



**Universidad Internacional de La Rioja**

---

# Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el derecho español y colombiano.

---

Trabajo fin de máster presentado por:

Amelia Catalina Ramírez Yepes

Titulación:

Máster en propiedad intelectual y derecho de las  
nuevas tecnologías

Línea de investigación:

Fundamentos, alcance y contenido de los derechos de  
autor, derechos conexos y el régimen de propiedad  
industrial

Director/a:

Victoriano Darias

Ciudad: Medellín

- a. 3 de febrero de 2017
- b. Firmado por: Amelia Catalina Ramírez Yepes

CATEGORÍA TESAURUO: 3.1.5 Derecho privado

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho  
español y colombiano.



---

## RESUMEN

Cada vez que se utiliza la totalidad o un fragmento de las obras protegidas, nos preguntamos de igual manera, si se debe pagar por cada uso o es permitido utilizar las mismas. Este trabajo pretende encontrar un punto de equilibrio, comprendiendo las diferentes definiciones y regulaciones que envuelven las excepciones y limitaciones del derecho de autor y las figuras afines, haciendo énfasis en el derecho español y colombiano, e intentar de dar una propuesta para adaptar esa normatividad al mundo actual, donde las nuevas tecnologías hacen cada vez más difícil el proteger a los autores frente al uso abusivo de sus obras, y a su vez, donde el mundo exige mayor libertad frente al contenido depositado en internet. Finalmente, la respuesta debe orientarse a generar un equilibrio económico en una sociedad caracterizada por monopolios que manejan la mayor parte del contenido audiovisual, y los beneficios, con sus límites, de compartir el conocimiento sin afectar la economía de mercado.

**Palabras clave:** Derechos de autor, limitaciones, excepciones, fair use, interés individual y colectivo.

### Abstract

Every time we use the whole or a fragment of these protected works, we ask the same way, whether to pay for each use or is allowed to use the same. This paper aims to find a balance point, including the different definitions and regulations that surround the exceptions and limitations of copyright and related figures, with emphasis on Spanish and Colombian law, and try to give a proposal to adapt this normativity to the In today's world, where new technologies make it increasingly difficult to protect authors against the abusive use of their works, and in turn, where the world demands greater freedom from the content deposited on the Internet. Finally, the response must be aimed at generating an economic equilibrium in a society characterized by monopolies that handle most audiovisual content, and the benefits, with its limits, of sharing knowledge without affecting the market economy.

**Keywords:** Copyright, limitations, exceptions, fair use, individual and collective interest.

---

## ÍNDICE

	<b>Página</b>
<b>Resumen - palabras clave -----</b>	<b>3</b>
<b>Abstract – keywords -----</b>	<b>3</b>
<b>Introducción -----</b>	<b>7</b>
<b>Desarrollo -----</b>	<b>9</b>
<b>I. Fundamento económico de los derechos de autor -----</b>	<b>9</b>
<b>I.1. Un breve marco histórico -----</b>	<b>9</b>
<b>I.2. Teorías -----</b>	<b>11</b>
<b>I.2.1. El monismo -----</b>	<b>11</b>
<b>I.2.2. El dualismo -----</b>	<b>12</b>
<b>I.2.3. Derecho natural -----</b>	<b>12</b>
<b>I.2.4. Teoría instrumentalista -----</b>	<b>12</b>
<b>I.2.5. Derecho de autor -----</b>	<b>13</b>
<b>I.2.6. Copyright -----</b>	<b>13</b>
<b>I.3. Consagración normativa -----</b>	<b>14</b>
<b>I.3.1. Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas -----</b>	<b>15</b>
<b>I.3.2. Otros convenios internacionales -----</b>	<b>15</b>
<b>I.3.3. Constitución Española -----</b>	<b>15</b>
<b>I.3.4. Constitución Política de Colombia -----</b>	<b>16</b>
<b>I.3.5. Código civil español -----</b>	<b>16</b>
<b>I.3.6. Ley de Propiedad Intelectual española -----</b>	<b>16</b>
<b>I.3.7. Directiva 29/2001/CE, relativa a la armonización de los regímenes de derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información -----</b>	<b>16</b>
<b>I.3.8. Leyes colombianas relativas al derecho de autor -----</b>	<b>16</b>
<b>I.3.8. Normatividad estadounidense -----</b>	<b>17</b>
<b>I.4. Justificación de los límites y excepciones del derecho de autor y demás figuras afines -----</b>	<b>18</b>
<b>II. Límite temporal y figuras afines a los límites y excepciones -----</b>	<b>24</b>
<b>II.1. El primer límite, el temporal -----</b>	<b>24</b>
<b>II.2. La regla de los tres pasos o three-step test -----</b>	<b>28</b>
<b>II.3. Fair use -----</b>	<b>32</b>
<b>II.3.1. El propósito y carácter del uso, incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educacionales sin fines de lucro -----</b>	<b>33</b>
<b>II.3.2. La naturaleza de la obra protegida -----</b>	<b>33</b>
<b>II.3.3. La cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo -----</b>	<b>33</b>
<b>II.3.4. Fair dealing -----</b>	<b>38</b>
<b>III. Excepciones y limitaciones del derecho de autor -----</b>	<b>39</b>
<b>III.1. La copia privada -----</b>	<b>40</b>
<b>III.2. Límites frente a programas de ordenador -----</b>	<b>44</b>
<b>III.2.1. Límites absolutos -----</b>	<b>44</b>
<b>III.3.1. Límites relativos -----</b>	<b>46</b>
<b>III. 3. Seguridad y procedimientos públicos -----</b>	<b>47</b>

---

<b>III. 4. Personas en situación de discapacidad -----</b>	<b>47</b>
<b>III. 5. Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica -----</b>	<b>50</b>
<b>III. 6. Temas de actualidad y noticias -----</b>	<b>59</b>
<b>III. 7. Obras en vía pública -----</b>	<b>61</b>
<b>III. 8. Museos, bibliotecas u otras entidades de carácter cultural o científico -----</b>	<b>63</b>
<b>III. 9. Ejecución de obras en actos oficiales y ceremonias religiosas -----</b>	<b>68</b>
<b>III. 10. Parodia -----</b>	<b>68</b>
<b>III. 11. Obras huérfanas -----</b>	<b>71</b>
<b>III. 12. Cable, satélite y grabaciones técnicas -----</b>	<b>73</b>
<b>III. 13. Bases de datos -----</b>	<b>76</b>
<b>III. 14. Textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial y traducciones de esos textos -----</b>	<b>78</b>
<b>III. 15. Otras limitaciones y excepciones -----</b>	<b>79</b>
<b>III. 16. Licencias obligatorias o no voluntarias para países en desarrollo ---</b>	<b>80</b>
<b>Conclusiones -----</b>	<b>83</b>
<b>Bibliografía -----</b>	<b>86</b>



## INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos fundamentales para el desarrollo de los países ha sido la propiedad intelectual. Si vemos las brechas entre países en vía de desarrollo y los llamados de “primer mundo”, es que para los primeros, la base de su economía se centra en la mano de obra no calificada y productos agrícolas y mineros, y para los segundos, el desarrollo se centra en el avance científico y cultural, ligado obviamente a la propiedad intelectual. Dicho progreso, en el caso de los derechos de autor, que es la materia que nos ocupa, se ve ampliamente desarrollado en las industrias del entretenimiento y de software, quienes han sabido explotar de la manera más adecuada, las herramientas legales brindadas para la protección y explotación de los derechos de propiedad intelectual en los campos de conocimiento aplicables a estas materias.

Sin embargo, el que el régimen de protección de estos derechos haya tenido su desarrollo en empresas lucrativas, ha generado una coraza que ha impedido de cierta manera, un equilibrio adecuado frente a los derechos patrimoniales de los autores o de quienes ostentan los derechos de explotación, frente a la sociedad y países menos desarrollados, que se encuentran ávidos de conocimiento y más aún necesitados del mismo. Por esto, el estudio de los límites y excepciones a los derechos de autor, es una de las herramientas básicas que necesitan las legislaciones de los estados, para poder poner en la balanza, los derechos de propiedad privada y el interés general, en aras de buscar un equilibrio frente al tema.

Por esto, en el estudio de este tema, encontraremos en primer lugar, una breve introducción sobre los fundamentos económicos del derecho de autor, donde veremos las tesis más significativas que dan lugar al surgimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual, lo que luego decantará en la consagración normativa internacional y local, aplicable a España y Colombia, países en donde se centrará el trabajo en comento. Posteriormente, entraremos en materia haciendo una primera aproximación a las cuestiones temporales de la protección, y la regla de los tres pasos, acercándonos a figuras como el fair use y fair dealing. Ya de lleno, se verán los límites y excepciones, haciendo un interesante comparativo de la legislación española y colombiana, finalizando con unas breves conclusiones sobre el tema.



## DESARROLLO

### I. Fundamento económico de los derechos de autor

Si quisieramos resumir el fundamento económico de la propiedad intelectual, y en especial del derecho de autor, sería la protección del creador como ser participante en el mercado, quien tiene derecho a percibir ganancias fruto de su trabajo. Dichas ganancias están orientadas no solo a satisfacer un beneficio individual, sino que pretenden ser un equilibrio social al equiparar el trabajo tangible con el intangible. Sin embargo, en una época en la cual es tan fácil acceder a la información y tan difícil es su protección, es necesario ahondar un poco más acerca de lo que encierra dicho fundamento, para así tener un panorama global que permita entender más adelante por qué nacen del nacimiento de las excepciones y limitaciones del derecho de autor, y su importancia económica en el mundo actual.

Para poder acercarnos a entender el desarrollo económico de los derechos de autor y su vertiginoso avance, no basta con estudiar las leyes y convenios actuales, sino que es necesario irnos hacia atrás y comprender el marco histórico por el cual surge su protección, del cual haremos una breve reseña, dado la multiplicidad de información que existe sobre el tema, y que esta no es la materia central de nuestro trabajo.

**I.1. Un breve marco histórico:** Para nadie es un secreto que las invenciones humanas son las que han sentado la base de la civilización. Incluso desde los tiempos de las cavernas, encontramos grabados que muestran el desarrollo intelectual del hombre y su afán para plasmar sus ideas en algo tangible, con lo que pudiera ser recordado a través del tiempo. En la época de la antigua Grecia y el Imperio Romano, veíamos obras que permanecen a través del tiempo, escritas por eruditos de la época en las cuales ya se hacía un reconocimiento de su autoría y esfuerzo. En épocas medievales, se hacía más fácil determinar la autoría de la obra, dado que los medios de producción literarios y artísticos estaban monopolizados por las altas élites o grupos de la sociedad, como los monasterios, a quienes se les encargaba la compilación de escritos y obras religiosas. La posibilidad de plagio y de copia se veía restringida dado que los mecanismos utilizados para plasmar la idea no eran de fácil consecución, y no existía una herramienta que pusiera a disposición del público las copias requeridas para su comercialización.

Pero, las invenciones y el desarrollo tecnológico no dan marcha atrás, lo que implicó en su época (y porque no decirlo ahora), la “masificación del conocimiento”. Este punto de quiebre fue dado en Europa por la aparición de herramientas de copia en masa que pusieron, no solo a disposición el conocimiento plasmado por los intelectuales de la época, sino también la posibilidad de adquirir ejemplares a libre disposición y muy bajo costo. Este fue el caso de la imprenta:

*“(...) Es así como apareció la imprenta inventada por Gutenberg en el siglo quince, que hizo posible alcanzar un mayor número de personas sin que estuvieran reunidas en un mismo lugar, lo que formó un mercado que fue desde un principio muy susceptible a las imitaciones y a las falsificaciones (...) Inicialmente se les concedió una posición de monopolio para ejercer el oficio a los impresores establecidos en una determinada ciudad o país, de manera que solo ellos tenían autorización para imprimir. La protección se refería a ciertos libros o escritos de un impresor y se llamaba privilegio, el cual por lo general estaba limitado a una duración determinada.*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*Estos privilegios de impresión se concedían tanto a impresores como a editores; el autor y sus intereses no estaban cobijados por esta protección de la obra (...)<sup>1</sup>*

Esta incipiente protección, muestra un arraigo de la sociedad por preservar ciertos privilegios a determinadas posiciones y a ciertas publicaciones, en donde prevalecía el interés colectivo, sin consideración al esfuerzo del autor. Esto, por razones de económicas y justicia tenía que ser reconsiderado, y en un esfuerzo por acabar el monopolio otorgado, fue emitido un estatuto pionero en el estudio del derecho de autor, el Estatuto de la Reina Ana de 1709, cuyo título *“Una ley para el fomento del saber mediante la concesión de derechos sobre las copias de libros impresos a sus autores, o sus adquirentes, durante los plazos aquí mencionados”* muestra desde un principio las atribuciones dadas al autor, *“el derecho único de imprimir o de disponer de los ejemplares de una obra. A partir de allí, la forma en que el editor podía beneficiarse del derecho exclusivo de publicar una obra, era en virtud de una cesión que realizara el autor<sup>2</sup>”*.

Posteriormente llegaron las épocas de las revoluciones burguesas, específicamente en 1789 en Francia, donde el autor no solamente tenía la facultad de disposición sobre su obra, sino que además se le reconocía su derecho sobre la misma como un derecho de la personalidad. Importante punto de partida, dado que se complementa la parte económica que era la que prevalecía por cualquier otra cuestión, con el ligar el autor a su obra, y poner su creación a la altura de cualquier otro bien material. En Alemania podemos ver como se identificaron tempranamente los dos aspectos de la protección de los derechos de autor:

*“(...) derecho moral y derecho patrimonial. Las discusiones sobre cual aspecto primaba culminaron en el intento de querer derivar el derecho de autor únicamente de la protección de la personalidad, intento que fracasó, pero contribuyó a que en Alemania empezaran a distanciarse del término “propiedad intelectual” y prefiriesen las expresiones “derecho de bienes inmateriales” y “derecho de autor”. De esta manera se ubicaba el derecho de autor dentro del derecho privado como derecho de propiedad y se preparaba el terreno para órdenes internacionales. Esta situación condujo a la materialización de tratados multilaterales como el convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886), y otros (...)”*

Posteriormente vemos el desarrollo de sociedades que agrupaban autores con el fin de defender sus derechos. Entre ellas podemos destacar las creadas como pioneras en Francia donde encontramos a la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), de autores dramáticos, la Société des gens de lettres (SGDL), y la SACEM, gestora de derechos musicales. Posteriormente el derecho de autor tuvo un avance significativo desde el Convenio de Berna, donde cada nación apropió dicha normativa acorde a sus necesidades, lo que sin embargo no le restó el carácter de universal que tiene el derecho de propiedad intelectual, siendo de las pocas normas que se aplican de manera casi uniforme en todo el mundo.

En el siguiente aparte se seguirá desarrollando el marco histórico de los derechos de autor, pero ya con el desarrollo de las teorías que fueron surgiendo sobre el tema.

<sup>1</sup> VEGA JARAMILLO, A. (2010) “Manual de derecho de autor” Dirección nacional de derecho de autor unidad administrativa especial Ministerio del Interior y de Justicia, pág. 6

<sup>2</sup> *Íbid*, pág. 6

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sub>10</sub> español y colombiano.

**I.2. Teorías** De toda esta historia que desarrolla el derecho de autor, nacen varias teorías encaminadas a delimitar su protección. Antes de analizarlas, empecemos por lo principal, la base de esta protección. ¿Qué es el derecho de autor? El derecho de autor es la protección, desde el punto de vista jurídico, que se le otorga a una creación original, intelectual y humana, debidamente soportada, que confiere a su vez una serie de derechos y prerrogativas a favor del autor y su obra.

Y entonces, ¿Qué es lo que defiende este derecho? El derecho de autor no defiende ideas, aunque parte de ellas. Defiende su exteriorización y ese es su objeto de protección, siempre que sea producto de una creación humana y original. Se tiene entonces que el autor tiene dos intereses, que dependiendo del sistema jurídico en que se estudie, entran a complementarse o a diferenciarse plenamente, y es el interés económico y el que comprende los derechos de la personalidad. En la evolución del amparo del derecho de autor, surgen varias teorías que proponen diferentes ámbitos de protección, que van ligados al pensamiento económico de la época ya que, recordemos, la figura de la propiedad intelectual tal y como la conocemos, si bien siempre han existido creaciones intelectuales desde el comienzo de las civilizaciones, su desarrollo es de creación reciente.

**I.2.1. El monismo:** Como su nombre lo indica, el monismo propende porque los intereses del autor se ubiquen en una sola esfera y por ende contempla un ámbito de protección unificado. Son varios autores los que desarrollaron esta teoría y que concuerdan que ambas facultades del autor son inescindibles:

*"(...) La doctrina monista alemana contemporánea representada por Eugen Ulmer (citado en Strowel, 1994), quien considera que los derechos morales y patrimoniales desde esta teoría hacen parte de un mismo tronco del derecho de autor. Ulmer habla de la subsistencia de un doble carácter del derecho de autor, pero, en cualquier caso, ambos son parte de una unidad que, por ser en la práctica imposible dividirlos, no es posible entenderlos separadamente. La protección de la explotación de la obra defiende no solo los intereses económicos del autor sino, de igual forma, las facultades que tiene este sobre el objeto creado, pero es sumamente difícil separar los "intereses" de otras "facultades", luego el sector económico y el ideal, aunque no son el mismo, generan unas relaciones cercanas que son las que permiten la protección de intereses morales a través de facultades patrimoniales y viceversa (Baylos, 1978). Otto Von Gierke (citado en Strowel, 1994), señala en su teoría que los derechos de la personalidad están por encima de los patrimoniales pero no por ello están separados. Así, Von Gierke indica que el derecho de autor se despliega en un derecho de propiedad cuyo núcleo es el derecho de la personalidad. De esta manera al no separar tales derechos esta se considera una típica teoría monista (...)<sup>3</sup>"*

Para esta teoría, que a pesar de que ubica los derechos de la personalidad por encima de los patrimoniales, considera que su protección económica no puede separarse de la creación.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ, D., SALAZAR, O., & PADILLA, J. (2015). "Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía". Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 15(28), 66 Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

**I.2.2. El dualismo:** Para el dualismo, contrario a la teoría antes estudiada, el derecho de autor abarca dos fundamentos totalmente diferenciables, que conciben los ideales del autor y el poder económico sobre la obra:

*“(...) Para Caselli, esta concepción presenta dos momentos: el primero tiene lugar al darse la creación de la obra (naturaleza personal o derecho moral), y el segundo hace referencia al hacerse su publicación (donde el derecho es patrimonial). La posibilidad llega hasta el caso en que los derechos patrimoniales pueden ser transferidos, sin que ello signifique la extinción de los derechos morales (Rogel, 2003) (...)”<sup>4</sup>*

También podemos dividir las posiciones de defensa del derecho de autor, por aquellos que propugnan un derecho natural y otros que promueven teorías de tipo instrumental y utilitarista, acogidas la primera por el derecho continental europeo, y las segundas por el derecho anglosajón.

**I.2.3. Derecho natural:** Esta teoría propende por la protección de las obras, poniendo en la cabeza del derecho al autor, dado su esfuerzo para lograr la consecución de la obra. Un derecho natural sobre la misma.

**I.2.4. Teoría instrumentalista:** En esta teoría lo importante es la utilidad de la obra como incentivo artístico.

*“(...) Quienes defendían un derecho natural del autor sobre sus creaciones proponían un copyright perpetuo, pues dicho derecho natural era difícilmente compatible con un término limitado. Quienes rechazaban dicha postura se inclinaban por dotar al copyright de un fundamento puramente legal y estatutario, negando que las ideas pudieran ser objeto de propiedad como las cosas materiales. Un documento de gran interés, porque aborda el tema del copyright con algunos argumentos muy actuales, es el Discurso del político inglés T. B. Macaulay en el año 1841”<sup>5</sup>.*

En Estados Unidos, el desarrollo del copyright es sumamente interesante, ya que su base económica propende por la protección de derechos colectivos por encima de los individuales (filosóficamente hablando), proponiendo el libre intercambio de ideas sin restricción de ningún tipo, lo que podría en un principio parecer que los bienes inmateriales producto del intelecto, no tienen una protección equiparable a los bienes materiales, por su concepción económica y filosófica que los hace diferentes al resto.

*“(...) Una de las líneas inspiradoras de la copyright clause de la Constitución era el rechazo a los monopolios. Esta postura era sostenida por Thomas Jefferson. Para él, el libre intercambio de ideas y de expresiones no podía ni debía ser restringido, y la simple noción de “propiedad intelectual” le resultaba un contrasentido: las ideas no son susceptibles de apropiación exclusiva ni pueden ser objeto de propiedad como las cosas materiales (...)”<sup>6</sup>.*

<sup>4</sup> Ibíd. p. 67

<sup>5</sup> WIKEOIE (sin año) “Propiedad Intelectual. Historia de la propiedad intelectual” (disponible en [http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia\\_de\\_la\\_propiedad\\_intelectual\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia_de_la_propiedad_intelectual_en_Propiedad_intelectual); fecha de la última consulta: 07-11-2016).

<sup>6</sup> Ibíd.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

Aunque dichas teorías han evolucionado en la normatividad que hoy tenemos, estas traen a colación el carácter inmaterial del bien a proteger. La inmaterialidad del bien es lo que ha traído a la mesa, desde su origen, la discusión acerca de la protección igualitaria con sus pares materiales, donde el tradicional derecho de uso, goce y disposición son plenamente identificables, lo que no es tan evidente con los inmateriales, donde varias personas a la vez, pueden usar, gozar y disponer del mismo bien. Esta discusión filosófica y económica ha traído consigo dos sistemas diferentes de protección:

**I.2.5. Derecho de autor:** Es el sistema prevalente en derecho continental europeo y latinoamericano, con algunas pocas excepciones, dependiendo del derecho aplicado. El derecho de autor propugna por una diferencia marcada entre los derechos morales y patrimoniales para la protección del autor, indicando que los primeros son irrenunciables y de ninguna manera transables, inexpropiables e imprescriptibles, ajustándose a la teoría del derecho natural antes explicada, ya que se reconoce en la obra la personalidad y expresión del autor.

**I.2.6. Copyright:** Este sistema comprende exclusivamente la parte patrimonial de la obra, excluyendo del ámbito de la propiedad intelectual derecho moral alguno. Se encuentra desarrollado en países de tradición anglosajona. Al tratar derechos puramente económicos, la obra puede ser objeto de cualquier transacción, cediendo la totalidad de los derechos al adquirente.

Derechos de autor	Copyright
Existencia de derechos morales (divulgación, paternidad, integridad de la obra, modificación, arrepentimiento) irrenunciables y de ninguna manera transables, inexpropiables e imprescriptibles	No existen propiamente derechos morales reconocibles al autor
Derecho natural	Derecho positivo e instrumentalista
Derechos inherente a la persona	Concepción utilitarista y económica
Nunca será posible obtener titularidad sobre los derechos morales bajo cesión o licencia	Es posible obtener la titularidad exclusiva de todos los derechos de la obra
El titular del monopolio es el autor	El titular del monopolio puede ser el autor o a quien se cedan los derechos
Se acoge al modelo de Berna en cuanto a la concepción de derechos morales	No aplica la convención de Berna en cuanto al reconocimiento de derechos morales
Protección mediante la ley de propiedad intelectual y la legislación referente a derechos de autor	Protección parcial: Ley inglesa reconoce paternidad e integridad. La legislación estadounidense protege algunas de las facultades que lo componen a través de

	otras normas: las de competencia desleal, las que protegen contra la difamación, como derecho a la privacidad, etc.
Los derechos morales nunca se extinguen	En la legislación inglesa tienen la misma duración que los derechos patrimoniales
Los derechos patrimoniales del autor pueden “regresar” a su autor en virtud del derecho de retracto, pagando la correspondiente indemnización	No hay cabida al derecho de retracto, únicamente lo que se haya dispuesto contractualmente
Siempre será una persona natural (excepcionando en algunos casos la obra colectiva)	El autor puede ser una persona natural como jurídica

**I.3. Consagración normativa:** Para comprender mejor el estado actual de los derechos de autor en las legislaciones en las cuales vamos a centrar el objeto del estudio, es necesario enunciar la normatividad que actualmente se encuentra vigente, para así poder tener un panorama y una conclusión acertada sobre el tema. Cabe aclarar que de la misma no se hará un desarrollo pormenorizado, dado que más adelante nos centraremos en los apartes correspondientes a las limitaciones y excepciones, donde haremos especial énfasis en lo que corresponda a este tema:

#### **I.3.1. Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas:**

Este convenio que data del siglo XIX (1886) reconoce el derecho del autor a reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier modificación de la misma que pueda causar perjuicio al honor o la reputación del autor. Dicho convenio basa su protección en tres principios básicos:

- Las obras literarias y artísticas de autores de los países de la Unión, o publicadas por primera vez en uno de dichos países, podrán recibir en cada uno de los demás estados contratantes la misma protección que estos otorgan a las obras de sus propios ciudadanos.
- Esa protección no debe estar condicionada al cumplimiento de formalidad alguna.
- Esa protección es independiente de la existencia de una protección correspondiente en el país de origen de la obra. Sin embargo, si un Estado contratante provee un plazo más largo que el mínimo prescrito por la convención, y la obra deja de estar protegida en el país de origen, la protección le puede ser negada una vez que cese la protección en el país de origen.

La convención abarca tanto derechos morales (divulgación, paternidad, integridad de la obra, modificación, arrepentimiento), como derechos patrimoniales de uso exclusivo de autorización y explotación, como lo son el de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Todos estos derechos se desarrollan en el articulado de la convención.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>14</sup> español y colombiano.

También establece unos mínimos que cumplir en cuanto al periodo de protección (50 años después de la muerte del autor para la mayoría de los casos), los cuales pueden ser ampliados por los Estados firmantes de acuerdo a sus necesidades y legislación imperante. Importante también la definición que trae de obras literarias y artísticas, la cual es ejemplificativa y no taxativa. Algunos elementos esenciales del convenio son:

- Criterios de protección del autor y su obra
- Derechos garantizados
- Casos en los cuales es posible la libre utilización de las obras
- Derechos conexos
- Droit de suite sobre las obras de arte y los manuscritos: Derecho a obtener una participación en las reventas
- Derecho de hacer valer los derechos protegidos
- Disposiciones especiales concernientes a los países en desarrollo
- Asamblea de la Unión y competencia de la Corte Internacional de Justicia

### **I.3.2. Otros convenios internacionales:**

- Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 27 numeral segundo: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*
- La Convención Universal de Ginebra sobre derechos de autor de 1952, revisada en París en 1971.
- La Convención de Roma de 1961 para la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.
- Convenio de Estocolmo de 1967, por el que se crea la OMPI o WIPO.
- Convenio de Ginebra de 1971 para la protección de los productores de fonogramas.
- El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) o TRIPS (siglas en inglés) refuerza los principios del Convenio de Berna. Este Acuerdo de la OMC implica, entre otras cosas, la extensión de los principios de Berna a los Estados signatarios del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio. El ADPIC obliga a cumplir con los principios de Berna y establece, entre otros, que los programas de ordenador serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna. Así mismo dispone cómo deberán protegerse las bases de datos
- Tratado de la OMPI sobre derechos de autor o TODA
- Tratado de la OMPI sobre protección de artistas y productores de fonogramas o TOIEF

**I.3.3. Constitución Española:** <sup>º</sup> El ART. 20.1.b) de la CE proclama que: *“Se reconocen y protegen los derechos: A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”*

- ART. 20.2: *“El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>15</sup> español y colombiano.

- ART. 20.5 “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”
- ART. 149.1.9<sup>a</sup>, se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación sobre propiedad intelectual.

**I.3.4. Constitución Política de Colombia:** Artículo 61. “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

**I.3.5. Código civil español:** Dentro del LIBRO II de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, el TÍTULO IV se refiere a la propiedad intelectual. En los artículos 428 y 429.

**I.3.6. Ley de Propiedad Intelectual española:** aprobada por el RD Legislativo de 12 de abril de 1996, modificada por la Ley de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, que tiene como fin reducir las descargas ilegales de contenidos a través de Internet; y por el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que suprime la compensación equitativa por copia privada, reconocida en el artículo 25. Igualmente se complementa con el RD de 7 de marzo de 2003, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, que desarrolla los artículos 144 y 145. El texto completo de la ley y sus correspondientes reformas, desarrolla y compila los aspectos más relevantes de los derechos de autor, “aterrizando” y compilando, por así decirlo, las normas y directrices comunitarias e internacionales al ámbito español.

**I.3.7. Directiva 29/2001/CE, relativa a la armonización de los regímenes de derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información:** Establecimiento de un marco jurídico armonizado de los derechos de autor y sus derechos afines en el mercado interior de la Unión, particularmente en lo referente a los productos y servicios (tanto en línea como en soportes físicos) de la sociedad de la información. La directiva armoniza lo relativo al derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, el derecho de distribución, la protección legal de los sistemas contra la copia, y los derechos de gestión de la información.

#### **I.3.8. Leyes colombianas relativas al derecho de autor:**

- Código Civil, artículo 671 “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”.
- Ley 1680 del 20 de Noviembre de 2013, “Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y las comunicaciones”.
- Ley 1519 del 13 de abril de 2012, “Por medio de la cual se aprueba el “convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite” hecho en bruselas el 21 de mayo de 1974”.
- Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, “Por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1403 de 2010, “Por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, se establece una remuneración por comunicación pública a los

*artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones Audiovisuales o Ley Fanny Mikey".*

- Ley 23 de 1982 "Sobre derechos de autor".
- Ley 232 de 1995 "por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales".
- Ley 44 de 1993 "Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944".
- Ley 603 de 2000 "Por la cual se modifica el artículo 47 de la Ley 222 de 1995".
- Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal (artículos 257, 270, 271 y 272).
- Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina de Naciones sobre el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.

**I.3.8. Normatividad estadounidense:** La normatividad estadounidense tiene un amplio desarrollo de las normas de derecho de autor, dada la tradición que tiene este país respecto a la protección de estos derechos. La OMPI, hace una recopilación normativa interesante, que resume de manera atenta lo relacionado con este tema:

*"La protección por derecho de autor en los EE.UU. está recogida en la cláusula de derecho de autor de la Constitución de los EE.UU. Las leyes vigentes del derecho de autor están codificadas en el Título 17 del Código de los Estados Unidos. En el plano federal, la reglamentación relacionada con el derecho de autor se encuentra en el Título 37 del Código de Reglamentos Federales. La ley federal sobre derecho de autor ha prevalecido sobre la mayor parte de la legislación estatal de derecho de autor desde 1978 (...) Los medios de enmascaramiento o los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados están protegidos por la legislación estadounidense sobre derecho de autor, si bien gozan de protección más limitada que otras obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor. La legislación estadounidense sobre el derecho de autor está basada en el concepto funcional de que el derecho de autor debe fomentar la creación de obras, más que proteger los derechos individuales del autor. Esta finalidad del derecho de autor está establecida en la Constitución: "promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles". Así pues, los Estados Unidos solo reconocen un mínimo derecho moral de los autores como parte del derecho de autor. Cuando se aplicó la Ley de Aplicación del Convenio de Berna, el Congreso de los EE.UU. declaró que los derechos morales recogidos en el artículo 6 bis estaban protegidos adecuadamente por leyes externas a la Ley de Derecho de Autor, como las que tratan la difamación, la competencia desleal y la publicidad. La excepción está constituida por la Ley de Derechos de los Artistas Plásticos de 1990 (VARA), que forma parte de la Ley de Derecho de Autor, pero solo se aplica a las obras de las artes plásticas y solo tiene en cuenta los derechos de atribución e integridad. La legislación estadounidense no distingue entre el derecho de autor y los derechos conexos (...)"<sup>7</sup>"*

Teniendo claro el panorama acerca de que protege el derecho de autor, su trascender histórico, las teorías que enmarcan su desarrollo, y el marco normativo

<sup>7</sup> OMPI (sin año) "Reseña del marco jurídico y reglamentario de propiedad intelectual en los Estados Unidos de América" (disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/outline/us.html>; fecha de la última consulta: 07-11-2016).

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

vigente, se hace necesario recopilar todo lo antes dicho, para entrar en materia y analizar los derechos de autor desde el punto de vista económico, con el fin de concluir en nuestro tema principal: las limitaciones y excepciones del derecho de autor.

#### **I.4. Justificación de los límites y excepciones del derecho de autor y demás figuras afines**

La discusión sobre la excesiva protección de los derechos de autor no es nueva. Sin embargo la misma se ha alimentado y puesto en la mesa recientemente, producto de los avances en la tecnología y la información, que permiten un cómodo acceso al contenido de las obras y facilitan el plagio y la piratería. El análisis de este fenómeno sugiere que la violación de derechos no nace simplemente del acceso ilimitado que nos ofrece internet, sino también se produce por barreras excesivas que impiden su uso por parte del colectivo, siendo la más importante la del aspecto económico.

Las barreras que impone la protección de la propiedad intelectual para el desarrollo económico no son de reciente discusión. Países que ahora protegen ferozmente las obras, anteriormente propugnaban por su desregularización, evitando adherirse a convenios internacionales, dado que era más conveniente no cumplir con la norma que atenerse a ella:

*“(...) Los EE.UU. renunciaron, durante muchos años, a adherirse al Convenio de Berna (el más importante en materia de derechos de autor), por lo que no ofrecían, en suelo americano, ninguna protección a los autores europeos, y las obras de éstos circulaban en los EE.UU. sin generar derechos a sus creadores. La razón fundamental es que los EE.UU. (y otros países en desarrollo) fueron durante el siglo XIX un deudor neto en derechos de PI; esto es, que para su desarrollo se apoyaron en invenciones y obras protegidas originadas en otros países, y lo hicieron sin abonar contraprestación alguna. El caso de EE.UU. no es excepcional. Durante la primera mitad del s. XIX Bruselas fue la capital de la piratería de libros en lengua francesa. Suiza tardó mucho en adoptar medidas de protección para las patentes y derechos de autor de titulares extranjeros, como Japón, Taiwán, Corea del Sur, y China, que también han aprovechado la copia de las invenciones de otros como recurso para impulsar su crecimiento económico (...)”<sup>8</sup>*

Es interesante ver como países asociados con la figura del copyright, y países asiáticos basados en economías de desarrollo tecnológico (Japón y Corea del Sur), en un principio fueron reacios a adherirse a tratados que se enmarcan en el respeto de los derechos de autor, concediendo derechos personalísimos a los mismos. Esto obedece básicamente al análisis económico del derecho que estos países implementaron durante el siglo XX, donde la balanza se inclinaba al desarrollo estatal, producto de la copia de las mismas, tal y como menciona el autor antes citado. Varios de los países a los que hago mención, superaron con éxito los conflictos bélicos, convirtiéndose en referentes de progreso, y centrando sus economías en el adelanto de tecnología y productos intangibles. Ya de ahí, el desarrollo económico de estas sociedades, no podía quedar desprotegido, dado que

<sup>8</sup> WIKEOIE (sin año) “Propiedad Intelectual. Historia de la propiedad intelectual” (disponible en [http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia\\_de\\_la\\_propiedad\\_intelectual\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia_de_la_propiedad_intelectual_en_Propiedad_intelectual); fecha de la última consulta: 07-11-2016).

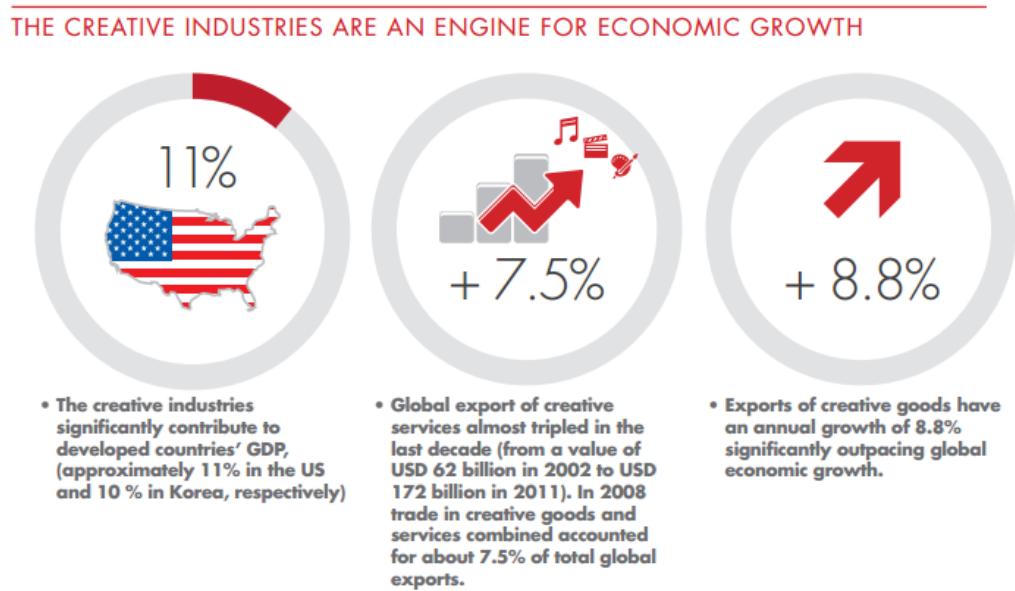
Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

pasaron a ser importadores de conocimiento a creadores del mismo, imponiendo a los estados en desarrollo, sus condiciones económicas acorde con su situación. Basta con ver, según cifras de la OMPI, el crecimiento que tuvo el derecho de autor en el último tercio del siglo XX en Estados Unidos y Australia, países marcados por la figura del Copyright:

*“(...) el informe sobre las industrias relacionadas con el derecho de autor en la economía de los EE.UU. (informe de 2002) indica que en los últimos 24 años (1977-2001) la proporción del PIB correspondiente a las industrias que dependen principalmente del derecho de autor creció más del doble que el resto de la economía (7% frente a 3%); el estudio australiano de 2001 muestra que en el período comprendido entre 1996-1997 y 1999-2000, las industrias relacionadas con el derecho de autor crecieron a una tasa media anual de 5,7%, superando la tasa media de crecimiento anual de toda la economía en el mismo período, que fue de 4,85% por año; en el período 1994-1998, el sector del derecho de autor en los Países Bajos creció a una velocidad una vez y media mayor que la economía holandesa en su totalidad: 5,6% en comparación con 3,2%; y durante el período 1988-1997, el crecimiento anual medio en Finlandia fue de 4,05%, mientras que el crecimiento del valor añadido en las industrias que dependen principalmente del derecho de autor en el mismo período fue de 8,3% (...)”<sup>9</sup>*

De ahí que tengamos como ejemplo, que la legislación estadounidense acogiera en su seno, los preceptos más convenientes de los convenios internacionales de los cuales Europa ya se había adherido, pero moldeados bajo la figura del Copyright, la cual se enfoca en el sentido económico de la obra, desligando el derecho natural y moral acogido por los países europeos.

A partir del siglo XXI, con la explosión de la tecnología de bolsillo (tablets, celulares y otros dispositivos portátiles), vemos el crecimiento de países como Estados Unidos en el tema de industrias creativas, entre los años 2002 a 2011<sup>10</sup>:



<sup>9</sup> OMPI (2003) “Guía para determinar la contribución económica de las industrias relacionadas con el derecho de autor” Publicación de la OMPI N° 893. Pág. 40

<sup>10</sup> CISAC (2014) “The Creative Industries and the BRICS. A review of the state of the creative economy in Brazil, Russia, India, China and South Africa” Communications Department of CISAC. Pág. 4

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

De todas maneras, el modelo de derechos de autor acogido por Europa no se queda atrás. *“las contribuciones que los 11 mercados culturales hacen a la economía de la UE – libros, periódicos y revistas, música, artes escénicas, televisión, cine, radio, videojuegos, artes visuales, arquitectura y publicidad (...) contribuyeron en un 4,2 % (536 mil millones de euros) al PIB europeo de 2012 – por delante de las telecomunicaciones y la industria del automóvil”<sup>11</sup>*.

Lastimosamente, no puede decirse lo mismo de países en desarrollo, cuyas ganancias derivadas del desarrollo de la actividad intelectual relacionada con el derecho de autor y patentes presenta considerables rezagos, en especial en América Latina, y, aunque el tema de este trabajo no tiene relación alguna con la propiedad industrial, es importante mencionarlo dado que es un referente para mostrar el avance económico de un país a través de sus creaciones científicas, lo cual va de la mano con creaciones intelectuales que si pueden ser protegidas por derecho de autor *“(...) Las estadísticas disponibles son contundentes en cuanto al rezago latinoamericano respecto a países desarrollados. Entre 2000-2004 la participación media del gasto en I+D sobre el PIB para los países de la OECD era de 2.5%, mientras que para América Latina y el Caribe fue del 0.6%. Por millón de habitantes, la OECD gasta 32 veces más en I+D, produce 18 veces más en artículos científicos y genera 80 veces más solicitudes de patentes que la región. También hay una importante brecha en capacidades. En la década 1993-2003 el número de investigadores en I+D de la OECD aumentó desde 6.7 hasta 8.1 por cada 1000 personas de la fuerza de trabajo, mientras que en América Latina y el Caribe sólo aumentó desde 0.58 hasta 0.64. Esto significa que en cuanto a capital humano destinado a I+D, los países avanzados duplicaron el ritmo de crecimiento de la región (...)”<sup>12</sup>*

Pese a las diferencias entre ambos sistemas, aunque presenten marcadas divergencias en la forma de proteger los derechos, buscan un fin económico común, y es el de buscar un equilibrio entre los beneficios otorgados al autor y los que se entregan a la sociedad, partiendo del derecho de propiedad que hay sobre la obra. El equilibrio entre estos fines no es para nada fácil, considerando que en un solo bien pueden recaer multiplicidad de atributos jurídicos, y que el mismo puede ser disfrutado de manera simultánea por un sinnúmero de personas, a diferencia del bien material.

La exclusividad es el concepto clave, la delgada línea para equilibrar la balanza entre el precio y el acceso. Todas las legislaciones estudiadas de manera somera, y los sistemas civiles y del common law, tienen como punto de partida la exclusividad, el monopolio sobre la obra, monopolio que ha traído consigo la polémica dado el desbordamiento de estas prerrogativas por la posición dominante del autor.

Dicha posición dominante no solo se retrata desde los derechos de explotación de la obra, sino también desde la concesión de los derechos morales. Existen autores que

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ, A. (2015) “La propiedad intelectual estimula la economía y el desarrollo de nuevos modelos de negocio” Intervención seminario Estrategia Cultural 2020. (disponible en <http://adepi.net/2015/01/08/antonio-fernandez-la-propiedad-intelectual-estimula-nuevos-modelos-de-negocio/>; fecha de la última consulta: 08-11-2016).

<sup>12</sup> DÍAZ, A. (2006) TLC y propiedad intelectual: desafíos de política pública - en 9 países de América Latina y el Caribe. CEPAL. Pág. 51

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>20</sup> español y colombiano.

aseguran que los derechos morales pueden ser cuantificados económicamente por factores como la reputación y el renombre de sus obras, o el derecho de retracto, el cual tiene una incidencia puramente económica sobre el editor o el productor<sup>13</sup>. Ahora ni hablar de los derechos patrimoniales, que son los que verdaderamente retribuyen el esfuerzo del autor. Sin embargo, la concesión de derechos no cierra el círculo de la protección. Dicha concesión está ligada ineludiblemente al periodo temporal y territorial de protección, la cual tiene un mínimo establecido de 50 años luego de la muerte del autor, que ha venido sido ampliada por los estados adherentes al Convenio de Berna de manera paulatina y sistemática.

Vemos como en un principio se establecía que los derechos de explotación eran de dominio público por el interés de la sociedad en los mismos, sin embargo, ya se han venido extendiendo hasta llegar a un punto en que se vuelven “bienes de infinita duración y explotación”, en comparación a muchos bienes materiales que se acaban con el paso del tiempo y de los cuales ni siquiera llegan a saber de su existencia los herederos. Esto deja abiertos varios interrogantes respecto a la prolongación de su protección y si la eficacia de dicha protección está en manos del propio autor o de terceros que son los que comercializan las obras y reciben el mayor porcentaje de las mismas.

*“(...) Los diversos mecanismos de protección de propiedad intelectual han venido sufriendo una mutación que cada vez más los aleja de su concepción inicial de bienes no exclusivos y no excluyentes (Khan, 2005), ya que a través de diversas enmiendas a las leyes de propiedad intelectual de países desarrollados y en aquellos en vía de desarrollo, mediante transplantes jurídicos se han fortalecido los sistemas de propiedad (...) Así mismo, las cada vez más frecuentes extensiones en los plazos de protección de las obras protegidas por el derecho de autor, hacen que sea más difícil acceder al dominio público, y por lo tanto, son considerados en teoría económica como un peso muerto, causado por la no explotación comercial de catálogos huérfanos o añejos, ni el disfrute por parte de la comunidad en general (Shavell & Van Ypersele, 2001) (...)”<sup>14</sup>*

El fortalecimiento de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual a nivel global, ha demostrado el poder de los grupos económicos que ostentan los monopolios de las obras, en especial las audiovisuales y musicales, dado que acudir a ellos era casi que la única forma en la cual un artista mostraba al mundo su obra y vivía de ella. Sin embargo, el panorama cambió hace más de una década con el arribo de internet. Las grandes industrias han tenido que cambiar forzosamente su manera de vender las obras, producto de una libre disposición en el mercado de las mismas, lo que conlleva ventajas y desventajas para los autores. Por una parte, la dependencia de las empresas matrices para la publicación y comercialización de la obra ha mermado de manera significativa, debido a las plataformas de uso gratuito, con tecnología de fácil uso para el autor, quien puede mejorar y publicar su obra sin pagos excesivos, aunque en ocasiones, firmando contratos de letra pequeña con cesión de derechos a estas plataformas, tema del cual no nos ocuparemos ya que hace parte de otro temario.

<sup>13</sup> Para una mejor referencia y desarrollo del tema, PÉREZ GÓMEZ TRÉTEL, A. (2007) “El análisis económico del derecho de autor y del copyrigth. Un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado”. Revista la propiedad inmaterial número 10-11. Pág. 14

<sup>14</sup>ÁLVAREZ, D., SALAZAR, O., & PADILLA, J. (2015), id. p. 71

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>21</sup>

Por otra parte, los problemas no cesan. El subir cómodamente la obra, puede traducirse en un fácil acceso de la misma, que no permite el control de la copia y el monopolio de los derechos de explotación, que si bien, permanecen en el ámbito legal, en la práctica se ven desdibujados por la piratería y otras prácticas comunes. Puede que el autor en principio desconozca estas consecuencias y vea una opción económica y segura para la explotación de la obra. Sin embargo, cuando se encuentre con esta serie de problemas, nuevamente tendrá que acudir a las empresas que monopolizan el mercado, quienes tienen los medios suficientes para la protección de las obras digitales, ya sea mediante mecanismos tecnológicos o por medio de los estrados judiciales. Un círculo vicioso en el cual se ve envuelto el autor, en el cual, el gobierno es una de los principales partícipes para regular la falla en el mercado, al igual que las sociedades de gestión colectiva como garantes y proponentes de soluciones, aunque en la práctica esto se encuentre en duda.

Dicha polémica se ve alimentada, aparte del hecho de la explotación de los autores, por la afectación a la libre expresión o teorías como las del “plagio permanente”, la que aduce que todo lo creado, con anterioridad ha sido influenciado por lo que hemos visto, oído y percibido, por lo que cualquier creación humana es en sí, un plagio permanente. El problema se centra en que tan justa es la remuneración que los autores reciben por sus obras, que porción de lo recaudado debe ir a los autores o a sus intermediarios, y si esta remuneración afecta derechos fundamentales de otra índole como el de expresión y si esto impide el desarrollo de la sociedad y el cumplimiento de los principios en los cuales se basa el derecho de la propiedad intelectual. También la imposibilidad de controlar todas las facetas del derecho y la remuneración que reciben tantos actores por un mismo bien, son temas controversiales que actualmente están sobre la mesa<sup>15</sup>.

Partiendo de lo anterior, la división clásica, vista desde el sistema europeo y latinoamericano sostiene que este derecho contiene dos matices diferenciadas de protección: los derechos morales y los derechos patrimoniales, mientras que el anglosajón propugna por el sistema del Copyright. Esta división va más allá del ámbito académico, y trasciende no solo por la protección jurídica que se le da a los mismos, sino que contiene un aspecto marcadamente económico, ligado a la duración de su protección. Para la doctrina moderna, los bienes intangibles que comprenden las obras son equiparables en cierta medida a los tangibles, con el fin de propugnar por una protección adecuada que no deje desprotegido al autor en cuanto a la remuneración económica que perciba por su creación.

Sin embargo, la trascendencia de estos bienes va mucho más allá, ya que, a diferencia de los bienes materiales, su amparo patrimonial cesa según lo establecido en cada legislación (por ejemplo en España 70 años, en Colombia 80), lo que deja entrever que dichos bienes tienen una finalidad que va más allá de la propiedad

<sup>15</sup> Para la muestra un botón: “*La tragedia de los anticomunes es una situación hipotética en la que individuos racionales, actuando de forma separada, malgastan un recurso por infraexplotado. De acuerdo con los defensores de esta teoría, esto tendría lugar cuando los derechos de exclusión (por ejemplo patentes o copyright) sobre un bien privadamente poseído fueran excesivos o estuvieran en manos de tanta gente que el coste de compensar o coordinar a todos ellos anulara cualquier posible beneficio, impidiendo su uso comercial y malgastando el recurso*”. Tomado de WIKIPEDIA. Tragedia de los anticomunes (disponible en [https://es.wikipedia.org/wiki/Tragedia\\_de\\_los\\_anticomunes](https://es.wikipedia.org/wiki/Tragedia_de_los_anticomunes); fecha de la última consulta: 07-11-2016).

privada, y es que son bienes que por su naturaleza intelectual, hacen parte del patrimonio de la humanidad. De ahí, que lo que el autor plasma en una obra será, en algún momento, apropiado por la sociedad sin restricción alguna más que la del respeto de su autoría. Esto nos hace pensar, que si el sistema económico ha dado tal importancia a estos bienes, el esperar casi un siglo para su uso pleno, puede derivar en un monopolio injustificado por parte del autor o quienes ostentan la explotación de los derechos, quienes coartarían otras expresiones creativas por parte de nuevos autores que, con fines justificados, podrían hacer uso de la obra sin menoscabar los intereses económicos del autor. Una herramienta que podemos utilizar es el análisis económico del derecho puede sin duda alguna, complementar el catálogo de derechos brindados al autor y equilibrar la balanza hacia el consumidor promedio, dándonos cifras concretas que permitan determinar si dicha protección realmente ha traído el progreso esperado y el equilibrio deseado:

*“El análisis económico permite abordar el tema, con una visión diferente a la del derecho. Así, el derecho exclusivo legalmente conferido sobre la obra al autor, se traduce en términos económicos en un monopolio natural, constituido por bienes públicos (no rivales y de uso no exclusivo) que constituyen una falla del mercado. Dicha falla es resuelta a través del sistema de discriminación de precios. Como consecuencia de los réditos del autor aumentan y la pérdida de peso muerto para la sociedad disminuye (...) La autoprotección de los industriales de la comunicación está estableciendo un nuevo paradigma, por esta razón deben ser incluidos como uno de los actores principales dentro del marco de la protección. Su inclusión como actor de la propiedad intelectual es indispensable para que los intereses de las diversas partes (autores, sociedad, industriales de la comunicación) se vean protegidos. Una visión económica sobre el derecho de autor es fundamental para lograr un verdadero cambio en la protección legal, así los aspectos económicos del derecho de autor deben estar en el centro de la discusión, independientemente si se están tratando de aspectos típicamente personalistas<sup>16</sup>”*

Es aquí donde se encuentra la justificación de los límites y las excepciones al derecho de autor, que como se analizará en este trabajo, han encontrado un desarrollo considerable en Estados Unidos, quienes tienen doctrinas como el fair use o en Inglaterra el fair dealing, con amplio desarrollo jurisprudencial, concesiones que han puesto de manifiesto la importancia del derecho de autor visto no solo desde el punto de vista económico del autor y su justa retribución, sino el servicio que presta la obra al desarrollo de la sociedad. Así es también claro que dependiendo de la industria y del costo de inversión de la obra, la excepción o limitación será definitiva a la hora de entrar a definir el alcance de su beneficio para el autor y la colectividad.

*“(...) El derecho de autor tiene costos diferentes para las empresas en los distintos sectores. Según algunos expertos, en la industria del libro la adquisición de una obra protegida por el derecho de autor representa alrededor del 5% del costo total para la industria. En la industria cinematográfica de los Estados Unidos de América, la proporción es de alrededor del 50% del costo, y en el resto del mundo representa aproximadamente entre el 75% y el 90% de los costos. Hay grandes diferencias en cuanto a la proporción que representa el costo del material efectivamente protegido por el derecho de autor en relación con la economía de toda una industria, y es importante tener en cuenta este aspecto en el estudio para comprender hasta qué*

<sup>16</sup> PÉREZ GÓMEZ TRÉTEL, A. (2007), id. Pág. 22

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>23</sup> español y colombiano.

*punto ello incide en la importancia general de estas industrias y las actividades que emprenden (...)<sup>17</sup>*

Finalmente es importante resaltar, que dichas excepciones y limitaciones, y las otras figuras afines, no fueron pensadas para restringir de manera arbitraria la creación del autor con fines sociales, sino que buscan que el conocimiento plasmado pueda ser utilizado para crear más obras a partir del conocimiento ya existente, incentivando la creación. Aquí la pregunta sobre si un mayor plazo de protección restringe el crecimiento de la industria, y pone barreras a la labor creativa, también es clave para determinar la pertinencia de la aplicación de las figuras antes mencionadas.

## **I. Límite temporal y figuras afines a los límites y excepciones**

### **II.1. El primer límite, el temporal**

Si de hablar de limitaciones y excepciones al derecho de autor se trata, lo primero que se debe hacer es hablar del límite temporal de la protección del derecho. Lo que podemos ver a través de la evolución del derecho de propiedad intelectual, es que pasamos de un reconocimiento casi ínfimo al esfuerzo del autor, a una extensión de su derecho, que impide la libre utilización de la obra, años después de la muerte del autor.

El punto de partida para examinar estos límites temporales lo trae el Convenio de Berna. Dicho convenio, establece como plazo **mínimo** para la protección de derechos de autor el de la vida de éste y 50 años después de su muerte, contados desde el 1 de enero siguiente a la fecha del fallecimiento, obligatorio para los derechos patrimoniales. Si se trata de obras anónimas o seudónimas, se computa desde la divulgación de la obra. También establece plazos específicos de protección, relacionados con las obras cinematográficas (cincuenta años después de que la obra ha sido hecha accesible al público o desde la producción de la obra), y las obras fotográficas y las obras de arte aplicado (al menos hasta el final de un período de veinticinco años desde la producción de la obra).

Y resaltamos que el plazo es mínimo, dado que el Convenio es claro en indicar que los Estados adherentes pueden legislar sobre pisos superiores, lo cual dependerá del grado de protección que se le quiera brindar a la obra, y el beneficio económico que esto genere para el país que legisla en ese sentido.

Por ejemplo en España, país que acoge los derechos morales, prescribe que los mismos no pueden ser enajenados nunca y que siempre permanecerán en cabeza del autor. La misma regla se aplica a los artistas intérpretes sobre sus actuaciones desde la reforma introducida por Ley 23 de 2006. Frente a derechos patrimoniales, la cuestión es diferente. Su duración es de 70 años desde la muerte del autor, contados a partir del 1 de enero al año siguiente a la muerte (Art. 15 Ley de propiedad intelectual española)<sup>18</sup>. En el caso de las obras colectivas que sí identifiquen a los coautores, el plazo de 70 años se cuenta desde el 1 de enero siguiente al fallecimiento del último coautor sobreviviente, y para las obras en colaboración, el cómputo se inicia a partir de la muerte del último de los coautores.

<sup>17</sup> OMPI (2003), id. Pág. 24

<sup>18</sup> Aunque si el autor murió antes de la entrada en vigor de la LPI de 1987, el plazo de protección es de 80 años, tal y como establecía la LPI de 1879

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>24</sup> español y colombiano.

En el caso de las obras publicadas por partes, el plazo de 70 años se computa por separado para cada parte, desde su divulgación lícita. Siendo esto así, el ejercicio de los derechos patrimoniales queda en cabeza de los herederos o legatarios. En el caso de los derechos conexos, se puede diferenciar, dependiendo del sujeto sobre el cual recae, varios ámbitos temporales de protección:

- Artistas intérpretes y/o ejecutantes: 50 años desde la actuación o ejecución, o desde la primera comunicación.
- Productores de películas y las entidades de radiodifusión respecto a los objetos protegidos (grabaciones audiovisuales y emisiones): 50 años desde la primera comunicación pública o retransmisión.
- Ediciones o comunicaciones públicas de obras inéditas en dominio público, sobre las que el editor tiene derechos económicos como un autor, 25 años iniciándose el cómputo con la edición o comunicación.

Dependiendo de situaciones excepcionales, y de acuerdo al régimen jurídico que maneje cada Estado en cuanto al tema de sucesiones, recaerá el derecho de explotar la obra según la norma.

Como observamos, el Convenio de Berna ha traído consigo una legislación que impone mínimos, que han sido gustosamente ampliados por los Estados adherentes. Sin embargo, el proceso de ampliación de plazos no siempre ha sido visto con beneplácito por todos los estados. Dependiendo del modelo que acogían, y de los intereses económicos de la época (remontándonos a la época de la reciente suscripción del Convenio de Berna), la protección temporal variaba considerablemente, en especial en países que negaban por completo la misma a autores extranjeros, por conveniencia netamente económica, facilitando la distribución y reproducción a muy bajos costos.

En la siguiente investigación que data de hace más de diez años, periodo en el cual ya podíamos ver el acelerado crecimiento de los términos de protección, se observan ejemplos de la protección que otorgan algunos países, haciendo especial énfasis en Estados Unidos y América Latina, países entre los cuales, la firma de TLC ha puesto un piso de protección equiparable a los países suramericanos con la nación del norte:

*“(...) La Convención de Berna de 1886 y 1885 que protege los derechos de autor, no fue ratificada por EEUU sino hasta 1891 (aunque sólo para obras impresas en Estados Unidos, medida que duró hasta 1976). A partir de entonces la legislación de derechos de autor comenzó a expandirse en ese país. Un ejemplo de ello fue las sucesivas ampliaciones del período de tiempo. Si inicialmente eran 14 años, en 1831 fue expandido a 28 años y en 1909 se le agregó la posibilidad de renovación por un tiempo similar. En 1962 la extensión aumentó a 47 años. En 1967 el tiempo de protección se definió como la vida del autor más 50 años y 75 años para obras contratadas. En 1998 el tiempo se expandió a 70 años para individuales y 95 años para obras contratadas (...) Los TLC con EEUU consolidaron un piso mínimo de 70 años después de la muerte del autor, nivelando los derechos de autor con derechos conexos. Esto obliga a cinco países (Chile, El Salvador, República Dominicana y Panamá) a incrementar los plazos de protección desde 50 hasta 70 años. El resto ya disponía de plazos de 70 años o más (Colombia otorgaba 80 años). Una vez modificada las legislaciones de estos países, en el continente sólo quedarán Uruguay y Bolivia con 50 años de protección, junto con varios países del Caribe. Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.*

---

*(Cuba, Jamaica, Barbados, Belice y Surinam). La expansión de los plazos de protección de derechos de autor no se orienta a incentivar más creación sino a expandir los períodos de obtención de rentas de las exitosas industrias culturales de países desarrollados, especialmente de Estados Unidos. Las industrias culturales de los países latinoamericanos han propuesto un enfoque similar y ello explica la ampliación de plazos que venía ocurriendo antes de los TLC<sup>19</sup>”*

En Europa la Directiva 2006/116/CE fijó el plazo para la protección de los derechos en 70 años después de la muerte del autor. La Directiva 2011/77, por su parte, indica la ampliación del plazo de protección de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes musicales cuando su interpretación se publica o comunica públicamente en un fonograma, y de los productores de fonogramas, de los 50 a los 70 años.

Entonces, ¿Cuál es el verdadero significado de la ampliación de los plazos de protección? ¿Qué es lo que está detrás de una legislación que ampara progresivamente la ampliación de la cobertura del derecho de autor? Recordemos que la consecuencia de que una obra agote el plazo de protección conferido por la ley, es que esta entre en el dominio público. A partir de este momento, cualquier persona puede reproducir, distribuir, comunicar y transformar la obra sin reconocer a los titulares de los derechos patrimoniales, ningún tipo de retribución económica. Los defensores de la ampliación de los plazos de protección, afirman que dichos plazos estimulan la creatividad del autor y lo protegen económicamente de terceros abusivos que quieran aprovecharse de manera gratuita del esfuerzo realizado por el autor, fuera de que se estaría equiparando en cierta medida el trabajo que genera crear un bien intangible, con uno de naturaleza material, al poder dejar a sus herederos el fruto de su esfuerzo, como bien lo podría hacer con un bien tangible. Lo anterior puede que sea cierto. Sin embargo, en dicha justificación no se encuentra mención alguna sobre el papel que cumple la obra en la sociedad, de la balanza de lo colectivo sobre lo privado.

Si miramos a nuestro alrededor, no solamente en nuestro país, sino en el panorama mundial, diariamente se están creando cientos de millones de obras nuevas de todo tipo: audiovisuales, literarias, musicales, software, entre otras. Esto muestra como el ser humano ha llegado a tal punto, no solo de inventiva sino de apertura de las herramientas y el conocimiento, que los derechos sobre las obras que se crean no pueden ser materia netamente legislativa. La obra, engloba aspectos económicos, legales y sociales, que deben ser mirados en conjunto para sacar conclusiones acertadas frente a los plazos de protección. El aislar un componente de otro, genera ineludiblemente una inequidad ya sea frente al autor, el titular de los derechos de explotación, o la sociedad misma.

Y es que la principal crítica que se le hace a la ampliación de los períodos de protección es precisamente la ausencia de capacidad articuladora que comprende todos los aspectos de la obra y sus intervinientes. Una ampliación de plazos excesiva solamente genera beneficio para el titular del derecho patrimonial, viendo desprotegidos intereses económicos de los mismos estados y frenando el progreso cultural y científico como sociedad, dada la barrera tan amplia que impide la utilización de obras que ya hace mucho retribuyeron el esfuerzo económico del

---

<sup>19</sup> DÍAZ, A. (2006), id. Pág. 90

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>26</sup> español y colombiano.

autor. En muchos casos, esta protección choca con la vida misma de la obra, como es el caso de los programas de ordenador, cuya vida útil es tan efímera, que protegerlo 70 años luego de la muerte del autor parece casi absurdo. Otro problema asociado a extensión de los plazos, es precisamente la cantidad de material protegido, que hace imposible saber con certeza, que ha entrado al dominio público, a quien se le deben cancelar las regalías, e incluso, quien es el autor. Fuera de esto, en caso de encontrar a quien cancelar las regalías, en muchos casos serían cifras ilógicas que no todos tienen la disponibilidad de pagar, a pesar de que la tecnología ha reducido considerablemente los costos de creación y distribución.

Sin embargo, es importante no solo hablar desde el punto de vista filosófico, sino tomar cifras claras y concretas sobre esta posición:

*“(...) Esto generó un amplio debate en EEUU. Un grupo de connotados economistas planteó que a una tasa de descuento del 7%, el valor presente de un aumento de 20 años era trivial y no superior al 0.33% del valor presente de los primeros 80 años de protección de derechos de autor. Esto evidencia que, en general, los aumentos de tiempos de protección no generan incentivos adicionales como para incentivar la creación. Estrictamente, sólo una proporción reducida de obras tiene un mercado significativo durante tal largo período de tiempo. En Estados Unidos entre 1883 y 1964 sólo 11% de las obras tuvieron una solicitud de renovación del período de 28 años. Más aún, Landes and Posner (2003, p. 212) hacen notar que de más de 10 mil libros publicados en 1930, menos de 200 estaban en imprenta al 2001 (...)”<sup>20</sup>*

De igual manera, la crítica a los intermediarios está presente, dado que las ganancias sobre la obra están siendo percibidas de manera casi que total, por dichos agentes (productores, editores, agentes, distribuidores):

*“(...) Considerando la industria de la música, por ejemplo, un período de derechos de autor más largo podría probablemente beneficiar más a los sellos discográficos que a los artistas. En el Reino Unido, donde la duración de los derechos de autor fue también prorrogada hasta 70 años, se predijo que el 72 por ciento de los beneficios financieros desde la prórroga del Período se acumularía a los sellos discográficos. Del 28 por ciento que irá a los artistas, la mayor parte del dinero será para las actuaciones de las superestrellas y sólo un 4 por ciento beneficiará a aquellos músicos mencionados en las notas de prensa del Consejo Europeo como aquellos que se enfrentan a “una diferencia de ingresos al final de su vida artística”. Esta prórroga también mantiene a los artistas en contratos que no son siempre con vistas a un futuro, en particular debido a los cambios en la nueva era digital y con nuevos soportes digitales<sup>21</sup>”.*

El debate está sobre la mesa. Lo cierto es que queda claro que los períodos de protección de los derechos de autor deben ser estudiados cuidadosamente desde todos los ámbitos, incluyendo el social, económico y por supuesto el legal. Sin realizar juiciosamente un estudio que conlleve a determinar si los principios que enmarcaron la protección del autor y su obra se están cumpliendo en la actualidad, producto de los cambios tecnológicos y de pensamiento, no es posible llegar a una

<sup>20</sup> Ibíd. Pág. 90

<sup>21</sup> CALAME, T., MATHESON, S., OSHA, J., YOSHIDA, S., ULFSDOTTER., VERSCHUUR, A. (2013) “El plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual” AIPPI Informe de síntesis, cuestión 235. Pág. 15 Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>27</sup> español y colombiano.

conclusión acertada y plantear la fórmula más adecuada que logre equilibrar la balanza ya tantas veces mencionada. Por el momento, la mayoría de países no tiene en la mira el cambiar sus políticas de plazos de protección, como lo revela un informe sobre los plazos de protección de los derechos de propiedad intelectual, realizado en varios países del mundo:

*“(...) Si bien se dan algunas críticas contra los actuales Plazos, no parece haber un movimiento oficial viable para incrementar más los actuales Plazos sin perjuicio de que algunos países puedan tener que incrementar el Plazo actual para cerrar Acuerdos de Libre Comercio con otros países. En general, la principal razón/justificación de los actuales Plazos es el derecho natural a la propiedad para la creación personal del autor, el recompensar a los autores, incentivar la creación de los autores o el beneficio social de tales obras (p.ej. el disfrute de las obras por el público, el uso/la distribución de las obras por las compañías comerciales y la futura creación por otros autores basándose en las obras). La mayoría de los Grupos (22) opinan que el actual Plazo para cada grupo es adecuado, mientras que otros Grupos (5) opinan que es excesivo. Aproximadamente la mitad de los Grupos (16) consideran que un límite máximo de los Plazos en los tratados internacionales es necesario porque (ii) un Plazo demasiado extenso sería perjudicial para el público en general, y (ii) un límite máximo controlaría la tendencia de los países con las industrias de contenido más potentes a establecer Plazos más largos, reduciéndose así el riesgo de que otros países se vieran forzados a seguir esa tendencia como consecuencia de un poder de negociación inequitativo (...) Con respecto al Plazo óptimo en general, (i) 13 Grupos están a favor de los 70 años pma; (ii) 5 Grupos están a favor de los 50 años pma; (iii) 1 Grupo está a favor de los 20 años desde la primera publicación; (iv) 1 Grupo está a favor de la protección del autor y su primera generación; (v) 1 Grupo propone incorporar el registro en los 20 años siguientes a la creación; (vi) 1 Grupo está a favor de un periodo básico de 25-30 años; y (vii) 3 Grupos señalan que un Plazo general óptimo es algo excesivamente ambicioso o difícil de determinar al no existir datos empíricos (...)”<sup>22</sup>*

De ahí la importancia de las limitaciones y las excepciones que a continuación se expondrá, ya que genera un “respiro”, por así decirlo, frente a los extensos períodos de protección brindados por la legislación imperante, lo que permite que autores que ven las obras de otros la posibilidad de crear obras con contenido original, inspirados en otros autores, puedan ver la luz, al igual que la sociedad que podrá aprovechar de manera lícita y oportuna, las creaciones disponibles a beneficio del progreso cultural y científico de la misma.

## **II.2. La regla de los tres pasos o three-step test**

La regla de los tres pasos es el punto de referencia para que los estados puedan establecer un catálogo de limitaciones y excepciones acorde a los principios internacionales que rigen la propiedad intelectual. Una regla que se encuentra regulada en un principio, para el derecho de reproducción, en el Convenio de Berna en el artículo 9.2 de la siguiente manera:

*“2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa*

<sup>22</sup> Ibíd. Pág. 23

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sub>28</sub> español y colombiano.

*reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.*

Esta regla fue posteriormente ampliada hacia los demás derechos de explotación con la introducción de los ADPICS (artículo 13):

*“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.*

Y recalcada por el Tratado de Derechos de Autor de la OMPI de 1996 en su artículo 10.1.:

*“Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.*

El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas también hace alusión sobre el tema (artículo 16)

*“Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”*

Podemos así entonces desglosar los tres pasos de la siguiente manera:

- Uso en casos especiales
- No atentar contra la explotación normal de la obra
- No causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Los tres pasos, como se puede deducir de su redacción, no estipulan condiciones exactas acerca de cuál es el camino correcto para legislar sobre limitaciones o excepciones del derecho de autor, ya que no estipulan plazos exactos o condiciones concretas en las cuales deban operar dichas limitaciones. Son por el contrario, tres principios que propenden por la protección de la obra y los intereses legítimos del autor, causando total curiosidad que no se mencione en la misma el interés colectivo, lo que refuerza el carácter del derecho de propiedad privada del derecho de autor. Estos principios, pueden dar lugar a diversas interpretaciones, dependiendo del momento histórico y económico de los Estados, lo que ha dado lugar a diversas críticas la regla, en especial en países que no tienen maduro su sistema de propiedad intelectual, o que requiere de leyes más laxas sobre el tema.

Existen precedentes importantes sobre el tema, siendo uno de importante relevancia el caso No. WT/DS160 solucionado por la Organización Mundial del Comercio, resumido de manera acertada por el comité permanente de derecho de autor y

derechos conexos de la OMPI<sup>23</sup>, el cual me permite transcribir, dado su relevancia para la comprensión del tema:

*“(...) se solicitó a Estados Unidos que ajustara el literal b. del artículo 110 (5) de la U.S. Copyright Act modificado por la “Ley sobre las prácticas leales en el campo de las licencias de obras musicales” (Fairness in Music Licencing Act, también conocida como FIMLA), de 1998, a las tres condiciones existentes para el establecimiento de limitaciones y excepciones. La decisión fue adoptada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el 27 de julio de 2000.*

*El Grupo Especial, dentro de su informe sobre el tema<sup>24</sup>, estudió los diferentes componentes de la regla de los tres pasos:*

1. *Determinados casos especiales: “A nuestro juicio, la primera condición del artículo 13 es que las limitaciones o excepciones prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos (...) los propósitos de política enunciados por los legisladores al establecer una limitación o excepción pueden ser útiles desde una perspectiva de hecho, para hacer inferencias sobre el alcance de una limitación o excepción o sobre la claridad de su definición”<sup>25</sup>.*
2. *Que no atenten contra la explotación normal de la obra: “Consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derechos sobre la obra ( es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables”.*
3. *Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor: “A nuestro juicio, una manera de considerar los intereses legítimos – aunque incompleta, y por consiguiente limitada – es el valor económico de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor a sus titulares (...) A nuestro parecer, el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor”.*

<sup>23</sup> MONROY RODRÍGUEZ, J. (2009) “Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el caribe” Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Decimonovena sesión. Ginebra. Pág. 32 y 33.

<sup>24</sup> El informe del Grupo Especial para el caso en comento fue proferido el 15 de junio de 2000, y puede ser encontrado en la siguiente dirección:

[www.docsonline.wto.org/GEN\\_viewerwindow.asp?D:/DDFDOCUMENTS/V/WT/DS/16...02/07/1999](http://www.docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?D:/DDFDOCUMENTS/V/WT/DS/16...02/07/1999).

<sup>25</sup> FICSOR explica que el Grupo Especial evoca en su posición la postura del doctrinante S. RICKETSON (The Berne Convention: 1886-1986), quien señala que el término “especial” significa “justificado por una razón clara de política general pública u otra circunstancia excepcional”, Cfr. FICSOR. Ob. Cit., p.223. Citado por el autor como FICSOR, M. (2007) “Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital”. CERLALC, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sub>30</sub> español y colombiano.

*El Grupo Especial llegó a la conclusión de que la “exención empresarial” del literal b del artículo 110 (5) no cumplía con los requisitos antes expuestos, por lo que recomendó al OSD solicitar a Estados Unidos enmendar tal regulación y ponerla en tono con el acuerdo sobre las ADPIC. Esta recomendación fue adoptada por el ODS el 27 de julio de 2008”*

Esta no es la única decisión que habla sobre los tres pasos. Obviamente desde su implementación legislativa, los estados han tenido que lidiar con el peso de implementar limitaciones y excepciones acordes a los tres pasos y que a su vez equilibren el derecho del autor sobre su obra y el bienestar colectivo.

Ejemplos de esta revisión en Colombia y España pueden ser los siguientes:

- Sentencia C-871 de 2010 Corte Constitucional Colombiana. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. *“En conclusión, con la aplicación que la Corte ha hecho de la llamada “regla de los tres pasos” a la limitación establecida en el precepto demandado se pudo definir que esta es legal y taxativa, no atenta contra la normal explotación que en ejercicio de sus derechos puede hacer el arquitecto respecto de su obra y el perjuicio que se le causa está justificado en la protección de intereses reconocidos constitucionalmente”*
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso 29188 de 30 de abril de 2008 *“En principio y desde el punto de vista eminentemente objetivo, el artículo 12, literal a. de la Ley 23 de 1982, establece que la reproducción de la obra y la autorización para hacerlo, son derechos patrimoniales exclusivos del autor. En consecuencia, si un tercero, por sí solo, reproduce una obra ajena, también a priori, se juzgaría incurre en conducta contraria a derecho. Sin embargo, en orden a determinar si se trata de una conducta típicamente antijurídica, deben tenerse en cuenta los conceptos de usos honrados y uso personal, a los que alude el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos o Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, que define los primeros como aquellos que “... no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, y el segundo como la “Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento”; conceptos que se identifican con el de las excepciones que al derecho de reproducción de obras señala el artículo 9º de la Convención de Berna, en donde se reitera que los países miembros podrán permitirlas „con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia Nº: 172/2012 del 03/04/2012. Recurso Nº: 2037/2008. Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán en donde se debatió si el almacenamiento en caché que hace Google para operar su sistema de búsquedas constituía o no una infracción al derecho de autor *“(...) esta Sala considera que, aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del ius Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho*<sup>31</sup> *español y colombiano.*

*usus inocui para permitir el uso ino- cuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC, 11 LOPJ y 247.2 LEC. (...) La desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley ni legitimar las actividades de Google aquí enjuiciadas por la excepción del art. 31.1 LPI. Se funda la desestimación en que, como principio general, la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas en perjuicio no solo del demandado sino incluso de aquellos intereses del propio demandante que merezcan la consideración de "legítimos" y de una explotación de su obra que pueda considerarse "normal", porque ni un sistema cerrado de excepciones tiene por qué llegar al extremo de prever hipótesis absurdas ni la interpretación de la LPI puede desligarse de su finalidad protectora de los derechos de autor ni, en fin, y por la misma razón, su interpretación puede favorecer pretensiones arbitrarias y dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio."*

Esta última sentencia, será un referente interesante con el cual más adelante podremos analizar, si el Tribunal utilizó el criterio de los “tres pasos” o fue más allá, acogiendo preceptos del fair use para su decisión.

La regla de los tres pasos es una de las normas contenidas en el Convenio de Berna que pretende ser una herramienta útil a la hora de determinar limitaciones y exclusiones al derecho de autor, sin embargo, no es la única opción de interpretación que actualmente se tiene sobre la mesa. Como veremos a continuación, existen otras dos teorías de origen anglosajón, que permiten tener otra concepción del asunto:

### **II.3. Fair use**

Esta doctrina tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, concebida específicamente para el copyright. Aunque el sistema continental tiene marcadas diferencias con el anglosajón, ambas tienen en común la consagración de normas para la protección de los derechos del autor. Esta protección, como veíamos anteriormente, ha traído una serie de consecuencias económicas y sociales, tanto negativas como positivas, que han hecho que se consagren limitaciones y excepciones, que en el caso que nos ocupa, serían “usos justos” de la obra protegida por copyright, sin autorización del titular de esos derechos, cumpliendo una serie de requisitos. Así como la regla de los tres pasos encuentra su consagración normativa en el Convenio de Berna, el fair use hace lo propio en la legislación estadounidense, la cual se alimentó de fallos como el *Folsom v. Marsh* en 1841 y otros precedentes, para lo que ahora se tiene:

Copyright Act de 1976, 17 U.S.C.107: *"No obstante lo dispuesto en las secciones 17 U.S.C. § 106 y 17 U.S.C. § 106A, el uso justo de un trabajo protegido, incluyendo en dicho uso la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para propósitos como los de crítica, comentario, reportajes, escolares (incluyendo múltiples copias para el uso en clases), universitarios o investigación, no constituye infracción al derecho de autor. Para la determinación de si el uso de una obra en cada caso particular es un uso justo, los factores a ser considerados son: 1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educacionales sin fines de lucro; 2) la naturaleza de la obra protegida; 2) la cantidad e importancia de la parte*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

usada en relación a la obra protegida como un todo; y 4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida”

Vemos entonces como el copyright asigna al uso justo de la obra, cuatro características fundamentales:

**II.3.1.** El propósito y carácter del uso, incluyendo si se trata de un uso de naturaleza comercial o para fines educacionales sin fines de lucro: Existen dos matices, el uso transformativo<sup>26</sup> de la obra, que puede comprender varios ámbitos, de acuerdo al material y propósito utilizado, ya que mientras más elementos nuevos tenga la obra, más fácil será endilgar a la misma el fair use. Igualmente encontramos el otro matiz, el de ánimo de lucro.

**II.3.2.** La naturaleza de la obra protegida: La cual puede determinar el uso justo dependiendo el carácter de la obra, por ejemplo netamente informativa como lo podría ser una de tipo noticioso.

**II.3.3.** La cantidad e importancia de la parte usada en relación a la obra protegida como un todo: Aquí se pretende establecer un límite justo, relativo al uso abusivo de la copia. Este no es un factor cualquiera, dado que en la industria discográfica, el valor de una pista puede ser el precedente para el éxito de una canción, o un fragmento pegajoso, puede catapultar a un artista a la cima, consecuencias relacionadas directamente con el éxito económico de los intervenientes en el proceso creativo:

*“(...) Un caso emblemático en lo relativo a este aspecto cuantitativo del factor se encuentra en el polémico juicio de *Grand Upright Music, Ltd. v. Warner Bros. Records Inc.*, de 1991,<sup>49</sup> en que se acusó al rapero Biz Markie —con firma en Warner Bros— de infringir el copyright del cantautor Gilbert O’Sullivan al samplear un fragmento de su canción *Alone again (naturally)*. La resolución de la Corte revolucionó la música hip-hop, estableciendo que para cada futuro sampling se requiere de la autorización previa del titular de la obra protegida utilizada. Los costos de gestionar cada licencia implicaron en la práctica una importante depresión de la creatividad musical hip-hop. A la fecha de esta sentencia seguía vigente la posibilidad de hacer uso del de minimis sampling (uso de tres acordes como máximo), lo que cambió dramáticamente tras la sentencia sobre el caso *Bridgeport Music v. Dimension Films*, donde se estableció como regla general la famosa cita «Get a license or do not sample». La decisión eliminó definitivamente la doctrina del de minimis para el sampling digital, y cambió las prácticas de la industria. Pese a esto, la Corte enfatizó en esta sentencia que la decisión no excluye la procedencia de otras defensas, tales como el fair use. Sin embargo, en la práctica esta afirmación tiene poco asidero. La discusión actual apunta al enorme riesgo que corren quienes se atrevan a hacer uso de un de minimis sampling fundándose en fair use, por la*

<sup>26</sup> “Los usos transformativos responderían al grupo de política relevante libertad de opinión-expresión, donde la parodia destaca como instrumento de expresión crítica y analítica. Desde esta perspectiva, como en los casos expuestos antes, es posible inferir que las reclamaciones fundamentadas en la infracción del copyright pueden esconder el objetivo de suprimir o censurar la libertad de expresión que ostenta una obra (Samuelson, 2009: 2547).40 En estos casos, el uso transformativo se transforma en el instrumento de equilibrio para la protección de los valores de libertad de expresión y opinión garantizados en la primera enmienda norteamericana, tendencia que se ha hecho cada vez más explícita” IBAÑEZ, C. (2013). “Orígenes del fair use” Revista Chilena de Derecho y Tecnología Vol. 2 Núm. 2. Pág. 165-212. Pág. 196

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*falta de certeza jurídica que rodea al factor en análisis y el precedente jurisprudencial restrictivo<sup>27</sup>*

- El efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida: Debe analizarse si la obra tiene un carácter diferente al de la original, y el papel de los consumidores, frente a la adquisición de la nueva obra en reemplazo de la original.

Al igual que la regla de los tres pasos, se trata de una norma que no impone condiciones específicas, sino que brinda pautas o principios para la interpretación de lo que se entiende por uso justo de la obra. El fair use parte de que todo uso de la obra que no tenga permiso por parte del titular de los derechos es violatorio, excepcionando solo los casos que contempla la ley de acuerdo a la interpretación del Juez, en aras a la protección de la libertad de expresión u otras garantías de rango constitucional.

En el derecho estadounidense, la explicación de la doctrina tiene que remitirse expresamente a los casos judiciales de mayor resonancia, que han moldeado el uso del fair use. Anteriormente nos referíamos al caso de los sencillos usados en la industria del rap y hip hop. Autores como Rodrigo Cetina Presuel, hacen una recopilación interesante sobre las principales sentencias en temas de fair use, que han marcado un hito con respecto a este tema, y que nos permitimos, para efectos de una mayor comprensión sobre el asunto, transcribir la traducción y comentarios que hace de algunos apartes de las mismas, con el fin de tener un concepto global sobre la jurisprudencia del tema<sup>28</sup>:

- **Sony v. Universal City Studios (1984):** La reproducción de programas televisivos para ser vistos en el hogar y ámbito privado, “(...) *no constituye una infracción al copyright y, por lo tanto, debe de ser considerada como fair use (...) la Suprema Corte estableció que la doctrina es un criterio de equidad que debe de ser aplicado caso por caso y no como un criterio general. Respecto del primer factor de la doctrina, la sentencia dice que la naturaleza comercial o sin ánimo de lucro de la utilización debe de ser tomada en cuenta a la hora de analizar si la utilización en cuestión puede ser considerada o no como fair use, si bien no se trata de un factor decisivo. Es decir, el que la naturaleza sea comercial, no implica que no deban valorarse los demás factores. Pese a lo anterior, la verdad es que los factores segundo y tercero son prácticamente ignorados (...)*”
- **Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises (1985):** “*La utilización no autorizada de fragmentos de una obra inédita escrita por una personalidad pública, con fines de información periodística. En este caso se trataba de las memorias del expresidente de Estados Unidos Richard Nixon (...) la Suprema Corte determinó que aunque esta finalidad es una de las enumeradas en la*

<sup>27</sup> IBAÑEZ, C. (2013). “Orígenes del fair use” Revista Chilena de Derecho y Tecnología Vol. 2 Núm. 2. Pág. 165-212. Pág. 201 y 202. A su vez cita Bridgeport Music v. Dimension Films, 410. F.3D 792 (6th Cir. 2005), disponible en <[http://en.wikipedia.org/wiki/Bridgeport\\_Music,\\_Inc.\\_v.\\_Dimension\\_Films](http://en.wikipedia.org/wiki/Bridgeport_Music,_Inc._v._Dimension_Films)>, cita la decisión de la Corte: «We do not see this as stifling creativity in any significant way»

<sup>28</sup> En este punto relativo a las principales sentencias del fair use, los textos citados hacen relación a la misma obra: CETINA PRESUEL, R. (2014). “¿De la sartén al fuego?: La cuestión de la adopción del fair use como solución al sistema de límites al derecho de autor en México. Revista Virtualis Vol.5, núm. 10. Pág. 68 a la 78. Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>34</sup> español y colombiano.

§107 del Copyright Act, los usos que se enlistan en dicha sección simplemente aparecen a modo de ejemplo y no debe presuponerse que cualquiera de ellos es efectivamente fair use. El hecho de que un uso sea con una de las finalidades mencionadas en el Copyright Act es simplemente un factor más a considerar en el análisis. Sin embargo, la Corte consideró que aunque la finalidad de la utilización sea un punto a tomar en cuenta en una obra como fair use, el hecho de que la naturaleza de la obra derivada sea comercial es un factor en contra para considerar dicha utilización como un uso legítimo, pues cualquier uso comercial debe considerarse como injusto (...)"

- **Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc (1994):** En esta sentencia se hace referencia al uso de la parodia con fines comerciales. "(...) La Corte decidió que la finalidad comercial no era un impedimento pues se trataba únicamente de un factor, de entre cuatro a considerar. A diferencia de las otras sentencias que hemos analizado, ésta establece que los cuatro factores no deben de ser analizados de manera aislada. Por el contrario, todos y cada uno deben de ser considerados y los resultados de dicho análisis deben de ser sopesados en conjunto y de acuerdo a los objetivos perseguidos por la legislación del copyright (...) Además, a partir de Campbell v. Acuff-Rose se le da un carácter único al fair use que le distingue claramente de cualquier otro método para establecer límites al derecho de autor: la importancia que tiene el que el uso sea transformativo para inclinar la balanza a favor de que una utilización no autorizada pueda ser considerada como no infractora. Si el uso no autorizado simplemente sirve para suplantar al original y, por lo tanto, competir con el mismo, será difícil que pueda ser considerado como fair use"
- **A & M Records v. Napster (2001):** Sentencia de gran importancia en la era digital, cuyo eje principal es la legalidad del contenido en las plataformas P2P "(...) Se rechazó que las actividades pudieran constituir un uso justo tomando en consideración los cuatro factores y combinando los criterios de algunas de las sentencias que acabamos de analizar líneas arriba, pero basándose fundamentalmente en lo dicho en Campbell v. Acuff-Rose. Con respecto del primer factor, se dio mayor peso a la cuestión de si la utilización era transformativa o no. En este caso en particular, se encontró que las descargas de archivos MP3 eran simples reproducciones. Así, se estableció que la obra copiada simplemente suplantaba a la original sin darle un carácter o naturaleza diferentes. El segundo factor sigue también el razonamiento ya expuesto en Campbell, argumentando que las canciones copiadas merecen la máxima protección pues son de una naturaleza creativa. Respecto del tercer factor, que concierne a la extensión de lo copiado, la sentencia encontró que el uso no está amparado por el fair use debido a que la copia de obras completas indica lo contrario (...) Respecto del cuarto y último factor, se encontró que Napster afecta negativamente al mercado potencial y al valor de las obras protegidas al: 1) reducir la ventas de CDs entre estudiantes (a los que iba dirigido el servicio) y 2) porque Napster distribuye los MP3 gratuitamente y así destruye la oportunidad del tenedor de derechos de cobrar por las descargas de los mismos (...)"
- **Blake A. Field v. Google, Inc. (2006):** Sentencia que resuelve la controversia sobre el caching realizado por Google en sus servidores. "(...) al encontrarse que los usos no autorizados de Google eran usos transformativos, el Tribunal concluyó que el análisis del segundo factor perdía toda relevancia. De la Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho 35 español y colombiano.

*misma forma, se determinó que el tercer factor tenía una importancia neutral a la luz de lo analizado respecto del propósito y naturaleza del uso no autorizado. La sentencia establece explícitamente que el cuarto factor también es determinante, por encima incluso del segundo y tercer factor, los cuales no son suficientes para determinar si un uso es o no fair use cuando el primero o el cuarto apuntan a lo contrario. Además, dice la sentencia, la buena fe debe ser considerada como un factor a favor, lo que establece de facto un quinto factor, pero sin pronunciarse sobre cuál es el peso específico del mismo (...)"*

- **Authors Guild v. HathiTrust (2014):** Digitalización de obras y búsqueda de contenidos “(...) Los Tribunales de primera y segunda instancia de Nueva York han coincidido en que las actividades de digitalización son efectivamente fair use (...) la sentencia de apelación destaca que hacer copias digitales de libros de tal manera que permitan la búsqueda de información es un uso altamente transformativo puesto que las copias tienen un propósito totalmente distinto al de las obras originales. El objetivo es obtener capacidades de búsqueda superiores y no simplemente dar acceso al material protegido por el derecho de autor. Tener como propósito crear una base de datos que permite la búsqueda dentro de los libros digitalizados es un propósito tan diferente del objetivo original de las obras, que debe de ser considerado como transformativo (...) Lo que es destacable es que, en contra a lo que venía sucediendo, se rechazó el argumento de que el tenedor de los derechos podía argumentar que se dañaba su capacidad de hacer negocio con cualquier uso futuro de una obra”.
- **Authors Guild v. Google, Inc. (2013):** El mismo caso anterior, con la diferencia de que Google es una empresa con ánimo de lucro y de que Google muestra parte de los libros digitalizados. “(...) La iniciativa de Google Books, incluye dos programas: el Programa de Socios (Partner Program) que permite a los tenedores de derechos que así lo autoricen decidir qué libros y cuánto de ellos puede ser visualizado después de realizada una búsqueda. El otro proyecto, la Biblioteca (Library Project) consiste en la digitalización de más de 20 millones de volúmenes de las colecciones de distintas bibliotecas como la Biblioteca Pública de Nueva York, la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos y las bibliotecas de varias universidades. Algunas de estas bibliotecas sólo permitieron el escaneo de obras en el dominio público y otras permitieron también el escaneo de obras protegidas. Las bibliotecas participantes pueden descargar una copia digital de cada libro que se encuentra en su acervo. Google no obtuvo la autorización de los tenedores de derechos ni adquirió licencia alguna para realizar la digitalización de las obras. Pese a las diferencias entre ambos proyectos, sobre todo al hecho de que Google persigue el lucro y de que sus resultados muestran partes de los libros protegidos, el juez determinó que haber escaneado 20 millones de libros también constituía fair use (...) señala que su base de datos permite una manera nueva y eficiente de buscar libros y que sin duda se ha convertido en una herramienta de investigación esencial que se ha integrado ya en el sistema educativo; también que la iniciativa promueve un tipo de investigación conocida como data mining o text mining (minería de datos o de texto) que permite a investigadores de humanidades analizar el contenido de millones de libros; se valora que Google incrementa la posibilidad de tener acceso a libros a distintos tipos de personas, particularmente grupos

*desatendidos o que tienen dificultades para acceder al contenido, como los individuos con alguna discapacidad; y, que Google permite preservar libros e incluso darles vida nueva cuando se trata de ediciones agotadas (...) se decidió que efectivamente el uso hecho por Google es altamente transformativo pues digitaliza los libros para convertirlos en una base de datos que sirve a lectores, académicos, investigadores, entre otros, para encontrar libros. El uso de texto también es distinto al que normalmente se le da a los libros, pues las porciones mostradas en las búsquedas permiten a los usuarios encontrar obras de manera más eficiente. Además, el texto digitalizado se transforma en datos que permiten las actividades de minería antes mencionadas, lo cual permite la creación y el avance de nuevos campos de investigación. En resumen, dice la Corte, los libros se usan en formas en que no habían sido utilizados antes (...)"*

Igualmente es importante destacar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia Nº: 172/2012 del 03/04/2012. Recurso Nº: 2037/2008. Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán, mencionada en el aparte correspondiente a la “regla de los tres pasos”, en donde se debatió si el almacenamiento en caché que hace Google para operar su sistema de búsquedas constituía o no una infracción al derecho de autor. La mencionamos no solo por el revuelo que generó en aquel entonces de su expedición, sino también porque pone sobre la mesa, el alcance de la interpretación judicial con base en criterios ajenos a la legislación española, como es el fair use, y la validez de utilizarlos en sentencias judiciales.

En el caso en cuestión, la demandante, operadora de la web [www.megakini.com](http://www.megakini.com), demanda a Google dado que este “*confecciona con retales de distintas páginas Web una página que presenta como propia en la que inserta publicidad*”. Esto implica:

- La reproducción en la memoria caché de los equipos del buscador, con el código html de las páginas de terceros.
- Las reproducciones parciales del texto de los sitios web para mostrar el resultado en la página con las búsquedas obtenidas.
- Las reproducciones de la propia copia caché utilizada para efectuar el proceso interno de selección.

Google manifestaba por su parte, que solo realizaba un acto de reproducción, temporal y accesoria, que era necesario para la funcionalidad del buscador y que dicho acto está amparado por el artículo 31.1 LPI, así como del 15 y 17 LSSI. Para lo que nos interesa analizar con respecto al fair use, el Tribunal acoge criterios propios de esta doctrina como los usos mínimos y justificados. Incluso, menciona la doctrina de forma expresa

*“(...) esta Sala considera que, aun cuando los límites al derecho de autor deban interpretarse restrictivamente, ninguno de los dos artículos en cuestión de la LPI, el 31.1 o el 40 bis, es excluyente de la doctrina del ius usus inocui para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI ni, menos aún, de la consideración de los arts. 7 CC, 11 LOPJ y 247.2 LEC. (...) La desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley ni legitimar las actividades de Google aquí enjuiciadas por la excepción del art. 31.1 LPI. Se funda la desestimación en que, como principio general, la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas en perjuicio no solo del demandado sino incluso de aquellos Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho*

*intereses del propio demandante que merezcan la consideración de "legítimos" y de una explotación de su obra que pueda considerarse "normal", porque ni un sistema cerrado de excepciones tiene por qué llegar al extremo de prever hipótesis absurdas ni la interpretación de la LPI puede desligarse de su finalidad protectora de los derechos de autor ni, en fin, y por la misma razón, su interpretación puede favorecer pretensiones arbitrarias y dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio.*

*(...) Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación). Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del fair use debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites (...)"*

Finalmente, las sentencias estadounidenses antes relacionadas muestran la inclinación hacia el análisis de los factores económicos que puedan incidir en el detrimento patrimonial del autor, lo cual no causa extrañeza debido al carácter utilitarista del copyright. De igual manera, el factor de "transformación" de la obra se hace presente, dado que cada sentencia hace un análisis que deriva en la conclusión si la obra fue efectivamente transformada o utilizada "al pie de la letra" como el caso Napster. Cabe aclarar que esto no implique que los demás factores no hayan sido tenidos en cuenta a la hora de determinar cuándo es aplicable el fair use, como es el caso de Google y la digitalización de contenidos dirigida a un bien común. Esta doctrina, si bien tiene aspectos a resaltar, puede en la práctica tener ciertas dificultades, sobre todo en el derecho continental, dado que es necesario esperar a que se ventile en la jurisdicción un asunto para dar en marcha la aplicación e interpretación de este concepto, generando incertidumbre y grandes costos litigiosos a las partes, dificultad que a su vez puede ser también su mayor fortaleza, debido a la capacidad de adaptación de la figura al entorno actual, como lo vimos en el caso de Authors Guild vs Google.

#### **II.3.4. Fair dealing**

El fair dealing es una figura similar a la del fair use analizada anteriormente, por lo cual precisamente no profundizaremos en la misma, utilizada en países anglosajones diferentes a Estados Unidos, tales como Inglaterra, Australia, Canadá y Nueva Zelanda, que usa igualmente criterios generales que sirven para determinar si hay un uso leal de la obra.

En Canadá, por ejemplo, el desarrollo jurisprudencial de esta figura ha sido tradicionalmente protecciónista con el autor, elevando la obra a un punto tal que las limitaciones y excepciones suelen ser pocas. Sin embargo, existe una sentencia de la Suprema Corte de ese país, que traemos a colación, y que marca un importante precedente en cuanto a las pautas que existen en ese país para que el Juez pueda valorar el uso justo de una obra, dándole un carácter más extensivo, y no tan protecciónista como otras sentencias de años atrás:

*"(...) El uso leal no tiene una connotación de actos individuales sino de una práctica o sistema. Esto concuerda con el propósito de la excepción del uso leal, que es el de asegurar que los usuarios no encuentren limitada de forma indebida su facultad de usar y disseminar material protegido por el derecho de autor. Las personas o Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho 38 español y colombiano.*

*instituciones que se amparen bajo la excepción del uso leal de la sección 29 necesitan probar únicamente que sus usos de obras protegidas fueron efectuados con fines de investigación o estudio privado y que fueron leales. Pueden hacerlo ya sea mostrando que sus propias prácticas y políticas estuvieron basadas en la investigación y fueron leales, o mostrando que todos sus usos individuales de esos materiales fueron en efecto para la investigación y leales. Finalmente, la Suprema Corte estableció una lista de factores conforme a los cuales se determinará si un uso constituye uso leal.*

*(...) En el futuro, bajo la ley canadiense, la determinación tendrá que tomar en cuenta: (1) el propósito del uso; (2) el carácter del uso; (3) el monto del uso; (4) las alternativas al uso; (5) la naturaleza de la obra; y (6) el efecto del uso en la obra (...)”<sup>29</sup>*

Por su parte, el derecho australiano, en la ley de derecho de autor australiana de 1968, en la sección 40 (2) consagra el fair dealing de la siguiente manera:

*“Para fines de esta Ley, los aspectos que deben observarse para determinar si tratándose de una obra literaria, dramática, musical o artística o de una adaptación de una obra literaria, dramática o musical, objeto de una reproducción total o parcial, constituye un uso leal de la obra o adaptación para fines de investigación o estudio incluyen los siguientes:*

*(a) el fin y carácter del uso; (b) la naturaleza de la obra o adaptación; (c) la posibilidad de obtención de la obra o adaptación en un tiempo razonable a un precio comercial ordinario; (d) el efecto del uso en el mercado potencial o para el valor de la obra o adaptación; y (e) en el caso en que sólo una parte de la obra o adaptación sea reproducida –la cantidad y substancialidad de la parte copiada”*

Como se puede observar, los parámetros establecidos en Canadá y Australia con el fair dealing, son similares a los utilizados en el fair use estadounidense, siendo desarrollados jurisprudencialmente dependiendo del caso a analizar.

## **II. Excepciones y limitaciones del derecho de autor**

En este aparte del trabajo, vamos a centrarnos en las excepciones y limitaciones del derecho de autor, figura afín al derecho español y colombiano, comenzando por sus generalidades, haciendo una breve introducción, para luego pasar a los casos específicos traídos por la ley. Como mencionábamos anteriormente, el derecho de autor contiene una serie de limitantes, enmarcadas en el bienestar colectivo, y el respeto de la libre expresión y otros principios afines. Cuando estamos hablando de excepciones y limitaciones hacemos referencia a los casos en los cuales, personas que no ostentan la calidad de autor, o que no tienen la titularidad de los derechos patrimoniales, pueden utilizar las obras protegidas sin previo consentimiento, y por ende, sin el pago de cánones o regalías por su uso. Como siempre, el punto de partida es el Convenio de Berna<sup>30</sup>:

<sup>29</sup> Decisión de la Supreme Court of Canada en el caso de CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada en 2004, tomado de: TAWFIK, M J., (2005) “Legislación internacional en materia de derechos de autor y el uso leal como “derecho del usuario”. E-boletín derechos de autor. Abril – Junio. Pág. 6 y 7

<sup>30</sup> DÍAZ, A. (2006) id. Pág. 97

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>39</sup> español y colombiano.

ARTÍC.	MATERIA	JUSTIFIC.	TIPO	MANDATO	DERECHOS	CONDICIONES
2(4)	Textos Oficiales (obras literarias)	Información	Limitación	Permitida	Todos	Ninguna
2(8)	Noticias del día e información de prensa (obras literarias)	Información	Limitación	Obligatoria	Todos	Ninguna
2bis(1)	Discursos políticos y legales (obras literarias)	Información	Limitación	Permitida	Todos	Ninguna
2bis(2)	Conferencias, etcétera (obras literarias)	Información	Exclusión	Permitida	R, B	Propósitos de información
9(2)	General (todas las obras)	General	Exclusión Lic. Oblig.	Permitida	R	Regla de los 3 criterios
10(1)	Citas (todas las obras)	Información	Exclusión Lic. Oblig.	Obligatoria	Todos	1 Práctica Leal 2 Justificación por motivo
10(2)	Ilustración en la educación (todas las obras)	Educacional	Exclusión Lic. Oblig.	Permitida	R, B	1 Ilustración 2 Práctica Leal
10bis(1)	Diarios, etcétera, artículos obras de radiodifusión (obras literarias)	Información	Exclusión	Permitida	R, B	1 Sin reserva 2 Indicación de fuente
10bis(2)	Reportajes sobre eventos de actualidad (todas las obras)	Información	Exclusión	Permitida	Fotos, cine, B	Propósitos de información
11bis(2)	Radiodifusión (todas las obras)	Acceso Público	Lic. Oblig.	Permitida	B	1 Remuneración equitativa 2 Respeto a Dº Morales
11bis(3)	Grabaciones efímeras (música y palabras)	Conveniencia, conservación en archivos	Exclusión Lic. Oblig.	Permitida	R	1 debe ser efímero 2 Carácter documental (archivo)
13(1)	Grabaciones de músicas y palabras	Nueva Industria	Licencia Obligatoria	Permitida	R	1 ya grabados 2 Remuneración equitativa
14bis(2)(b)	Obras de cine (limitado a coautores)	Conveniencia	Exclusión	Permitida	R, B, REP	Sin estipulación contraria
17	Censura (todas las obras)	Poder Estatal	Limitación	Permitida	Todos	Sólo por motivos de censura y ningún otro motivo.
Implicito o secundario en acuerdos bilaterales	Reservas menores	De minimis	Exclusión	Permitida	REP, B, RP	De minimis
	Traducciones	Necesidad	Exclusión	Permitida	R, REP, RP, B	Aquellos aplicables bajo arts. 2bis, 9(2), 10 and 10bis pero no arts 11bis y 13.
	Control del abuso monopólico (todas las obras)	Poder Estatal	Limitación	Permitida	Todos	Sólo puede ser por abuso monopólico y nada más

De esta información general, entraremos entonces a analizar los casos particulares del tema:

### III.1. La copia privada

La copia privada es aquel límite que permite que una persona, la cual no puede buscar lucro o un uso que no sea personal y privado, reproduzca una obra a la que haya tenido acceso legalmente, sin necesidad de permiso del autor o titular del derecho patrimonial. Dicha prerrogativa tiene su excepción en los programas de ordenador y base de datos electrónicas, de la cual más adelante se profundizará.

La ley española consagra así entonces dicha limitación: Artículo 31.2 LPI: “*no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador*”.

Es importante el concepto de “accedido legalmente”, puesto que si se realiza una descarga ilegal de un contenido, no entra en esta categoría de limitación, y obviamente sería una violación de la ley. Igualmente está la parte de persona física, descartando por completo cualquier tipo de persona jurídica. Este artículo debe estar armonizado obligatoriamente con el artículo 25 de la misma ley, que establece la compensación por copia privada, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En este punto es importante precisar que la ley, restringe la limitación, al no considerar reproducciones para uso privado:

- a) *“las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital adquiridos por personas jurídicas, que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas;*
- b) *“las realizadas por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad, en los términos de dicha autorización”.*

Posteriormente el artículo 25, amplía el ámbito de la limitación, indicando que no darán origen a una obligación de compensación *“aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno”*

Sin embargo, este modelo español no ha estado exento de críticas y por supuesto, de revisiones por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Anteriormente, el sistema de compensación equitativa por copia privada, se hacía en forma de canon aplicado sobre dispositivos de reproducción, lo cual repercutía luego sobre los compradores de estos dispositivos, lo que permitía acceder a las entidades de gestión a mayores dividendos<sup>31</sup>.

Esta polémica, ha traído como consecuencia, que las entidades de gestión, impugnaran el Real Decreto 1657/2012 que regulaba dicho procedimiento, lo que desencadenó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 9 de junio de 2016, en el asunto C-470/14, quien declaró que el sistema de compensación por copia privada español era contrario a la normativa europea, dado que *“(...) dicho sistema de financiación de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado miembro de que se trata no puede garantizar que el coste de dicha compensación sólo sea sufragado, en último término, por los usuarios de copias privadas (...)”*. Esto inevitablemente conllevó a que la Sala Tercera del Tribunal Supremo haya anulado el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales

<sup>31</sup> “(...) La decisión del Gobierno en esta materia supuso un recorte en esta función. En el caso de CEDRO, de contar con un presupuesto anual de casi 4 millones de euros ha pasado a uno de 180.000 euros (...)” Tomado de: CEDRO. (2016) “El Tribunal de la UE declara ilegal el sistema de copia privada español” (disponible en <http://www.cedro.org/actualidad/noticias/noticia/2016/06/09/el-tribunal-de-la-ue-declara-ilegal-el-sistema-de-copia-privada-espanol> fecha de la última consulta: 20-11-2016).

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>41</sup> español y colombiano.

del Estado, conocido como ‘canon digital’, por ser contrario al derecho de la UE, tal como estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El análisis de la compensación por la copia privada en España no es algo reciente, dado que el Tribunal ya se había pronunciado en la sentencia del 21 de octubre de 2010 (caso Padawan) señalando “(...) es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas (...)”

En Colombia, la norma símil, Ley 23 de 1982, artículo 37, consagra: “*Es licita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro*<sup>32</sup>”

En Colombia, se observa que no hay ninguna mención o excepción relativa a programas de ordenador y que excluye las obras artísticas.

Como punto en común de ambas legislaciones, tenemos que la limitación de la copia privada, es siempre sin ánimo de lucro y para fines estrictamente personales, diferenciándose del pago de una compensación equitativa, que siempre debe operar en el país europeo. Sin embargo, el problema que plantea la cuestión del entorno digital, nos obliga a analizar brevemente esta situación. El concepto tradicional de obra, en donde la materialización de la misma era en elementos palpables y difícilmente reproducibles ha llegado a su fin. La era del internet y la digitalización, ha traído consigo un nuevo paradigma para la protección de los derechos de autor, haciendo que la protección brindada al autor frente a la copia privada, sea menos efectiva que en épocas anteriores. Por poner un ejemplo, en estos momentos, esa copia privada que se tiene en el computador, puede ser accedida por terceros no autorizados por la ley, si permitimos el acceso para una revisión remota del pc o si estamos en una red compartida, donde no controlamos el acceso a nuestra documentación e igualmente puede pensarse lo mismo de los archivos que enviamos a la nube. Ni hablar también de la facilidad de la copia intangible. Pese a esto, no se puede desconocer la realidad del mundo digital, y por ende la normatividad ha planteado la implementación de medidas tecnológicas de protección, acordes a este panorama.

La Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, impone a los estados miembros la obligación de establecer un marco adecuado de protección jurídica que evite e impida la elusión de las medidas tecnológicas, persiguiendo la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad o cualquier otra forma de comercialización de dispositivos que tengan esa finalidad. Igualmente esta Directiva hace una mención somera de la copia privada en el artículo 2 literales a y b:

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

---

32 En este aspecto, es interesante traer a colación la sentencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana de 30 de abril de 2008, que introduce una nueva limitación: la copia privada de fonogramas.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>42</sup> español y colombiano.

*con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa; b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6),<sup>33</sup>*

Esto se complementa con el artículo 160 de la ley de propiedad intelectual y el artículo 161 que reza:

*“(...) Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado”*

El realizador de la copia privada no tienen derecho a levantar la protección tecnológica, y únicamente puede hacerlo si cuenta con una autorización del titular del derecho de autor o mediante sentencia judicial. Esto puede plantear serios inconvenientes puesto que lo que era una limitación, con la implementación de una medida tecnológica desaparece, haciendo inexistente la posibilidad de copia privada digital, eliminando a mi modo de ver, la consagración normativa previamente establecida, perjudicando a usuarios que no buscan el lucro, sino la utilización de la obra con fines meramente personales, percepción compartida por el autor referenciado a continuación:

*“(...) Eso es lo que sucede con otros tipos de medidas tecnológicas cuya ineficiencia también ha sido demostrada. Por ejemplo, “content scrambling system” (CSS), diseñado para impedir la copia de discos de DVD, a pesar de contar con varios años de investigación y de la inversión involucrada, ha sido eludido por un adolescente de 16 años. Incluso las medidas tecnológicas más recientes aplicadas en los nuevos formatos Blu-Ray y HD DVD han sido eludidas. Así, como puede verse, las medidas tecnológicas dirigidas a restringir o impedir la copia de contenido digital, son inevitablemente susceptibles de ser eludidas. Y esto nos lleva a la siguiente conclusión: las personas que ilegalmente quieran lucrar con la venta de obras protegidas por derecho de autor de terceros, no serán detenidas por las medidas tecnológicas. En la vida real, el mecanismo desarrollado para impedir la copia de*

---

<sup>33</sup> El Convenio de Roma también establece la excepción de la copia privada en el artículo 15 “a) cuando se trate de una utilización para uso privado” Igualmente el Convenio de Berna habla en lo referente a la comunicación pública, en su artículo 20 que “se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>43</sup> español y colombiano.

*obras no es capaz de cumplir sus objetivos, y el usuario de buena fe termina siendo apartado, incapaz de realizar algunos usos autorizados por ley<sup>34</sup>”*

### **III.2. Límites frente a programas de ordenador**

Si bien es cierto que dentro de las excepciones y limitaciones de programas de ordenador, existen otras figuras aplicables a todo tipo de obra, merece especial consideración hablar del software, dado que es una obra “sui generis”, que ha tenido amplio debate frente al mecanismos de protección más adecuado dentro del universo de la propiedad intelectual, con un auge en relación a su patentabilidad en países como Estados Unidos y Japón. En este caso, dada la naturaleza del tema, nos enfocaremos en los límites propuestos por el derecho de autor a los programas de ordenador, que en la legislación española se encuentran en el artículo 100 de la ley de propiedad intelectual, dividiéndolos en límites absolutos, los cuales no pueden ser modificados por las partes, y relativos, que obedecen a la autonomía de la voluntad:

#### **III.2.1. Límites absolutos**

Son los siguientes:

- **Copia de seguridad:** La realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa, la cual no puede impedirse por contrato si resulta necesaria para dicha utilización: Esto no puede confundirse con la copia privada del artículo 31. La copia de seguridad, como su nombre lo indica, es única y exclusivamente para evitar cualquier pérdida en caso tal de que se extravíe la copia original, por lo que lleva implícito que, mientras el original esté en uso, la copia de seguridad no puede estar funcionando en otro dispositivo.
- **Ingeniería inversa:** El usuario legítimo de la copia de un programa estará facultado para observar, estudiar o verificar su funcionamiento sin autorización previa del titular, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer. No es el acceso al código fuente, es observar simplemente que pasos o principios hacen funcionar al software para poder sacar conclusiones o imitarlo.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-406/2010 SAS Institute Vs Word Programming, habla acerca de los elementos de protección bajo esta limitación. Según el Tribunal, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, debe interpretarse en el sentido de que ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva. Por ende, el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 91/250

<sup>34</sup> JARAMILLO, P. (2008) “Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile”. ONG Derechos Digitales. Pág. 69.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

debe interpretarse en el sentido de que quien haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular de los derechos de autor, observar, estudiar y verificar el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquiera de sus elementos, cuando realice operaciones cubiertas por esa licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa.

En cuanto al artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, establece que en el sentido de que la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor.

- **Descompilación e interoperabilidad:** No es necesaria la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma (descompilación), en el sentido de los párrafos a) y b) del artículo 99 del TRLPI, sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
  - Que tales actos sean realizados por el usuario legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada: El usuario legítimo se refiere a que tenga una copia legal del software.
  - Que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, y de manera fácil y rápida, a disposición de las personas a las que se refiere el párrafo anterior: En resumidas cuentas, solicitud previa y voluntaria antes de aplicar la limitación.
  - Que dichos actos se limiten a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad.
  - Que la información así obtenida:
    - Se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.
    - Solo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.
    - No se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor: Solo para funcionamiento del software en coordinación, nunca para la creación de un nuevo software.

Un desarrollador de software que necesite tener acceso al código fuente de otro programa de ordenador, puede tener la capacidad autónoma de descompilar el código fuente, siempre que cumpla con los anteriores requisitos. El código fuente es la base fundamental de los programas de ordenador, por lo que la aplicación de estos requisitos debe ser estricta.

### III.2.2. Límites relativos

Salvo que expresamente se establezca lo contrario, los límites relativos son los siguientes:

- La reproducción o transformación de un programa de ordenador, incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta.
- El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cessionario titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo: Esto no aplica a los usuarios que tienen acceso al software por licencia, únicamente aplica cuando hay una cesión de derechos de explotación a favor de un tercero.

En Colombia, los límites del software no están tan desarrollados como en España, remitiéndose exclusivamente a la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, de los artículos 24 al 28:

*“Artículo 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:*

- a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,*
- b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.*

*Artículo 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad.*

*Artículo 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal. No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.*

*Artículo 27.- No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización.”*

Desafortunadamente, tampoco existe desarrollo jurisprudencial, dado que el mercado del software en el país se limita en un alto porcentaje, a las licencias de uso, y las compañías de software, aunque existen en el país, básicamente son por encargo y para usos netamente empresariales, definiendo de antemano las

condiciones negociales en el documento de contrato, por lo que el desarrollo doctrinal y jurisprudencial se torna bastante escaso.

### III. 3. Seguridad y procedimientos públicos

El artículo 31 bis numeral 1 de la Ley de propiedad intelectual española, expresa lo siguiente:

*“No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios<sup>35</sup>”*

Por su parte el artículo 42 de la ley 23 de 1982 sobre derechos de autor colombiana señala:

*“Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado”*

Esto también se apoya en el literal artículo 22 literal dde la decisión 351 de la CAN *“Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga”*

Frente a este límite, cabe resaltar, como se ilustraba en el cuadro de límites y excepciones del Convenio de Berna, que está presente desde los inicios de la consagración de los derechos de autor, y que este no puede atentar la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Es decir, esta limitación está delimitada solo a casos especiales y excepcionales

### III. 4. Personas en situación de discapacidad

La Directiva 2001/29/CE en su artículo 3 habla expresamente de esta excepción: *“Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada.”*

Sin embargo, el tema de las limitaciones y excepciones de personas con discapacidad en el ámbito de los derechos de autor, no se circumscribe únicamente a las normas especializadas en propiedad intelectual, dada la protección especial brindada a las personas que poseen dicha limitación. El Tratado de Marrakech obliga a los Estados miembros a crear en sus legislaciones disposiciones relativas sobre el tema, en especial para personas con disfunción visual:

Artículo 4º Excepciones y limitaciones contempladas en la legislación nacional sobre los ejemplares en formato accesible:

<sup>35</sup> Así mismo la Directiva 2001/29/CE en su artículo 3 establece: *“Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos”*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*“a) Las Partes Contratantes establecerán en su legislación nacional de derecho de autor una limitación o excepción relativa al derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de puesta a disposición del público, tal y como se establece en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), para facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios. La limitación o excepción prevista en la legislación nacional deberá permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo.*

*b) Las Partes Contratantes podrán también prever una limitación o excepción relativa al derecho de representación o ejecución pública para facilitar el acceso a las obras por los beneficiarios.*

*2. Una Parte Contratante podrá satisfacer lo dispuesto en el artículo 4.1) respecto de todos los derechos en él mencionados, mediante el establecimiento de una limitación o excepción en su legislación nacional de derecho de autor de modo que:*

*a) Se permitirá a las entidades autorizadas, sin la autorización del titular del derecho de autor, realizar un ejemplar en formato accesible de la obra, obtener de otra entidad autorizada un ejemplar en formato accesible, así como suministrar esos ejemplares a un beneficiario por cualquier medio, incluido el préstamo no comercial o mediante la comunicación electrónica por medios alámbricos o inalámbricos, y tomar cualquier medida intermedia para alcanzar esos objetivos, cuando se satisfagan todas las condiciones siguientes: i) que la entidad autorizada que desee realizar dicha actividad tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma; ii) que la obra sea convertida a un formato accesible, que puede incluir cualquier medio necesario para consultar la información en dicho formato, pero no introduzca más cambios que los necesarios para que el beneficiario pueda acceder a la obra; iii) que dichos ejemplares en formato accesible se suministren exclusivamente a los beneficiarios; y*

*iv) que la actividad se lleve a cabo sin ánimo de lucro; y*

*c) Un beneficiario, o alguien que actúe en su nombre, incluida la principal persona que lo cuide o se ocupe de su atención, podrá realizar un ejemplar en formato accesible de la obra para el uso personal del beneficiario, o podrá ayudar de otra forma al beneficiario a reproducir y utilizar ejemplares en formato accesible cuando el beneficiario tenga acceso legal a esa obra o a un ejemplar de la misma”*

También la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas, en su artículo 30 estipula que las leyes de protección de la propiedad intelectual no deben constituir una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso a materiales culturales.

El artículo 31 bis numeral 2 de la Ley de propiedad intelectual española, por su parte, expresa lo siguiente:

*“Tampoco necesitan autorización los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige”*

En Colombia, tanto en la ley de derechos de autor como en la CAN, no encontramos referencia alguna sobre este aparte. Sin embargo, la ley 1680 de 2013 si consagra expresamente:

*“Para garantizar la autonomía y la independencia de las personas ciegas y con baja visión en el ejercicio de sus derechos a la información, las comunicaciones y el conocimiento, las obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, producidas en cualquier formato, medio o procedimiento, podrán ser reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión, sin autorización de sus autores ni pago de los Derechos de Autor, siempre y cuando la reproducción, distribución, comunicación, traducción, adaptación, transformación o el arreglo, sean hechos sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas. No se aplicará la exención de pago de los Derechos de Autor, en la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas ciegas y con baja visión y que se hallen comercialmente disponibles”*

Si bien, el enfoque es netamente hacia las personas con una discapacidad visual, se extiende hacia todas las formas del derecho patrimonial, sin limitarse al derecho de reproducción, haciendo una salvedad frente a las obras que fueron creadas expresamente con el lenguaje establecido para ese fin. Sin embargo, esta norma no estuvo lejos de ser tocada por la controversia, dada la amplitud de la excepción. Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, quien resolvió en sentencia C – 035 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa, quien declaró la norma exequible, atendiendo a la primacía de los derechos a la igualdad de las personas con discapacidad, entendiendo que dicha limitación no suponía un ejercicio arbitrario en contra de los derechos patrimoniales del autor, previo análisis efectuado con la regla de los tres pasos:

*“(...) En concepto de la Corte todos los verbos utilizados por el Legislador demuestran que se trata de operaciones asociadas al aprovechamiento de la obra y no a la decisión de divulgarla o mantenerla inédita (...) la conversión a modos accesibles para personas ciegas o formatos visibles recae, necesariamente, sobre obras ya dadas a conocer al público, es decir, previamente divulgadas. Y en verdad no sería factible hallar una explicación racional a la supuesta protección de un derecho moral de un autor a consentir la presentación de su obra a todo público, salvo a las personas ciegas o con baja visión. Esta conducta sería arbitraria y abiertamente discriminatoria y, por lo tanto, no podría catalogarse como un derecho moral de los autores (...) La excepción está consagrada en una norma de rango legal, como es la ley 1680 de 1993. Además, es taxativa, en la medida en que se encuentran definidas las condiciones para su aplicación (...) La decisión sobre si la afectación es injustificada plantea, finalmente, la necesidad de ponderación entre dos derechos: de una parte, el derecho de las personas con discapacidad visual (concretamente, ciegas o con baja visión en los términos del artículo 2º de la Ley 1680 de 2013) al acceso al conocimiento, la información, las comunicaciones y las TIC (fin que persigue la medida cuestionada) y, de otra, el derecho patrimonial de los autores a recibir una remuneración y a dar su consentimiento para las obras que serán reproducidas, distribuidas, comunicadas, traducidas, adaptadas, arregladas o transformadas en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas ciegas y con baja visión en virtud de la regulación Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho 49 español y colombiano.*

que se evalúa, cuya restricción fue el medio escogido por el legislador para alcanzar el fin propuesto. En primer término debe señalarse que la excepción es razonable, pues persigue eliminar una barrera de acceso a la información, las comunicaciones y el conocimiento a un grupo poblacional sujeto de especial protección constitucional (...) Finalmente, en cuanto a la certeza de la afectación, resulta que la de las personas con serias disfunciones visuales al momento de acceder a las obras que serían susceptibles de reproducción a raíz de la norma demandada se encuentran plenamente documentadas<sup>36</sup>, mientras que la que sufrirían los autores se acerca a un nivel puramente especulativo. Si bien es cierto que pueden ver restringido su derecho a manifestar su consentimiento, previa la reproducción en formatos accesibles de sus obras, y enfrentar una afectación patrimonial, la segunda depende de hechos inciertos. Concretamente de que existan editoriales u otras entidades dispuestas a negociar la reproducción en esos formatos de las obras. Y, como se ha visto, ese interés comercial es, actualmente, muy limitado, dada la baja difusión de cualquier tipo de obra por los medios descritos (...) Además, según la Organización citada, por el carácter “territorial” del derecho de autor, esas exenciones no se aplican a la importación o exportación de obras convertidas a formatos accesibles, de manera que las organizaciones de cada país deben negociar las licencias con los titulares de los derechos, actividad altamente costosa, y por lo tanto, nuevo limitante al acceso a los libros por las personas con disfunción visual (...)”

Dicha sentencia recalca el factor de protección estatal frente a personas en situación de disfunción visual, pero sin olvidar, en mi concepto, la protección hacia el autor, en el sentido de protegerlo frente a la comercialización indebida de su obra, y frente a usos que excedan el límite de la protección de estos sujetos, haciendo el análisis con la regla de los tres pasos, regla que en el caso en concreto se cumple.

### **III. 5. Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica.**

Esta excepción está ligada a un derecho de rango constitucional, y es el derecho a la educación, el acceso a la cultura y la información, cediendo una vez más, el interés general sobre el particular del autor. A manera introductoria, es necesario delimitar su consagración en los convenios internacionales y la mención que la Directiva 2001/29/CE hace sobre la materia:

El Convenio de Berna establece en su artículo 10 que “1) son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de

<sup>36</sup> “Ya se explicó que para la Unión Mundial de Ciegos solo entre un 1 y un 7% de las obras impresas son reproducidas en sistema braille; mientras que la Fundación Karisma y el Programa País de la Universidad de los Andes, como organizaciones especializadas en la materia, presentan cifras más dramáticas en cuanto a la imposibilidad de acceso a las obras por parte de la población ciega y de baja visión, indicando que solo 1,5 de cada mil obras es llevada a impresión en el sistema braille”. Cita referida, en la ya mencionada sentencia citada. Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.*

*3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”*

Así mismo, el artículo 15 del Convenio de Roma en el literal d estipula la excepción “cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica”

Por su parte, la Directiva 2001/29/CE en el artículo 2 literal c establece la excepción “en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;”

El artículo 3 literal a y d también menciona el tema: “a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida; d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido.”

Esta excepción, comprende en la legislación española, varios apartes que es preciso examinar individualmente para poder tener una visión clara del tema.

El artículo 32 de la ley española de propiedad intelectual, señala en su numeral primero que:

*“Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”.*

Básicamente la norma se refiere a la reseña, que obligatoriamente tiene que tener, de uno de varios requisitos, el derecho de cita. La norma se refiere específicamente a un fragmento, es decir, una parte que se extrae para complementar o dar sentido a una nueva obra o que remite a una ya divulgada para su consulta, crítica o comentario. El fragmento siempre da a pensar que es un “pequeño” extracto con una finalidad definida para dar alcance al mensaje, es decir, que esta no sea el carácter principal, sino el secundario de la obra, y además analizar la importancia del extracto copiado en la obra original y distinguirlo claramente en la obra que la referencia, mediante el uso de comillas, negrillas, notas al pie o cualquier similar.

Obviamente por el tipo de obra que representa la obra plástica o fotográfica, ya no se habla de fragmento, sino de “obra aislada”, dada la imposibilidad de dividir una creación de dicho carácter, la cual tranquilamente puede tener el matiz de cita:

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>51</sup> español y colombiano.

*“A la ilustración (adorno de un impreso mediante estampas grabadas o dibujos alusivos al texto) con fines educativos, no se refiere nominalmente el artículo 32 del Texto Refundido. Si lo hacen, como se dijo, los artículos 5.3 de la directiva 2001/29/CE y 10.2 del Convenio de Berna. Sin embargo, una interpretación correcta del artículo 32 lleva a entender que la ilustración constituye en nuestro sistema una modalidad de cita, también admisible tratándose de obras plásticas y similares<sup>37</sup>”*

Frente a las obras plásticas, también la Audiencia provincial de Madrid, mediante sentencia del 23 de diciembre de 2003 expresó su conformidad con el uso de las citas y referencias de dichas obras en los textos escolares, señalando que *“de todos es sabido y fácilmente comprobable que las obras plásticas que constan en los libros de texto a título de cita dedicados a la docencia y la investigación se reproducen por su prestigio y calidad, por lo que se está haciendo que sean más conocidas y valoradas en un ambiente cultural”*

Sin embargo, el artículo 32, aunque tiene como título *“fines educativos o de investigación científica”*, hace alusión también a las recopilaciones periódicas en revista de prensa, las cuales considera como citas. Aquí Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite”

Para que la cita sea lícita, bajo la norma es necesario entonces que la obra: (i) esté divulgada, (ii) se indique la fuente y el autor; (iii) que se persigan fines docentes o de investigación (iv) excepción también en el caso de recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa, por su finalidad informativa, la cual, si tiene fines lucrativos, es lícita, pero deberá ser remunerada, lo cual deja en duda su carácter de excepción y su posible contradicción con las normas del Convenio de Berna que hablan sobre el tema.

Vemos entonces, que la simple referencia no es suficiente para que el uso sea permitido, debiendo cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Fragmento de la obra y**
- b. Distinción dentro de la obra en la que se referencia la original:** Explicados anteriormente, pero que se complementan fácilmente con el estudio de los tres pasos, estudiado en el anterior capítulo. De igual manera el artículo 32 numeral 2 literal d inciso segundo indica *“a estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma”*.

Posteriormente el mismo artículo en el numeral 4 literal b, especifica cuanta extensión de la obra es lícito copiar para efectos de la referencia, ampliando el ámbito de cobertura no solo a la reproducción, sino también de distribución y de

<sup>37</sup> Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia de 31 de octubre de 2002.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>52</sup>

comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo cuando “se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción” Subrayado y negrillas fuera de texto.

En el derecho colombiano encontramos el artículo 31 de la ley 23 de 1982: “es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman (...) El elemento subjetivo se hace presente dado que no indica un porcentaje, como lo hace la ley española, pero igual hace referencia indirecta a la regla de los tres pasos, poniendo de presente el no perjudicar el autor.

**c. Finalidad comercial:** Precisamente, al delimitar fines como el de la docencia y la investigación, el ánimo de lucro brilla por su ausencia. Es así como el legislador quiso darle el matiz a todo el artículo 32, mirando un ejemplo particular en el numeral 4, referente a la excepción que refiere a los actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, indicando que aparte de los requisitos anteriormente mencionados, deben concurrir simultáneamente otras condiciones:

“c) Que los actos se realicen en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios.

d) Que concurra, al menos, una de las siguientes condiciones:

1º Que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente o investigador del mismo centro en el que se efectúa la reproducción.

2º Que sólo los alumnos y el personal docente o investigador del centro en el que se efectúa la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente”

Como se puede observar, la protección del legislador hacia los derechos de explotación del autor continúa vigente, ya que delimita los actos de uso solamente a los fines investigativos y de enseñanza, en redes internas, donde la reproducción, distribución y la comunicación pública hacia terceros no autorizada se hace mucho más difícil y su comercialización aún más.

Un caso común que ocurre gracias a internet es el de “press clipping”, al que directa o indirectamente hace referencia el numeral 2 del artículo 32 de la ley española:

“La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho 53 español y colombiano.

*derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización”.*

Aquí, medios informativos o empresas creadas para alertas a las compañías sobre las noticias más relevantes en su sector, “extraen” noticias de otros medios con el fin de ofertarlas de una forma más organizada y centrada hacia lo que el usuario quiere. A este respecto también se refiere el artículo 32 que aunque tiene como título, “*fines educativos o de investigación científica*”, hace alusión también a las recopilaciones periódicas en revista de prensa, las cuales considera como citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y genere un lucro para el que lo realiza, se tendrá una remuneración equitativa. Realmente esto, más que una limitación, es el pago normal de la regalía que debe hacer quien utilice la obra tal y como se describe, ya que si hay lucro, obviamente no hay excepción y por ende se genera un cobro. En el caso del press clipping, sino cumple con los requisitos señalados anteriormente, incluyendo el de la ausencia del ánimo de lucro, no podemos estar hablando de un uso autorizado:

*“(...) La enumeración de las circunstancias que impedían a las actoras, ante un comportamiento como el de la demandada, explotar su obra con normalidad, es bastante significativa: 1º en Periodistadigital.com se venían reproduciendo, junto a otros (algunos propios y buena parte de ellos también de otros periódicos), un número cuanto menos significativo, por no desdeñable, de artículos que no eran sino la simple reproducción, sin autorización para ello, de significados contenidos en el diario El Mundo y su web (sus editoriales, los artículos de opinión de conocidos periodista y colaboradores del mismo, artículos de sus redactores, fotografías, etc.), sin autorización de sus editoras; 2º) la aparición de dichos contenidos en Periodistadigital.com se producía, al menos en muchos casos, de modo inmediato a su aparición en el original de la web o del diario El Mundo (desde luego, en muchas ocasiones en la misma fecha en que lo hacía en los formatos digital y papel de dicho periódico, pues internet facilita que pueda producirse esa quasi simultaneidad); 3º) se facilitaba de esa manera el acceso gratuito y universal, pues podría valerse de él cualquiera, no solo a contenidos libres de cargo sino también a otros de pago del diario El Mundo, a los que solo debería accederse previa la legítima expectativa de su titular de que fuese comprado su periódico o se efectuase la correspondiente alta o suscripción en su página web; y 4º) la finalidad de dicho comportamiento no era ajena a lo lucrativo, pues tal “modus operandi” estaba permitiendo a la demandada introducirse en el mercado de los medios de comunicación y obtener ingresos por publicidad o patrocinio, como lo revela, de modo patente, la inclusión de anuncios en su diario digital<sup>38</sup>(...)”*

Sin embargo, este no ha sido el caso que más resonancia ha tenido. La denominada “tasa Google” del artículo 32.2 de la ley española, que tienen que pagar Google News, por ejemplo, a los medios de comunicación que publican las noticias, con el fin de poder usar fragmentos y enlaces de los contenidos agregados, la cual es irrenunciable, constituyó para los medios, antes que un avance, un retroceso, dado

<sup>38</sup> Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 6 de julio de 2007.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>54</sup>

que dicha herramienta captaba la atención de los consumidores hacia el medio periodístico. Lo irónico es que, así los medios no quieran recibir retribución alguna, esta es irrenunciable, lo que hizo que en España y Alemania, países donde se impone la tasa, que el servicio de Google News ya no esté en estos territorios.

Resulta extraño también, si de limitaciones se trata, que el artículo, al final del numeral 4, hable de un derecho irrenunciable del autor, a recibir una remuneración equitativa efectiva a través de las entidades de gestión, por parte del centro universitario u organismo de investigación, cuando se utilice la obra según los requisitos impuestos en el artículo, ya que no estaríamos hablando de una excepción, sino de un derecho de remuneración. De igual manera, el derecho colombiano en la ley del libro, habla de una situación en la que también se efectúa un pago, por la copia realizada con fines de lucro en establecimientos que tengan equipos para tal fin:

*Artículo 27: “Los autores de obras literarias científicas o culturales conjuntamente con los editores de las mismas, tendrán derecho a participar de una remuneración compensatoria por la reproducción de tales obras al amparo del artículo anterior”.*

De igual manera, no cabe olvidar el inciso segundo del numeral 2 del artículo 32 antes mencionado que establece “*sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos*”.

Aquí si estamos en presencia de una verdadera excepción, dado que el derecho de remuneración se extingue por completo, si se cumplen una serie de requisitos, incluyendo la ausencia de una finalidad comercial del motor de búsqueda y obviamente buscando siempre proteger el ámbito económico del autor, dado que obligatoriamente debe contener un enlace que redirija a los contenidos, lo que ofrece al creador de la obra, la posibilidad de explotarla en su propio terreno, gracias a esta opción.

Finalmente cabe traer a colación el uso de links como herramienta de cita de una obra en internet. Bercovitz hace una interesante conclusión del tema que vale la pena referenciar<sup>39</sup>:

*“(...) En el ámbito del internet se plantea la cuestión de si la utilización de enlaces a obras que han sido divulgadas, especialmente los de tipo ensamblado o in line links, podría operar a modo de cita. En términos estrictamente técnicos, la inclusión de un enlace en una página web, siquiera mediante la técnica de la transclusión, no constituye un acto de reproducción del contenido ajeno, por lo que puede resultar*

---

<sup>39</sup> BERCOVITZ, Rodrigo. (2016) “Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes. España”, en el artículo GARRIDO FALLA, P. “El límite de la cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual” Aladda. Pág. 437

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*discutible que se dé la inclusión a la que se refiere el artículo 32.1. TRLPI. Tampoco constituye un acto de comunicación pública, pues como dijera recientemente el TJUE en sentencia de 21 de octubre de 2014 (Asunto C- 348/13; Bestwater international), la inclusión en una página web de inline links (enlaces ensamblados) a obras ajenas, cuando éstas ya han sido divulgadas por sus titulares con carácter previo y sin ningún tipo de restricción no constituye un acto de comunicación pública por cuanto que no hay un público nuevo y distinto a aquel que fue tenido en cuenta por el titular de la obra a ponerla a disposición del público en internet”*

**d. Obras ya divulgadas:** numeral 3 literal b del artículo 32.

**e. Citar el nombre del autor y la fuente:** Literal b del artículo 32. Obviamente este es el punto de partida para el respeto de los derechos morales del autor, reconociendo su autoría sobre la obra, e indicando al usuario de la misma, en donde puede encontrar la creación original, beneficiando así al autor en caso tal que el usuario decida ahondar más sobre la misma y desee adquirirla directamente del autor. Este aparte indica que es obligatorio siempre y cuando sea posible hacerlo, dado que “*nadie está obligado a lo imposible*”, como sucedió en un caso analizado por el Tribunal de Justicia, donde la prensa publicó unas fotografías entregadas por la policía, quienes no suministraron la identificación del autor de las mismas:

*“En el caso presente, en el caso de que las fotografías controvertidas, fuera, conforme al artículo 5, apartado 3, letra e) de la Directiva 2001/29/CE, puestas inicialmente al público por las autoridades de seguridad nacionales competentes, y en el supuesto que en esa utilización inicial lícita no se haya indicado el nombre del autor, la utilización posterior de tales fotografías por la prensa requiere ciertamente, a tenor del artículo 3 letra d) de dicha directiva, la indicación de la fuente, pero no del autor (...) En efecto, dado que no corresponde a la prensa averiguar las razones de semejante omisión, le resulta imposible, en tal situación, identificar o indicar el nombre del autor y, por tanto debe considerarse que no tiene la obligación fundamental de indicar el nombre del autor”<sup>40</sup>*

Cabe aclarar que del retrato como excepción, hace mención la ley 23 de 1982 colombiana en el artículo 36º *“La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”*

En el derecho colombiano encontramos el artículo 31 de la ley 23 de 1982: *“(...) En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra”*

También la Decisión 351 de la Comunidad Andina, artículo 22 habla de las características de la cita, permitiendo realizar sin la autorización del autor *“a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”*

<sup>40</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea.. Sentencia del 1 de diciembre de 2011. Asunto Painer. Asunto C-145/10

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>56</sup>

f. **Fines docentes o de investigación<sup>41</sup>:** La norma española trae una serie de requisitos que restringen aún más la limitación, iniciando en el numeral 3, ya que en mi concepto, empieza a delimitar los centros de educación a los cuales se le aplica la excepción:

“3. *El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica*”,

Aparte de lo anterior, se debe cumplir con los siguientes requisitos, y nuevamente delimitando a qué tipo de enseñanza se refiere (Nótese que habla de enseñanza presencial como enseñanza a distancia):

“a) *Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida*”

Así mismo, delimita aún más allá el campo de acción del texto a referenciar, circunscribiéndose a:

“c) *Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada*”

Sin embargo, frente estas obras, para no coartar de cierta manera el acceso a la educación y la información, y equilibrar los derechos del autor, la norma trae una serie de excepciones a este literal, indicando que queda prohibido los actos con respecto a estos textos salvo que sean:

“1º *Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida*.

2º *Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto*”.

Es importante aclarar que estas excepciones y limitaciones no contemplan las partituras musicales, las obras de un solo uso ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

---

<sup>41</sup> Audiencia provincial de Madrid sentencia de 26 de febrero de 2007 “se trata de obras a la finalidad docente que contempla el artículo 32 de la ley, interpretando tal término “*latu sensu*” equiparandolo a obras de carácter informativo, que dan a conocer a uno el estado de la cosa y le informan de ella (...) la inclusión puede causar un perjuicio, pero el mismo no puede considerarse injustificado y por su ámbito no impide una explotación normal de las obras reproducidas”

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

Por su parte, el derecho colombiano no se queda atrás, trayendo consigo, a través de la ley 23 de 1982 y la decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, parámetros similares a los establecidos en Europa y España:

Ley 23 de 1982, artículo 32 “*Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.*”

Artículo 40. “*Las conferencias o lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, pueden ser anotadas y recogidas libremente por los estudiantes a quienes están dirigidos, pero es prohibida su publicación o reproducción integral o parcial, sin la autorización escrita de quien las pronunció.*”

Artículo 44 “*Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro*”

Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 22. “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...) b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de la obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro; (...) j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución; (...)”*

El artículo 164 de la ley 23, modificado por el artículo 84 de la ley 962 de 2005, indicaba que “*no se considera como ejecución pública, para los efectos de esta Ley, la que se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada*”. Sin embargo fue declarado inexistente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-120 de 2006, por unidad de materia, por lo que la entidad que no entró a revisar asuntos de derechos de autor.

Complementaria a esa disposición, podemos encontrar la Ley del Libro (Ley 98 de 1993), reglamentado por el decreto nacional 1070 de 2008, artículo 26 y 27:

“*Artículo 26: Todo establecimiento que ponga a disposición de cualquier usuario aparatos para la reproducción de las obras de qué trata esta Ley o que efectúe copias que sean objeto de utilización colectiva y/o lucrativa, deberá obtener autorización previa de los titulares de los derechos correspondientes a tales obras,*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>58</sup> español y colombiano.

*bien sea directamente o bien mediante licencia otorgada por la entidad de gestión colectiva que designe para tal efecto la Cámara Colombiana del Libro.*

*Artículo 27: Los autores de obras literarias científicas o culturales conjuntamente con los editores de las mismas, tendrán derecho a participar de una remuneración compensatoria por la reproducción de tales obras al amparo del artículo anterior”.*

Finalmente encontramos en la norma colombiana, lo relativo a la limitación del derecho a la comunicación pública bajo este contexto en la ley 1403 de 2010, parágrafo 2 artículo 1: “*No se considerará comunicación pública, para los efectos de esta ley, la que se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada (...)*”

### **III. 6. Temas de actualidad y noticias**

Nuevamente tenemos una excepción ligada al derecho de información, basada en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE literal c y f<sup>42</sup>, consagrada en la ley española en el artículo 33 y el artículo 35 numeral primero:

*“1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa. Cuando se trate de colaboraciones literarias será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor”*

*“Artículo 35: 1. Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa”*

Importante entonces destacar, que el eje central de la excepción son los “temas de actualidad”, por lo que se entendería que una recopilación de noticias que ya no son actuales, por ejemplo, un documental histórico, o una noticia que recuerde un suceso memorable específico, no entraría en esta categoría. Igualmente, la excepción consagra una remuneración equitativa, lo que nuevamente nos mueve en el terreno de definir, si efectivamente se trata de una excepción, o si es una modalidad atenuada para el cobro del derecho de remuneración. Como vemos, el derecho de paternidad no cede frente a la excepción que protege el derecho de

<sup>42</sup> “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor.*

*f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor”.*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

información, dado que es requisito fundamental mencionar al autor y su obra, al aplicar esta excepción, al igual que la finalidad justificada, con fines informativos, de la misma:

*“(...) no toda utilización informativa de obras protegidas por el derecho de autor debe de participar de esta excepción, por cuanto (...) solamente tendrá cabida en esta norma la reproducción de una creación ajena en la medida que esté justificada por el fin de la información y cuando esta gire sobre temas de actualidad (...) resulta indiscutible que cuando el diario (o, en este caso el suplemento dominical) que edita la demandada pretende informar de diversos acontecimientos culturales, consigue, con mayor eficacia, la llegada de la noticia al lector, sin inserta la reproducción de una obra plástica o fotográfica al lado del texto literario que informa de aquel evento (...) pero dicha conducta ha de ser eminentemente proporcionada al fin que la justifica, no cabiendo encubrir bajo la misma la indiscriminada incorporación al reportaje de una pluralidad de fotografías, ni ello le da derecho a la publicación para modificar a su antojo el diseño o la configuración que proyectó el autor de las mismas. Todo lo anterior, junto a la ausencia de cualquier prueba relativa a la afirmada cesión de los derechos por parte de la titular aparente de las fotografías litigiosas (...)”<sup>43</sup>*

Complemento a lo anterior, el artículo 33, también hace mención sobre la limitación estableciendo en el numeral 2 que *“igualmente, se podrán reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público, siempre que esas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no será de aplicación a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas. En cualquier caso, queda reservado al autor el derecho a publicar en colección tales obras”*

En Colombia, el artículo 22, e), Decisión 351, literal e, f y g, consagran la excepción de la siguiente manera *“Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter. Se requiere que la reproducción, radiodifusión o transmisión pública no se hayan reservado expresamente”*

*“f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos”.*

*“g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, disertaciones, alocuciones, sermones y obras similares pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad. Esto debe hacerse en la medida que lo justifiquen los fines perseguidos, y los autores conservarán los derechos a la publicación de tales obras”.*

<sup>43</sup> Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia del 10 de septiembre de 2003.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>60</sup>

Esto lo complementa el artículo 33, 34 y 35 de la ley 23 de 1982 que consagra “*Pueden ser reconocidas cualquier título, fotografía ilustración y comentario relativo a acontecimiento de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello no hubiere sido expresamente prohibido*”

Artículo 34º. “*Será licita la reproducción, distribución y comunicación al público de noticias u otras informaciones relativas a hechos o sucesos que hayan sido públicamente difundidos por la prensa o por la radiodifusión*”.

Artículo 35º “*Pueden publicarse en la prensa periódica, por la radiodifusión o por la televisión, con carácter de noticias de actualidad, sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados o leídos en asambleas deliberantes, en los debates judiciales o en las que se promuevan ante otras autoridades públicas, o cualquier conferencia, discurso, sermón u otra obra similar, pronunciada en público, siempre que se trate de obras cuya propiedad no haya sido previa y expresamente reservada. Es entendido que las obras de este género de un autor no pueden publicarse en colecciones separadas sin permiso del mismo*”

Esta excepción se acerca un poco más a la consagrada en el Convenio de Berna y Roma<sup>44</sup>, dado que no se limita a noticias de actualidad, sino que amplía la posibilidad de uso de la misma a temas de discusión económica, política o religiosa. Lo curioso del asunto es que la norma se queda corta, dada que remite a medios de comunicación tradicionales como lo son la prensa, radio y cable, y no hace mención alguna de las nuevas formas de comunicación como el internet, quedando a la interpretación del Juez, su aplicación frente a las nuevas tecnologías.

### III. 7. Obras en vía pública

En la ley española, está consagrada en el artículo 35 numeral 2: “*Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*<sup>45</sup>”.

<sup>44</sup>Artículo 2 Convenio de Berna: “8) La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.

Artículo 10 bis. 1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.

2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento”

Convenio de Roma artículo 15 relativo a las excepciones: “b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad”

<sup>45</sup> Igualmente la Directiva 2001/29/CE en su artículo 3 establece: “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos”

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

En Colombia se encuentra en el artículo 22 literal h) de la Decisión 351: “Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de bellas artes, fotográfica, o de artes aplicados, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público”.

Esto se complementa con el artículo 39 de la ley 23 de 1982: “Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición solo es aplicable a su aspecto exterior<sup>46</sup>”. A diferencia de la ley española, la colombiana hace una salvedad expresa respecto a las obras de arquitectura, limitando el uso de la excepción solo a su aspecto exterior. Este tema ha sido desarrollado jurisprudencialmente en España, encontrándonos con sentencias como la que a continuación referencio:

“El artículo 35.2 de la LPI se conceptúa como un límite al derecho de autor pero dicho límite no ampara en modo alguno ni la transformación del exterior ni incluye en su protección al interior del edificio. El precepto se enmarca dentro de los límites de los derechos de propiedad intelectual (como derechos subjetivos de carácter patrimonial) que se justifican por la concurrencia de determinados fines dignos de protección como puede ser el interés público. De ahí que no deba admitirse una interpretación extensiva del precepto. Precisamente este por esto último resulta obvio pues la teleología del precepto va encaminada a excluir de la tutela las obras sitas en la vía pública, y este concepto no se aviene con el interior del templo. El interior de un templo, considerado éste como obra arquitectónica susceptible de tutela por la LPI como hemos señalado 6 anteriormente, no puede considerarse, a los efectos del precepto, cualquier otra vía pública<sup>47</sup>”. Aparte de la mención de la exclusión de la limitación al interior de la obra arquitectónica, la sentencia menciona que no está dentro de la exclusión, la transformación de la obra.

En lo referente a las obras arquitectónicas, la jurisprudencia española, frente al caso de un edificio diseñado por un arquitecto, quien reclama el pago de dinero por las fotografías tomadas sobre su obra, hace mención específica al límite estudiado, y la delimitación frente a su implementación:

“(…). De prosperar la tesis del actor, llevaría al inconcebible resultado de que el arquitecto creador de cualquier determinado proyecto pudiera impedir la fotografía de cualquiera de los edificios por él diseñados, cuya propiedad, además, no le pertenece. Lo que pretende la Ley es la protección de la labor creadora que el diseño de unos planos implica, así como impedir que éstos puedan, en sus características artísticas y técnicas, ser reproducidos impunemente, o incluso, utilizado por terceros no autorizados, para conseguir la construcción de un edificio de similares características, no estando incluido en la protección que ofrece la Ley el supuesto concreto debatido, como es la reproducción fotográfica -en un anuncio publicitario de BMW IBÉRICA, S.A., de difusión nacional, de un edificio denominado Le Viaduc, sito en Saint Quentin en Yvelines en París, Francia, como bien dice la

<sup>46</sup> El artículo 43 de la ley 23 de 1982 también señala al respecto “El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada”

<sup>47</sup> Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia del 28 de marzo de 2006

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*sentencia de instancia, que, por tanto, ha de ser confirmada en todos sus extremos (...)<sup>48</sup>*

La sentencia es clara al establecer que con la excepción no se está desprotegiendo el derecho del autor con respecto a la copia o al respeto de sus derechos morales, pero si le establece límites relacionados con el interés público, al no permitir un usufructo de la obra que vaya más allá de la remuneración otorgada por su creación. En Colombia, el tema no ha sido pacífico. La Comunidad Andina de Naciones, frente a la pregunta realizada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en base a una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 de la Decisión 351, específicamente en relación con la obra arquitectónica, defiende la excepción, pero luego avala el cobro de una remuneración, si dicha la situación sobrepasa los fines específicos para los cuales fue creada, interpretación que a mi parecer no comparto, dado que la norma colombiana es clara frente al no cobro, bajo ningún concepto, y si la norma es clara, mal haría si se interpreta de una forma diferente:

*“El literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 debe interpretarse de manera sistemática con los demás literales, por lo que este Tribunal considera que es lícito realizar, sin autorización del autor ni el pago de una contraprestación, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público, siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga. El fin puede ser de uso personal, educativo, de investigación, informativo o para realizar actuaciones judiciales o administrativas, y que no interfiera con la explotación normal de la obra ni cause perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor. Sin embargo, si ello implicara fines lucrativos, deberá requerirse la autorización previa del autor y el pago de la remuneración respectiva<sup>49</sup>”*

### **III. 8. Museos, bibliotecas u otras entidades de carácter cultural o científico**

Esta excepción, que apunta a uno de los fines fundamentales del derecho de autor, que es la conservación de la memoria cultural de la humanidad y el compartir el conocimiento generado por la misma, se encuentra consagrado en el artículo 37 de la ley española de propiedad intelectual de la siguiente manera:

*“1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.*

*2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen”.*

Sin embargo, volvemos a la “excepción de la excepción” que hemos visto en anteriores limitaciones, ya que los titulares de estos establecimientos deberán

<sup>48</sup> Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 14 de julio de 1997

<sup>49</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. PROCESO 044-IP-2013 de 16 de julio de 2013.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>63</sup> español y colombiano.

remunerar a los autores por los préstamos que realicen de sus obras a través de las entidades de gestión. Pese a esto, vemos que la remuneración es obligatoria, únicamente en los caso que el establecimiento preste servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

Frente a estas instituciones de carácter público tipo bibliotecas y museos, y demás similares, la ley es mucho más benevolente que cuando hablamos de investigación, dado que se exigen, en el numeral 3 del artículo, que “*se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa*”

Su símil en Colombia, lo encontramos en el litera c del artículo 22 de la decisión 351: “*Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo y la reproducción se realice para preservar el ejemplar y sustituirlo en caso necesario, ya sea en la biblioteca o archivo que hace la reproducción, o en otra*” La Decisión no es tan explicativa como lo es la ley de propiedad intelectual española, y solamente hace mención a bibliotecas o archivos, al igual que la ley 23 de 1982 tampoco ahonda sobre el tema, describiendo de manera superficial la limitación:

Artículo 38º. “*Las bibliotecas públicas pueden reproducir para el uso exclusivo de sus lectores y cuando ello sea necesario para su conservación, o para el servicio de préstamos a otras bibliotecas, también públicas, una copia de obras protegidas depositadas en sus colecciones o archivos que se encuentran agotadas en el mercado local. Estas copias pueden ser también reproducidas, en una sola copia, por la biblioteca que las reciba en caso de que ello sea necesario para su conservación, y con el único fin de que ellas sean utilizadas por sus lectores*<sup>50</sup>”

En Colombia, observamos entonces que en el caso de las bibliotecas públicas, no es posible realizar usos que no se limiten al derecho de reproducción, siempre y cuando este último sea sin ánimo de lucro, con la única finalidad de preservación del ejemplar o el préstamo a sus lectores u otras bibliotecas con los fines ya establecidos<sup>51</sup>

En ambas legislaciones se encuentra un punto en común, que dista de ser favorable, y es la omisión de las nuevas formas de comunicación digitales, en el ámbito de las

<sup>50</sup> Dicha excepción se complementa con el artículo 32 del Decreto 460 de 1995: “*Con el único propósito de procurar la mejor conservación de las obras o producciones depositadas actualizándolas de acuerdo con las tecnologías existentes, la Biblioteca Nacional de Colombia podrá efectuar una reproducción de los ejemplares allí entregados*”.

<sup>51</sup> Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, en concepto emitido en el año 2014 bajo radicado 1-2014-34319 “*Además de lo anterior, un uso estará amparado en la limitación descrita en el literal c) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 si cumple con las siguientes condiciones: a) Tan sólo es posible realizar una reproducción del respectivo ejemplar que se pretenda preservar o sustituir cuando se este se hubiere extraviado, destruido o ya no pueda ser utilizado. b) El ejemplar a preservar o restituir debe o debió encontrarse en la colección permanente de la biblioteca o archivo. c) La biblioteca o archivo que pretenda hacer uso de esta limitación no puede tener, directa o indirectamente ánimo de lucro*”.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>64</sup> español y colombiano.

bibliotecas y demás entidades que mencionan las leyes. Si bien es cierto que tanto la Decisión Andina como la ley 23 son de los años 90 y 80 respectivamente, no es comprensible que en una ley modificada en este siglo, no se hayan incluido preceptos para regular dicha situación, máxime cuando es difícil encontrar usuarios de bibliotecas físicas, dada la facilidad de internet de acceder a cualquier material en cualquier parte del mundo con tan solo un click, lo que suma a esta facilidad, la facultad del usuario de violar, con conocimiento o no de causa, los derechos de autor, si dichos repositorios digitales no cumplen con la normatividad establecida, o el país donde reside el usuario que accede al material, no consagra las mismas limitaciones y/o excepciones del archivo digital:

*“Probablemente, uno de los problemas de mayor envergadura y actualidad a la hora de encontrar una solución equilibrada entre los intereses de las bibliotecas y los de los titulares de los derechos de autor sea el relativo a los libros electrónicos (e-books) (...) Lo que cambia con respecto al modelo tradicional, es que las bibliotecas únicamente compran el derecho de acceso a la obra, no las obras. Las bibliotecas generalmente no son propietarias de los contenidos, sólo están licenciadas o autorizadas para su consulta por los editores, que mantienen el copyright de los mismos. Son los agregadores los que comercializan y distribuyen los contenidos con condiciones de uso y acceso muy variable<sup>52</sup>”*

Como se puede desprender de la referencia anterior, las bibliotecas digitales cuentan con el problema de la licencia, acuerdo que en la gran mayoría de los casos es de adhesión, y por ende limita a estos repositorios, a las condiciones contractuales impuestas por los editores de las obras. Por ende, en mi concepto, no queda claridad si las excepciones consagradas en las normas aplican para estas instituciones.

Y es que aquí es importante plantear un punto de discusión, no solo referente a las excepciones referidas al préstamo bibliotecario, sino todas en general, y es el alcance de las excepciones y limitaciones, frente a las cláusulas contractuales impuestas en las licencias o al momento de la venta de la obra. Esta discusión se puso de manifiesto en Colombia, cuando salió a la venta la obra de Gabriel García Márquez “Mis putas tristes”, discusión que fue resumida de manera acertada en la siguiente referencia:

*“¿Pueden las bibliotecas prestar los libros a sus lectores o solo con la autorización previa de autores o editores? ¿Pueden las bibliotecas suponer que tienen esa autorización en términos generales, pero deben retirar del servicio los libros si los editores dicen que no pueden prestarse a sus lectores? Estas preguntas se plantearon en Colombia con motivo de la advertencia incluida en “Mis putas tristes”, la reciente novela de Gabriel García Márquez. En efecto, allí, en forma explícita, la editorial dice que “quedá prohibida la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos”. (...) El director de la Oficina Derechos de Autor de Colombia, Fernando Zapata, sostuvo que la legislación colombiana no permite el uso de los libros en las bibliotecas. Según Zapata –al menos de acuerdo con las dos notas que publicó el Tiempo –el préstamo público no autorizado viola los*

<sup>52</sup> SERRANO F, M. (2015) “El actual marco legal de los límites a los derechos de autor en favor de las bibliotecas. Razones de su inadecuación al entorno digital y propuesta de reforma legislativa”. Boletín mexicano de derecho comparado. Volúmen 48 No.143 México. Mayo/Agosto 2015

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>65</sup> español y colombiano.

*derechos de autor, y solo los autores pueden autorizar o prohibir el uso, gratuito o pagado, de sus libros, salvo en los casos en los que la ley señale una excepción expresa a este derecho del autor. Según Zapata, esta excepción no existe en las leyes colombianas a favor del préstamo de los libros en las bibliotecas: “no hay ninguna norma que permita a las bibliotecas utilizar (prestar) los libros sin autorización del autor o del titular del derecho” (...)<sup>53</sup>”*

Obviamente cabe preguntarse, si las excepciones y limitaciones son nulas frente a la voluntad del autor o el que ostenta los derechos de explotación, si decide en la licencia o en el mismo texto de la obra, que comprende en su inicio los aspectos legales, dejar sin efecto cualquier disposición relativa al préstamo en bibliotecas y similares. El llegar a esa conclusión dejaría sin piso el fin de las limitaciones en el derecho de autor, circunscribiendo la situación a un monopolio injustificado, en cuanto al acceso a la educación y la cultura se refiere, pero justificado por la normatividad en la materia. En este punto considero que no solo se debe reevaluar la excepción concreta que estamos estudiando, sino integrarla con las normas relativas al software y las medidas tecnológicas impuestas por el legislador, poniendo en la balanza el derecho de la sociedad al acceso a los materiales depositados.

Finalmente, y desligándonos de los artículos ya analizados, saltamos a lo consagrado en el artículo 37 bis numeral 4, referente a obras huérfana, que también consagra una excepción para los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, al igual que los organismos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas, para la utilización de estas obras, las cuales serán analizadas con mayor profundidad, en un aparte posterior:

*“4. Los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas podrán reproducir, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración, y poner a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i), las siguientes obras huérfanas, siempre que tales actos se lleven a cabo sin ánimo de lucro y con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección y la facilitación del acceso a la misma con fines culturales y educativos:*

*a) Obras cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras publicadas en forma de libros, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como de archivos, fonotecas y filmotecas.*

*b) Obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a las obras y prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en las obras citadas en el presente apartado o formen parte integral de éstas”*

<sup>53</sup> MELO, J. “Leer en biblioteca: ¿derecho o concesión?” (disponible en: [http://www.jorgeandomelo.com/leer\\_en\\_biblioteca.htm](http://www.jorgeandomelo.com/leer_en_biblioteca.htm); fecha de la última consulta: 10-12-2016). Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano. <sup>66</sup>

Igualmente estas entidades, tienen la obligación de efectuar el registro de proceso de búsqueda de los titulares de derecho, con el fin de remitirlo de la siguiente manera:

*“6. Las entidades citadas en el apartado 4 registrarán el proceso de búsqueda de los titulares de derechos y remitirán la siguiente información al órgano competente a que se refiere el apartado siguiente:*

- a) Los resultados de las búsquedas diligentes que hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma debe considerarse obra huérfana.*
- b) El uso que las entidades hacen de las obras huérfanas de conformidad con la presente ley.*
- c) Cualquier cambio, de conformidad con el apartado siguiente, en la condición de obra huérfana de las obras y los fonogramas que utilicen.*
- d) La información de contacto pertinente de la entidad en cuestión”*

En relación con este registro, el artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2012/28/UE, es la EUIPO la responsable de crear y gestionar una base de datos de obras huérfanas en línea única y accesible al público<sup>54</sup>. En España, la autoridad competente es la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. La Oficina de Armonización del Mercado Interior (Oami) tiene una base de datos de obras huérfanas que puede servir para la búsqueda diligente de las obras, bases de datos que contienen especialmente<sup>55</sup>:

#### ¿Cuál es la información disponible en la base de datos?



<sup>54</sup> 6. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que la información a que se refiere el apartado 5 se registre en una base de datos en línea única y accesible al público, creada y gestionada por la Oficina de Armonización del Mercado Interior («la Oficina»), de conformidad con el Reglamento (UE) n° 386/2012. A tal efecto, remitirán sin demora dicha información a la Oficina una vez que la reciban de las entidades mencionadas en el artículo 1, apartado 1.

<sup>55</sup> SEMJEVSKI J, TORRES V, “Base de datos de obras huérfanas”. Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de PI Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) en “II JORNADAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Retos ante las nuevas tecnologías. 2016. Pág. 157 Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

### III. 9. Ejecución de obras en actos oficiales y ceremonias religiosas

Esta excepción, consagrada en la ley española, se encuentra plasmada en el artículo 38: *“La ejecución de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas no requerirá autorización de los titulares de los derechos, siempre que el público pueda asistir a ellas gratuitamente y los artistas que en las mismas intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos”*. No se encuentra un símil en la Directiva de la Comunidad Andina o en la ley 23 de 1982 de Colombia frente al tema.

El Convenio de Berna hace alusión a la misma en el artículo 2bis “*1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales*”

*(2) Se reserva también a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en las que las conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público, podrán ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas, transmitidas por hilo al público y ser objeto de las comunicaciones públicas a las que se refiere el Artículo 11bis,1) del presente Convenio, cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue”*

Finalmente la Directiva 2001/29/CE en su artículo 3 literal g consagra: *“Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública”*

### III. 10. Parodia

El artículo 39 de la ley española de propiedad intelectual consagra esta excepción de la siguiente manera: *“No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor”*.<sup>56</sup>

Fundamentada en el derecho a la libertad de expresión, la parodia es una de las excepciones que más cuidado y estudio requieren a la hora de su aplicación, dado que todos los casos son diferentes en cuanto a su análisis, partiendo de que el autor que realiza la parodia, debe poder presentar al público una obra que sin mayor riesgo de confusión, pueda ser original, vislumbrando su carácter caricaturesco, cómico o crítico, entre otras más variantes, frente a la obra original que se encuentra parodiando, la cual no puede ser afectada, ni tampoco su autor.

Sin embargo, lo que no hace el artículo en mención es traer la definición de lo que se considera parodia para la ley. Doctrinariamente podemos enmarcar la parodia bajo dos preceptos, la parodia objeto o “target parodies” y la parodia medio o

<sup>56</sup> La Directiva 2001/29/CE consagra la excepción en su artículo 3 *“Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche”*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

“weapon parodies”. En la primera, la parodia tiene como objetivo a la obra de la cual hace uso, siendo común de este tipo de obras la crítica humorística, y la segunda se realiza “cuando la parodia no se dirige contra la propia obra y su contexto sino contra un tercero que no está en relación con ella<sup>57</sup>”

La jurisprudencia española ha debatido sobre el tema, principalmente en dos sentencias, una a favor de la parodia objeto, como única fuente legal de parodia, y la otra a favor de considerar igualmente válida la parodia medio.

Así encontramos a favor de la primera tesis, la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 10 de octubre de 2003, en donde el autor de toda la obra fotográfica del reportaje titulado "Las Bardenas Reales", denuncia que en la revista "El Jueves", fue insertada sin su consentimiento una de las fotografías del mismo, concretamente, la referida a un zorro y que, al servir para ilustrar la parodia de un personaje público y aparecer en un contexto que denomina "vulgar", menoscaba su reputación. Así se pronuncia el Tribunal al respecto:

*“(...) la parodia representa un límite a la exigencia contenida en el artículo 21, relativa a la autorización que el autor de la obra original ha de librar para que la misma pueda traducirse, adaptarse o modificarse de cualquier otro modo en su forma y para que el titular de la obra objeto de la transformación pueda explotarla mediante su “reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación”. Ahora bien, no toda representación (o por mejor decir, recreación) de una obra ajena resulta susceptible de incardinarse en el concepto citado, pues, únicamente cabe predicar el mismo de aquél que consista en la reproducción de una obra muy conocida e introduzca en ella un cambio de actitud tendente a su ridiculización, bien por incorporar un acusado elemento cómico a lo que es serio o por dotar de fingida seriedad a lo que es, por esencia, jocoso. Por ello, más que un afán de crítica, al parodista le guía un ánimo de caricaturizar y de mofarse de aquello que es objeto de su sátira o pantomima y aunque ha de existir cierto grado de identificación entre la obra original y aquella que la parodia (para conseguir que el observador tenga la primera in mente al tiempo de presenciar ésta y se produzca así el deseado efecto de contraste), uno de los requisitos que determina el artículo 39 para que pueda operar el límite a los derechos de autor es que no exista riesgo de confusión entre la parodia y la obra parodiada. (...) Dicha doctrina, vertida ya, bajo la misma ponencia, en nuestra sentencia de 24 de abril de 2.002, determina el rechazo de las tesis de la demandada, puesto que la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (...)”*

Contraria a la tesis antes sostenida, la Audiencia provincial de Madrid, en sentencia del 2 de febrero de 2000, donde se demanda la reproducción en TV Antena 3 de la canción "A la lima y al limón" en el programa "La parodia nacional" con una letra distinta a la original. Al respecto el Juzgado señala:

*“(...) jurídicamente, la parodia a que se refiere el artº 39 de la Ley de Propiedad Intelectual tiene como características el que no se confunda con la obra original ni comporte un daño a la obra original o a su autor. Es decir, al carácter burlesco y*

<sup>57</sup> TACTUK R. A., (2009) “El Derecho de Transformación. Especial referencia a la Parodia” Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Privado. Getafe. Pág. 384 Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*humorístico de la parodia en su sentido social (por eso el legislador utiliza el término común de parodia), se añaden unos límites de estructura y de intencionalidad o efecto. En la interpretación musical que aquí analizamos es evidente el ánimo burlesco o humorístico que (con mayor o menor fortuna) presenta la letra aplicada a la melodía de la canción "A la lima y al limón". Y también es claro que la burla no va dirigida ni contra la canción original ni contra sus autores, sino contra personas extrañas, ajenas a ellos, tomadas del ambiente de la denominada prensa rosa. De forma que habría que hablar, tal vez, de una "parodia indirecta o quebrada", porque la actividad humorística o burlesca no toma como objetivo a la creación imitada sino a personajes ajenos a ella (...) no se puede concluir que haya existido transformación de la obra, como tampoco se puede apreciar que haya existido riesgo de confusión o daño para la obra original (...) por otro lado, en la defensa de los derechos no se puede atender sólo al aspecto subjetivo de la afección, sino que, en la medida de lo posible, hay que objetivar los factores de afección, con el fin de que los ciudadanos puedan disponer de criterios más o menos fijos que propicien un clima de seguridad jurídica. Y no cabe duda de que la afección moral que el autor de la obra, en su caso, o sus herederos puedan sufrir no puede ser atendida de forma total y absoluta, desde el momento mismo en que la Ley -en sintonía con la realidad, en la que concurren distintas sensibilidades, pero todas legítimas mientras no perjudiquen el núcleo esencial de los derechos de los demás- reconoce la parodia como una excepción legítima a la intangibilidad de la obra de creación artística o intelectual (...)"*

Pese a la controversia anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, en el caso Vrijheidsfonds vs Vandersteen y otros, en relación con la distribución de un calendario en el que se reproducía un dibujo parecido a otro que figuraba en la portada de un álbum de Suske en Wiske, enumera los requisitos que debe poseer una obra para considerarse como parodia, y a su vez, como debe interpretarse el concepto, admitiendo tanto la parodia objeto como la parodia medio:

*"(...) al no existir en la Directiva 2001/29 una definición del concepto de parodia, la determinación del significado y del alcance de este término debe efectuarse, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (...) Por lo que respecta al sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, consta, como señala el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, que la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca. (...) Para determinar si en una situación concreta la aplicación de la excepción por parodia, conforme al artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29, respeta este justo equilibrio, procede tener en cuenta todas las circunstancias del asunto. (...) la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca. El concepto de «parodia», en el sentido de dicha disposición, no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada (...)"*

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

Interesante resulta que en la legislación colombiana y andina, no se encuentre referencia alguna sobre el límite de la parodia, aclarando que cualquier límite y excepción frente al derecho de autor debe ser taxativo y expreso, por lo que no estaría contemplado como excepción en Colombia, y de serlo, solamente podría ser analizada vía jurisprudencial, ponderando el derecho a la libertad de expresión, frente a la omisión de dicha limitación en la normatividad, analizando el caso en concreto<sup>58</sup>.

### III. 11. Obras huérfanas<sup>59</sup>

Para entrar de lleno en la excepción, debemos entrar a definir, según el contexto que la propia ley española da, que se entiende por obra huérfana:

Artículo 37<sup>60</sup> bis numeral 1: “*Se considerará obra huérfana a la obra cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos*”.

Este artículo fue reglamentado por el Real Decreto 224 de 2016 “por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas”, encargado de ampliar definiciones, ámbito de aplicación de la excepción y demás generalidades del tema.

Las norma indican cual es la forma correcta para el uso de dichas obras, sin contrariar o violar los derechos de aquellos titulares que por diversos motivos, no han podido ser localizados y/o identificados, disponiendo, en el numeral segundo, que en el caso de la existencia de varios titulares sobre una misma obra, y falta uno o algunos por localizar “*la obra se podrá utilizar (...) sin perjuicio de los derechos de los titulares que hayan sido identificados y localizados (...)*” De manera obvia entonces, los derechos de aquellos que hayan sido identificados, se respetaran integralmente, incluyendo el derecho de paternidad que menciona el numeral 3 del artículo en mención.

Frente al numeral 4 hicimos una breve mención en el aparte de museos y bibliotecas, que es ampliada en este punto. Sin embargo, es pertinente definir cuales obras pueden adquirir la condición de huérfanas:

- Obras cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras publicadas en forma de libros, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como de archivos, fonotecas y filmotecas.

<sup>58</sup> La única remisión a la parodia en la ley de propiedad intelectual colombiana, está en el artículo 15, pero se toma como una excepción o limitación, sino que está comprendida dentro de las concesiones que puede hacer el autor para la explotación de la obra: “*El que con permiso expreso del autor o de sus causahabientes adapta, transporta, modifica, extracta, compendia o parodia, una obra del dominio privado, es titular del derecho de autor sobre su adaptación, transporte, modificación, extracto, compendio o parodia, pero salvo convención en contrario, no podrá darle publicidad sin mencionar el título de la obra originaria y su autor*”

<sup>59</sup> Convenio de Berna artículo 4 literal a “*Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión*”

<sup>60</sup> Dicho artículo y todos sus numerales, obedecen a la transposición de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

- Obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos.
- Obras y prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en las obras citadas en el presente apartado o formen parte integral de éstas, (incluyéndose aquí por ejemplo las fotografías o ilustraciones que formen parte de un libro, periódico o revista) salvo que los titulares de sus derechos estén identificados o localizados, en cuyo caso será necesaria su autorización para su reproducción y puesta a disposición del público.

En todos los numerales que comprende el artículo 37 bis, podemos ver que el principal requisito es la búsqueda diligente, la cual “se realizará de buena fe, mediante la consulta de, al menos, las fuentes de información que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de la obligación de consultar fuentes adicionales disponibles en otros países donde haya indicios de la existencia de información pertinente sobre los titulares de derechos” y que hayan sido publicadas, ya sea en territorio español o en un Estado miembro del Unión Europea, en lo cual hace especial énfasis el numeral 5:

“5. Las obras huérfanas se podrán utilizar siempre que hayan sido publicadas por primera vez o, a falta de publicación, hayan sido radiodifundidas por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea. Dicha utilización podrá llevarse a cabo previa búsqueda diligente, en dicho Estado, de los titulares de los derechos de propiedad intelectual de la obra huérfana. En el caso de las obras cinematográficas o audiovisuales cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea, la búsqueda de los titulares deberá realizarse en dicho Estado”.

Más adelante se consagra una salvedad, que podría decirse que es la excepción de la excepción, que pretende proteger aquellas obras que sin haberse puesto con prelación a disposición del público, son publicadas. La protección que se brinda al autor, aunque es de cierto modo subjetiva, pretende que su obra no se vea “manchada” por usos indebidos de la misma, infiriendo que la persona o entidad que utilice la obra no se tome atribuciones que pueden ir en detrimento de los derechos del autor:

“Asimismo, las entidades citadas en el apartado anterior que hubieran puesto a disposición del público, con el consentimiento de sus titulares de derechos, obras huérfanas no publicadas ni radiodifundidas, podrán utilizarlas, cuando sea razonable presumir que sus titulares no se opondrán a los usos previstos en este artículo. En este caso, la búsqueda a que se refiere el párrafo anterior deberá realizarse en España”

De todas maneras, esta atribución de la persona o entidad que usa la obra no es perpetuo, ya que el mismo numeral séptimo consagra que “En cualquier momento, los titulares de derechos de propiedad intelectual de una obra podrán solicitar al órgano competente que reglamentariamente se determine el fin de su condición de obra huérfana en lo que se refiere a sus derechos y percibir una compensación equitativa por la utilización llevada a cabo conforme a lo dispuesto en este artículo”. Incluso, el decreto reglamentario establece en su artículo 7, la compensación equitativa de los titulares del derecho de la siguiente manera:

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*“2. Para la fijación de dicha compensación se tendrá en cuenta:*

- a) el uso efectivamente realizado de la obra huérfana;*
- b) la naturaleza no comercial de la utilización realizada por las entidades beneficiarias con el fin de alcanzar los objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento del estudio o la difusión de la cultura;*
- c) así como el posible perjuicio causado a los titulares de derechos.*

*3. La cuantía concreta de la compensación equitativa se determinará mediante acuerdo entre el titular de derechos y la entidad beneficiaria. En caso de no alcanzarse dicho acuerdo, y acreditado este extremo, la Autoridad nacional competente, a solicitud de parte, elevará consulta a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, y determinará, sobre el informe emitido por ésta, la cuantía de dicha compensación equitativa”*

Otro punto importante a destacar es la utilización de dichas obras sin ánimo de lucro. Sin embargo, el decreto reglamentario establece, en su artículo 3, que se puede obtener beneficio de ellas, solamente “*a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de las actividades conducentes a la digitalización y puesta a disposición del público de las obras huérfanas por parte de las entidades beneficiarias, siempre que dichos costes no sean cubiertos en su totalidad por otra institución (...)*”

*Asimismo, la reproducción u obtención de copias de obras huérfanas podrá sujetarse al pago de la contraprestación que en cada caso se determine.*

Las obras huérfanas, si bien como excepción propenden por la universalización del conocimiento, abriendo las barreras impuestas por la norma, también presentan un problema en cuanto al reconocimiento de los derechos morales del autor, y también patrimoniales en caso tal que pueda ser identificado y reclame sus derechos, de manera posterior a su utilización, lo que puede generar para las entidades autorizadas, detrimientos patrimoniales por la compensación que se realice al autor.

Finalmente, en Colombia, existe un vacío legal frente a las normas huérfanas, lo que nos deja como único camino la aplicación de la regla de los tres pasos, y atenerse a los usos honrados de la obra, tal y como lo dispone la Decisión 351 de la Comunidad Andina y demás principios relativos al respeto de cualquier obra,

### **III. 12. Cable, satélite y grabaciones técnicas<sup>61</sup>.**

Esta excepción, consagrada en el artículo 36 de la ley de propiedad intelectual, puede considerarse como un artículo que ayuda a interpretar la forma en la cual puede realizarse la transmisión de una obra, con el fin de evitar una doble remuneración, y en qué casos este uso está permitido, siendo más que una excepción, una pauta normativa frente al tema:

<sup>61</sup> Convenio de Berna Artículo 11bis numeral 3) “*Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación*”.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

*“1. La autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión, cuanto ésta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización”.*

Como puede observarse, los requisitos exigidos por el artículo son (i) que sea íntegra y simultánea (ii) circunscribirse a la zona geográfica pactada y (iii) que se realice por una misma entidad radiodifusora.

Este precepto analizado anteriormente, es complementado por el numeral segundo del artículo:

*“2. Asimismo, la referida autorización comprende su incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de entidad distinta de la de origen, cuando el autor o su derechohabiente haya autorizado a esta última entidad para comunicar la obra al público, en cuyo caso, además, la emisora de origen quedará exenta del pago de toda remuneración”.*

Tenemos igualmente, lo que consideramos grabaciones efímeras o técnicas, las cuales pueden ser realizadas por una sola vez, a efectos de comunicación pública autorizada, con el fin de registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas:

*“3. La cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, facultará a la entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada. Para nuevas difusiones de la obra así registrada será necesaria la cesión del derecho de reproducción y de comunicación pública”*

Frente a este último ítem, ya existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el tema, en el marco de un litigio entre, por una parte, DR y TV2 Danmark dos organismos daneses de radiodifusión, y, por otra, NCB entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, con motivo de las grabaciones realizadas en el marco de programas de televisión, encargadas a un tercero por los citados organismos de radiodifusión para difundirlas en sus propias emisiones:<sup>62</sup>

*“(… )Conforme a esta última disposición, interpretada a la luz del cuadragésimo primer considerando de la Directiva 2001/29, el concepto de «propios medios» de un organismo de radiodifusión, cuando se aplique la excepción de las grabaciones efímeras, incluye los medios de una persona que actúe en nombre y/o bajo la responsabilidad de aquél (...) en el supuesto de que no pueda considerarse que el tercero en cuestión actúa “en nombre” del organismo de radiodifusión, debe apreciarse, en una segunda fase, si cabe considerar que dicho tercero actúa, al menos, “bajo la responsabilidad” de aquél (...)”*

Más adelante, la sentencia menciona los requisitos que debe comprender una grabación realizada por un organismo de radiodifusión, para que sus propias

<sup>62</sup> Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-510/10 del 26 de abril de 2012

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>74</sup> español y colombiano.

emisiones con los medios de un tercero, estén comprendidas dentro de la excepción:

*“(...) en relación con las grabaciones efímeras, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si, en las circunstancias del litigio principal, cabe considerar que esa persona actúa concretamente «en nombre» del organismo de radiodifusión o, al menos, «bajo la responsabilidad» de éste. A este respecto, es fundamental que, frente a terceros —en particular frente los autores a los que pueda causarse un daño con la grabación irregular de su obra—, el organismo de radiodifusión esté obligado a reparar todo efecto perjudicial de las acciones y omisiones del tercero —por ejemplo, una sociedad de producción televisiva externa y jurídicamente independiente— relacionadas con la grabación en cuestión como si el propio organismo de radiodifusión hubiera llevado a cabo tales acciones y omisiones (...)”*

En Colombia, la normatividad es bastante similar, consagrando en la Decisión Andina 351, artículo 22, literal i, la siguiente excepción: *“La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional”* Igualmente la Decisión en su artículo 3 define la grabación efímera como la *“fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión”*

Frente a las grabaciones efímeras, relacionadas con la excepción de la copia privada, el artículo 36.3 se complementa con el artículo 31, haciendo énfasis en el resultado final y no en la cadena de comunicación:

*“1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley”.*

Así mismo la ley 23 de 1982 establece en el artículo 179 que *“los organismos de radiodifusión podrán realizar fijaciones efímeras de obras, interpretaciones y ejecuciones cuyos titulares hayan consentido con su transmisión, con el único fin de utilizarlas en sus propias emisiones por el número de veces estipulado, y estarán obligados a destruirlas inmediatamente después de la última transmisión autorizada.”*

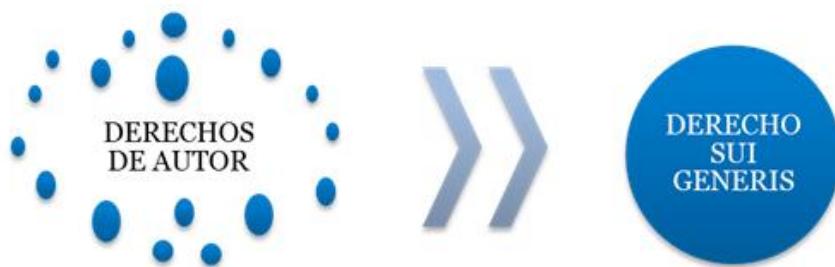
Vemos que a diferencia de la norma española, la colombiana permite a las partes fijar el número de veces estipulado para las obras efímeras, extendiendo incluso su ámbito de aplicación, además de las obras, a las interpretaciones y ejecuciones, sin referirse a los fonogramas por remisión expresa del artículo 10 del Convenio de

Roma<sup>63</sup>. Así mismo, la Decisión contempla la obligación de destruir la grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación, que en el caso de la colombiana, es inmediatamente después de la última transmisión autorizada.

La Decisión Andina en su artículo 32, también menciona el tema a modo de excepción: “*k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones*<sup>64</sup>”

### III. 13. Bases de datos

Antes de entrar a analizar las excepciones referentes a las bases de datos, se considera pertinente mostrar la protección contenida en la norma española con respecto al tema<sup>65</sup>:



Las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección. La protección del derecho de autor no podrá hacerse extensiva a su contenido y se entenderá sin perjuicio de los derechos que pudieran subsistir sobre dicho contenido.

El fabricante de la base de datos puede prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

<sup>63</sup> Artículo 10 Convenio de Roma “*Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas*”

<sup>64</sup> El Convenio de Roma también habla de la excepción en el artículo 15 c) “*cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;*” Así mismo, la Directiva 2001/29/CE la menciona: “*1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:*

*a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.”*

(Directiva 2001/29/CE 2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional)

<sup>65</sup> ARCE J, I. Notas de clase de la materia “Régimen jurídico del software y el impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual” dentro del tema 6. “Régimen sui generis de bases de datos” dentro de la maestría “Propiedad Intelectual y derecho de las nuevas tecnologías” Universidad Internacional de la Rioja. 2016.

Entendiendo esto, el artículo 34 de la ley de propiedad intelectual española, consagra ciertas limitaciones al titular de una base de datos:

*“1. El usuario legítimo de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley o de copias de la misma, podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a utilizar sólo una parte de la base de datos, esta disposición será aplicable únicamente a dicha parte. Cualquier pacto en contrario a lo establecido en esta disposición será nulo de pleno derecho”.*

La norma de tajo, elimina la posibilidad de acudir a la voluntad de las partes para determinar una limitación más amplia, poniendo en primer lugar el derecho del usuario legítimo sobre el del titular que quisiera imponer límites más gravosos. Esto es algo positivo, dado que el autor de la base de datos, tiene una posición de dominio (al menos en el papel), sobre el usuario legítimo, quien puede ver disminuido su derecho si se pactara en contrario, disposiciones que afectaran el uso normal de la base de datos.

Posteriormente el artículo hace referencia a algo que ya hemos estudiado en anteriores apartes y del cual solo se hará mención para complementar el tema, y es lo relativo a las excepciones de la base de datos cuando sea para fines privados, de enseñanza o fines científicos o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial:

- a) Cuando tratándose de una base de datos no electrónica se realice una reproducción con fines privados.*
- b) Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.*
- c) Cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial”*

Estas mismas excepciones aplican al derecho *sui generis* consagradas en el artículo 135 de la misma ley<sup>66</sup>.

En Colombia, la Decisión Andina no excluye de su protección a las bases de datos:

Artículo 4.- *“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por*

<sup>66</sup> Artículo 135. Excepciones al derecho «*sui generis*»: 1. El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica.
  - b) Cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.
  - c) Cuando se trate de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.
2. Las disposiciones del apartado anterior no podrán interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: (...) II) Las antologías o compilaciones de obras diversas y **las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales**" Subrayado y negrillas fuera de texto.

También se complementa con el artículo 28 del mismo estatuto "Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman"

Este articulado, es el único que habla expresamente de la protección de la base de datos, por lo que las excepciones y limitaciones se remiten a las generales que contienen las normas internas, la Decisión y el Convenio de Berna, dado que es un tema que no ha sido desarrollado de manera detallada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina colombiana.

### **III. 14. Textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial y traducciones de esos textos**

Si bien es cierto que las leyes, actos administrativos y sentencias, provienen de una creación humana, que pueden caracterizarse por su originalidad y obviamente por su exteriorización, como cualquier obra protegida por el derecho de autor, esta reviste de una característica adicional, y es que son el fundamento del Estado de Derecho, el cual tiene como principio clave la publicidad de sus fundamentos normativos. Por tal motivo, aunque el Convenio de Berna estipule que "queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos" (artículo 2 numeral 4), es bien sabido que los países adherentes al convenio, y que tienen por sistema un Estado democrático, excluyen de tajo la propiedad intelectual sobre las referidas disposiciones.

Es por esto que el artículo 13 de la ley de propiedad intelectual española, excluye expresamente del objeto de la propiedad intelectual "las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores<sup>67</sup>"

<sup>67</sup> "(...) En un mundo en el que la copia está sometida a polémica, el sistema legal que prohíbe la misma es, paradójicamente, de copia libre: la arquitectura sobre la que se sustentan las prohibiciones de copiar es la ley, que por esencia es libremente reproducible. Pero no sólo puede copiarse la ley, sino también las disposiciones «reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores». Nota 1. La copia de la ley puede ser exacta, sin necesidad de mencionar al autor e incluso puede ser plagiada sin consecuencias legales para quien se atribuya su autoría. El derecho a copiar las normas jurídicas y las resoluciones judiciales es intemporal, pertenece a la propia esencia de la norma, desde que la ley se solidifica en forma escrita siguiendo la misma suerte que las demás tradiciones, orales en principio (...) "Tomado de DE LA CUEVA, J. "El derecho es copyleft. La libertad de copiar las leyes". En: AA.VV. Copyleft. Manual de uso. Madrid: Traficantes de sueños, 2006, pp. 142-143. [2] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos, 2<sup>a</sup> ed., 1997, p. 212.

En Colombia, sin embargo, la cuestión es mucho más limitada, dado que el artículo 41 de la ley 23 de 1982 habla solo del derecho de reproducción, lo cual haría pensar que la exclusión solo se circumscribe a este derecho: “*es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido*” Es decir, aquí no queda claro si se permiten actos como el de traducción, distribución o comunicación pública, e igualmente en cabeza de quien está la autoría de la obra, debe solicitarse la autorización, si al propio Estado o a la persona natural creadora de la obra.

### III. 15. Otras limitaciones y excepciones

#### Acceso a la cultura

El artículo 40 de la ley de propiedad intelectual española, limita el derecho de los derechohabientes del autor fallecido a la no divulgación de la obra, cuando esta sea patrimonio cultural y se necesite para su acceso efectivo: “*Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo*”.

#### Otras limitaciones y excepciones de la Directiva 2001/29/CE

- **Cárceles y prisiones:** Artículo 2: “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa*”
- **Artículo 3 en relación con literales que no han sido estudiados en anteriores apartes del trabajo:** Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

“*j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;*

*l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;*

*n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;*

*o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho 79 español y colombiano.*

*servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo”*

### **III. 16. Licencias obligatorias o no voluntarias para países en desarrollo**

Por último, tenemos las licencias obligatorias, esa excepción que no se refiere a una situación en particular como vimos en los anteriores apartes, sino que son imposiciones estatales encaminadas a equilibrar la balanza del mercado y la justa remuneración al autor. Sin embargo, estas licencias no operan de igual manera como las licencias voluntarias, producto de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que tienen ciertas restricciones, atendiendo a su carácter impositivo, restringiendo su uso únicamente a las concesiones establecidas por la ley y al territorio al cual fueron concedidas, otorgando al autor una remuneración equitativa por su uso, fuera del respeto a los derechos morales del mismo. Obviamente dentro de sus limitaciones esenciales son su carácter intransferible y accesorio, dado que no puede solicitarse una licencia obligatoria, sino se ha solicitado previamente, y de manera voluntaria, la correspondiente licencia al autor. Varios de los casos de licencias obligatorias han sido analizados en el transcurso del trabajo, por lo que haremos especial énfasis en aquellos casos en los cuales no se ha hecho un desarrollo adecuado en el trabajo en cuestión.

Dentro de estas licencias, una de las más interesantes se encuentra en el Convenio de Berna, en lo relativo al régimen especial para los países en desarrollo. Obviamente, el equipar a un país desarrollado, con amplia experiencia en la aplicación de las normas de propiedad intelectual, y con un mercado regido por su capital científico y avances tecnológicos, nunca puede ser equiparable a países con mercados basados en mano de obra y productos agrícolas, cuya fuente de capitalización no está basada en su mayoría en ciencia y tecnología, y a la cual le quede imposible aplicar directa e inmediatamente, cuestiones relativas a la normatividad y protección de la propiedad intelectual.

Para Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera, las licencias obligatorias relativas al régimen especial en países de desarrollo, en virtud del Convenio de Berna, pueden otorgarse en los siguientes casos<sup>68</sup>:

- a. *“Para la traducción de una obra a los fines de su reproducción, si a la expiración de un plazo de tres años o de un período más largo determinado por la ley nacional del país que otorga la licencia, contados desde la fecha de la primera publicación de una obra, no se hubiere publicado una traducción de la misma en un idioma de uso general en ese país, por el titular del derecho de traducción o con su autorización, pero no puede concederse esta licencia, si el autor ha retirado de la circulación todos los ejemplares de su obra, por ejemplo, en ejercicio de su derecho de retracto.”*
- b. *“Para la radiodifusión de la traducción de la obra, siempre que sea efectuada a partir de un ejemplar producido y adquirido conforme a la legislación del país que otorga la licencia, para su uso exclusivo en emisiones con fines de enseñanza o para difundir el resultado de investigaciones técnicas o*

<sup>68</sup> Antequera, R., Antequera, R. (2006) “Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual” Revista Erga Omnes. Volumen 1. Página 282 - 315.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>80</sup> español y colombiano.

---

*científicas especializadas a expertos de una profesión determinada, siempre que el uso de la traducción no tenga fines de lucro.*

- c. Para traducir textos incorporados a una fijación audiovisual, con el solo propósito de utilizarla para fines escolares o universitarios.*
- d. Para la reproducción de una obra con el fin de responder a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria, cuando el titular del derecho no haya puesto a la venta los ejemplares en dicho país en el plazo de 5 años, el cual será sin embargo de 3 años para las obras que traten de ciencias exactas, naturales o de tecnología, o de 7 años para las que pertenezcan al campo de la imaginación tales como novelas, obras poéticas, dramáticas y musicales, y para los libros de arte.*
- e. En similares condiciones a las anteriores, para la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria”*

Como se puede observar, las licencias obligatorias en este ámbito están enfocadas al conocimiento y la educación, más que al lucro del licenciatario, haciendo énfasis en el derecho de traducción y reproducción de la obra. Sin embargo, el anexo del Convenio de Berna que habla sobre estas licencias, no ha quedado desprovisto de críticas ya que, si bien es un loable intento por equilibrar los derechos de propiedad intelectual del autor, con el conocimiento y desarrollo de estos países, se ha quedado corto con la realidad de los mismos. En mi concepto, el decir que el texto normativo es insuficiente para solucionar los inconvenientes de estos países, es endilgarle problemas propios de condiciones políticas, culturas y económicas que no son materia del Convenio. De todas maneras, si es conveniente revisar, de acuerdo a los numerosos estudios, hechos por la OMPI, la actualización de políticas en este sentido, acogiéndose a las nuevas tecnologías como herramienta para facilitar el acceso a la cultura de estas naciones en vía de desarrollo.



## CONCLUSIONES

La propiedad intelectual a través del tiempo ha sufrido cambios significativos, que conllevan a plantearse retos importantes, con soluciones ágiles, dada la rapidez con que las nuevas tecnologías invaden el campo de la cultura y el entretenimiento. Una solución para esta dicotomía realidad – derecho, es el crear estatutos basados en principios que enmarquen adecuadamente la realidad del tema, lo cual solucionaría temporalmente el vacío normativo que se presenta con la introducción al mercado de nuevas tecnologías, mientras el legislador adecúa la norma a las necesidades actuales del autor y la industria, leyes y decretos que según lo que se ha visto en el presente trabajo, son más que numerosos. Algo positivo en este aspecto, son los Convenios internacionales en la materia, y la consagración de la regla de los tres pasos y teorías anglosajonas como el fair use o el fair dealing que permiten permear la situación concreta, dependiendo de las circunstancias que rodean el caso.

También es interesante descubrir la proporcionalidad que existe en abundancia legal, jurisprudencial y normativa, con el nivel de protección económica y desarrollo de los países frente a temas de propiedad intelectual. Así, podemos ver que, naciones como Estados Unidos, que son marcadamente protecciónistas y protectores del titular de los derechos de esta índole, tienen un desarrollo jurisprudencial amplio, que ha tenido mayor evolución desde inicios de los 80, y nuevamente tiene un auge a finales del 2000, con casos como el de google books, por ejemplo. En Europa, pasa algo similar, ya que sus aparatos normativos no solo se alimentan de las decisiones judiciales locales, sino también del Tribunal de Justicia, que ha emitido importantes decisiones sobre el tema. Vemos que el punto en común del desarrollo es el énfasis en la protección del autor y el tema económico, con remuneraciones equitativas como es el caso de la copia privada y otros, limitando fuertemente las excepciones y límites al derecho de autor. Por el contrario, vemos que en un país como Colombia, en vía de desarrollo, donde las limitaciones son más laxas, y se eliminan cánones por uso de copias privadas, el desarrollo jurisprudencial es mínimo, al igual que la doctrina, acompañando esta situación a que no existe una industria fuerte del entretenimiento y la cultura, de donde puedan surgir controversias y debates sobre el tema.

Igualmente es preocupante que excepciones como la de la parodia, que están consagradas, analizadas y estudiadas hace tiempo en los ordenamientos europeos y anglosajones, no encuentren desarrollo ni siquiera legislativo en Colombia, ya que este tipo de expresión, si bien es cierto que utiliza obras protegidas por el derecho de autor para su desarrollo, es una forma de expresión que sirve como canal de crítica y entretenimiento, el cual, si no es permitido, puede generar una preocupante limitación a la libertad de expresión, mucho más en un Estado plagado por actuaciones irregulares en materia de desarrollo social, donde la parodia puede servir como válvula de escape para la denuncia de dichas actuaciones.

Así mismo, vemos que en el campo de los límites, no siempre una marcada protección, conlleva resultados satisfactorios. En el tema de los períodos de protección de los derechos de autor vemos como se homogenizan y se amplian los mismos, sin el correspondiente estudio social, económico y por supuesto el legal, con el único fin de satisfacer a las grandes empresas de entretenimiento del mercado, lo que pone en desventaja al consumidor y en ocasiones al autor de la obra que cede sus creaciones. Las limitaciones y excepciones estudiadas, son un alivio temporal a estos períodos extensos de protección, que como se dijo Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

---

anteriormente, permite que autores que ven las obras de otros la posibilidad de crear obras con contenido original, inspirados en otros autores, puedan ver la luz, al igual que la sociedad que podrá aprovechar de manera lícita y oportuna, las creaciones disponibles a beneficio del progreso cultural y científico de la misma.

Finalmente, una de las inquietudes planteadas durante el transcurso del trabajo, era si las excepciones y limitaciones son facultativas u obligatorias, es decir, si pueden ser aplicadas de acuerdo a la autonomía de la voluntad, o son impositivas por mandato legal. Aunque depende de la voluntad de los Estados, reglamentar las cuestiones relativas a los límites y excepciones, sería peligroso indicar que son nulas frente a la voluntad del autor o el que ostenta los derechos de explotación, si decide en la licencia o en el mismo texto de la obra, que comprende en su inicio los aspectos legales, dejar sin efecto cualquier disposición relativa al préstamo en bibliotecas y similares. El llegar a esa conclusión dejaría sin piso el fin de las limitaciones en el derecho de autor, circunscribiendo la situación a un monopolio injustificado, en cuanto al acceso a la educación y la cultura se refiere, pero justificado por la normatividad en la materia. Precisamente la finalidad de las limitaciones es poner en la balanza el derecho del autor y el de la sociedad al avance científico y el conocimiento, y el restringir el monopolio del creador de la obra de sus derechos en ciertas ocasiones justificadas, es lo que alcanza ese equilibrio del que tanto se habló durante el transcurso del trabajo.



---

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, D., SALAZAR, O., & PADILLA, J. (2015). "Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía". Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 15 (28), 61-76

ANTEQUERA, R., ANTEQUERA, R. (2006) "Las licencias obligatorias como límites a los derechos de propiedad intelectual" Revista Erga Omnes. Volumen 1. Página 282 - 315.

ARCE J, I. Notas de clase de la materia "Régimen jurídico del software y el impacto de la sociedad de la información en la propiedad intelectual" dentro del tema 6. "Régimen sui generis de bases de datos" dentro de la maestría "Propiedad Intelectual y derecho de las nuevas tecnologías" Universidad Internacional de la Rioja. 2016.

BERCOVITZ, Rodrigo. (2016) "Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes. España", en el artículo GARRIDO FALLA, P. "El límite de la cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual" Aladda. Pág. 471

CALAME, T., MATHESON, S., OSHA, J., YOSHIDA, S., ULFSDOTTER., VERSCHUUR, A. (2013) "El plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual" AIPPI Informe de síntesis, cuestión 235. Pág. 15

CEDRO. (2016) "El Tribunal de la UE declara ilegal el sistema de copia privada español" (disponible en <http://www.cedro.org/actualidad/noticias/noticia/2016/06/09/el-tribunal-de-la-ue-declara-ilegal-el-sistema-de-copia-privada-espa%C3%B1ol> fecha de la última consulta: 20-11-2016).

CETINA PRESUEL, R. (2014). "¿De la sartén al fuego?: La cuestión de la adopción del fair use como solución al sistema de límites al derecho de autor en México. Revista Virtualis Vol.5, núm. 10. Pág. 68 a la 78.

CISAC (2014) "The Creative Industries and the BRICS. A review of the state of the creative economy in Brazil, Russia, India, China and South Africa" Communications Department of CISAC. Pág. 4

DE LA CUEVA, J. "El derecho es copyleft. La libertad de copiar las leyes". En: AA.VV. Copyleft. Manual de uso. Madrid: Traficantes de sueños, 2006, pp. 142-143. [2] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos, 2<sup>a</sup> ed., 1997, p. 212.

DÍAZ, A. (2006) TLC y propiedad intelectual: desafíos de política pública - en 9 países de América Latina y el Caribe. CEPAL.

FICSOR, M. (2007) "Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital". CERLALC, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, Pág. 223

IBAÑEZ, C. (2013). "Orígenes del fair use" Revista Chilena de Derecho y Tecnología Vol. 2 Núm. 2. Pág. 165-212. Pág. 196, 201 y 202

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>86</sup> español y colombiano.

JARAMILLO, P. (2008) "Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor. Desde la perspectiva de los acuerdos comerciales suscritos por Chile". ONG Derechos Digitales.

MELO, J. "Leer en biblioteca: ¿derecho o concesión?" (Disponible en: [http://www.jorgeorandomelo.com/leer\\_en\\_biblioteca.htm](http://www.jorgeorandomelo.com/leer_en_biblioteca.htm); fecha de la última consulta: 10-12-2016).)

MONROY RODRÍGUEZ, J. (2009) "Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el caribe" Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Decimonovena sesión. Ginebra.

OMPI (2003) "Guía para determinar la contribución económica de las industrias relacionadas con el derecho de autor" Publicación de la OMPI N° 893

OMPI (sin año) "Reseña del marco jurídico y reglamentario de propiedad intelectual en los Estados Unidos de América" (disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/outline/us.html>; fecha de la última consulta: 07-11-2016).

PÉREZ GÓMEZ TRÉTEL, A. (2007) "El análisis económico del derecho de autor y del copyrigth. Un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado". Revista la propiedad inmaterial número 10-11. Pág. 14

SEMJEVSKI J, TORRES V, "Base de datos de obras huérfanas". Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de PI Oficina de Propiedad intelectual de la Unión Europea (EUIPO) en "II JORNADAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Retos ante las nuevas tecnologías. 2016. Pág. 157

SERRANO F, M. (2015) "El actual marco legal de los límites a los derechos de autor en favor de las bibliotecas. Razones de su inadecuación al entorno digital y propuesta de reforma legislativa". Boletín mexicano de derecho comparado. Volumen 48 No.143 México. Mayo/Agosto 2015

TACTUK R, A., (2009) "El Derecho de Transformación. Especial referencia a la Parodia" Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Privado. Getafe. Pág. 384

TAWFIK, M J., (2005) "Legislación internacional en materia de derechos de autor y el uso leal como "derecho del usuario". E-boletín derechos de autor. Abril – Junio. Pág. 6 y 7

VEGA JARAMILLO, A. (2010) "Manual de derecho de autor" Dirección nacional de derecho de autor unidad administrativa especial Ministerio del Interior y de Justicia, pág. 6

WIKEOIE (sin año) "Propiedad Intelectual. Historia de la propiedad intelectual" (disponible en

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>87</sup> español y colombiano.

---

[http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia\\_de\\_la\\_propiedad\\_intelectual\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia_de_la_propiedad_intelectual_en_Propiedad_intelectual); fecha de la última consulta: 07-11-2016).

WIKIPEDIA (sin año) “La tragedia de los anticomunes (disponible en [https://es.wikipedia.org/wiki/Tragedia\\_de\\_los\\_anticomunes](https://es.wikipedia.org/wiki/Tragedia_de_los_anticomunes) fecha de la última consulta: 07-11-2016).

## **Fuentes normativas**

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) o TRIPS (siglas en inglés)

Código civil colombiano  
Art. 671

Código civil español  
Art. 428  
Art. 429

Copyright Act de 1976, 17 U.S.C.107

Constitución Colombiana. 1991  
Art. 61

Constitución Española. 1978:  
Art. 20.1.b)  
Art. 20.2:  
Art. 20.5  
Art. 149.1.9<sup>a</sup>

Convención de Roma de 1961 para la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas

Convención Universal de Ginebra sobre derechos de autor de 1952, revisada en París en 1971.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Convenio de Estocolmo de 1967, por el que se crea la OMPI o WIPO.

Convenio de Ginebra de 1971 para la protección de los productores de fonogramas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho español y colombiano.

Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina de Naciones sobre el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos

Decreto 460 de 1995 Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal. Colombia.

Decreto nacional 1070 de 2008. Colombia

Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia. Concepto emitido en el año 2014 bajo radicado 1-2014-34319

Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador

Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines

Directiva 29/2001/CE, relativa a la armonización de los regímenes de derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información

Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines

Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Ley de derecho de autor australiana de 1968, sección 40 (2)

Ley de Propiedad Intelectual española: aprobada por el RD Legislativo de 12 de abril de 1996, modificada por la Ley de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, que tiene como fin reducir las descargas ilegales de contenidos a través de Internet; y por el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que suprime la compensación equitativa por copia privada, reconocida en el artículo 25, complementada con el RD de 7 de marzo de 2003, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, que desarrolla los artículos 144 y 145.

Ley 23 de 1982 "Sobre derechos de autor".

Ley 232 de 1995 "por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales", cuyo texto anexo a la presente comunicación"

Ley 44 de 1993 "Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944".

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>89</sup> español y colombiano.

Ley 98 de 1993 (Ley del libro)

Ley 603 de 2000 "Por la cual se modifica el artículo 47 de la Ley 222 de 1.995".

Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal (artículos 257, 270, 271 y 272).

Ley 1403 de 2010, "Por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, se establece una remuneración por comunicación pública a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones Audiovisuales o Ley Fanny Mikey".

Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, "Por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones"

Ley 1519 del 13 de abril de 2012, "Por medio de la cual se aprueba el "convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite" hecho en bruselas el 21 de mayo de 1974".

Ley 1680 del 20 de Noviembre de 2013, "Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y las comunicaciones"

Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas.

Tratado de la OMPI sobre derechos de autor o TODA

Tratado de la OMPI sobre protección de artistas y productores de fonogramas o TOIEF

Tratado 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 2013.

## **Jurisprudencia**

Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia de 31 de octubre de 2002.

Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia del 10 de septiembre de 2003.

Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia del 10 de octubre de 2003.

Audiencia provincial de Barcelona. Sentencia del 28 de marzo de 2006.

Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 14 de julio de 1997.

Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 2 de febrero de 2000.

Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 23 de diciembre de 2003.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor y otras figuras afines. Énfasis en el el derecho <sup>90</sup> español y colombiano.

Audiencia provincial de Madrid sentencia de 26 de febrero de 2007.

Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 6 de julio de 2007.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 120 de 2006. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-871 de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 035 de 2015. Magistrada Ponente. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso 29188 de 30 de abril de 2008.

Supreme Court of Canada. CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada 2004.

Field v. Google, Inc., 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)

Supreme Court of the United States. Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994)

Supreme Court of the United States. Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

Supreme Court of the United States. Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. PROCESO 044-IP-2013 de 16 de julio de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) Sentencia de 21 de octubre de 2010

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del asunto C-406 2010 SAS Institute Vs Word Programming

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 1 de diciembre de 2011. Asunto C-145/10. Asunto Painer.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 26 de abril de 2012. Asunto C-510/10

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 3 de septiembre de 2014, en el caso Vrijheidsfonds vs Vandersteen y otros.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 9 de junio de 2016, asunto C-470/14. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

---

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia N°: 172/2012 del 03/04/2012. Recurso N°: 2037/2008. Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia núm. 2394/2016

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001)

United States District Court for the Southern District of New York, United States Court of Appeals for the Second Circuit. Authors Guild Inc., et al. v. Google, Inc

United States District Court for the Southern District of New York, United States Court of Appeals for the Second Circuit. Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)