

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Camilo Reyes y David Esteban Cortés Audor

1. Introducción

La teoría jurídica general establece que, por la naturaleza social que los derechos tienen, ningún derecho otorgado a una persona puede tener una naturaleza absoluta. En efecto, cualquier derecho que fuese concedido con un carácter absoluto, al ser ejercido, podría generar fuertes conflictos. Lo anterior, puesto que sin un límite, el goce de las potestades derivadas del derecho otorgado tendría todo el potencial para afectar los derechos de otras personas, así como el normal funcionamiento de la sociedad.

Con lo anterior en mente, resulta claro que las potestades y prerrogativas que se derivan de la titularidad de un derecho de autor no pueden constituirse como una excepción a la anterior regla. Así pues, bajo la teoría de los países de tradición civilista – como es el caso de Colombia y los países miembros de la Comunidad Andina –, las denominadas excepciones y limitaciones al derecho de autor son precisamente aquellas instituciones jurídicas cuyo propósito es funcionar, como su mismo nombre lo indica, a manera de límite frente al ejercicio de los derechos derivados de una obra.

Bajo el esquema del derecho continental del que hablábamos con anterioridad, tenemos que el derecho de autor fue concebido con una finalidad dual. Así, tenemos por un lado que el derecho de autor tiene el propósito de fungir como el instrumento a través del cual, en virtud de una serie de derechos de exclusiva que se le otorgan al autor, éste adquiere la facultad para autorizar o prohibir la explotación económica de una obra –que no es otra cosa sino lo que se conoce como *derechos patrimoniales*–, e igualmente obtiene una serie de potestades no económicas, que tienen como propósito garantizar que su vínculo con la obra no sea vea socavado –*derechos morales*–.

Igualmente, el fundamento teleológico de esta disciplina jurídica se construyó sobre la base de que las distintas prerrogativas otorgadas a los autores sean un instrumento que

incentive la constante creación de conocimiento, y en consecuencia contribuya a la formación de identidad y cultura de un pueblo.

Este objeto de protección dual se ve claramente sintetizado en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se lee:

- 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
- 2. 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.*

De los dos postulados esenciales que consagra la norma transcrita se encuentra pues, que así como todo ser humano tiene el derecho a gozar y acceder a las artes, la cultura y la ciencia, de igual manera tiene el derecho a que se le reconozca la protección de sus intereses morales y materiales (patrimoniales). Al respecto resultan muy dicientes las palabras del académico Ernesto Rengifo García, cuando en desarrollo del tema sostiene:

En fin, lo que busca el derecho de autor es establecer un equilibrio entre el interés privado de los autores y el interés público basado en la justicia, la competencia leal y el acceso justo al disfrute de las creaciones del intelecto humano.¹

Es así como, a la luz de estas finalidades, y con el ánimo de mantener un equilibrio entre la protección de los derechos de exclusiva que le asisten al autor de una obra y el acceso al conocimiento y difusión de la cultura esenciales para el desarrollo de una sociedad, que desde el Convenio de Berna de 1886 se habían establecido una serie de excepciones a los derechos de exclusiva allí consagrados, en virtud de los cuales las personas podían utilizar lícitamente una obra sin la necesidad de contar con la autorización del autor.

Así bien, aun cuando las particulares razones que justifican la existencia de cada uno de los diferentes límites y excepciones que existen en nuestro ordenamiento jurídico

¹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. (1998). *Propiedad Intelectual, el moderno derecho de autor*. 2da Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Página 50.

obedecen a razones diversas, por el momento bastará tener en cuenta que estas instituciones jurídicas se erigen como el instrumento que evita que las prerrogativas que otorga el derecho de autor adquieran una naturaleza de carácter absoluto que impida la función social que éste debe cumplir.

2. ¿Qué son las limitaciones y excepciones al derecho de autor?

Como se dejó establecido algunas líneas atrás, los límites y excepciones al derecho de autor no son otra cosa sino una serie de restricciones al libre ejercicio de los derechos patrimoniales de exclusiva que le son otorgados al titular de una obra.

Ahora, considerando el fin que estas instituciones tienen, se debe tener en cuenta que estas no pueden aplicarse de manera irrestricta. Lo anterior puesto que, si bien su objeto es impedir que los derechos derivados de una obra adquieran un carácter absoluto, ello no obsta para que, si se permitiere que estas excepciones y limitaciones no estuvieran sujetas a una serie de principios y reglas, la aplicación de las mismas pudiere erosionar el fin del derecho de autor en virtud del cual se busca que éste sea un reconocimiento del vínculo que le asiste al autor con respecto a su obra, y un instrumento que sirva como incentivo para la continua creación de arte y conocimiento.

En primer lugar, para que pueda aplicarse una cualquiera de las excepciones y limitaciones contempladas en una norma, la obra en cuestión respecto de la cual aquellas se pretendan ejercer, debe haber salido del fuero interno del autor –es decir, que haya sido publicada–. Lo anterior por cuanto a que, si la obra no ha sido dada a conocer al público, nos encontraríamos ante el caso de una obra inédita que –*presumiblemente*– por voluntad del autor se ha decidido mantener de esta forma. Aun cuando este tema no es objeto del presente capítulo, bastará mencionar que el intentar predicar una excepción o limitación respecto de una obra que no ha sido divulgada podría llegar a tenerse como una vulneración al derecho moral del autor a mantener su obra inédita, hecho que, a todas luces resulta desbordar el objeto de estas instituciones jurídicas, puesto que éstas están pensadas para restringir el ejercicio de los derechos patrimoniales de exclusiva, más nunca de los derechos morales del autor –*que se recuerda son inalienables, imprescriptibles e inembargables*–.

Ahora bien, los principios fundamentales que regulan el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor han sido derivados de la primigenia consagración de las mismas en el numeral 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, a cuyo texto se lee:

*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 reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.** (Énfasis fuera del texto original)*

Del texto de esta norma –*posteriormente fue reiterado en su integridad por el artículo 13² del Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)* – se ha decantado lo que la doctrina y jurisprudencia en la materia denominaron como la regla de los tres pasos. Así se tiene que, para que pueda llegar a configurarse una cualquiera de las excepciones y limitaciones al derecho de autor se hace necesario que la misma:

- i) se encuentre expresamente contemplada;
- ii) no atente contra la normal explotación de la obra;
- iii) no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Finalmente, en relación con la importancia de esta regla en el escenario nacional, encontramos que recientemente en desarrollo de aquella la Corte Constitucional expresó:

(...) En efecto, y como ya se indicó, los derechos patrimoniales de autor deben ser objeto de protección por el Estado, así que la Sala deberá proceder a determinar si la restricción es legítima.

La Corporación ha señalado, en relación con los derechos de autor, que el Legislador cuenta con una amplia potestad para su configuración legal, siempre que las medidas que adopte sean razonables y proporcionadas; se ajusten a los

² “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.”

tratados internacionales en la materia que sean vinculantes en el orden interno, y cumpla con la llamada “regla de los tres pasos” (...)”³.

3. Los Usos Honrados

El concepto de *-usos honrados-* se encuentra íntimamente vinculado con la imposición de limitaciones y excepciones al derecho de autor, de manera que la falta de una definición clara de este concepto (tanto en la ley como en los instrumentos internacionales) ha generado una gran polémica, al momento de desentrañar su significado. La importancia de los usos honrados se deriva del artículo 10.2 del Convenio de Berna (Revisión de París 1971)⁴, en la que se prevé la facultad de todos los Estados contratantes para establecer limitaciones y excepciones, siempre y cuando estas obedezcan entre otras cosas a los *usos honrados*.

Pues bien, lo primero que debe decirse es que no se trata de un anglicismo derivado del concepto del *fair use* propio de los sistemas de *common law*, ni tampoco un error en la traducción del Convenio como sostienen algunos, pues la versión en inglés de este tratado se refiere a los usos honrados bajo el término *fair practice (practica justa)* y no como *fair use (uso justo)*, lo que obligatoriamente indica que se trata de conceptos distintos.⁵

Debe igualmente considerarse que se trata de un concepto ajeno a la llamada regla de los tres pasos, pues si bien la normativa andina los equipara al Convenio de Berna los trata como conceptos diferentes, tal y como se lee del precitado artículo 10.2. Así, a pesar de que la Decisión Andina 351 de 1993 los define como *“Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”*⁶ equiparándola a la regla de los tres pasos, este concepto no concuerda con la provisión del tratado.

Pues bien, al consultar la Guía del Convenio de Berna de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, encontramos que los *-usos honrados-* se refieren a lo

³ Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia C-035 del 28 de enero de 2015*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁴ Convenio de Berna (Revisión de París 1971). Artículo 10.2.

⁵ Traducción libre.

⁶ Decisión 351 de 1993, Comunidad Andina, artículo 3.

“Normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone el sentido común”⁷. En suma, encontramos que al momento de instituir normas sobre limitaciones y excepciones al derecho de autor, los Estados se encuentran vinculados por el concepto de usos honrados propio del Convenio de Berna y no por la definición del sistema andino.

Por su parte, la noción de usos honrados prevista en la norma andina, marca un parámetro de conducta, que sirve para determinar si la conducta de un particular en un caso específico se adecúa a las normas nacionales (o subregionales) que establecen las limitaciones y excepciones, así esta norma está encaminada a dirigir el actuar de los particulares en sus actividades y no de los Estados al momento de incorporar sus normas, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio de Berna.

En este orden de ideas, atañe ahora abordar someramente algunas de las limitaciones y excepciones de mayor relevancia.

4. Derecho De Cita

Se trata de la permisión a cualquier persona para utilizar apartes de una obra protegida por el derecho de autor, siempre y cuando la obra citada haya sido publicada (pues de lo contrario se vulneraría el derecho moral de ineditud, que prima sobre la limitación por tratarse de un derecho fundamental). Para que esta excepción proceda se requiere que: (i) se usen únicamente los pasajes necesarios (lo cual resulta difícil de determinar); (ii) que estos no sean tantos ni tan seguidos que constituyan una reproducción sustancial y simulada; (iii) que no se genere un perjuicio al autor; y (iv) referir frente cada cita el nombre del autor y título de la obra⁸. Los requisitos anteriormente expuestos, se encuentran previstos en la legislación nacional y aunque cambia en algo la redacción, el contenido es el mismo que el que dispone la Decisión 351 de 1993.

El Tribunal Andino ha sido enfático al determinar que el derecho de cita resulta aplicable no solo a obras escrita, sonoras o audiovisual, y artísticas aisladas, siempre y cuando la reproducción se realice con el propósito de *“apoyar o hacer más inteligibles las*

⁷ Guía del Convenio de Berna, autor principal Claude Masouyé, Ginebra 19878, pg 67. Citado en Estudio de Derecho de Autor y Derechos Afines, Ricardo Antequera Parilli, Madrid, 2007, pg 179.

⁸ Art 31 Ley 23 de 1982.

*opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna*⁹. Asimismo, resulta relevante recordar que el derecho de cita se encuentra limitado a los usos honrados y en especial por “los fines que justifican el fine propuesto”; pues bien, el Tribunal Andino se ha pronunciado frente al particular argumentando que los fines que justifican el fin del derecho de cita “no son solamente los informativos o culturales, sino también los científicos, didácticos, analíticos, críticos, polémicos y pedagógicos”¹⁰

5. Copia Privada

Si bien este concepto se encuentra contemplado en la normativa andina¹¹ no constituye una excepción al derecho de autor (salvo en lo que respecta a copia en la memoria de un computador en obras de software¹²), el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993 autorizar al establecimiento de limitaciones y excepciones del derecho de autor, siempre que acaten la regla de los tres pasos.

Pues bien, en provecho de esta prerrogativa el legislador colombiano adoptó una limitación que se encuentra en sistemas jurídicos de otros países, esta es la de copia privada, esta limitación supone la autorización que la ley otorga a quien haya adquirido de manera legítima un ejemplar de la obra, de modo que pueda reproducirla en un solo ejemplar para su propio uso.

Ahora, reconocemos que los conceptos de uso personal que prevé la decisión 351 y copia privada que contempla la ley colombiana han sido diferenciados por la doctrina¹³, sin embargo esta diferenciación es exclusivamente dogmática, de manera que entre uno y otro concepto no se encuentran diferencias prácticas al punto que pueden considerarse como sinónimos perfectos, pues sus definiciones legales solo encuentran diferencias semánticas y de redacción y no sustanciales.

Una particularidad relevante que presente esta limitación es que en lo respectivo a obras de software, únicamente procede cuando se trate de una copia en la memoria del

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 139-IP-2003

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Artículo 3 de la Decisión 351 de 1993.

¹² Artículos 25 y 26 Decisión 351 de 1993

¹³ Derecho de Autor y Derechos Conexos, Delia Lipzyc, Buenos Aires 2006, pg. 222-228

computador, lo que ha sido denominado como copia de seguridad. De manera tal, que no resulta lícito realizar reproducciones de este tipo de obras en un soporte distinto.

6. Bibliotecas o Archivos

Consiste en la reproducción de una obra por parte de una biblioteca o archivo, en un solo ejemplar, para preservarla o sustituirlo, cuando este se encuentre en situación de extravío, destrucción o inutilización; ya sea que se trate de conservar el ejemplar en la misma biblioteca que realiza la reproducción o en el de otra.

En Colombia existen dos excepciones específicas para que las bibliotecas puedan reproducir obras protegidas por el derecho de autor, sin que para ello se requiera autorización previa del su titular¹⁴; la primera de estas, es la contenida en el artículo 22 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina y la segunda, la contemplada por el artículo 38 de la Ley 23 de 1982. Esto resulta relevante por cuanto cada una de estas normas da un alcance distinto a la limitación.

La ley colombiana restringe la aplicación de esta excepción únicamente a bibliotecas públicas y sólo respecto de obras que se encuentren agotadas en el mercado nacional, sin que esto se encuentre previsto en el texto de la Decisión 351.

Para efectos de entender estas normas, resulta pertinente precisar que el concepto legal de biblioteca comprende cualquier *“Estructura organizativa que mediante los procesos y servicios técnicamente apropiados, tiene como misión facilitar el acceso de una comunidad o grupo particular de usuarios a documentos publicados o difundidos en cualquier soporte.”*¹⁵. Por su parte, la ley define biblioteca pública como *“(…) aquella que presta servicios al público en general, por lo que está a disposición de todos los miembros de la comunidad por igual, sin distinción de raza, nacionalidad, edad, sexo, religión, idioma, discapacidad, condición económica y laboral o nivel de instrucción.”*¹⁶

¹⁴ Guía de Derecho de Autor para Bibliotecas, Jhonny Antonio Pabón Cadavid. DNDA, Universidad Javeriana y Ministerio de Cultura, Pg. 33

¹⁵ Ley 1379 de 2010, artículo 2 No. 2

¹⁶ Ibid.

7. Fines Educativos

Frente al particular encontramos que la Decisión Andina ha restringido la aplicación de la Ley 23 de 1982, pues la norma nacional permitía utilizar obras a través de publicaciones, emisiones, radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, siempre y cuando fueran usadas de manera ilustrativa con el fin de servir a la enseñanza. Pues bien, la norma andina ha restringido la aplicación de esta excepción, al punto que solo permite que la libre utilización de la obra se realice para la elaboración de de exámenes en instituciones educativas, y solamente permite la reproducción a partir de la reprografía¹⁷.

Sea cual fuere la norma que se aplique, la posición prácticamente unánime frente a la materia es que la procedencia de la excepción se encuentra supeditada a que el uso se haga dentro de una institución educativa legalmente acreditada por la autoridad gubernamental que corresponda¹⁸ y se realice sin fines de lucro.

Ahora bien, para mitigar el estrecho margen de aplicación que tiene esta excepción en el sistema andino, se ha previsto un complemento que se basa en autorizar la libre utilización de las obras cuando las mismas sean representadas o ejecutadas y se desarrolle *“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;”*¹⁹

8. Apuntes De Conferencia O De Clases

El artículo 40 de la Ley 23, prevé que las lecciones de clase pueden ser recogidas y apuntadas libremente por los estudiantes, sin embargo estos no se encuentran legitimados para distribuir las sin autorización expresa del profesor. Esto comprende

¹⁷ El Derecho de Autor y el Software. María Yolanda Álvarez y Luz maría Restrepo. Universidad Pontificia Bolivariana pg. 128

¹⁸ 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. OMPI, pg. 63-64. Juan Carlos Monroy Rodríguez.

¹⁹ Decisión 351 de 1993 Artículo 22, Literal J.

únicamente aquellas lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria²⁰.

9. Acontecimientos De Actualidad

El artículo 20 de la C.P. consagra la libertad de expresión y difusión del pensamiento y en desarrollo del mismo, la normatividad en derecho de autor excepcionan los acontecimientos que se encuentren en un marco de inmediatez.

Frente a lo anterior, la Dirección Nacional de Derecho de Autor se ha manifestado en los siguientes términos: *“se tiene que cuando quiera que se reproduzca, distribuya o comunique al público noticias o hechos que hayan sido difundidos de forma pública por la prensa o por la radiodifusión, no se requerirá de la autorización previa y expresa para la reproducción, distribución o comunicación al público de las noticias, por encontrarse dentro de una limitación al Derecho de Autor.”*²¹

10. Grabaciones Efímeras

Se trata de la *“fijación sonora o audiovisual de una representación, ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un periodo de tiempo transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión”*²². Pues bien, se trata de una limitación que busca garantizar la realización de actividades de radiodifusión, de modo que una vez autorizada la radiodifusión de la obra se autoriza su libre reproducción de manera temporal con miras a facilitar las *“exigencias técnicas del servicio de radiodifusión”*²³.

11.Excepción para Ciegos

²⁰ Ley 23 de 1982, Artículo 40.

²¹ Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto Rad. 1-2014-19615.

²² Artículo 3, Decisión 351 de 1993.

²³ Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ensayos, Universidad Externad de Colombia. Guillermo Zea Fernández. Pg. 130-132.

Finalmente atañe referirse a esta limitación cuya reciente adopción dentro de la legislación colombiana no ha sido del todo pacífica²⁴. Pues bien, la Ley 1680 de 2013 (noviembre) se ha encargado de establecer una nueva limitación a los derechos de autor en Colombia; esta consiste en la libre utilización de obras, siempre y cuando esta se haga “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”²⁵

Esta limitación se extiende a obras literarias, científicas, artísticas, audiovisuales, sin importar el formato, medio en que estas se encuentren ni el procedimiento a través del cual se realice el uso exceptuado. Esta limitación resulta ser más amplia que las excepciones tradicionales, pues autoriza la reproducción, distribución comunicación, traducción, adaptación, arreglo o transformación al braille y requiere la ausencia de un fine de lucro y el respeto por el derechos moral de paternidad.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. Resuelve sobre la inexecutable de la Ley 1680 de 2013

²⁵ Ley 1680 de 2013.