



# Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los Autores

## Exceptions and Limitations Regime To Copyright

Alejo Barrenechea\*

### Resumen:

Las excepciones y limitaciones al derecho de los autores representan una parte importante de la regulación sobre la materia. En este sentido cumplen un significativo rol para atenuar la tensión existente entre los creadores y el público que pretende el más amplio acceso a las obras. Prueba de su relevancia es la celebración del Tratado de Marrakech, donde por primera vez una norma de derecho internacional ocupa su texto en forma exclusiva a dicha cuestión. Sin embargo, su reconocimiento y el alcance de la regulación, tanto a nivel nacional como internacional, presentan dificultades dado las particularidades que el nuevo entorno tecnológico involucra.

### Abstract:

The exceptions and limitations to authors' rights is an important part of the regulation on the subject. In this sense, they play a significant role in attenuating the tension between creators and the public that seeks the widest access to the work. Proof of its relevance is the celebration of the Treaty of Marrakesh, where the first time a rule of international law occupies its text in an exclusive way to say matter. However its recognition and the scope of regulation, both nationally and internationally, the difficulties presented are the particularities that the new technological environment involves.

### Palabras clave:

Derechos de Autor - Excepciones – Limitaciones – Derechos Patrimoniales – Tratado de Marrakech

### Keywords:

Copyright – Exceptions – Limitations – Patrimonial Rights – Treaty of Marrakech

### Sumario:

1. Introducción – 2. Distintas excepciones – 3. El *Fair Use* – 4. La regulación internacional – 5. Conclusión – 6. Bibliografía

\* Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Especialista en propiedad intelectual. Docente en distintas universidades e instituciones: Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad de Palermo (UP), Universidad Nacional de Tres de Febrero, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, entre otras. Secretario del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Abogado de AADI CAPIF ACR. Contacto: alejobarrenechea@hotmail.com

## 1. Introducción

### 1.1. Origen

El derecho de autor es la rama del derecho que, como parte de la propiedad intelectual, tiene por objeto la protección de los autores y de sus obras (literarias y artísticas).

La tutela aludida se brinda, a través de distintas normas, fundamentalmente por medio del reconocimiento a los autores o titulares de una serie de derechos exclusivos sobre sus obras.

Esta potestad sobre las creaciones comprende tanto los derechos patrimoniales, relacionados con su explotación (los derechos de reproducción, distribución, transformación y de comunicación pública, incluida la puesta a disposición del público), etc. como los denominados derechos morales, que son aquellos vinculados con la personalidad del autor (tales como el derecho al inédito, el reconocimiento de la paternidad, y el respeto de su integridad).

La justificación de la protección de los autores y sus creaciones puede encontrar distintos fundamentos jurídicos y filosóficos. Si bien su tratamiento excede el objeto de este trabajo, es útil mencionarlos brevemente, porque consideramos que marcan y guían el criterio de la regulación y el alcance de las limitaciones o excepciones al derecho de los autores.

Así, encontraremos una justificación "*ius naturalista*" que responde a lo que se considera un justo reconocimiento al creador por su esfuerzo y por el aporte a la comunidad que tal acto representa, teniendo como consecuencia de esto el derecho de beneficiarse de los frutos que de la explotación de él se generen.

Por otro lado, la fundamentación que se conoce como "*utilitarista*" se basa en el criterio de que la protección de los derechos de autor se justifica en función de los beneficios y el rol que cumple en el desarrollo social y del mercado.<sup>1</sup>

Ahora bien, los derechos patrimoniales, bajo determinadas circunstancias expresa y taxativamente determinadas, han sido limitados u objeto de excepciones por el legislador con distintos fundamentos.

En definitiva, se busca alcanzar un equilibrio entre los autores o titulares de derechos, que pretenden la más amplia protección sobre sus obras, y el público que desea acceder de la forma más amplia posible a esas mismas creaciones.

De este modo, el régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor es una de las más importantes herramientas jurídicas para armonizar la mencionada "tensión" existente entre los autores y el público.

Cabe recordar que los derechos morales no encuentran limitación alguna, y que las excepciones que se apliquen a los derechos patrimoniales sobre las obras de ningún modo pueden afectarlos. Cualquier utilización bajo el amparo de una limitación o excepción debe recaer sobre una obra publicada (no inédita) sin mutilarla (respeto de su integridad) y reconociendo debidamente la autoría (derecho de paternidad).

En la actualidad la ampliación del número de excepciones o de su alcance justifican su tratamiento y consideración. Esto se debe a que el nuevo contexto tecnológico (especialmente la digitalización de obras, las nuevas modalidades de circulación/difusión y la velocidad del tráfico de todo tipo de contenidos a través de las redes informáticas) y cultural, con el impacto que han tenido sobre el derecho de autor, obligan a un replanteo sobre la materia, y a extremar los cuidados para su adecuada regulación.

Así, procede destacar que por primera vez un tratado internacional dedica en exclusiva su articulado al tratamiento de excepciones al derecho de los autores, lo que responde a la necesidad de armonizar internacionalmente su contenido y alcance, y especialmente demuestra el signo de estos tiempos.<sup>2</sup>

### 1.2. Justificación

La justificación para el establecimiento de excepciones o limitaciones al derecho de los autores obedece a distintas consideraciones.

1 Respecto a la justificación utilitarista propia de la concepción jurídica anglosajona del *copyright*, es interesante observar la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 donde se establece que el Congreso tiene la facultad para "Fomentar el progreso de la Ciencia y las Artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos." (Art. 1º, Sección 8). De modo que la protección pareciera perseguir un fin superior al interés individual del creador.

2 Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Así, razones de carácter educativo, cultural, informativo, protección de un grupo determinado de personas, etc. suelen ser algunos de los argumentos para su establecimiento.

Sin embargo, hay que señalar que las excepciones están sujetas a *numerus clausus* y que su regulación debe interpretarse en forma restrictiva, dado que importan una disminución a la protección del derecho de autor.

Este es uno de los problemas que debe abordarse en la actualidad ya que el cuestionamiento de los principios o pilares del derecho de autor, efectuado por algunos sectores interesados, encuentran en ocasiones en el régimen de excepciones una vía fértil para el debilitamiento de la protección del derecho de autores.

### 1.3. Modalidad

En líneas generales, una excepción implica que ciertos derechos (alguno de los patrimoniales), bajo determinadas condiciones, pueden ser ejercidos sin necesidad de contar con el consentimiento previo y expreso de sus autores o titulares.

Como enseña la autora Delia Lipszyc, las limitaciones pueden ser de dos tipos. Por un lado las utilidades libres y gratuitas, y por el otro aquellas que están sujetas a remuneración (denominadas licencias no voluntarias).<sup>3</sup>

Dentro de las licencias no voluntarias procede distinguir entre las licencias legales y las licencias obligatorias, en función de quién es el que fija la contraprestación o retribución debida por dicho uso.

Ejemplo de uso libre y gratuito es el derecho de cita. De licencia obligatoria, la posibilidad de reeditar una obra agotada, aún sin el consentimiento de los herederos de un autor. De licencia legal, la comunicación pública de fonogramas y de las interpretaciones en él contenidas por los organismos de radiodifusión, en forma libre pero abonando aranceles a sus titulares (derecho de simple remuneración compensatoria), etc.

### 1.4. La “regla de los 3 pasos”

Con carácter previo al tratamiento de las excepciones más frecuentes en las distintas legislaciones, nos parece conveniente mencionar la denominada “regla de los 3 pasos”.

Esta regla, plasmada en el convenio de Berna<sup>4</sup>, Acta de Estocolmo de 1967, establece que los miembros de la Unión de Berna tienen la facultad de permitir excepciones, solo al derecho de reproducción, si cumple con todos y cada uno de los siguientes requisitos (acumulativos):

- a) Solo para casos especiales. Carácter excepcional;
- b) No atente a la normal explotación de la obra; y
- c) No cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Esta regla fue recogida en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC), aunque no sólo en relación con el derecho de reproducción sino que fue extendido también al resto de los derechos patrimoniales.<sup>5</sup> A su vez, dicho criterio se mantuvo en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.<sup>6</sup>

De alguna manera esta regla o prueba ha servido de criterio rector para evaluar la procedencia y licitud en la regulación de las excepciones o limitaciones al derecho de los autores.

<sup>3</sup> Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Francia, Colombia, Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, Zavallia, 1993), 220.

<sup>4</sup> Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Art. 9°, párrafo 2. “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

<sup>5</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC). Art. 13°. “Limitaciones y excepciones. 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”.

<sup>6</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA). Art. 10°. “1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

Así, por ejemplo, en 1999 se desarrolló un panel en la Organización Mundial de Comercio, en los términos del artículo 4° del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias y el párrafo 1 del artículo 64° del AADPIC. La reclamación fue entablada por la Unión Europea y sus estados miembros, por entender que el artículo 110° (5) de la *Copyright Act* de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se establecían dos excepciones a los derechos exclusivos de los titulares de derecho de autor, era incompatible con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 9° del AADPIC, el cual obligaba a los estados miembros la observancia de los artículos sustantivos del Convenio de Berna (que como vimos establecía la regla de los tres pasos). La parte (A) del artículo 110° (5), permitía que los pequeños restaurantes y los comercios minoristas amplificaran emisiones musicales sin autorización del titular del derecho ni pago de tasas, siempre que emplearan equipos de uso doméstico (es decir, equipos del tipo utilizado habitualmente en las casas). La parte (B) del mismo artículo, permitía la amplificación de emisiones musicales, sin necesidad de autorización ni pago de tasas, por parte de establecimientos de comidas y bebidas y establecimientos de servicios minoristas, siempre que su tamaño no superara una determinada superficie. También permitía esa amplificación de emisiones musicales por parte de establecimientos con una superficie mayor siempre que se cumplieran determinadas limitaciones de equipamiento. En definitiva se resolvió en forma parcialmente favorable para la parte reclamante al entender que solo la excepción prevista en la parte (B), era incompatible con el ordenamiento antes citado, sin embargo resulta un antecedente relevante donde se discutió, evaluó y aplicó la “regla de los tres pasos”.<sup>7</sup>

## 2. Distintas excepciones

### 2.1. Enumeración

A continuación analizaremos algunas de las más importantes excepciones al derecho de autor, destacando aquellos aspectos que presentan dificultades o desafíos en su regulación y/o implementación.

Asimismo, creemos importante destacar que no todas las legislaciones las incluyen o las regulan bajo la misma modalidad y con el mismo alcance, lo que obliga a extremar el cuidado al analizar y pretender aplicarlas a un ordenamiento jurídico concreto.

#### 2.1.1. *Derecho de cita*

El derecho de cita es una de las denominadas licencias libres y gratuitas, y consiste en la posibilidad de utilizar parte de una obra sin necesidad de obtener permiso por parte del autor o titular, ni de abonar suma alguna como contraprestación. Se deben cumplir con una serie de condiciones o requisitos:

- a) Se trate de una obra ya divulgada;
- b) Sin alterar la obra y debida mención del autor y la fuente (respeto de los derechos morales de integridad y paternidad);
- c) En apoyo de una opinión personal (inclusión en una obra propia);
- d) Para su análisis, comentario, crítica, referencia, con fines didácticos, científicos o de investigación; y
- e) Solo en una cantidad limitada.

En este orden de consideraciones cabe remarcar que en muchas legislaciones no existe derecho de cita para fines culturales o artísticos. Es por eso que incluir un fragmento de una obra, por ejemplo dentro de una obra audiovisual, no queda amparado bajo esta excepción.

Del mismo modo, acumular fragmentos de obras de terceros no importa el ejercicio regular del derecho de cita sino que constituye un aprovechamiento injustificado del esfuerzo intelectual de los autores reproducidos, y como tal una clara infracción al derecho de autor.

En cuanto a la cantidad de una obra que puede ser utilizada, la doctrina y la legislación es coincidente en que debe ser limitada o “corta”, caso contrario se desvirtúa el carácter excepcional y su finalidad. Alguna norma ha intentado tasar la cantidad permitida, sin embargo esto resulta claramente inadecuado, ya que el caso particular es el que determinará la legitimidad y la justificación en la cantidad utilizada.<sup>8</sup>

7 Organización Mundial de Comercio. Solución de Diferencias. Diferencia DS 160. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds160\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm).

8 La legislación argentina, por ejemplo, establece en su artículo 10° que “Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. ...”. Afortunadamente la doctrina y la jurisprudencia han sido contestes en remarcar que la norma indica que *solo las partes indispensables pueden ser utilizadas* de manera de cumplir con el carácter excepcional y su finalidad.

Si bien la limitación se aplica a todo tipo de obras, esto puede representar un problema al evaluar la cantidad de la que se puede disponer cuando se tratan de obras de artes visuales, fotografías, etc. En este sentido se ha concluido que solo se permite el uso aislado, siendo relevante tener en consideración la necesaria justificación para su utilización.

### 2.1.2. Parodia

Esta limitación implica la transformación de todo o parte de una obra. Tiene como consecuencia entonces la realización de una obra derivada, y se encuentra íntimamente ligada a la libertad de expresión.<sup>9</sup>

También en algún caso se reconoce la posibilidad de parodiar el personaje de una obra, aunque no que lo sea fuera de la obra en el que está incluido.

Así, su regulación varía en los diferentes países, sin embargo son frecuentes los siguientes requisitos:

- a) Basada en una obra ya divulgada (obra parodiada);
- b) Debe ser claramente distinguible la parodia de la obra original (evitar la confundibilidad del público respecto del carácter u origen de la obra); y
- c) No debe generar daño injustificado al autor parodiado o denigrar la obra transformada.

Se limita exclusivamente a usos con fines humorísticos o de divertimento, y en algunas legislaciones también de crítica. Por lo tanto, no es una habilitación para cualquier tipo de transformación de una obra.

También es objeto de diferente tratamiento, y en muchos supuestos de difícil implementación, la eventual obligación de remunerar al autor parodiado en aquellos supuestos en los que la explotación de la parodia genera ingresos, así como la cuantificación y determinación de ésta remuneración.

### 2.1.3. Incapacidad física

Desde hace años se han incluido en algunas legislaciones una serie de excepciones con el objeto de facilitar el acceso a las obras a aquellas personas no videntes.

Tradicionalmente regulada en beneficio de aquellas personas no videntes, en la actualidad se ha ampliado considerablemente su campo al incluir como beneficiarias a personas con otras dificultades perceptivas, u otros impedimentos físicos o neurológicos que afecten la visión, manipulación o comprensión de textos impresos en forma convencional.

Asimismo, la limitación no solo se refiere al derecho de reproducción, sino también al de distribución y puesta a disposición del público.

Actualmente se ha reconocido internacionalmente esta limitación en el Tratado de Marrakech, que incluye un apartado referido a facilitar el intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible para los beneficiarios. Asimismo, establece expresamente que a los fines de su implementación deberán respetar las obligaciones en otros convenios internacionales sobre la materia, y el criterio previsto en la "regla de los 3 pasos":<sup>10</sup>

Son requisitos para la procedencia de esta excepción:

- a) Se trate de obras ya publicadas;
- b) A partir de ejemplares obtenidos lícitamente;
- c) Reproducción a través de entidades autorizadas al efecto;
- d) En un sistema que permita el acceso a los beneficiarios;
- e) Para uso exclusivo del beneficiario; y
- f) Sin ánimo de lucro.

Quedan exceptuadas las obras que ya han sido publicadas en sistemas especiales para personas con discapacidades visuales o perceptivas, debiendo encontrarse comercialmente disponibles.

<sup>9</sup> Sobre el particular ver Delia Lipszyc, "La excepción para fines de parodia", en *Libro Memoria del Congreso de ALAI 2006* (Barcelona: ALAI, Huygens Editorial, 2008), 332.

<sup>10</sup> Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

#### 2.1.4. *Fines informativos.*

Con el objeto de permitir la libre circulación de la información (facilitar tanto la difusión como el acceso a ella) algunas legislaciones establecen la facultad de publicar libremente, e incluso en forma gratuita, artículos de actualidad, noticias del día, discursos, etc.

Involucra tanto el derecho de reproducción como el de comunicación pública, y en cada utilización se debe mencionar la fuente y el autor de donde ha sido tomada la información difundida.

Dado el carácter restrictivo con el que se deben interpretar la regulación y aplicación de las limitaciones y excepciones, no se debe confundir la información periodística de actualidad con los artículos de opinión, los cuales no quedarían comprendidos en la limitación.

#### 2.1.5. *Fines educativos*

La utilización de todo o parte de una obra en determinadas situaciones vinculadas con la educación, tales como su uso en determinadas publicaciones escolares, actos escolares, etc., suele estar permitida sin necesidad de contar con la autorización del autor o titular de dicha creación.

También se debe citar al autor y la fuente de donde se ha tomado la obra utilizada.

La reprografía de parte de obras literarias para su utilización en cursos educativos, con el objeto de permitir el acceso a los alumnos, no está reconocida en todas las legislaciones dado el potencial daño que puede generar a los intereses de los autores y editores. Obviamente en aquellos ordenamientos donde se permite se establece expresamente que no puede haber ánimo de lucro. Sin embargo, aún sin ánimo de lucro el impacto que produce en el mercado para el que la obra está destinada es innegable, lo que obliga a su especial consideración.

#### 2.1.6. *Vía pública*

Las obras de arquitectura o de arte visual (por ejemplo esculturas) emplazadas de forma permanente en la vía pública, en algunas legislaciones, se encuentran exceptuadas del derecho exclusivo de reproducción, distribución y comunicación pública.

Con la debida mención del autor y nombre de la obra su utilización en tales casos es libre y gratuita.

#### 2.1.7. *Copia privada*

La capacidad tecnológica (facilidad técnica para producir copias de ejemplares) obligó a considerar la posibilidad de incluir una limitación en este sentido. Quienes estaban en contra de la excepción sostenían que se estaba "legalizando" la reproducción no autorizada de obras. Del otro lado, se sostuvo que la reproducción doméstica era una realidad, que había que reconocerla y en algún punto encuadrar jurídicamente el ámbito y el alcance de su ejercicio.

Son requisitos para la aplicación de la excepción:

- a) Copia efectuada a partir de un ejemplar lícitamente adquirido;
- b) En un único ejemplar;
- c) Para exclusivo uso personal y doméstico; y
- d) Sin ánimo de lucro.

Como contrapartida de esta limitación se estableció la obligación de compensar a los autores "afectados" por ella. El método elegido es el de la remuneración en su beneficio, que surge en líneas generales de la aplicación de un arancel sobre aquellos soportes o elementos que permiten la realización de la copia privada en cuestión. Por ejemplo, los equipos (fotocopiadoras), soportes físicos (discos vírgenes), demás elementos (tinta utilizada en las fotocopiadoras) empleados para realizar las reproducciones, etc.

Sin embargo, las nuevas posibilidades que la tecnología habilita (sumado a la calidad idéntica entre el original y la copia –lo que no sucedía al momento de reconocer inicialmente la limitación–) tornan cuestionable su aplicación con carácter indiscriminado. La reproducción es posible realizarla desde dispositivos que tienen otras funciones, incluso más relevantes (por ejemplo teléfonos celulares, tabletas, etc.) que la de permitir la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor.<sup>11</sup>

11 Sobre el tema resulta interesante la discusión planteada en España con la regulación de la excepción por la ley de Propiedad Intelectual, la modificación del sistema en lo referido al canon compensatorio (a cargo de presupuestos generales conforme el Real

Otro tema relevante es el *quantum* del arancel y quién debe afrontar el pago. En general la obligación de pago está en cabeza del fabricante o distribuidor de los equipos o elementos.<sup>12</sup>

#### 2.1.8. Bibliotecas

Algunas legislaciones prevén la posibilidad de obtener una copia de una obra para su custodia o su reemplazo eventual (uso interno), e incluso su préstamo (uso externo), por parte de bibliotecas, mediatecas, o instituciones públicas de carácter cultural o científico.

También se suele exceptuar el derecho de reproducción autorizando el copiado manuscrito o fotocopiado (reprografía) de partes no sustanciales de una obra (porcentaje limitado), con la finalidad de estricto uso personal. Sin embargo, cuando los medios de reproducción (no solo de producción de ejemplares en serie), asociados con lo digital, permiten otros tipos de usos tales como la puesta a disposición del público, nos situamos ante una dimensión de la excepción que parece desvirtuar su finalidad inicial.

El préstamo de ejemplares por parte de este tipo de instituciones, para uso personal o de investigación, se encuentra autorizado en algunas legislaciones.

La imposibilidad de acceder a la obra (disponibilidad en el mercado) puede flexibilizar la excepción y las posibilidades de utilización al amparo de ella. Ahora bien, la indisponibilidad referida, ligado al concepto de "obra huérfana"<sup>13</sup>, es de difícil precisión.

En todo caso esta excepción, cualquiera sea su modalidad, no puede perseguir ánimo de lucro, directo o indirecto por parte de la institución involucrada.

#### 2.1.9. Copia de resguardo

Esta limitación faculta al adquirente de un ejemplar lícito de una obra a realizar una copia, sin necesidad de contar con autorización y sin la obligación de abonar remuneración alguna, a los fines de resguardo o *back up*. Por ejemplo se aplica a los programas de computación.

#### 2.1.10. Actos oficiales. Entidades religiosas.

La comunicación pública de obras en el marco de los actos oficiales o durante actos religiosos en algunas legislaciones es objeto de una licencia gratuita.

En todos los casos el acceso al evento, acto, espectáculo o ceremonia donde se realice debe ser libre (sin cobro de entrada, derecho de acceso, etc.) y sin ánimo de lucro (directo o indirecto). Tampoco debe ser objeto de una difusión fuera del ámbito en el que se desarrolla ese acto de difusión.

### 3. El "fair use"

El *fair use*, o uso leal o razonable, es propio del derecho anglosajón. Concretamente resulta una creación doctrinaria de los Estados Unidos de Norteamérica que luego fue incorporada a la *Copyright Act* de 1976 en los artículos 107° y 108°.

Ha sido definido como el privilegio de usar material protegido por el *copyright* en una manera razonable sin consentimiento, a pesar del monopolio asegurado al propietario.

Para evaluar la aplicación de esta excepción se toman en cuenta distintas cuestiones, como por ejemplo:

- a) El propósito y tipo de uso involucrado (usualmente uso no comercial);

Decreto Ley 20/2011), el conflicto que esto generó con la normativa comunitaria (Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) y la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (9/6/16) y del Tribunal Superior español (10/11/16). InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-470/14>

12 En el caso Padawan, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató la necesaria vinculación que debe existir entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. Se rechazó en definitiva la aplicación indiscriminada en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas. InfoCuria - Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-467/08>

13 "Por 'obra huérfana' se entiende no la obra caída en el régimen de dominio público, sino aquella en el que el autor no es conocido o alcanzable." (la traducción es propia). Andrea Sirotti Gaudenzi, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*. (Maggioli Editore, 2016), 405.

- b) Naturaleza de la obra;
- c) La cantidad y la entidad de la obra utilizada (solo el uso estrictamente necesario); y
- d) El impacto comercial en el mercado al que la obra está destinada.

Los requisitos o parámetros establecidos para su aplicación guardan notable similitud con la mencionada “regla de los 3 pasos”.<sup>14</sup>

Esta excepción de carácter abierto (utilización libre y gratuita), que se encuentra sujeta a la interpretación y aplicación jurisprudencial, es consistente con el sistema del *common law*, y los precedentes, por lo que no la consideramos aplicable a los países de tradición jurídica latina o enrolados en la concepción continental europea del derecho de autor.

Incluso en países anglosajones esta teoría ha sido esgrimida en casos donde claramente se analizaba una infracción al derecho de autor. Así, por ejemplo, en el reconocido caso Napster, la defensa pretendió justificar el comportamiento de quienes compartían archivos musicales mediante la modalidad *peer-to-peer* con el ejercicio del *fair use*.<sup>15</sup> No por nada ha sido calificada como la más importante defensa frente a una acción por infracción al *copyright*.<sup>16</sup>

Bajo el amparo de esta limitación se ha incluido, por ejemplo, la utilización de parte de una obra con fines de crítica, comentario, fines educativos, reproducción con fines privados, etc.

#### 4. La regulación internacional

El ordenamiento jurídico internacional, que busca armonizar la legislación de la materia a través, por ejemplo, del establecimiento de mínimos de protección a los derechos de autor, también se ha regulado, con distinto nivel de alcance y desarrollo, las limitaciones y excepciones.

##### 4.1. El Convenio de Berna (Acta de París 1971)

El más importante tratado en la materia, tanto por el alcance de la protección reconocida como por la cantidad de miembros que conforman su Unión, es el Convenio de Berna para la protección de obras Artísticas y Literarias (Convenio de Berna), el cual expresamente aborda el tema de las excepciones y limitaciones.

Concretamente, en los artículos 10° y 10° bis, el Convenio establece una serie de casos donde es posible la libre utilización de obras. Así, se reconoce el derecho de cita, la posibilidad de utilizar obras artísticas o literarias con fines educativos, la reproducción y difusión por la prensa, las noticias, etc.<sup>17</sup>

Asimismo, desde el acta de Estocolmo del año 1967 (se mantiene en el Acta de París 1971 actualmente vigente), posee una norma específica sobre las excepciones aplicables al derecho de reproducción, conocida como la “regla de los 3 pasos”. (Ver lo expresado sobre el particular en el apartado 1.4. del presente trabajo).

##### 4.2. Acuerdo sobre los ADPIC (1994)

Tal como adelantáramos los estados miembros del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) se comprometen a circunscribir las limitaciones o excepciones en un todo de acuerdo con la denominada “regla de los 3 pasos”.<sup>18</sup>

14 Ver apartado 1.4. del presente trabajo.

15 A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.

16 Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, (Lexis Nexis, 2005), 469.

17 Art. 10°. Libre utilización de obras en algunos casos: 1. Citas; 2. Ilustración de la enseñanza; 3. Mención de la fuente y del autor. 1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados. 3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

Art. 10° bis. Otras posibilidades de libre utilización de obras: 1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad. 1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección. 2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.

18 AADPIC. Parte II. Capítulo 1. Art. 13°.

Sin embargo hay que mencionar que a diferencia de lo que sucede en el Convenio de Berna, el citado Acuerdo no limita la regulación establecida a las limitaciones y excepciones al derecho de reproducción sino que la aplica al resto de los derechos patrimoniales.

#### **4.3. El TODA y el TOIEF (1996). El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012).**

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), que abordaron la denominada agenda digital reconocieron la plena vigencia de las excepciones aplicables en el entorno analógico también al digital.

Así, el TODA prevé la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales reconocidos en el Convenio de Berna, como así también a los nuevos derechos incorporados en el texto del tratado, con el requisito del cumplimiento de la “regla de los 3 pasos”<sup>19</sup>

Particular importancia tiene la declaración concertada respecto del artículo, en tanto faculta a los estados a aplicar y ampliar las limitaciones y excepciones al entorno digital tal como hayan sido consideradas aceptables en virtud del Convenio de Berna (cumplimiento de la “regla de los tres pasos”).<sup>20</sup>

En el mismo sentido regulan la materia el TOIEF<sup>21</sup> y el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales<sup>22</sup>.

#### **4.4. El Tratado de Marrakech (2013)**

Con el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, por primera vez, un tratado administrado por la OMPI se ocupa exclusivamente de las excepciones.

Si bien muchos países ya contaban en su legislación con provisiones similares a las establecidas en el tratado bajo comentario, lo cierto es que representa un hito en la regulación internacional de la materia.

### **5. Conclusión**

El derecho de autor, así como la defensa de los autores y sus obras, es de vital importancia para el estímulo de la actividad creativa, el desarrollo de la cultura y la defensa de la diversidad cultural; todos ellos valores fundamentales para la vida en sociedad.

19 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Art. 10°. Limitaciones y excepciones. (1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

20 Declaración concertada respecto del Art. 10°. Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10° permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

21 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Art. 16. Limitaciones y excepciones. (1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. (2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

Declaración concertada respecto de los Arts. 7°, 11° y 16°. El derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7° y 11°, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16°, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital.

Declaración concertada respecto del Art. 16°. “La declaración concertada relativa al Artículo 10° (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandis al Artículo 16° (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

22 Tratado de Beijing sobre Interpretación y Ejecuciones Audiovisuales. Art. 13°. Limitaciones y excepciones. 1. Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contenga su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. 2. Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante.

Un adecuado régimen de excepciones y limitaciones que se contraponga en alguna medida a los derechos patrimoniales de los creadores, resulta necesario para atenuar la tensión existente entre estos y el público en general.

La regulación de esas limitaciones y excepciones se realiza de diferente modo en la legislación de los distintos países, incluso dentro de aquellos que siguen una misma concepción jurídica (derecho de autor o *copyright*).

Sin embargo, hay algunos principios que se mantienen y que deben ser objeto de consideración al momento de su regulación, y que en definitiva tienen incidencia en la modalidad y el alcance de la limitación o excepción (ya sea la denominada "regla de los 3 pasos" o los principios que rigen el "fair use").

Entre ellos se destacan, por ejemplo, su carácter excepcional, su enumeración taxativa, su interpretación restrictiva, así como el necesario y obligatorio respeto de los derechos morales.

A su vez, la armonización internacional sobre la materia tiene hoy un rol central, como lo demuestra la celebración del Tratado de Marrakech, donde las excepciones y limitaciones dejan de ser un apartado dentro de un cuerpo normativo para convertirse en objeto central de tratamiento jurídico.

En definitiva, cualquier limitación al derecho de los creadores debe responder a un interés que debidamente determinado permita un razonable y justificado equilibrio que no pierda de vista la importancia de la plena vigencia del derecho de autor para la sociedad toda.

## 6. Bibliografía

Leaffer, Marshall. 2005. "Understanding Copyright Law". AADPIC. Parte II. Capítulo 1. Art. 13. Lexis Nexis.

Lipszyc, Delia. 1993. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERLALC.

\_\_\_\_\_. 2008. La excepción para fines de parodia, En *Libro Memoria del Congreso de ALAI 2006*. Barcelona: ALAI, Huygens Editorial. 332.

Organización Mundial de Comercio. Solución de Diferencias. Diferencia DS 160. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds160\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm).

Sirotti Gaudenzi, Andrea. 2016. *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*. Maggioli Editore. 405.