colombia

Este caso permite apreciar el AIN⁶ ex post a la Resolución 1856 de 2017⁷ del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, por la cual se expide el Reglamento Técnico aplicable a barras corrugadas de baja aleación para refuerzo de concreto en construcciones sismo resistentes que se fabriquen, importen o comercialicen en Colombia. La determinación del problema en cuanto a la procedencia de un reglamento técnico encontró que “que en la actualidad y con la información capturada y analizada, no se logra identificar con claridad hechos o situaciones asociadas con las barras corrugadas de baja aleación, que puedan llegar a ocasionar una problemática que ponga en riesgo la salud o la vida humanas, o que los consumidores sean inducidos a error. Así mismo, en cuanto a los objetivos legítimos que busca salvaguardar la Resolución 1856 de 2017, se debe decir que los mismos, se encuentran protegidos por otras regulaciones, dado que para el caso de la protección de la salud o seguridad humanas, se cuenta con el Decreto 926 de 2010 “Por el cual se establecen los requisitos de carácter técnico y científico para construcciones sismo resistentes NSR-10” haciendo obligatorio que el acero utilizado como refuerzo para concreto cumplan con la Norma Técnica Colombiana 48 - NTC 2289 en todo el territorio nacional; y en lo referente a la prevención de prácticas que puedan inducir a error, el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 establece que los consumidores tienen derecho a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos. Del mismo modo, el título cinco (V) de la citada Ley 1480 de 2011, menciona lo relacionado con la responsabilidad y obligación que tienen los proveedores y productores en suministrar información a los consumidores.

6 Ver: <https://www.mincit.gov.co/minindustria/temas-de-interes/reglamentos-tecnicos-en-el-mcit/documentos/analisis-de-la-problematica-rt-barras-corrugadas.aspx>

7 Ver: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30035503>

9. EL AIN FRENTE A CASOS PUNTUALES

La incidencia de la regulación de contenidos en línea es un determinante efectivo de las posibilidades de realización de las agendas culturales y de los emprendimientos creativos de individuos o grupos que nutren su creatividad a través de la disponibilidad de información en línea. Varios eventos recientes vienen poniendo de presente la forma como la digitalización ha aumentado la presión sobre quienes deciden usar o “re-usar” ciertos tipos de contenidos con la convicción errada de estar participando dentro de entornos o “ecosistemas” culturales dinámicos donde la protección de la diversidad cultural está asegurada como derecho fundamental.

EVENTOS/	DERECHO/ COMPROMETIDO/	PROBLEMA/ PUNTUALES/
Casos relacionados con la imposibilidad de difundir por medios digitales (incluidas plataformas) contenidos que ya están en el dominio público.	<ul style="list-style-type: none"> - Alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor específicamente el derecho de cita. (artículo 31 de la Ley 23 de 1982, Art 22, Decisión 351 de 1993) - Carácter territorial de las normas de propiedad intelectual. (artículo 2, Decisión 351 de 1993) 	Las discrepancias en materia de cumplimiento de normas de derecho de autor suelen imponer el criterio adoptado por la plataforma digital en desmedro de las personas naturales o jurídicas que reivindica la posibilidad de hacer uso de las limitaciones o excepciones.
Casos relacionados con la imposibilidad de hacer uso incidental de informaciones sobre eventos noticiosos o públicos. Cierre intempestivo de páginas Web basado en políticas de utilización. Apropiación de los derechos de reproducción por parte de plataformas digitales buscando limitaciones a la monetización.	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho de cita - Uso para información pública o difusión de eventos públicos en principio no sujetos a la protección de los derechos e autor, i.e. fragmentos de una alocución presidencial o de eventos públicos. (artículo 15 (f), Decisión 351 de 1993) 	Este tipo de restricciones suele aparecer como resultado de estándares privados de utilización que expanden o restringen derechos por fuera de las normas vigentes en materia de derecho de autor. Un ejemplo de esta situación es la posibilidad conceder la titularidad al primer solicitante de monetización en desmedro de los derechos a informar de usuarios posteriores. Las restricciones operan como resultado del tratamiento algorítmico de información
Censura de contenidos sin oportunidad de contradicción por parte de colectivos interesados en comunicar productos alternativos	Libertad de expresión y libertad de información (artículo 20, Constitución Política de Colombia)	Asimilación del carácter transgresor de algunas expresiones culturales con criterios de inmoralidad o ilegalidad. Riesgo de criminalización del derecho a la información.
Limitaciones a la accesibilidad a personas en condición de discapacidad	Acuerdo de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Adoptado el 27/06/2013, Aprobado por el Congreso en 13/04/2021.	Estas limitaciones a la monetización de contenidos que pueden mejorar el acceso a ciertos grupos vulnerables van en contravía de las tendencias actuales en materia de protección del derecho de autor.

Conclusión

Muchos de los eventos reportados para la elaboración de este documento guardan relación con la monetización de los contenidos habilitada y estimulada por plataformas digitales, las cuales han modificado la comprensión tradicional que se tenía respecto del espectro de aplicación de las limitaciones y excepciones al derecho de autor o incluso el alcance frente al uso contractual de ciertos contenidos. El hecho de que estas plataformas se hayan auto-conferido facultades para

definir normas de utilización de contenidos no siempre resulta favorable a la libertad de expresión o la voluntad de los autores de autorizar el uso posterior de ciertos contenidos. Finalmente, esta situación parece estar retardando la evolución normativa tal como sucede en el caso del acceso a obras a personas con discapacidad o el reconocimiento económico (monetización) esperado por grupos o comunidades creativas.

10. REFERENCIAS

- Corredor, Rodrigo (2020) Elementos para la promoción de las industrias creativas (ley 1834 de 2017) Un análisis a partir del sector de los videojuegos. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3776>
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). Mejora Normativa: Análisis de Impacto (Documento CONPES 3816). Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3816.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (2017). Guía para realizar la consulta pública en el proceso de producción normativa. Recuperado de: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Mejora%20Regulatoria/Documentos/Gu%C3%ADa_consulta_p%C3%BAblica.pdf
- Grosse Ruse-Khan, Henning. (2020) Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content” PIJIP Research Paper Series. 51. Recuperado de <https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/51>
- Huarag Guerrero, E. (2019). Challenges of Intellectual Property in the Information Society. En WIPO-WTO Colloquium Papers 2017 (pp. 81-90). Ginebra. WTO - WIPO.
- Kulesz, O. (2017). Las políticas culturales en la era de las plataformas digitales. En Re-Shaping Cultural Policies: Advancing creativity for development (pp. 71-86). París. Unesco.
- (2016) Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo en Colombia. Paris. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Colombia-2016-web.pdf>
- OMPI (2013) Acuerdo de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Ginebra. Recuperado de <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/marrakesh/index.html>
- OMPI (2015). Guía para determinar la contribución económica de las industrias relacionadas con el derecho de autor, 2.a ed. Ginebra. OMPI.

K

