

La parodia y la crítica como excepciones al derecho de autor
Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP)
22 de septiembre de 2016

Comentarios al Proyecto de Ley del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la Dirección Nacional de Derecho de Autor *“Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se adiciona la legislación nacional en materia de derecho de autor y derechos conexos”*



Charlie Chaplin en su película de 1940 "El gran dictador", una de las parodias más recordadas de Adolfo Hitler y el nazismo.

La parodia y la crítica son ejercicios legítimos de la libertad de expresión. Se encuentran presentes en obras tan reconocidas como la película “El gran dictador” de Charlie Chaplin o “Don Quijote de la Mancha”, obra maestra de Miguel de Cervantes, la cual parodia, a la vez que homenajea, a las novelas de caballería. Sin embargo, en ocasiones este tipo de manifestaciones utilizan material protegido por el derecho de autor, generando una tensión entre éste derecho y la libertad de expresión.

En 2001, la escritora norteamericana Alice Randall lanzó la novela *The Wind Done Gone*, una parodia no autorizada de la famosa novela *Lo que el viento se llevó* (*Gone with the Wind*) de Margaret Mitchell. La novela original, publicada en 1936 y adaptada al cine en 1939, narra la historia de Scarlett O’Hara, una mujer de una familia aristócrata esclavista del estado de Georgia, en el tiempo de la guerra civil americana. Como forma de crítica a la manera como es representada la comunidad

afroamericana y al racismo implícito en la novela original, Randall crea el personaje de Cynara, una esclava de la familia que narra la historia desde su propio punto de vista.

Es perfectamente válido crear una historia alternativa que ponga en evidencia el maltrato y la humillación sufrida por una población que es, según Randall, menospreciada y mal representada en la novela original, incluso si ésta está protegida por derechos de autor. Sin embargo, tal posibilidad no siempre es permitida por la ley. En el caso de *The Wind Done Gone*, los titulares de los derechos de autor de *Lo que el viento se llevó* demandaron a la editorial Houghton Mifflin Co. por la publicación de la parodia y, como medida cautelar, solicitaron que se prohibiera la distribución del libro (*Suntrust v. Houghton Mifflin Co.*). La medida cautelar fue negada por la Corte de Apelaciones que revisó la solicitud, por ser una censura previa violatoria de la constitución de Estados Unidos, y el caso fue finalmente acordado. Hoy el libro se encuentra a la venta, sin embargo, no todos los casos de crítica y parodia tienen un desenlace como este.

En Colombia, la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor establece la regla general según la cual no es posible reproducir, transformar y/o comunicar una obra protegida por derechos de autor sin autorización de su autor. La misma ley contempla una serie de excepciones y limitaciones a esta regla general que permiten el uso del material protegido sin autorización en ciertos casos, como la cita textual (artículo 31), la ilustración en obras destinadas a la enseñanza (artículo 32) o la toma de apuntes de conferencias o lecciones en establecimientos educativos (artículo 39). Sin embargo, ninguna de las excepciones contempladas actualmente en la ley permite el uso del material para efectos de parodia, caricatura, crítica o comentario, a pesar de que estos son ejercicios legítimos de la libertad de expresión, cobijados por el artículo 20 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A continuación, la FLIP se refiere a la necesidad de incluir en la reforma a la Ley 23 de 1982 una cláusula que permita el libre ejercicio de la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario, y hace otros comentarios sobre el Proyecto de Ley presentando por el Ministerio de Comercio y la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Sobre la tensión entre la libertad de expresión y los derechos de autor

El Proyecto de Ley pretende modificar el régimen de derechos de autor en Colombia y busca cumplir con la obligación que en este sentido adquirió Colombia con la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC). La FLIP considera que, antes de proponer cualquier modificación o adición al régimen

actual, deben estudiarse los derechos que pueden verse involucrados, de forma que no se dejen por fuera excepciones que se encuentran totalmente justificadas en nuestro régimen constitucional y que, aun así, hoy se encuentran por fuera de la ley.

Como se señaló anteriormente, el ejercicio de la parodia, la caricatura, la crítica o el comentario puede plantear una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de autor, cuando se utiliza material protegido como fotografías, películas, videos, libros, música, etc. Los siguientes casos ilustran claramente la tensión:

- En 1997, el artista americano Tom Forsythe presentó en Estados Unidos una serie de sus fotografías en las que se mostraba a varias muñecas Barbie desnudas, en poses absurdas y sugerentes, interactuando con distintos electrodomésticos. De acuerdo con el artista, con su exposición buscaba retar el mito de belleza perfecta representado por Barbie y criticar la cosificación y sobresexualización de la mujer. Mattel, empresa creadora de Barbie, demandó a Forsythe por usar material protegido por derechos de autor (*Mattel Inc. v. Walking Mountain Prods.*). Luego de una batalla legal de cinco años, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos dio la razón a Forsythe, sosteniendo que el uso que el artista le había dado a las muñecas para hacer una crítica social era justo¹.



Oster Dive, 1997. De la serie fotográfica *Food Chain Barbie* de Tom Forsythe

- En 2014, el colectivo “Internautismo Crónico” publicó el video “Discriminación” parodia de la salsa “Talento de televisión” de Willie Colón. En la parodia se cambiaba la letra original y, en cambio, se hacía referencia a un video de María Luisa Piraquive, dirigente de la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional, en el cual sostenía que una persona con discapacidad no podía predicar desde el púlpito. YouTube recibió una notificación por supuesta violación de derechos de autor y, en consecuencia, bloqueó el video y la cuenta desde la que se publicó.

¹ <http://copyright.gov/fair-use/summaries/mattel-walkingmountain-9thcir2003.pdf>

Finalmente, el video fue restablecido luego de que el colectivo se defendiera enviando una contra-notificación².

- Con fundamento en una reclamación por supuesta violación de derechos de autor, YouTube bloqueó temporalmente los documentales "Acoso a Íntag" del cineasta ecuatoriano Poncho Álvarez, sobre la resistencia de una comunidad indígena a la explotación minera en su zona, y "Rafael Correa: Retrato de un padre de la patria", del cineasta colombiano Santiago Villa. Ambos documentales, críticos de Correa, reproducían imágenes o videos públicos del presidente (el primero de ellos reproducía menos de 20 segundos).

Aunque en estos casos se hacían críticas justificadas, ellos no estarían respaldados por la ley en Colombia, a pesar de estar cobijados por la libertad de expresión, un derecho constitucional fundamental que, según aclara la Corte Constitucional, tiene una posición privilegiada frente a otros derechos:

La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa³.

Por supuesto, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, sin embargo, la Corte Constitucional ha aclarado que éste sólo puede ser limitado para proteger derechos de una jerarquía comparable⁴. Pueden ser límites a la libertad de expresión el orden público, el interés general, el bien común y los derechos de los demás⁵. Sin embargo, según ha reiterado la Corte, en todo caso, cualquier tipo de limitación a la libertad de expresión debe superar un estricto análisis de constitucionalidad, el cual incluye la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida. La pregunta que deviene entonces es: **¿una prohibición que impide la reproducción y transformación de una obra con fines de crítica, parodia, caricatura o comentario es necesaria y proporcional?**

Es cierto que las obras artísticas, científicas y literarias deben contar con protección legal. También es cierto que la ley debe asegurar que los creadores de las obras sean reconocidos como tales y que se les permita decidir sobre su explotación económica, pues son incentivos deseables a la creatividad y al desarrollo científico

²<http://bit.ly/1ypWJxg>

³ Corte Constitucional. Sentencia C-10 del 19 de enero de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 1994.

en el país. Sin embargo, **la finalidad del régimen de derechos de autor no es evitar que se critique, se comente sobre o, incluso, se parodie o caricature el material protegido.** Recordemos que la Corte Constitucional ha aclarado que el derecho a la libertad de expresión es tan amplio que protege no sólo expresiones socialmente aceptadas, sino también *“aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias”*⁶.

El régimen de derechos de autor debe permitir la protección de tales derechos sin desproteger la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones justificadas, incluyendo expresamente la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario. No hacerlo equivaldría a tener que pedir autorización del autor del material antes de poder criticar, parodiar o comentar sobre su trabajo, autorización que difícilmente se obtendrá. Mantener la prohibición genera un efecto inhibitorio para quienes pretendan manifestarse, ya que pueden preferir no hacerlo, a pesar de tener un derecho fundamental constitucional que se los permite, por temor a verse enfrentados a largos y costosos procesos judiciales.

La crítica y la parodia en otros regímenes de derecho de autor



“En la cocina voy a darte tabla”, de la canción “Bellaquera” de Yaga y Mackie Ranks. Esta representación hace parte de la campaña “Usa la razón”, ideada por estudiantes colombianos, que critica las letras denigrantes de la mujer del reggaetón. Las letras de las canciones están protegidas por el derecho de autor, sin embargo, la ley no protege la presentación de esta crítica.

Entendiendo que existe la necesidad de crear una limitación al derecho de autor que permita el uso de material protegido para la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario, queda definir cómo debe establecerse la excepción.

En primer lugar, se debe hacer referencia a la Decisión 351 de la Comunidad Andina, la cual establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-422 de 2011. En otra ocasión, la Corte también sostuvo que: “En ejercicio de la libertad de expresión, toda persona es libre de opinar lo que a bien tenga, sin importar qué tan molesta, equivocada, provocadora, revolucionaria o inmoral pueda ser la idea expresada” (Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 1995).

y Derechos Conexos. Dicha Decisión establece una serie de limitaciones y excepciones al derecho de autor (artículo 22), similar a la establecida en la Ley 23 de 1982. Sin embargo, también permite que los Estados establezcan limitaciones y excepciones adicionales, las cuales deberán cumplir la llamada “regla de tres pasos” (artículo 21), según la cual éstas (i) deben estar previstas en la ley; (ii) no deben atentar contra la normal explotación de la obra; y (iii) no deben causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos. Los mismos requisitos se establecen en el artículo 9 de la Convención de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmada por Colombia en 1988.

En otros regímenes legales se han consagrado la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario como limitaciones al derecho de autor. Al respecto debe señalarse que la Directiva Europea sobre el Derecho de Autor (Directiva 2001/29/CE) presenta una lista de excepciones y limitaciones que podrán ser establecidas por los Estados miembros, en la cual incluye expresamente la crítica y la reseña (artículo 5, numeral 3, literal d) y la caricatura, la parodia o pastiche (artículo 5, numeral 3, literal k). En desarrollo de lo anterior, países como España⁷ y Francia⁸ han consagrado expresamente la limitación en sus leyes de derecho de autor. También lo han hecho el Reino Unido⁹, Australia¹⁰ y Estados Unidos¹¹. Así mismo, en nuestra región, países como Brasil¹², Chile¹³ y Ecuador¹⁴ han establecido la crítica y la parodia como limitaciones al derecho de autor.

En Colombia se intentó incluir la parodia como limitación al derecho de autor a través del Proyecto de Ley 01/2012 Cámara. Sin embargo, este proyecto tenía dos problemas: (i) no se incluían otras limitaciones legítimas como la crítica y (ii) la estricta redacción del artículo¹⁵ limitaba excesivamente la parodia. Por ejemplo, el artículo propuesto prohibía la parodia si con ella se afectaba “el derecho moral de integridad del autor”. Lo anterior no sólo hacía difícil para el parodiante identificar

⁷ Artículos 32 y 39 del Real Decreto Legislativo 1/1996.

⁸ Sección L-122-4 numeral 4 y sección L-122-5 numeral 3 del Código de la Propiedad Intelectual.

⁹ Artículos 30 y 30^a de la Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes.

¹⁰ Artículos 41 y 41^a de la Ley de Derecho de Autor.

¹¹ La sección 17 § 107 establece expresamente la crítica y la parodia como usos justos del material protegido por derechos de autor.

¹² Artículos 46 y 47 de la Ley 9619 de 1998.

¹³ Artículos 71B y 71P de la Ley No. 17336 de 1970.

¹⁴ Artículo 83 literal a y literal j de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹⁵ El artículo propuesto disponía que: La transformación de obras artísticas o literarias divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y no implique riesgo de confusión con la obra originaria, no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra originaria.

las parodias que afectan la integridad moral de la obra, sino que, además, desconocía que, en muchos casos, lo que se busca precisamente es impactar la integridad moral de la obra, sin que por ello la parodia esté menos justificada desde una perspectiva de libertad de expresión.

La crítica, la parodia, la caricatura y el comentario no buscan afectar la normal explotación de las obras (como sí lo hace, por ejemplo, la piratería). En ocasiones, incluso contribuyen a fortalecer su recordación entre el público. Por otra parte, vale la pena aclarar, según ha sostenido la Corte Constitucional, que sí se puede causar un perjuicio a la integridad moral del autor, si ese perjuicio no es injustificado¹⁶. En el caso de la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario no causan un perjuicio injustificado al autor, ya que son un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En consecuencia, no existe razón para no consagrar en nuestro régimen de derecho de autor una norma que las permita.



“El Desatino”, la parodia del programa Sábados Felices al reality show “El Desafío”.

Considerando lo anterior, la FLIP recomienda que:

- (i) Se incluya en el Proyecto de Ley un artículo que prevea la parodia y la caricatura como limitaciones al derecho de autor. El artículo debe tener una redacción amplia que no las restrinja, como lo hacía el artículo propuesto en el Proyecto de Ley 01/2012.

La FLIP propone que se siga la redacción del artículo correspondiente en el Código de la Propiedad Intelectual de Francia, el cual dispone que **el autor no podrá prohibir “La parodia, el pastiche y la caricatura, teniendo en cuenta las reglas del género”**.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-871 de 2010.

- (ii) Se incluya en el Proyecto de Ley un artículo que establezca la crítica y el comentario como limitaciones al derecho de autor. La FLIP propone también la redacción del artículo correspondiente del Código de la Propiedad Intelectual de Francia, en el que se dispone **se permiten “el análisis y las citas cortas justificadas por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o de información de la obra en la que se incorporan”, siempre que se indique el nombre del autor y la fuente.**

Sobre las indemnizaciones preestablecidas



A la izquierda, el cartel “Hope” del artista Shepard Fairey, que se hizo popular en 2008 durante la campaña de Barack Obama a la presidencia de Estados Unidos. A la derecha la parodia de la revista MAD, que presenta una versión “actualizada” en 2014.

También en cumplimiento del TLC, el artículo 19 del Proyecto de Ley prevé un sistema de indemnizaciones preestablecidas para las infracciones a los derechos patrimoniales de autor (como la reproducción o la transformación no autorizada) al que los autores pueden acogerse voluntariamente.

La FLIP ve con preocupación que se establezcan de sanciones automáticas sin más, para las que no es necesario siquiera probar un perjuicio efectivamente sufrido. Una disposición en este sentido actuaría como un mayor incentivo en contra del libre ejercicio de la crítica, la parodia, la caricatura y el comentario, ya que quienes pretendan expresarse en este sentido pueden optar por abstenerse, por el miedo a sanciones automáticas, a pesar de no causar ningún perjuicio y estando legitimados para hacerlo.

La Ley 5768 de 2007 de Israel, sobre derecho de autor, establece un régimen de indemnizaciones preestablecidas en el que no se establecen indemnizaciones mínimas. Lo anterior da al juez flexibilidad para definir la indemnización aplicable, debiendo considerar parámetros como (i) el alcance, la duración y la gravedad de la infracción, (ii) el daño causado al autor, (iii) la buena fe de quien hace uso del material protegido, etc. (sección 56(b) Ley 5768 de 2007)¹⁷.

La FLIP considera que un modelo como el israelí es conveniente y compatible con los estándares internacionales sobre libertad de expresión. Al evaluar la intención del sujeto antes de imponer una sanción, se protegen los usos justificados por la libertad de expresión. En consecuencia, la FLIP recomienda que se modifique el artículo propuesto de forma que éste sea más preciso en cuanto al alcance de la posterior regulación del gobierno, de forma que, en virtud de ella:

- (i) No se establezcan indemnizaciones mínimas, sino que den flexibilidad al juez para definirla.
- (ii) Se disponga que, al establecer las sanciones, los jueces deben considerar criterios como el alcance, la duración y la gravedad de la infracción; el daño efectivamente causado y la buena fe o intención de quien hace uso del material.

Sobre las medidas tecnológicas de protección

Colombia se comprometió en el TLC a adoptar medidas legales en contra de la evasión de medidas tecnológicas de protección (MTP). Al respecto debe decirse que de nada sirve establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor que permitan el uso de material protegido, si se pretende castigar a quienes evaden las MTP que impiden hacerlo.

A manera de ejemplo: el artículo 32 de la Ley 23 de 1982 permite el uso de material protegido a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza. Una persona pretende incluir parte de un documental en un video educativo, a manera de ilustración. Para efectos de lo anterior, la persona evade las medidas tecnológicas que protegen el documental, para incluir parte del mismo en su video. No debería castigarse a esta persona por evadir las MTP, cuando lo que se busca es ejercer un

¹⁷ New Copyright Law in Israel. Reinhold Cohn Group. Abril de 2008. Disponible en: <http://www.rcip.co.il/en/wp-content/uploads/2013/11/NEWCOPYRIGHTLAWINISRAELengfinal.pdf>

derecho que la misma ley le reconoce. El mismo ejemplo puede extenderse a los demás casos de excepciones o limitaciones permitidas por la ley.

Considerando lo anterior, la FLIP recomienda que se incluya en el Proyecto de Ley otra excepción a las MTP, según la cual no se castigará la evasión de MTP cuando se pretenda ejercer una limitación o excepción a los derechos de autor.

Sobre la inclusión de una cláusula de uso justo en el régimen de derecho de autor



Uno de los trabajos del artista del grafiti Banksy, en la que hace una crítica social reproduciendo tres imágenes protegidas por derechos de autor: Mickey Mouse y Ronald McDonald, como íconos de la cultura americana, y la conocida foto "El terror de la guerra", ganadora del premio Pulitzer, del fotógrafo vietnamita Nick Ut.

El *fair use* es un concepto originado en el sistema jurídico estadounidense y establecido en la Ley de Derecho de Autor, en virtud del cual se permite el uso de material protegido sin autorización de su autor con fines "justos", como la crítica, la parodia o el reportaje de noticias. Bajo esta doctrina no se establece una lista taxativa de casos en los que se permite la reproducción o transformación de una obra, sino

que se establecen unos parámetros para que el juez determine cuándo un determinado uso es justo¹⁸.

Estados Unidos, país con el que se acordó la modificación de nuestro régimen de derecho de autor con la firma del TLC, establece en su Ley de Derecho de Autor a la vez una lista taxativa de excepciones y limitaciones (al estilo de la ley colombiana) y una cláusula abierta de uso justo. Otros países, tanto de tradición jurídica anglosajona como de tradición civilista, han incorporado cláusulas de uso justo en sus regímenes de derecho de autor.

Es improbable que la ley puede prever todos los tipos de usos razonables y justificados de material protegido que puedan surgir en el futuro. A manera de ejemplo, pueden mencionarse los populares memes de Internet, pequeñas piezas que incorporan texto e imágenes (en ocasiones, protegidas por derechos de autor), a través de las cuales se hacen bromas ingeniosas sobre sucesos de actualidad. Otro ejemplo son las copias temporales, necesarias para el funcionamiento de un computador en Internet. Hoy en día, ninguno de estos usos, a pesar de estar justificados, está protegido por la ley. De la misma manera, una ley que se expida hoy no podrá prever usos razonables que puedan surgir en el futuro.

Para oponerse a la inclusión de una cláusula de uso justo en el régimen de derecho de autor colombiano, algunos sostienen que una cláusula abierta de limitaciones y excepciones no cumple con la “regla de los tres pasos”. Recordando lo señalado anteriormente, en virtud de esta regla, las excepciones y limitaciones al derecho de autor deben cumplir tres requisitos: (i) deben estar previstas en la ley; (ii) no deben atentar contra la normal explotación de la obra; y (iii) no deben causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos.

Los opositores a la cláusula abierta en Colombia sostienen que, específicamente, no se cumple con el requisito de taxatividad. Al respecto, se aclara lo siguiente:

¹⁸ El *Fair Use* está consagrado en la Sección 17 § 107 de la Ley de Derecho de Autor de Estados Unidos. Ella establece cuatro factores a considerar al momento de estudiar si un uso es justo, a saber (i) el propósito y la naturaleza del uso, considerando si el uso, por ejemplo, si tiene propósitos educativos o sin ánimo de lucro; (ii) la naturaleza del material protegido; (iii) la cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación con el trabajo protegido en su conjunto, y (iv) el efecto de ese uso en el valor de la obra o en su mercado potencial. Estos parámetros no son exclusivos.

- (i) Estados Unidos es parte de la Convención de Berna desde 1989. Dicha Convención contempla la regla de los tres pasos. Aun así, Estados Unidos prevé una cláusula abierta de usos justos¹⁹.
- (ii) La regla de los tres pasos puede cumplirse, incluso con una cláusula abierta. Con una cláusula de usos justos se puede cumplir con el requisito de taxatividad de la regla de los tres pasos, no contemplando los casos uno a uno, sino estableciendo taxativamente los parámetros que debe considerar el juez para determinar cuándo ha habido un uso razonable. Pueden establecer expresamente parámetros como el propósito o la intención de quien usa el material, la naturaleza del material usado, la cantidad usada, el efecto en el mercado, etc.
- (iii) La Corte Constitucional ha aclarado que el legislador tiene amplia potestad para definir el régimen de derecho de autor, siempre que las medidas que adopten sean razonables y proporcionales²⁰.
- (iv) Los jueces en Colombia son capaces de determinar cuándo se ha dado un uso razonable que justifique una limitación del derecho de autor. La rigidez de la ley no siempre puede ajustarse a los casos en los que el uso está justificado. Esto no equivale a decir que la ley desproteger a los autores, por el contrario, con la cláusula de uso justo se establecerían parámetros que deben ser considerados por el juez para tomar su decisión.

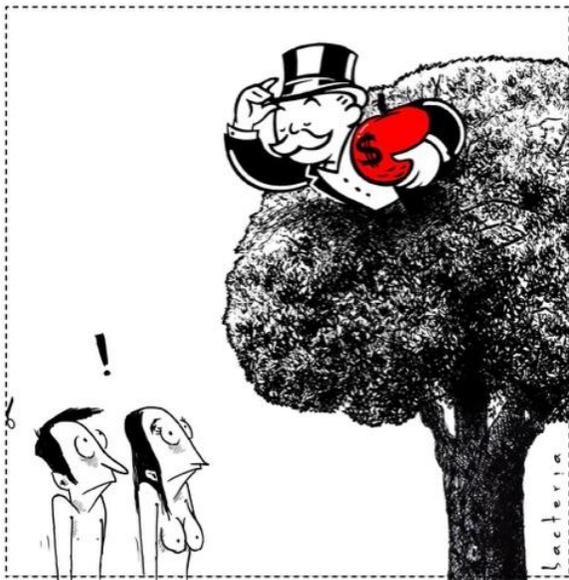
En sentencia de 2008, la Corte Suprema de Justicia se refirió a los elementos implícitos en el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor (artículo 271). La Corte sostuvo que, si bien no se encuentran expresamente establecidos en el artículo, deben considerarse criterios como el ánimo de lucro y la intención de lesionar el patrimonio

¹⁹ Respecto del argumento según el cual en los sistemas jurídicos de tradiciones jurídicas civilistas no es posible establecer una cláusula de usos justos, debe señalarse que: (i) en otros países de tradición jurídica civilista ya se consagran cláusulas de uso justo; (ii) los jueces están capacitados para determinar cuándo ha habido un uso razonable, sin que sea necesario que la ley establezca uno a uno los casos posibles; (iii) si bien nuestra tradición jurídica es distinta, ello no obsta para tener una visión dinámica de los derechos de autor.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2015.

del autor²¹. Así, una cláusula de uso justo elevaría a nivel legal esta jurisprudencia de la Corte.

En consideración de lo anterior, la FLIP recomienda la inclusión en el régimen colombiano de derecho de autor de una cláusula abierta que permita la reproducción de material protegido para usos justos, estableciendo parámetros que deben seguir los jueces para determinar si el uso está dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión.



“The Panama Papers. París Fiscal”. Caricatura de Jaime Andrés Poveda, mejor conocido como “Bacteria”. En ella se incluye la imagen del personaje del conocido de juego de mesa “Monopolio”. Actualmente, esta caricatura no está protegida en la ley colombiana.

Conclusiones

En consideración a lo anterior, la FLIP hace las siguientes recomendaciones:

- (i) Que se incluya dentro del Proyecto de Ley un artículo que expresamente permita la parodia y la caricatura como limitaciones al derecho de autor. Así mismo, que se incluya una que permita la crítica y el comentario.

²¹ En dicha sentencia la Corte sostuvo que “[s]i bien estas exigencias no se encuentran expresamente consignadas en la norma prohibitiva, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que en cada caso han de ser constatados por el juez, en orden a declarar demostrada, en grado de certeza, la materialidad de la conducta”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de abril de 2008. Proceso No. 29.188.

- (ii) Que se modifique el artículo 19 sobre indemnizaciones preestablecidas, de forma que se aclare que en la regulación no se deben establecer indemnizaciones mínimas y que ésta debe establecer criterios que el juez debe considerar antes de ordenar la indemnización, como la intención de quien hace uso del material.
- (iii) Que se incluya en el Proyecto de Ley otra excepción a las MTP, según la cual no se castigará la evasión de MTP cuando se pretenda ejercer una limitación o excepción a los derechos de autor.
- (iv) Que se incluya dentro del Proyecto de Ley una cláusula que permita los usos justos de material protegido, estableciendo parámetros para determinar cuándo un uso es razonable.

* * *