

La regulación de las excepciones al derecho de autor: la inclusión del uso justo en Colombia

Por Mónica Hernández¹ y Luis Angel Madrid Berroterán²

¹ Mónica Hernández, abogada egresada y profesora adjunta de la especialización de Propiedad Intelectual de la Universidad Sergio Arboleda, LLM en Propiedad Intelectual Internacional. Trabajó para la SIC en la división de Signos Distintivos. Actualmente es abogada extranjera de Propiedad Intelectual para la firma americana Noli IP solutions, PC.

² Luis Angel Madrid Berroteran, profesor titular de la Universidad Sergio Arboleda, abogado egresado de la Universidad del Rosario, LLM en Derecho del London School of Economics & Political Science y LLM en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Warwick; exnegociador del TLC en materia de propiedad intelectual del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia; director de la Especialización en Derecho de la Propiedad Intelectual de la Universidad Sergio Arboleda.



“Law and order exist for the purpose of establishing justice and when they fail in this purpose they become the dangerously structured dams that block the flow of social progress.”

Martin Luther King

“El derecho de autor, está conformado por un manejo de derechos concedido a los autores respecto de sus creaciones. Actualmente, este se extiende virtualmente a todas las formas de expresiones, incluyendo las fotografías, música, artes dramáticas, esculturas, arquitectura, trabajos de arte aplicado, archivos digitales y software de computadores.”¹

¹ Daniel Chow & Edward Lee. *International Intellectual Property: Problems, Cases and Materials*. Página 84.

² Ruth L. Okediji & William L. Prosser. *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. http://unctad.org/en/Docs/iteipc200610_en.pdf

³ *Id*

No obstante, estos derechos se encuentran atenuados a las limitaciones y excepciones contenidas en algunos de los tratados internacionales más importantes en relación con la propiedad intelectual. La razón de esta inclusión radica en que **“el sistema internacional de derechos de autor reconoce la importancia de las limitaciones y excepciones para asegurar el logro del conocimiento que desarrolle o aumente el bienestar de la sociedad como un todo, por medio del fomento de la creatividad y el apoyo a la diseminación.”**² “El rol de las limitaciones y las excepciones en la promoción del bienestar social es un asunto que importa no solo a los usuarios del conocimiento sino además a los creadores del conocimiento, esto es, los autores. Sin un apropiado balance entre la protección y el acceso, el sistema internacional de los derechos de autor no solo empobrecería al público en general, sino que además, debilitaría su propia habilidad de prolongar y premiar la iniciativa a la creación en un futuro a largo plazo.”³

Por esa razón, los países desarrollados, tanto civilistas como aquellos pertenecientes al derecho consuetudinario o *common law*, han implementado un catálogo de limitaciones y excepciones específicas que se ajusten a sus necesidades domésticas y/o bien una serie de factores o “listado *numerus apertus* de excepciones que definan sí, en un caso específico, existe o no un “uso justo o permitido”; sin embargo, ambos sistemas tienen un fin en común: permitir la estimulación de la creatividad a nivel local.

Colombia actualmente cuenta con una serie de limitaciones y excepciones enumeradas en la ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de la Comunidad Andina (norma supranacional), además de la Convención de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, ambos tratados internacionales. Tales limitaciones o excepciones están relacionadas con en el derecho de cita, en las establecidas para fines de enseñanza, y la de copia privada. No obstante, dichas excepciones se circunscriben al entorno analógico dejando por fuera el entorno digital.

Empero, con la evolución de las nuevas tecnologías, **los países de derecho consuetudinario han logrado definir un “uso justo” aplicable a casos concretos para los que la utilización del material protegido por derechos de autor no suponga una infracción a los derechos morales o patrimoniales de los creadores, todo esto a través de la utilización de un listado *numerus apertus*, esto es, utilizando una lista no exhaustiva de usos permitidos. En el caso Colombiano, la ley de 1982 no ofrece este tipo de cláusula abierta y podría considerarse, a su vez, obsoleta al no proveer una regulación de usos permitidos de material protegido por derechos de autor en este nuevo campo.**

Para entender un poco más la necesidad de desarrollo de un catálogo de excepciones y/o limitaciones en Colombia, que provea un modelo de trato justo basado en una lista categórica de excepciones y limitaciones específicas pero flexibilizada y adaptable a los nuevos retos en el área de propiedad intelectual, se hace necesario adentrarnos en los sistemas existentes, tanto en países donde prima el derecho consuetudinario como en aquellos que prima el

La primera se compone de un preámbulo que identifica el uso justo como una excepción a los derechos exclusivos de los autores. Asimismo, añade una lista no exhaustiva de posibles usos permitidos:

- Crítica
- Reportaje de noticias
- Comentarios
- Enseñanza, incluyendo la investigación

La segunda parte se compone de una serie de factores, como una especie de examen, que los jueces deberán utilizar para determinar si en un caso específico se da un uso justo o si la utilización del material, efectivamente, deviene en una violación a los derechos exclusivos de los autores. Finalmente, la tercera parte hace relación a las obras no publicadas.

En el caso colombiano, la ley de 1982 no ofrece este tipo de cláusula abierta y podría considerarse, a su vez, obsoleta al no proveer una regulación de usos permitidos de material protegido por derechos de autor en este nuevo campo.

La doctrina del uso justo en Estados Unidos tiene en cuenta algunos factores. En primer lugar, el propósito por el cual se utiliza la obra, si es comercial o netamente educativo. Aquí juega un elemento importante denominado el uso transformativo: cuanto más cambiante resulte la obra utilizada, es decir, cuanto más se añade a la obra, mayor inclinación se dará a la existencia del uso

justo. Segundo, la naturaleza de la obra, es decir, si es científica o si se encuadra en temas de ficción. Las obras científicas no suelen ser tan creativas o fantasiosas como las obras de ficción, por lo que se podría hallar de forma más sencilla un “uso justo”. El tercer factor hace relación a la cantidad y la esencia de la porción utilizada en relación con toda la obra protegida. El último factor hace relación al efecto que produce el uso de la obra protegida, si causa o no un detrimento en los derechos patrimoniales del creador.

La flexibilidad que brindan los 4 factores mencionados anteriormente han permitido una aplicación del uso justo en un entorno digital, siendo el elemento del uso transformativo y el propósito por el cual se utiliza la obra factores determinantes en esta área.

En términos generales, una de las ventajas que promete esta doctrina es la capacidad de adaptarse fácilmente al desarrollo de las nuevas tecnologías. No obstante, una de las críticas más fuertes a la misma tiene que ver con la significativa incertidumbre que se produce, puesto que no existe un precedente judicial definitivo.

derecho civilista con el fin de valorar su experiencia en este área. Es necesario recordar, que los países que cuentan con un sistema de derecho consuetudinario están regidos por un desarrollo del derecho jurídico mayoritariamente jurisprudencial, lo que permite una mayor adaptabilidad frente a las situaciones cambiantes.⁴ Contrariamente, los países de tradición civilista se atienen a un desarrollo forjado a través de la vía legislativa, lo que implica una aplicación de la ley por los juristas y, por ende, la conformación de un sistema más restrictivo y menos flexible, aunque más certero y consistente.⁵

El presente documento busca analizar estos sistemas para establecer si es posible plantear una reforma legislativa en Colombia que flexibilice el sistema civilista de derecho de autor propio de nuestra tradición jurídica, para acoger elementos de otros sistemas como una forma de enfrentar los retos del entorno digital.

Modelo Estados Unidos: cláusula abierta

La doctrina del uso permisible o uso justo se origina de una interpretación judicial del Estatuto de la Reina Ana de 1710, el primer estatuto de derecho de autor de Gran Bretaña. El juez Story, en el caso *Folsom v. Marsh*, se basó en este estatuto para el desarrollo del concepto del uso justo o *fair use*, concepto que fue luego codificado en la sección 107 del estatuto de derechos de autor estadounidense. La sección 107 tiene tres partes:

Modelo Reino Unido: lista exhaustiva de excepciones

La doctrina del trato justo o *fair dealing* en Reino Unido, en sus inicios, tomó un camino ligeramente diferente al modelo del uso justo aplicado en Estados Unidos. A saber, la doctrina del trato justo establecía una serie de

⁴ Países bajo sistema consuetudinario que han desarrollado la doctrina de uso justo o de trato justo: Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Israel, Malasia, Australia.

⁵ Países bajo sistemas civilistas que han desarrollado la doctrina de uso justo o de trato justo: República Popular China, Corea del Sur, Taiwán, Filipinas.

excepciones específicas enumeradas en el estatuto de derechos de autor de 1988, lo que indicaba una especie de filtro denominado categorías.⁶ Cualquier situación que estuviese directamente relacionada con una violación o infracción a los derechos de autor debería pasar, en primer lugar, por el filtro de las categorías para luego poder determinar la existencia de un posible uso justo que exonerase al posible infractor de la violación, siendo esta la mayor diferencia con el sistema estadounidense.

La lista de categorías de uso permisivo se encuentran enumeradas en las secciones 29 y 30 del estatuto y básicamente encuadran 3 grandes grupos: 1) estudios o investigación privados; 2) crítica o comentario; y 3) reportaje de noticias actuales. No obstante, la sección 28 del estatuto permite la elaboración de las copias temporales, la sección 31 la inclusión “accidental” de trabajos protegidos, las secciones 32 a la 36 los usos relacionados con un fin educativo, la sección 37 a 44 contienen artículos relacionados con las bibliotecas y la sección 56 se relaciona con los trabajos protegidos por derechos de autor en su forma electrónica o digital.

Para poder demostrar la existencia del uso o trato justo, el alegado infractor deberá probar el cumplimiento de tres factores: primeramente, la situación deberá encuadrar en una de las categorías mencionadas, seguido de ello, el trato deberá ser justo de acuerdo con el criterio del derecho consuetudinario y, finalmente, deberá existir conocimiento suficiente del trabajo o de la creación original protegida cuando la situación encaje dentro de las categorías de crítica o comentario, o de reporte de noticias actuales.⁷

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, en el caso *Hubbard v. Vosper*⁸, desarrolló una serie de factores a tener en cuenta al momento de evaluar uso o trato justo:

- La naturaleza de la obra
- La forma en la que se obtuvo la obra
- El porcentaje utilizado de la obra
- El fin o propósito con el cual se utiliza la obra
- El efecto de su uso en el mercado
- Alternativas existentes frente al uso de la obra

Actualmente se están llevando a cabo una serie de reformas en la ley de derechos de autor de Reino Unido, las cuales flexibilizarán un poco la doctrina del trato justo.⁹ Uno de los grandes cambios incluye la utilización de contenidos creativos protegidos con fines de parodia, la eliminación de la limitación de la naturaleza de obra en casos de estudio o investigación, la elaboración de una copia temporal, y el uso de la cita pasó de estar limitado a crítica, reportaje y noticia a ser utilizado en cualquier trabajo, entre otros.

Estos cambios, como consecuencia, generan la modificación del test de trato justo en cuanto a los factores. Y es probable que se amplíen los factores a tener en cuenta en dicho test. No obstante, aún se preserva el uso de una lista categórica.

Diferencias entre los sistemas de uso justo de EEUU y Reino Unido

Es importante señalar la diferencia entre estos sistemas de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Por un lado, frente a un sistema de uso justo (utilizado en Estados Unidos), la lista de categorías es meramente enunciativa y no exhaustiva. En otras palabras, el estatuto identifica una lista de fines o propósitos que podrían calificarse como uso justo pero reconoce que las cortes pueden encontrar usos justos que no encuadren dentro de esta lista. Básicamente, **el corazón del uso justo en Estados Unidos no se limita a reconocerlo en la lista mencionada sino que va un paso más allá y analiza cada situación en específico, utilizando una serie de factores que ayuden al juez a establecer la existencia o no de una violación a los derechos de autor.** Este sistema permite una mayor flexibilización, debido a que situaciones que no se encuadran en la lista categórica puedan ser examinadas bajo la lupa del uso justo.

Contrariamente, **la doctrina del trato justo desarrollada en Reino Unido se compone de dos etapas de análisis. La primera se relaciona con la cualificación del caso a estudiar dentro de las categorías enumeradas. Una vez cumplida esta etapa, se procede a analizar la cuestión del uso justo en sí.**

Finalmente, es necesario subrayar que las doctrinas del uso justo y la del trato justo han tenido gran aceptación y acogida a nivel mundial, expandiéndose a países civilistas como China, Taiwán, y Corea del Sur, bajo una regulación más estricta y limitada tomando como punto de partida las categorías enunciadas en la doctrina británica del trato justo, así como los factores establecidos en el artículo 107 del estatuto estadounidense.

...es necesario subrayar que la doctrina del uso justo y la del trato justo han tenido gran aceptación y acogida a nivel mundial, expandiéndose a países civilistas como China, Taiwán, y Corea del Sur, bajo una regulación más estricta y limitada...

Así mismo, en América, países como Canadá han tomado la vía del trato justo, dada la existencia de un sistema dual (consuetudinario y civilista). No obstante, la tendencia de esta doctrina se ha inclinado últimamente hacia uso justo tal y como se aplica en Estados Unidos, dado que este tipo de doctrina resulta ser más flexible y menos limitante. Por otro lado, en Suramérica, en países como Brasil ya se habla de una reforma a la ley de derechos de autor pro trato justo¹¹; aun cuando esto todavía se está debatiendo, **es claro el mensaje que los países están reformando sus leyes y**

⁶ Copyright, Designs and Patents Act, 1988, c. 48, pt. 1, ch. 3 (U.K.).

⁷ Id.

⁸ *Hubbard v Vosper*, [1972] 2 Q.B. 84.

⁹ Más información: Statutory Instruments. 2014 No. 1372, Copyright, Rights in Performances. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/1372/pdfs/uksi_20141372_en.pdf

¹⁰ Michael Geist. Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use. http://www.press.uottawa.ca/sites/default/files/9780776620848_5.pdf

¹¹ Infojustice.org: Alternative Copyright Refor Bill Introduced in the Brazilian Chamber of Deputies. <http://infojustice.org/archives/8275>

adaptándolas a los cambios tecnológicos con el fin de equilibrar nuevamente la balanza entre los derechos patrimoniales de los autores y el interés general.

Caso colombiano: una propuesta viable

Debido a que Colombia se encuentra bajo un sistema civilista, la aplicación de la doctrina del uso justo tal y como se aplica en Estados Unidos no es teóricamente viable, ya que a los jueces no se les ha delegado facultades absolutas para la creación de precedentes que sirvan de fundamento legal para los casos en los que pueda ser de aplicación esta doctrina. Sin embargo, el sistema desarrollado en Reino Unido, dada su menor flexibilidad – en cuanto a que provee unas categorías específicas por las cuales los jueces deberán ceñirse al momento de establecer cuando existe trato justo – promete ser una alternativa más certera como modelo de excepciones y limitaciones en países donde impera la tradición civilista.

Países como China, Corea del Sur y Taiwán, todos con sistemas civilistas, han desarrollado una especie de híbrido entre las doctrinas de uso justo, mencionadas

Sin embargo, el sistema desarrollado en el Reino Unido, dada su menor flexibilidad – en cuanto a que provee unas categorías específicas por las cuales los jueces deberán ceñirse al momento de establecer cuando existe trato justo – promete ser una alternativa más certera como modelo de excepciones y limitaciones en países donde impera la tradición civilista.

anteriormente, con mucho éxito, lo que significa que **es posible** el desarrollo de un catálogo de excepciones y limitaciones para países de índole civilista como Colombia, que permitan establecer uso justo o trato justo en el entorno digital.

La base de este modelo para países civilistas sería la ampliación de la lista existente de excepciones y limitaciones en Colombia para incluir un sistema categórico, tal y como se utiliza en el modelo británico, y la inclusión de una serie de factores a seguir que podrían ser tomados de la doctrina estadounidense del uso justo, específicamente el artículo 107 en referencia a los cuatro factores. Empero, estos factores son meramente orientativos.

La flexibilidad de este modelo dependería enteramente de la disposición del Congreso, según las facultades que le otorga el artículo 61 de la Constitución Política, de permitir a los jueces de la República apartarse de una lista categórica exhaustiva de usos permitidos y utilizar los principios generales del derecho con el fin de desarrollar

un modelo capaz de adaptarse a las innovaciones tecnológicas en materia de derechos autorales.

No obstante, **el camino opcional a seguir, de forma inicial, sería el de la utilización de una lista categórica a los cuales deberá ceñirse la rama judicial junto con un conjunto de factores orientativos y no exhaustivos**. Aunque esta opción no resulta ser dinámica en cuanto a que no permite el análisis de uso justo en situaciones que no se encuadren dentro de la lista categórica, resulta un primer avance en materia legislativa para el país, otorgando la posibilidad de que dicho catálogo de excepciones y limitaciones pueda ser modificado de forma constante para permanecer actualizado frente a los cambios e innovaciones en materia de protección de obras de derechos de autor, especialmente en el entorno digital.

Propuesta de composición de la lista categórica

1. Temas relacionados con la educación, material de investigación o estudio privado.

a. Cualquier tipo de material protegido.

b. Aquí debería incluirse el acceso a materiales protegidos a través de las terminales electrónicas, siempre y cuando estos accesos tengan un fin educativo o un fin no comercial.

c. Análisis de documentos y datos que no tengan un fin comercial y que, por el contrario, tengan un fin educativo.

2. Críticas o comentarios o reportajes actuales.

a. Cualquier tipo de material protegido, en cualquiera de sus formas, siempre y cuando el material haya sido previamente publicado. Esto obliga a definir qué se entiende por material publicado.

3. La parodia.

4. Copias temporales e incidentales.

Así mismo, se recomienda la utilización de factores a considerar para identificar la existencia de uso justo en los casos determinados. Dicha lista de factores no debería ser exhaustiva, puesto que, aun cuando ciertas situaciones puedan cumplir con los requisitos establecidos, existen algunas que podrían no encuadrarse pero que resultarían razonables a la luz de la doctrina del uso justo o trato justo.

En cuanto a los factores, la recomendación inicial sería tener en cuenta los cuatro factores aplicables en Estados Unidos más los factores que se aplican en Reino Unido. En concreto, la lista sería la siguiente:

- La naturaleza de la obra
 - o Especial cuidado se debe tener con las obras protegidas que no cumplen un fin educativo, puesto que su utilización, generalmente, no deviene en un avance para la sociedad, es decir, no contiene una carga de material educativo que sea aprovechable por otro.

privada, puesto que la actual legislación resulta un poco ambigua y restrictiva. Lo ideal sería que tales limitaciones desarrollen y abarquen los siguientes temas:

Para el caso de las limitaciones con fines de enseñanza y atendiendo a la categoría y factores anteriormente enunciados, se incluyan provisiones que desarrollen:

- Los sujetos que no infringen dentro del campo de la

- El fin con el cual se utiliza la obra

o No comercial

o Comercial. Para el caso en el que el uso del material protegido por derecho de autor pueda tener un fin comercial se utiliza la doctrina del uso transformativo.

Esta doctrina dispone que aquellos materiales protegidos que han sido suficientemente modificados o transformados podrían eventualmente encajar en uso justo siempre y cuando la balanza del resto de factores se incline positivamente sobre la persona que transforma la obra.

La vía por la cual fue obtenida

o Legal

o Ilegal

- El porcentaje obtenido o utilizado de la obra y la importancia del porcentaje utilizado de la obra

o Para los casos en los que la conducta encuadre dentro de la categoría de investigación, el porcentaje de utilización puede ser mayor.

o Puede establecerse un estimativo general dado en porcentajes, aunque lo ideal sería que, en cada caso en específico, la cantidad que conlleva a que la utilización de la obra infrinja o no derechos patrimoniales sea determinado por los jueces.

- Perjuicio ocasionado al autor de la obra protegida

o En este factor se estimaría el daño o perjuicio actual y futuro en el mercado debido a la utilización de la obra.

- Alternativas frente al uso de la obra

o Se dispone la existencia de alternativas frente a la obra protegida. La variable de las alternativas está determinada no solo frente a la obra completa sino además frente a la porción utilizada de la obra, en casos en los que su reproducción no haya sido total.

Por último y no menos importante, se requiere de la inclusión de una normativa criminal en la cual se establezcan penas para todo aquel que refrene o prevenga a los usuarios ejercer el derecho de uso justo encuadrado en la ley de derechos de autor.

enseñanza (estudiante, investigador, bibliotecario, archivador, etc.)

- Definir aquellas actuaciones que definitivamente NO serían uso justo dentro de esta categoría y su regulación específica
- Tratamiento de obras protegidas con fines de instrucción o pruebas examinadoras (exámenes)
- Desarrollo de actividades artísticas en establecimientos educativos que incluyan utilización de material protegido

Para el caso de las limitaciones en cuanto a la copia privada:

- Definir sujetos (inclusión de personas con discapacidades – aquellas que realizan copias para o en pro de las personas discapacitadas)
- Definir aquellas actuaciones que definitivamente NO serían uso justo dentro de esta categoría
- Definir el tipo de obra protegida que puede copiarse
- El tratamiento de la copia privada en caso de existencia de una licencia

Así mismo, se recomienda el desarrollo de limitaciones y excepciones para bibliotecarios, archivadores, el uso por parte de la administración pública, entre otros. Todo ello teniendo en cuenta como mínimo los lineamientos expuestos anteriormente para el caso de copia privada y fines de enseñanza.

Por último y no menos importante, se requiere de la inclusión de una normativa criminal en la cual se establezcan penas para todo aquel que refrene o prevenga a los usuarios ejercer el derecho de uso justo encuadrado en la ley de derechos de autor.

Por otro lado, se recomienda una profundización o ampliación a las ya existentes limitaciones con fines de enseñanza y de copia

¹² Decisión Andina 351 de 1993, Artículo 21: “Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”

¹³ Relatoria Sentencia C 871 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente D-8103.

¹⁴ La regla de los tres pasos aparece tanto en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), artículo 10 numerales 1 y 2, como en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1966), artículo 16 numeral 2 y Decisión Andina 351, art 21.

¹⁵ World Trade Organization, Panel Report on United States–Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R (2000).

¹⁶ The Three-Step Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law (American University Washington College of Law, 2013). <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1041&context=research>

¹⁷ Senftleben, Martin, Copyright, Limitations, and the Three-Step Test: Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law (Kluwer Law International, 2004), id. 16.WT/DS160/R (2000).

De las normas constitucionales y la función de los jueces y legisladores

Una de las preocupaciones más alarmantes en relación con la inclusión de una doctrina del uso justo en el derecho colombiano radica en la posible violación de los artículos 61 (la regulación de los derechos intelectuales de acuerdo con las formalidades de la ley) y 203 (sujeción del juez a la ley) de la Constitución Política. Así mismo, dado el deber de ajustar las limitaciones y excepciones al derecho de autor a la llamada *regla de los tres pasos*¹², consagrada en el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, la inclusión de la doctrina del uso justo puede suponer una violación a la característica que obliga a “que sean legales y taxativas”.

Resulta transcendental señalar que **la creación de un sistema de limitaciones como el que se propuso anteriormente no generaría una contraposición con dicha regla**. Aun cuando se haga la observancia de que cada limitación o excepción deberá estar plasmada de forma taxativa, dicha característica se ajustaría con la lista categórica propuesta, la cual sería de aplicación determinada. Esto no contravendría la facultad en cabeza del legislador de establecer las formalidades de protección de los derechos intelectuales, puesto que, tal y **como lo estableció la Corte Constitucional**:

De lo anterior es posible concluir que el régimen de protección de los derechos de autor y los derechos conexos se desenvuelve en el ámbito de la ley, y que la Constitución no impone criterios rígidos, ni modalidades específicas de protección, ni excluye la posibilidad de adoptar determinados sistemas, sino que deja un amplio margen de configuración legislativa sobre el particular.¹³

Por otro lado, no es posible elevar o desarrollar una causal específica para cada caso en los que posiblemente exista una riña entre la protección de los derechos intelectuales patrimoniales y uno de los fines del Estado que consiste en promover la prosperidad general. Puesto que, primeramente, la materia de derechos de autor en el entorno digital no es inerte, se encuentra constantemente cambiando y *en el derecho no es posible prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales. Por ello, se necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad.*

En el presente caso, el papel instrumentador del juez será establecer, de acuerdo con las características taxativas existentes y los hechos del caso, la existencia de una limitación o excepción a los derechos de autor sin que esto signifique un traslado de la facultad del legislador de establecer el régimen y alcance de protección de los derechos de autor.

La doctrina del uso y trato justo y su conformidad con la regla de los tres pasos

Las obligaciones internacionales de los países en relación con los derechos de autor están determinadas por los tratados que suscriben. La mayoría de los países son parte de varios de los convenios existentes, incluyendo el Acuerdo sobre los ADPIC y la Convención de Berna. Estos tratados proveen limitaciones o excepciones específicas, así como la regla de los tres pasos, para acomodar aquellas excepciones que no se encuentran regladas de forma concreta.

La principal preocupación de la inclusión de una doctrina del uso justo radica en la posible violación que acarrearía a la ya conocida regla de los tres pasos introducida en el Convenio de Berna, Acuerdo sobre los ADPIC, WCT y WTTP¹⁴. Solo ha habido un panel de la OMC (Organización Internacional del Comercio) en el cual se debatió la interpretación y la aplicación de la regla de los tres pasos, concluyendo que la primera condición de la regla de los tres pasos requiere que una limitación o excepción en las legislaciones domésticas debe estar claramente definida y ser concreta en cuanto a su alcance.¹⁵

No obstante, algunos académicos se alejan de la interpretación restrictiva de la regla de los tres pasos y, por ende, de la visión de que la doctrina del uso justo viola los requisitos establecidos en dicha regla¹⁶. En efecto, consideran que la regla de los tres pasos debe mantener un equilibrio con los intereses generales, tal y como se deduce al interpretar el Acuerdo sobre los ADPIC de forma conjunta y no aislada. Segundo, sugieren que el propósito de su creación nunca fue establecer una visión restrictiva sino ampliada, según lo propuso el académico Martin Senftleben.¹⁷ Tercero, los países que han incorporado tal doctrina no se han visto envueltos en disputas internacionales por la aplicación de la misma en sus ordenamientos internos.

En el presente caso, el papel instrumentador del juez será establecer, de acuerdo con las características taxativas existentes y los hechos del caso, la existencia de una limitación o excepción a los derechos de autor sin que esto signifique un traslado de la facultad del legislador de establecer el régimen y alcance de protección de los derechos de autor.

Las limitaciones y las excepciones son un instrumento de gran valor para reconciliar los derechos que acarrear los titulares de derechos y el interés colectivo del público en general. De esta forma, la regla de los tres pasos no debe tener en cuenta solo los intereses de los titulares de derechos de autor, sino que se debe considerar igualmente los intereses de las terceras partes.

En la Declaración por una interpretación balanceada de la Regla de los Tres Pasos en el Derecho de Autor, mejor conocida como la Declaración de Munich¹⁸, se reconoce que “el interés público no es bien servido si el derecho de autor rechaza los más básicos intereses generales de los individuos y grupos en la sociedad, cuando se establecen incentivos para los titulares de derechos.” Adicionalmente, establece que debe existir un balance de intereses cuando exista confrontación entre el interés general y los titulares de derechos. Tal balance resulta ser un objetivo general de la regulación de la propiedad intelectual, objetivo que está incluido en el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el preámbulo del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, que establece la necesidad de mantener un balance entre los derechos de los autores y el interés general, particularmente en la educación, investigación y acceso a la información. Así mismo, la necesidad de tener en consideración los intereses de las terceras partes se encuentra confirmado de forma explícita en la regla de los tres pasos aplicada en la ley de propiedad industrial (artículos 17, 26(2) y 30 del Acuerdo sobre los ADPIC). De tal forma que, la aplicación de la regla de los tres pasos no implica una aplicación paso por paso sino una valoración amplia de cada caso al cual vaya a ser aplicado.²⁰ En ese sentido, la doctrina de uso justo o de trato justo, dada su función equilibradora entre los titulares de derechos y el interés general, no se contrapone a la regla de los tres pasos.

Por otro lado, algunos académicos, luego de analizar el desarrollo histórico de la regla de los tres pasos, consideran que esta no fue pensada como un modelo rígido de prohibición en relación con las limitaciones

o excepciones a los derechos de autor.²¹ Por ejemplo, la escuela CAG, teniendo en cuenta el estudio realizado por el profesor Senftleben²², señaló que la regla de los tres pasos fue instituida para reconciliar los diferentes tipos de excepciones que ya existían para el momento en que fue pensada dicha regla. Así mismo mencionó que la regla es abstracta, es una fórmula abierta que podría ser acomodada a un amplio rango de excepciones. De igual forma, algunos académicos expresaron que los subsiguientes tratados internacionales y la costumbre internacional confirmarían que es una fórmula abierta capaz de comprimir un amplio rango de excepciones.

Finalmente, se ha observado que los países que aplican la doctrina del uso justo o del trato justo no han sido demandados ante instancias internacionales en relación

Las limitaciones y las excepciones son un instrumento de gran valor para reconciliar los derechos que acarrear los titulares de derechos y el interés colectivo del público en general. De esta forma, la regla de los tres pasos no debe tener en cuenta solo los intereses de los titulares de derechos de autor, sino que se debe considerar igualmente los intereses de las terceras partes.

con estas doctrinas y su conformidad con la regla de los tres pasos, aun cuando han existido numerosas oportunidades para ello (consultas ante la OMPI y expertos extranjeros revelan que ninguno ha considerado que existe una riña entre la regla de los tres pasos y la doctrina del uso justo).

Beneficios del catálogo de limitaciones y excepciones flexible

Un modelo de trato justo desarrollado a partir de una lista categórica pero flexible conlleva principalmente a salvaguardar el derecho de la libertad de expresión, a la cultura y al acceso a la información, que de otra forma podrían verse circunscrito por la protección ilimitada

¹⁸ La Declaración de Munich, fue firmada por un grupo de académicos en julio de 2008 durante la conferencia gestionada por la Asociación Internacional para el avance de la enseñanza y la investigación en el campo de la propiedad intelectual, mejor conocida por sus siglas en inglés ATRIP.

¹⁹ Declaration on a Balanced Interpretation of the Three step Test in Copyright. http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_061920.pdf

²⁰ Id. 16

²¹ International IP Researchers, Submission 713 (http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/713_org_internationalipresearchers.pdf); G Hinze, P Jaszi and M Sag, The Fair Us Doctrine in the United States – A Response to the Kernochan Report, 26 de Julio de 2013, id. 16, pág 5.

²² Id. 16

de los derechos a los autores. Tal modelo busca generar un equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la expresión e información, logrando su adecuada consecución al mismo tiempo.

Un modelo de trato justo en Colombia conlleva al desarrollo económico. Para maximizar este desarrollo, los países deben buscar un balance entre la protección de las obras de los autores y el fomento a la creatividad, la innovación y el avance en materia de conocimiento. El modelo de trato justo flexible en Colombia permitiría el fortalecimiento de la cultura y la innovación, mientras que continúa protegiendo los derechos de los autores.

El modelo de trato justo flexible propuesto además provee un esquema legal que permitiría ajustarse a los cambios tecnológicos, aun cuando se encuentre dentro de una lista categórica. Ello por cuanto los factores no son exhaustivos sino meramente orientativos.

Conclusión

El desarrollo del uso justo se ha convertido en una solución frente a los constantes cambios tecnológicos y la necesidad de la ley de acomodarse a estos cambios. Las doctrinas del uso justo y del trato justo son un esquema adaptativo y flexible a las nuevas tecnologías y servicios, y no en un conjunto

de reglas prescriptivas. Ambos permiten la utilización de material protegido cuando las circunstancias lo ameritan, lo hacen “justo”. Muchos países alrededor del mundo están tomando esta ruta con el fin de establecer un balance entre los derechos patrimoniales de los autores y el interés público.

Resulta esencial que nuestra ley de derechos de autor se ponga a tono con los países en los que ya existe el modelo del uso justo. **Una reforma y ampliación del capítulo de excepciones y limitaciones de la ley de derecho de autor colombiana no solo traería beneficios inmediatos como el libre acceso a las ideas contenidas en obras protegidas, sino que, en el largo plazo, crearía un escudo de protección frente a los efectos de una escala irracional en el costo económico del acceso a la información, además de la competencia justa, progreso tecnológico y científico así como el desarrollo social, cultural y económico.**

Finalmente, aunque la doctrina del uso justo busca un balance entre los derechos patrimoniales de los autores y de los usuarios de las obras protegidas bajo un cúmulo de excepciones, es importante mencionar que este cúmulo de excepciones, indudablemente, necesitará ser revisado en tanto las circunstancias de la vida misma vayan cambiando.



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad de sus autores.

Financia



Apoya



Proyecto de

FUNDACIÓN KARISMA
CALLE 59 No. 18-20 Of. 201
Teléfono (57) (1) 738 98 60
karisma.org.co
@karisma
contacto@karisma.org.co



La versión digital del documento se puede descargar de:

<http://karisma.org.co/dokumentos/>

ISBN 978-958-99378-4-6



Usted puede copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra, incluso si el uso que hace es comercial, siempre y cuando de los créditos correspondientes. Puede hacer obras derivadas si la nueva obra es distribuida con una licencia idéntica a esta. Para conocer el texto completo de la licencia visite <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/co/>