

Un análisis comparativo entre el *Fair Use* y los Usos Honrados y su incidencia en los retos contemporáneos del derecho en la era digital

Helena Múnera Trujillo

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2020

Un análisis comparativo entre el *Fair Use* y los Usos Honrados y su incidencia en los retos contemporáneos del derecho en la era digital

Helena Múnera

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Resumen

Este artículo pretende traer a la luz el problema existente en el campo de regulación y protección a los derechos de autor en la nueva era digital, en donde el acceso a toda clase de contenido es mucho más sencillo y personas de todas partes del globo se encuentran en constante contacto e interacción. Tratando el ejemplo puntual la plataforma digital *YouTube*, la cual ha tomado medidas para velar por la protección de los derechos de autores y titulares, pero que en ocasiones no han sido apropiadas, causando más daño que beneficios.

Haciendo un análisis comparativo entre las figuras del *Fair Use* de la doctrina americana y los Usos Honrados del sistema continental, se busca exponer las similitudes y diferencias entre ambas. Prestando mayor atención a aquello en que difieren para así lograr identificar la magnitud del problema que se puede presentar a nivel internacional en el camino a la protección de las obras cobijadas por el derecho de autor.

Palabras clave: Derechos de autor, *Fair Use*, Usos Honrados, *YouTube*, creadores de contenido, autor, limitaciones al derecho de autor.

Introducción

Con el gran avance tecnológico de los últimos años y la enorme cantidad de personas generando contenido en línea, se ha hecho más difícil el manejo de los derechos de autor y, especialmente, el respeto a los mismos. Hoy en día es usual ver un sin fin de videos a través de diversas plataformas sociales tales como Instagram, *YouTube* y *Facebook* en los cuales los creadores de contenido hacen uso de canciones, fragmentos de otros videos e incluso de series de televisión y películas, todas protegidas por los derechos de autor. Este fenómeno ha causado que disqueras, estudios de producción y a su vez otros creadores de contenido pidan a gritos un control a las diferentes plataformas sociales, puntualmente a *YouTube*.

Como respuesta a las numerosas demandas por parte de los artistas, *YouTube* puso a su disposición dos mecanismos novedosos, a saber, los *Takedown Request* y los *Content ID*. Ambas figuras ayudan a controlar la posible violación de los derechos de autor presentes en los videos subidos a *YouTube*. Al *Takedown Request* puede acceder cualquier persona ya sea creador de contenido o simple usuario, razón por la cual es usual encontrar errores e incluso abusos en el uso del mecanismo. Por su parte a los *Content ID* pueden acceder únicamente los socios de la plataforma, y tiene como efecto la eliminación automática del video en cuestión, o bien el traslado inmediato de las ganancias obtenidas del mismo al bolsillo del solicitante, sin dar la oportunidad de defensa al dueño de dicho video. Generando entonces un posible daño al creador de contenido cuando la solicitud no tiene razón de ser.

En el 2018, el célebre *Youtuber* Luisito Comunica, quién a la fecha de hoy cuenta con 29 millones de suscriptores, recibió por parte de CNN Chile un *Content ID* por contenido visual, lo cual para él significó perder la remuneración de varios de sus videos. A la hora de revisar la pieza

de contenido que CNN Chile había reclamado como suya, se dio cuenta que era un clip de él mismo, y en otro de sus vídeos el clip reclamado eran unas tomas de globos aerostáticos filmados por el *Youtuber* en su viaje a Capadocia. No había presencia de ninguna canción o de algún video que pudiera pertenecer a la compañía de noticias. Luego de revisar el reclamo, Luisito recordó haber hecho una entrevista televisada para la cadena de noticias en la cual ellos utilizan esos clips que habían reclamado como suyos. Es decir, esos clips fueron tomados por CNN para dar contexto a su entrevista con Luisito Comunica y meses después reclaman ese contenido como suyo. La situación entre ambas partes fue resuelta de manera privada y CNN Chile se disculpó públicamente con el *Youtuber*.

Se puede decir que en este caso puntual Luisito Comunica tuvo suerte ya que él tiene una plataforma enorme y se puede hacer oír. Pero no sucede lo mismo con creadores de contenido más pequeños, que obtienen estos reclamos de *Content ID* o *Takedown Request* y no pueden hacer nada para defenderse, y son ellos quienes en la mayoría de los casos pierden la remuneración a la cual tienen derecho de manera injusta o su canal es sencillamente borrado.

Con el fin de aportar claridad jurídica a la creciente evolución del espacio digital como forma de trabajo, este artículo pretende exponer el problema que resulta de la coexistencia de dos sistemas de regulación de derechos de autor bastante diferentes, el cual tiene su origen en el proceso de globalización que atraviesa actualmente nuestra sociedad y que afecta tanto a personas naturales como jurídicas. Para alcanzar dicho objetivo este artículo pretende abordar la figura del *Fair Use* en el sistema judicial americano y la figura de los Usos Honrados del sistema continental; una vez explicadas, se hará un análisis comparativo entre ambas buscando sus similitudes y diferencias. Cuando estas estén claras, se procederá a exponer en más detalle el

problema, sacando a la luz un posible debate legal en el cual tanto jueces, abogados y creadores de contenido se pueden ver involucrados, en el evento en que las herramientas brindadas por las plataformas digitales para velar por el respeto a los derechos de autor resulten insuficientes y/o injustas. Para finalmente presentar una serie de conclusiones.

Concepto de *Fair Use* y Usos Honrados

Fair Use

Redacción sugerida: El concepto de *Fair Use* hace parte de la doctrina americana conocida como *Copyright*, y constituye una limitación a los derechos de autor. Para comprender esta figura, es importante entender cuál es el propósito que los derechos de autor juegan en la legislación americana. La Corte de Apelación de los Estados Unidos para el segundo circuito en el año (2014), con ocasión al caso de *Author's Guild Inc v Google Inc*, explica el concepto de la siguiente manera:

El Copyright tiene como meta expandir el conocimiento al público y por lo tanto se les da a los autores e inventores incentivos para que lo sigan generando. Estos beneficios, en últimas, se traducen en el control durante un tiempo limitado de sus obras e inventos y, por lo tanto, generan para ellos un beneficio económico que los motiva a continuar creando. Y si bien el autor o inventor es un beneficiario importante del concepto del copyright, el beneficiario principal es el público ya que lo que se busca es la propagación del conocimiento.

Pero a veces, dar control absoluto al autor o inventor sobre su obra puede resultar contraproducente, pues en algunos casos puede llevar incluso a la limitación de ese objetivo que

los derechos de autor buscan. Surge entonces por parte de las cortes inglesas la llamada doctrina del *Fair Use*, como respuesta a esta limitación del conocimiento al público. Concepto que luego es tomado y desarrollado por las cortes americanas. Según el estudio que hace la sentencia citada esta figura permite la distribución no autorizada de determinada obra para así poder cumplir con el propósito de los derechos de autor, el cual es según lo establecido en la Constitución Estadunidense (1789) en su artículo I, sección 8, cláusula 8: Promover el progreso de la ciencia y las artes, asegurando por un tiempo limitado a los creadores derechos exclusivos sobre sus obras y descubrimientos.

Este concepto, aunque bien desarrollado, no fue acogido en los Estados Unidos hasta el *Copyright Act* de 1971. La regulación que se le da entonces es la siguiente: Se reconoce la figura como una limitación a los derechos de autor; la cual autoriza la reproducción y copia de trabajos protegidos por los mismos con el propósito de hacer una crítica, comentario, reportaje de noticias, enseñanza, entre otros, sin que se cause una violación a estos. Para determinar si en un caso puntual se puede hallar la presencia del *Fair Use* los factores a considerar serán: El propósito y naturaleza del uso y si el mismo comprende un fin comercial o sin ánimo de lucro; la naturaleza de la obra utilizada; la cantidad que se usa con respecto al material como un todo; y el impacto que ese uso pueda tener en el mercado de ese trabajo. Vemos entonces que la Legislación Americana nos trae un paso a paso para analizar los casos en los cuales la distribución no autorizada de una obra constituye *Fair Use*. Aunque como se puede evidenciar, el estatuto deja muchas cosas a la interpretación.

En la sentencia que se ha venido analizando para poder comprender el concepto a cabalidad se explica que la intención del legislador americano no era profundizar en lo que es esta

figura, sino simplemente reconocer el desarrollo que se le ha dado por parte de la jurisprudencia. Y no fue hasta el año de 1994 en *The Campbell Ruling* que se reguló a profundidad el Fair Use, en la sección 107 del *US Copyright Act* de 1971, por parte de los jueces americanos. Lo primero que dejan claro es que el preámbulo de la sección no es limitativo sino ilustrativo, es decir que para decidir si el uso de una obra está cobijado o no por el *Fair Use* se debe estudiar cada caso puntual. Este análisis debe ser hecho teniendo en mente la pregunta ¿hasta dónde llegan los derechos exclusivos del autor de la obra de manera que se cumpla a cabalidad con el objetivo de brindar conocimiento al público? Así se tendrá entonces una especie de mapa a la hora de resolver estos casos, que en ocasiones pueden llegar a ser bastante complejos puesto que las situaciones que se presentan no son tan blanco o negro como se podría pensar. Se procede a explicar a profundidad cada uno de los ítems traídos por la sección 107 del *Copyright Act* a la luz de *The Campbell Ruling* (1994).

Primer factor: propósito y naturaleza del uso

Para que una obra se considere protegida por la figura del *Fair Use* se debe estudiar si esta utilización agrega algo nuevo y va un poco más allá de lo que fue la obra original y no meramente una repetición de esta. Si bien no es necesario que la obra nueva sea transformativa para que se encuentre cobijada por el *Fair Use*, si es mucho más favorable que lo sea ya que son estas transformaciones de una obra original las que brindan conocimiento nuevo al público general.

Es importante tener en mente las siguientes preguntas, ¿qué hace que una obra sea transformativa? Y ¿Siempre que una obra sea transformativa significa que esa nueva creación va a estar protegida por el *Fair Use*? La sentencia analizada nos contextualiza un poco en el caso *Campbell* en el cual los miembros de un grupo de rap realizan una parodia de una canción sobre

la cual la compañía *Acuff Rose Music Inc* tenía los derechos. Los demandados se defienden alegando que las parodias se encuentran cobijadas por el *Fair Use* ya que encuadra en el primero de los cuatro factores y por lo tanto no están infringiendo los derechos de autor.

En el caso *Campbell* la Corte Suprema de Justicia entiende transformativo no solo como cambio de forma, es decir, basar una película en un libro o publicar ese libro como un audiolibro, sino también utilizar ese trabajo original para realizar una crítica u observación de este, en otras palabras, no cambiar el sentido de esa obra. Un ejemplo podría ser que un artista lanza una canción realizando una crítica al gobierno actual. El propósito de ese cantante es manifestar su inconformidad sobre la situación de su país. Luego otro cantante que sí está de acuerdo con la forma de gobierno utiliza el mismo arreglo musical y letras similares para mostrar su punto de vista. La obra derivada entonces conserva el sentido de crítica política que tenía la primera obra e incluso puede ser vista como una parodia.

Caso distinto sería si se hace uso de esa obra para traer un mensaje que en nada está relacionado con la obra original, por lo tanto, ese segundo autor debe justificar el por qué tomó la obra para basar su trabajo. Se puede hacer uso del ejemplo explicado en el párrafo anterior solo que esta vez el artista de la segunda canción utiliza la misma melodía para componer una canción de amor; cambiando así completamente el sentido de la obra primigenia. Es más probable entonces que esta nueva canción constituya plagio y no se encuentre protegida por la figura. Se debe expresar claramente el propósito, para así poder decidir si hay una transformación o simplemente plagio.

Dice la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el segundo circuito en el año (2014):

El posible “Fair User” del trabajo de otra persona debe justificar el por qué toma esa obra inicial. No basta con expresar que el autor primigenio hizo un excelente trabajo y por esta razón se toma para un trabajo derivado. Entre las mejores justificaciones para tomar el trabajo de otro se encuentra el utilizarlo para comentarlo o criticarlo. Utilizar un trabajo que no es propio para transmitir un mensaje que en nada se relaciona con el original, puede ser Fair Use pero quien lo toma debe entonces justificarse.

Además, para analizar este primer factor no se debe tener únicamente en cuenta la transformación en la forma de esa obra sino en la intención que se tiene con esa transformación. Un segundo elemento viene siendo entonces la intención que se tiene con el uso de esa obra original, es decir, si hay un fin comercial o un fin educativo y sin ánimo de lucro.

No se debe pensar que la utilización de una obra con fines económicos necesariamente constituye plagio. Dice al respecto la Corte Americana de Apelación para el segundo circuito (2014): Lo segundo es la afirmación proferida por la Corte Suprema de Justicia en el caso de *Sony Corporation of America v Universal City Studios, Inc*; en donde dice que cualquier uso comercial de material protegido por los derechos de autor se presume injusto. De ser así, los argumentos del demandante en este caso se verían bastante bien sostenidos. Pero, si bien el uso comercial del autor secundario es sin lugar a duda un factor en su contra, dependiendo de las circunstancias, la Corte Suprema de Justicia, nuestra corte y otras han reconocido que esa afirmación resulta un poco exagerada. El factor económico entonces, no es más que un elemento adicional para tener en cuenta, ya que se debe analizar caso por caso para definir si la obtención de dinero por la utilización de una obra es o no justa.

Segundo factor: naturaleza de la obra utilizada

Por su parte el segundo factor en la sección 107 del *Copyright Act* hace alusión a la naturaleza de esa obra preexistente. El cual no es muy observado a la hora de resolver estas disputas, pero debe ser estudiado con la misma rigurosidad que el primero. Al igual que el factor discutido anteriormente, aquí el objetivo de la obra nueva juega un papel bastante importante ya que para estudiar si el mismo es diferente al de la original hay que analizar ambas.

Durante un tiempo, las cortes americanas sostenían que se encontraban cobijadas por el *Fair Use* las obras derivadas de trabajos que no fuesen ficción o fantasía. Esto trajo muchas discusiones a la mesa puesto que era inferir que los autores de trabajos de no ficción no estaban tan protegidos en comparación con los autores de ficción. En este punto al respecto es importante resaltar que los derechos de autor no protegen ideas o hechos presentados en un trabajo, pero sí protegen la manera en que un autor expresa esas ideas y hechos. (Corte Americana de Apelación para el segundo circuito, 2014). Como consecuencia, a no ser que haya una muy buena justificación, tanto los autores de ficción como los de no ficción tienen igual derecho a que sus obras sean protegidas; Puesto que resulta difícil pensar que porque una obra es de carácter científico cualquiera está entonces en libertad de copiarla. Por lo cual se ve la necesidad de analizar este factor de manera estrecha con el primero.

Habiendo aclarado esto entonces, el segundo factor no debe mirarse de manera aislada y por eso la naturaleza de la obra utilizada se debe combinar con el objetivo y el carácter de la obra derivada, para así llegar a su naturaleza transformativa y que la misma pueda encontrarse cobijada bajo la figura del *Fair Use*. En palabras de la Corte Americana de Apelaciones para el segundo circuito (2014): La naturaleza de la obra original necesariamente se combina con el

propósito y el carácter de la obra derivada para permitir entonces un estudio de si esa nueva obra usa la original de una manera transformativa. Ya que, cuando esa obra nueva es como ya se ha dicho, transformativa, entonces trae información nueva sobre la obra original en vez de reemplazarla en el mercado.

Tercer factor: la cantidad utilizada de la obra con relación a ella como un todo

El tercer elemento que se debe analizar para establecer si el uso no autorizado de una obra es o no *Fair Use* sería la cantidad utilizada en relación con la obra como un trabajo completo. Es mucho más factible hallar la presencia del *Fair Use* cuando se usa una pequeña cantidad de la obra original o cuando aquello que se utiliza no es lo más importante de la obra. Por ejemplo, si se está analizando el caso del uso no autorizado de un libro entonces será probable proteger ese uso si se toman pasajes cortos y que no son demasiado relevantes.

Este factor se relaciona estrechamente con el siguiente porque cuanto más abundante e importante sea la porción utilizada, mayores son las posibilidades de que este nuevo trabajo se convierta en un reemplazo de la obra original, afectando así los derechos que tiene el autor primigenio y disminuyendo la remuneración obtenida por los derechos de esta (Corte Americana de Apelaciones para el segundo circuito, 2014).

Pero lo anterior no obsta para que cuando se copia la totalidad de un trabajo se encuentre presente la figura del *Fair Use*. Porque las cortes americanas siempre tienen presente el factor transformativo que hemos visto inmerso en el estudio de esta figura. Cuando se encuentra que el propósito de este nuevo autor era transformativo, se puede llegar a pensar que no se causará ningún perjuicio al autor de la obra original. Dice la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en su caso *Campbell* (1994): el grado de copia permitido variará con el propósito y la

naturaleza del uso y se debe preguntar entonces, si la cantidad o relevancia del fragmento utilizado son razonables en comparación al objetivo de esa copia. Es decir, a veces es necesario utilizar la totalidad de una obra para cumplir con el propósito buscado con dicho uso.

Se debe concluir la explicación del tercer factor diciendo que el mismo tiene dos puntos de vista; el primero; la porción utilizada de la obra no debe causar que la nueva creación sea un reemplazo de la obra original. Pues de lo contrario, causará perjuicios al titular de sus derechos. El segundo punto de vista habla de que la cantidad utilizada, por mínima o grande que sea debe cumplir con el propósito transformativo del nuevo autor.

Cuarto factor: el impacto sobre el mercado de la obra original

Para finalizar el análisis de los factores del *Fair Use* se centra la atención en aquel que se refiere al efecto que esa reproducción tiene en el mercado o en el valor de la obra reproducida. En el análisis del factor anterior se menciona brevemente que es importante que esta reproducción no cause perjuicios materiales al titular de los derechos de autor sobre una obra. En otras palabras, este factor se cerciora de estudiar si la utilización ya sea en parte o en todo de la obra protegida puede servir como reemplazo de esta y sus derivados, causando así un perjuicio económico a los titulares de los derechos sobre dichos trabajos.

Este último factor es de suma importancia ya que, en palabras de la Corte Americana de Apelaciones para el segundo circuito, los derechos de autor son una doctrina comercial que para estimular la creación de más conocimiento otorga beneficios económicos a las personas para que sigan creando. Así pues, si esa remuneración se va a ver afectada, probablemente las personas se desincentivan a compartir su conocimiento con el público, ya que sus obras podrían ser copiadas. Como consecuencia, la afectación comercial que puede sufrir un autor por la reproducción no

autorizada de su obra es de suma importancia para analizar si la reproducción se encuentra o no cobijada por el *Fair Use*. Este factor se encuentra no solamente estrechamente relacionado con el que se estudió anteriormente sino también se encuentra muy ligado al primero de los factores objeto de estudio. Ya que, si la nueva obra tiene un propósito verdaderamente transformativo, es muy poco probable que pueda ser un reemplazo del trabajo original.

Habiendo analizado entonces los cuatro factores que se deben tener en cuenta a la hora de estudiar un caso de *Fair Use*, se concluye que, si bien estos elementos han sido desarrollados por las cortes americanas, siempre va a ser laborioso encontrar un único camino. Por lo cual se debe estudiar cada caso concreto de manera íntegra, pasándolo por estos cuatro raseros como un todo y no como una *check list*.

Concepto de Usos Honrados

Para que se logre una satisfactoria explicación del concepto, al igual que en la figura vista anteriormente, este artículo expondrá cómo son vistos los derechos de autor en el ordenamiento jurídico colombiano. Así pues, en Colombia la Ley 23 de 1983 en su artículo 1 dice:

Artículo 1 Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor. (Ley 23. Sobre Derechos de Autor. Bogotá Colombia, 28 de enero de 1982)

Lo que muestra que éstos son un mecanismo de protección para autores de toda índole, y otra suerte de personas que realizan creaciones provenientes de su ingenio y creatividad. Lo

que se protege entonces es la originalidad de las obras, y que estas sean susceptibles de ser divulgadas o reproducidas de cualquier forma y por cualquier medio.

En materia de Derechos de Autor la Ley 23 de 1983 es la columna vertebral en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicho compendio trae además de una serie de pautas en cuanto a cómo se regulan los mismos, unas limitaciones ilustradas en su capítulo V, pero dentro de éstas no se contempla la figura de los *Usos Honrados*. Este concepto es traído a la legislación colombiana a través de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, mencionada inicialmente en su artículo tercero, el cual reza: “Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor” (Decisión 351, 1993).

Más adelante la misma decisión en su capítulo VII, el cual hace referencia a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, vuelve a mencionar el concepto de *Usos Honrados* de la siguiente forma:

Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

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;

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 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 (Decisión 351, 1993).

Se puede pues evidenciar que la CAN no hizo un mayor esfuerzo para desarrollar a cabalidad la figura. Aquí solo se establece como una limitación y excepción a los derechos de autor y conexos, por lo cual las obras o trabajos realizados bajo este concepto no requieren de la autorización del autor primigenio ni que se le remunere al mismo por la reproducción de su obra. Pero no se da un mapa o guía para estudiar los casos que puedan llegar a presentarse; dejando así un espectro muy amplio a la hora de definir si los mismos se encuentran cobijados por los usos honrados o si constituyen una violación al derecho de autor. Este artículo procederá entonces a estudiar el desarrollo que la jurisprudencia colombiana ha dado al concepto, para entender mejor su alcance.

En el año 2010 en la ciudad de Bogotá, la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación penal falla respecto al caso de la señora Rosa María Londoño Escobar, una egresada de la Pontificia Universidad Javeriana. La accionante interpone una denuncia en contra de Luz Mary Giraldo, profesora de la misma universidad, debido a que esta última publicó un artículo en una revista utilizando fragmentos de la monografía de Rosa María sin darle crédito alguno. La Corte, para fallar el caso, echa mano de varios conceptos existentes en la legislación nacional y supranacional relacionados con la defensa de los derechos de autor; entre esos conceptos, la figura objeto de estudio de este artículo. El órgano judicial hace referencia en un primer lugar al Tratado de Berna, suscrito por Colombia en el año de 1987. Éste en su artículo 10 menciona a los *Usos Honrados* junto al derecho de cita, otra limitación también consagrada en la legislación colombiana, dando

a entender que esta limitación y los *Usos Honrados* no se miran de manera aislada sino conjunta.

La redacción del artículo en cuestión es la siguiente:

Art. 10 – Derecho de cita: párrafo 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”. (Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Berna, Suiza, 1886)

Seguidamente, la Corte Suprema reitera la definición de Usos Honrados dada por la Comunidad Andina de Naciones citada anteriormente, y además reconoce la denominada “Regla de los 3 Pasos del Convenio de Berna”, la cual se utiliza para definir cuándo hay o no un uso honrado. El análisis que se debe hacer entonces según la Corte es el siguiente: “1) Que la limitación o excepción esté prevista expresamente; 2) Que no se atente contra la explotación normal de la obra; 3) Que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor.” (Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Berna, Suiza, 1886).

El convenio deja en cabeza de cada uno de sus países miembros la libertad de decidir cuáles son esas limitaciones taxativas y luego se debe estudiar que ese uso no perjudique los intereses económicos del autor ni tampoco su buen nombre. Se puede asumir entonces que para que una utilización de una obra no autorizada por su creador esté cobijada bajo esta figura la misma debe, primero encuadrar dentro de las limitaciones al derecho de autor establecidas en la legislación para luego seguir con el análisis propuesto por el Convenio de Berna.

Para aproximarse a una idea de cómo se realizaría un análisis de la figura de los usos honrados por parte de un juez, se procederá a estudiar una de las limitaciones traídas por la legislación colombiana, para aproximarse a una idea de cómo se realizaría un análisis de la figura de los usos honrados por parte de un juez. Como ejemplo se ilustrará la situación hipotética en el artículo 16 literal A de la ley 1915 de 2018, la cual trae nuevas excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos a la luz del avance tecnológico. Reza entonces la mencionada ley:

Artículo 16. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos. Sin perjuicio de las limitaciones y excepciones establecidas en la Decisión Andina 351 de 1993, en la Ley 23 de 1982 y en la Ley 1680 de 2013, se crean las siguientes:

a) La reproducción temporal en forma electrónica de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o emisión fijada, que sea transitoria o accesoria, que forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red informática entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, fonograma, o emisión fijada que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

Para los fines del presente literal, se entiende que la reproducción temporal en forma electrónica incluye, los procesos tecnológicos que sean necesarios en la operación ordinaria de computadores, dispositivos digitales o de internet, siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados en el párrafo anterior; (Ley 1915. Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. Bogotá Colombia, 12 de julio de 2018)

Se plantea el siguiente caso: una creadora de contenido colombiana en YouTube hace un video sobre su viaje a Disney. Para ambientar la pieza ella utiliza una canción cuyos derechos son propiedad de Sayco-Acinpro. El video se encuentra patrocinado por una compañía de maquillaje y, adicionalmente, el contenido es monetizado, por lo que recibe un dinero extra por el mismo. En su canal hay varios videos parecidos y todos son reclamados por Sayco-Acinpro. Por lo que pierde un dinero significativo, y al tratarse de varios videos YouTube decide cerrar su canal, perdiendo por completo su fuente de ingresos. Ella opta por demandar a la empresa porque a su parecer la utilización de esos fonogramas se ve protegida por los usos honrados y además por el artículo 16 de la ley 1915 en su literal A.

Llega entonces el caso al juez y éste nota que en dicho artículo hay una frase clave que reza: o una utilización lícita de una obra, interpretación o ejecución, fonograma, o emisión fijada que no tengan por sí mismos una *significación económica independiente* (cursiva fuera del texto original). Viendo esto, el juez decide que ese video al estar monetizado y patrocinado no tendría una significación económica independiente, puesto que la canción fue utilizada sin permiso para hacer el video y ella está recibiendo un dinero por cuenta de la pieza. Al no pasar el primero de los tres pasos para que se configure la existencia de un uso honrado, la youtuber queda imposibilitada para invocar la figura, puesto que los mismos se interpretan de manera sistemática y no aislada.

Ahora se analizará el caso anterior, pero esta vez la youtuber hace uso del derecho a cita. Pues en la descripción de los videos y en una caja de texto dentro del mismo, la creadora escribe el nombre de la canción y el artista que la interpreta de manera visible. Dando entonces crédito a esa persona por su obra musical. Los demás elementos se mantienen igual. En el escrito de

demanda su abogado cita el artículo 22 literal A de la Decisión 351 de 1993 el cual hace referencia al derecho de cita:

Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

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; (Decisión 351. Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima Perú, 17 de diciembre 1993)

Este artículo se refiere a citar al autor de la obra indicando la fuente, y además dice que la cita debe ser conforme a los Usos Honrados, por lo tanto, ese uso no puede causar perjuicio económico al autor o a su buen nombre. En este supuesto, el video probablemente no esté privando al autor de remuneración ni esté manchando su buen nombre, pero el uso de esa pieza no constituye una cita ¿por qué? pues porque decir cómo se llama la canción y quién es el artista no es citar, ya que el propósito de la cita es reforzar un punto o controvertirlo.

La canción no se está usando para ninguno de estos dos propósitos y aunque la limitación de la cita ignora si se gana una remuneración con la utilización de ese contenido, ya no se está frente al derecho a cita. Por lo tanto, ese argumento por parte del abogado de la creadora es infundado. Al no estar entonces cobijada por una limitación taxativa, no importa si no hay daño económico o a la reputación del autor ya que no se cumple con uno de los tres pasos para configurar un uso honrado. Configurándose entonces en este caso una violación a los derechos de autor.

Se concluye que la figura de los usos honrados es traída a la legislación colombiana en virtud de una serie de tratados internacionales, y que la misma representa más que una limitación un parámetro de cuándo es razonable una limitación a los derechos de autor. Siendo los Usos Honrados una figura estricta en su aplicación, los mismos configuran una protección efectiva en la legislación colombiana. Pues es difícil para quien utiliza una obra sin autorización de su autor encontrarse cobijada por la misma. Cómo en los vídeos es tan difícil invocar una limitación entonces los usos honrados son bastante efectivos cuando se trata de proteger el derecho de autor.

Similitudes y diferencias entre el *Fair Use* y los Usos Honrados

Explicados ambos conceptos, se puede observar que estas figuras tienen una serie de características en común, pero a su vez se diferencian en puntos supremamente importantes. Primero este artículo expondrá las similitudes entre las dos figuras y luego se detendrá a explicar las diferencias que fueron encontradas a lo largo del desarrollo del primer capítulo.

Similitudes entre *Fair Use* y los Usos Honrados

La similitud más grande que se puso en evidencia en el desarrollo del presente trabajo es que ambas figuras operan como una limitación a los derechos de autor, a pesar de que el *Copyright* americano es una doctrina diferente a aquella de los derechos de autor del sistema continental. El comportamiento de ambos conceptos es bastante parecido puesto que los dos traen una lista, un paso a paso o guía para orientar al aplicador de justicia en su decisión. La lista traída por el *Fair Use* se encuentra dentro del mismo artículo que lo consagra. Mientras que el listado de los *Usos Honrados* no se encuentra en su definición legal sino más bien en la regla de los tres pasos del Tratado de Berna.

Se puede decir entonces que ambas figuras miradas desde una óptica muy amplia son bastante similares, pues en sus respectivas doctrinas cumplen el mismo propósito, limitar los derechos de autor o *Copyright* para facilitar el acceso de las obras al conocimiento público. Pero si cada concepto se mira con lupa, se encuentran una serie de diferencias puntuales y bastante determinantes a la hora de fallar un caso en que ambas doctrinas, *Copyright* y derechos de autor, se vean involucradas.

Diferencias entre *Fair Use* y los Usos Honrados

La diferencia más obvia entre ambas figuras no son las mismas como tal sino la doctrina a la que pertenecen. En la doctrina americana del *Copyright* sólo existen los derechos patrimoniales de autor, por lo que derechos morales como el de paternidad no existen a los ojos del Common Law. Esto hace de la doctrina del *Copyright* una mucho más comercial y como se menciona al principio de este artículo, el propósito último del *Copyright* es generar más conocimiento dando beneficios económicos a los artistas para que sigan creando, pues lo más importante es que ese conocimiento llegue al público.

Por su parte la doctrina de los derechos de autor consagra tanto derechos patrimoniales como morales. Haciendo de esta una doctrina que no se enfoca netamente en el aspecto comercial. Los derechos de autor no buscan solo la generación de ese conocimiento sino también la protección a sus titulares, por eso existen también los mencionados derechos morales que radican únicamente en cabeza del autor y jamás se desligan de él. Sabiendo entonces que se tratan de doctrinas diferentes, es claro que la manera de proteger y limitar los derechos que tiene un autor sobre su obra serán distintas.

En el capítulo anterior se hizo un análisis del paso a paso de ambas figuras. Se pudo evidenciar entonces cómo en el *Fair Use* deja bastante abierto el estudio de cada caso puntual al criterio del juez. Si bien el *Copyright Act* de 1971 trae una guía para analizar si en un caso hay o no *Fair Use*, la jurisprudencia americana se ha encargado de ampliar el marco de aplicación de cada punto. El aspecto que más flexibilizan las cortes de Estados Unidos es el lucro percibido por el uso de una obra protegida por *Copyright*. Es decir, no necesariamente hay violación a los derechos de autor cuando alguien gana dinero por el uso de una canción, clip de película etc. No se puede decir lo mismo para los *Usos Honrados*, puesto que para el análisis de si opera o no esta figura es necesario primero que ese uso se dé dentro de las limitaciones al derecho de autor consagradas dentro de la legislación del país, y luego se pasaría a mirar las consecuencias frente a la persona del autor y su patrimonio.

En Colombia la gran mayoría de excepciones consagradas excluyen la ganancia de una remuneración, especialmente cuando se trata de uso de contenido audiovisual. Es ahí entonces donde radica una de las diferencias importantes entre el *Fair Use* y los *Usos Honrados*. Para la doctrina americana no necesariamente constituye violación a los derechos de autor si la persona percibe un ingreso por ese uso, pero para la doctrina continental y específicamente la legislación colombiana, cuando ese uso configura un ingreso para esa persona ella ya no se encuentra dentro de una de las causales establecidas para el límite a los derechos de autor, no pudiéndose hablar de un uso honrado.

Esto último lleva tal vez a la diferencia más importante entre ambas figuras, la taxatividad existente en el sistema continental frente a lo abierto a la interpretación del sistema americano. Este trabajo, ha dejado bastante claro que para configurar un uso honrado la limitación debe estar

consagrada en la legislación. En el caso colombiano, la lista de limitaciones a los derechos de autor es taxativa. Cualquier supuesto que no encaje en ellas, por más mínima que sea la diferencia, descalifica de manera automática la posibilidad de que el uso en cuestión sea protegido. Mientras que en los Estados Unidos no existe tal lista de limitaciones, basta con seguir el paso a paso traído en el *Copyright Act*. Allí dependerá entonces del criterio de cada juez frente a la situación concreta determinar si existe o no *Fair Use* en el uso de una obra.

Problemática del *Fair Use* y los Usos Honrados en el entorno digital

Estando claras las similitudes y diferencias entre ambas figuras, este trabajo pasará a plantear el problema que trae la existencia de estos dos conceptos tan similares en apariencia, pero en el fondo sustancialmente distintos a un mundo supremamente globalizado. En los últimos años se ha notado un incremento de usuarios en las diferentes plataformas digitales. Con el aumento de usuarios ha crecido también la cantidad de contenido generado y el acceso al mismo, el cual se ha simplificado exponencialmente. Hoy en día absolutamente todo se mueve por internet; cuando un artista lanza un nuevo sencillo lo sube a YouTube o cuando va a salir una nueva película el trailer lo encontramos en nuestras redes sociales. Pues éstas son de todos y cualquiera, no necesariamente grandes artistas y productoras de cine, puede subir su contenido a ellas. La persona que sube un video o una fotografía tiene derecho a que su obra goce de protección por parte de los derechos de autor y, por lo mismo, está sujeta a que esos derechos sean lesionados por otros.

Hoy por hoy se está creando un sin fin de contenido en línea y debido a los avances tecnológicos cualquiera puede descargar un videoclip o una canción, y utilizarla luego en una pieza

propia o, en otros casos, subir ese contenido como suyo. Es precisamente esa accesibilidad al contenido de cualquiera lo que genera un problema enorme de irrespeto a los derechos de autor. Es común entonces que la gente, ya sea por ignorancia o cualquier otro motivo, piense que porque un video o una foto está en línea pueden disponer de ella o utilizarla a su antojo, cuando realmente no es así. Un autor pone su obra a disposición del público en una página de internet con la intención de difundirla y darse a conocer, no con el fin de que la gente pueda descargarla y usarla para ganancia propia. Es por eso que en distintas plataformas sociales tales como YouTube se crean controles para que creadores de contenido y titulares de los derechos de autor puedan proteger lo que es suyo.

Estos mecanismos no han sido ajenos a controversia, pues como se evidencio en la introducción de este trabajo, los mismos operan casi que de manera automática, generando perjuicios a los solicitados y, por consiguiente, disputas judiciales. Tomando puntualmente el ejemplo de *YouTube*, cuando un usuario de la plataforma genera un *Takedown Request* la página no revisa si el mismo se encuentra fundado o no. El creador afectado por el control puede apelar el requerimiento contactando directamente al solicitante, sin embargo, esto no siempre es efectivo pues pocas veces ocurre el retracto.

Estos *Takedown Request* se traducen en unos *strikes* o faltas, cuando un canal llega a los tres strikes es borrado de la plataforma, causando entonces un perjuicio enorme a su dueño. Un ejemplo de ello fue el caso *Youtube v. Brady*, presentado en el año 2019, en el cual la plataforma acusa a Christopher Brady por abusar de los mecanismos de control al reclamar numerosos videos como suyos sin fundamento alguno, causando así repetidas violaciones a los derechos de autor, actuación que está prohibida de acuerdo con la legislación americana, pues se presume que

cuando alguien realiza una reclamación de estas lo hace con buena fe. El caso se resuelve a favor de la plataforma en abril del 2019, evidenciando que estos mecanismos no siempre son utilizados de la manera que se espera, es decir, sin que se cumpla necesariamente el propósito de protección a los derechos de autor.

¿Dónde juegan entonces el *Fair Use* y los Usos Honrados? Pues bien, la mayoría de estas reclamaciones ya sean *Takedown Request* o *Content ID* se hacen porque se cree que en la utilización de esa pieza no se encuentra protegida por las limitaciones al derecho de autor. Ahora, es importante resaltar nuevamente el aspecto de la globalización, ya que es debido a la misma que nos enfrentamos a un problema y es, ¿Cuándo se encuentra una pieza protegida por el *Fair Use* y cuándo se encuentra protegida por los Usos Honrados? Es necesario hacerse esa pregunta pues hoy en día un creador colombiano puede utilizar una canción cuyo titular es americano o perteneciente a un país del *Common Law*.

Actualmente, es común que las personas entablen relaciones o tengan problemas con otras que pertenecen a sistemas jurídicos diferentes y contradictorios. ¿Qué pasa cuando una persona del sistema continental considera que un *Takedown Request* fue hecho infundadamente por otra persona perteneciente al sistema del *Common Law* y decide irse a instancias judiciales? O el mismo caso, pero viceversa. Lo que en un sistema es considerado violación al derecho de autor en el otro puede encontrarse protegido por las limitaciones al mismo.

Por lo evidenciado en capítulos anteriores, para un creador de contenido en cualquier parte del mundo puede ser mucho más ventajoso encontrarse protegido por el *Fair Use* y amparado por la doctrina americana en general, pues esta es mucho más casuística y hasta cierto punto flexible. Incluso vale la pena preguntarse ¿Si el video pertenece a alguien que vive en

Colombia, Perú o cualquier país del sistema continental y la pieza de contenido reclamada también, cabe la posibilidad que pueda jugar el *Fair Use* siendo *YouTube* una plataforma americana? De ese mismo modo podrían generarse más preguntas de difícil respuesta. Cuando se lleva entonces el pleito a nivel internacional y entran a jugar los dos sistemas es que nos encontramos con los retos que tiene el derecho frente a la nueva era digital.

Conclusiones

Las creaciones del espíritu han sido inherentes a la existencia humana desde tiempos inmemoriales. Primero fueron las pinturas rupestres en las cavernas de los cavernícolas y ahora la humanidad ha evolucionado a la creación de producciones audiovisuales, música, textos y otro sin fin de ocurrencias de la mente del hombre. Con el avance de las creaciones humanas surge también la necesidad de protegerlas, pues ahora las artes son fuente de ganancias económicas y estatus, por eso nacen entonces los derechos de autor en el sistema continental y el *Copyright* en el sistema anglosajón. Como este trabajo puso en evidencia, estos derechos de autor o *Copyright* no son absolutos, dado que existen múltiples limitaciones a los mismos. Éstas surgen con el propósito de facilitar el acceso y el uso de esos trabajos que se encuentran protegidos para seguir avanzando en el estado del arte.

La doctrina de los derechos de autor y la del *Copyright* son de naturalezas distintas, la primera brinda una serie de derechos morales y patrimoniales mientras que la segunda solo ofrece derechos patrimoniales. Al ser diferentes, cada una protege y limita las creaciones del espíritu de maneras disímiles. En la escuela del *Copyright* se encuentra la figura del *Fair Use*, la cual es una limitación a esos derechos otorgados a los autores sobre sus obras. Ésta es una forma de protección en donde se deja que el juez sea quien decida en últimas si una posible infracción es o no una violación a los derechos de autor o si por el contrario hay *Fair Use*.

Su flexibilidad se debe a que en el *Copyright* no hay una lista de limitaciones taxativas por lo que el resultado del proceso dependerá más del juez que de la misma ley. Por su parte, la doctrina de los derechos de autor trae lo que se conoce como los Usos Honrados. Si bien su nombre podría ser una traducción literal del *Fair Use* ambas son figuras de protección muy

diferentes. A diferencia de la última, los Usos Honrados para su configuración requieren que ese uso no autorizado se encuadre dentro de las limitaciones taxativas dentro de una determinada legislación. Cuando ese uso difiere de lo establecido en la ley no se encontrará protegido por la figura, configurando entonces una violación a los derechos de autor. Es en últimas la ley y no el juez quien define si se limita o no el derecho de un autor sobre su obra.

La existencia de ambos sistemas no presentaba un reto unos cuantos años atrás, pues la creciente actividad en línea ha sido un desarrollo bastante reciente. Los desafíos para el derecho se empiezan a presentar con la viralización de las redes sociales. Pues personas de diferentes lugares del mundo tienen acceso a toda clase de contenido y pueden incluso dar a conocer sus propias obras, causando entonces que ambos sistemas comiencen a interactuar. Por lo mismo, es importante estudiar las figuras del *Fair Use* y los Usos Honrados ya que de ese modo las partes que puedan encontrarse en un pleito internacional por violación a los derechos de autor tienen una idea de aquello que puede esperarles en el estrado.

Referencias

Authors Guild v Google, Inc., No. 13-4829 (2d Cir. 2015)

Campbell v Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)

U.S Constitution Art. 14 I, § 8, cl. 8

Project Gutenberg. Copyright Act of 1976, Copyright Act of 1976 (n.d.). Champaign, Ill. (P.O. Box 2782, Champaign 61825).

¡No dejaré que me roben de esta manera! (2018). Retrieved from

<https://www.youtube.com/watch?v=X6R6yzGiiVA>

How YouTube Fights Fraudulent Copyright Claims and Takedowns. (2019). Retrieved from

https://www.youtube.com/watch?v=ddS_vmEbUwY

Decisión 351. Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima Perú, 17 de diciembre 1993

Congreso de Colombia (28 de enero de 1982) Sobre Derechos de Autor [Ley 23 de 1982].

DO: 35.949

Congreso de Colombia (12 de julio de 2018) Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se

establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos

conexos [Ley 1915 de 2018]. DO: 50.652

Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Berna, Suiza, 1886

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de mayo de 2010) Sentencia 31.403

[M.P. Sigifredo Espinosa Pérez]