

Reflexiones sobre las flexibilidades en la normativa del Derecho de Autor en Latinoamérica frente al entorno digital

Maria L. Vazquez



CETyS
Centro de Estudios en
Tecnología y Sociedad



Universidad de
SanAndrés

Licencia Creative Commons/Licencia-No comercial-Sin derivados 4.0
Licencia pública internacional.



Las opiniones expresadas en las publicaciones son de exclusiva responsabilidad de los autores.
No pretenden reflejar los puntos de vista o perspectivas de CETyS o cualquier otra organización
involucrada en el proyecto.

Reflexiones sobre las flexibilidades en la normativa del Derecho de Autor en Latinoamérica frente al entorno digital

Maria L. Vazquez

"Portadores de cultura". Así han sido llamados los memes que circulan a diario por la web. Según los números de Instagram, cada día un millón de memes son compartidos en su plataforma.¹ Con una foto y algunas palabras, parecen recopilar nuestras ideas, emociones y humor en una forma simple y transferible. Son de comprensión instantánea, haciéndolos perfectos para esta era. El meme se crea, se postea, se copia, se cambia, y se repone ad infinitum. ¿Existe un derecho de autor sobre el meme? ¿Tienen dueño? ¿Es lícita su modificación, reproducción y re-posteo?

Los memes son sólo uno de los tantos ejemplos de contenidos generados por usuarios que interpelan al marco normativo de los derechos de autor en el mundo entero. No es novedad que la web participativa de hoy permite a los usuarios colaborar y contribuir al desarrollo del contenido digital, comentando, modificando y distribuyéndolo, y estas conductas no suelen ser realizadas con la autorización de los respectivos autores de las obras originales. Hace ya casi dos décadas que Lawrence Lessig aboga por la "despenalización del remix", explicando que las herramientas digitales han provocado la evolución de una cultura tradicional de "solo lectura" (*Read Only*) en la que usuarios eran simplemente "consumidores" no interactivos de obras creativas, a una cultura de "Lectura/Escritura" (*Read/Write*) que contempla la creatividad amateur, donde los usuarios no se limitan a consumir cultura, sino que que participan en su "creación y recreación."² Según Lessig, la normativa actual de copyright sofoca la creatividad y la cultura LE (Lectura/Escritura).

Cabe preguntarse si los marcos normativos del derecho de autor en Latinoamérica se han adaptado a las actuales dinámicas sociales y económicas en el entorno digital. El derecho de autor da derechos exclusivos al titular de la obra y prohíbe su uso, reproducción, edición y modificación sin autorización previa. Por supuesto que hay excepciones y limitaciones a este monopolio, pero en nuestra región y en gran parte del mundo, las normativas establecen una lista cerrada de excepciones estrictamente definidas. Los usos que no caen dentro de ese "catálogo cerrado" de excepciones o limitaciones determinadas infringen los derechos de autor, a menos que se cuente con una expresa autorización por el titular de la obra.

Al considerar el tema de limitaciones al derecho de autor, es interesante empezar planteando que de acuerdo a lo que está previsto en varios tratados internacionales en esta área de derechos autorales, (el Convenio de Berna, TODA, los ADPIC y otros), las limitaciones y excepciones instituidos en cada legislación de Latinoamérica, están condicionados por los términos de la llamada "regla de los tres pasos". Esta regla establece ciertas pautas con las que deben cumplir las límites o excepciones deben cumplir con lo siguiente:

1/ Ahmed, A. (2020, December 12). *Instagram says that 1 million memes are shared on its social network daily*. Digital Information World. <https://www.digitalinformationworld.com/2020/12/instagram-says-that-1-million-memes-are.html>

2/ Lessig, L. (2014). *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*. Penguin Books.

1. constituir casos especiales establecidos expresamente en la ley;
2. que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; y,
3. que no atenten contra la explotación normal de la obra.

Siguiendo la regla comentada, dentro de los mencionados catálogos cerrados de excepciones, ¿cuáles son los casos de libre utilización permitidos en América Latina? Es decir, ¿qué usos se permiten de una obra ajena sin expresa autorización de su autor? Esto varía de país a país. Sin entrar en detalles, ni pretender aportar una lista exhaustiva, es común encontrar en las legislaciones latinoamericanas excepciones y limitaciones relacionadas con los siguientes derechos:

- el derecho a citar a otro autor (siempre que sea bajo determinadas pautas, y cuando la cita se haga en una obra con fines de enseñanza o investigación),
- la libre circulación de las noticias de actualidad, y el uso libre de los documentos públicos y oficiales.
- la comunicación libre de una obra con fines educativos, pero su reproducción no está permitida en todos los países.
- algunos países latinoamericanos – no todos – contemplan la posibilidad de utilizar libremente una obra con fines educativos para la enseñanza online, una excepción muy relevante durante la pandemia.
- algunos países – no todos – permiten ciertos usos de obras por bibliotecas, tanto para préstamo o para reproducción por razones de preservación.
- varios países permiten la copia privada para usos personales, muchos para comunicación en el hogar.
- la comunicación de obras en eventos culturales, no comerciales, se permite generalmente cuando se trata de establecimientos de enseñanza, vinculados con el cumplimiento de sus fines educativos, o en actos del Estado, siempre que sean gratuitos.

Este repaso general sobre los casos de libre utilización más comunes en las normativas de Latinoamérica pone en evidencia que difícilmente se puedan encuadrar muchos de los usos habituales de los usuarios de internet dentro del catálogo cerrado de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Volviendo al ejemplo del meme, resulta que la reproducción online de millones de memes cada semana, sin permiso expreso de su autor, serían consideradas ilícitas para las normativas de la región.

Aunque es tentador para el usuario pensar en el contenido viral como algo que simplemente proviene de Internet y que es de dominio público, este no es el caso. Aunque no lo parezca, la reutilización de un meme sin autorización, ya sea cambiándolo o no, publicando o compartiéndolo, viola la ley de derechos de autor. Y el hecho de que se desconozca el creador de un meme no absuelve la infracción del usuario.

A su vez, los intentos de regular estos usos por medio de las prohibiciones del derecho de autor, amenazan la libertad de expresión. En nuestra región hubo un intento político de frenar la utilización de imágenes no autorizadas en memes en Brasil en 2017. El entonces presidente Michel Temer intentó detener el uso de su imagen en la creación de memes, exigiendo el consentimiento del gobierno para la creación de memes humorísticos. Pareciera que el gobierno pretendió controlar la parodia de la imagen del presidente. Luego de la circulación de numerosos nuevos memes adicionales satirizando esta nueva iniciativa de la presidencia, el gobierno tuvo que dar un paso atrás.³ Es peligroso que la regulación de los derechos de autor genere un "*chilling effect*", es decir un efecto disuasorio en la creación de memes de parodia.

Nuestra normativa de derechos de autor está bajo presión. Al permitir las nuevas tecnologías una plaga de reproducciones ilícitas, que en gran parte no son sancionadas, la idoneidad y efectividad de la normativa de derecho de autor está en duda. La legislación no es efectiva en evitar el intercambio de archivos, o en disuadir a los usuarios de violar los derechos de autor y otras formas de derechos de propiedad intelectual. Es hora de generar un poco de pensamiento creativo.

El dilema es claro. El desafío de los derechos de autor en la era digital es preservar el incentivo del autor y del titular de los derechos para crear nuevas obras y distribuirlas a los usuarios mediante todas las posibilidades que dan las nuevas tecnologías, ante una contundente amenaza por parte de los usuarios infractores. Pero también implica asegurarse de que los usos beneficiosos de las obras no se vean sofocados innecesariamente por un sistema de derechos de autor que se vuelve ineficaz dado el avance de las nuevas tecnologías y la facilidad del acceso y la reproducción.

Si miramos a Europa y Estados Unidos buscando una guía, nos encontramos con dos regímenes distintos. Hasta 2019, las reglas de responsabilidad de las plataformas con respecto a las infracciones de derechos de autor por parte de sus usuarios fueron similares. Los marcos legales de ambas regiones eximían de responsabilidad a las plataformas por infracciones de derechos de autor de las que no tienen conocimiento, y les exigían que eliminen de inmediato cualquier infracción de derechos de autor de la que obtuvieran conocimiento.

En la UE, este régimen de notificación y eliminación cambió significativamente con la nueva directiva europea en 2019. La Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital aprobada por el Parlamento Europeo ha sido muy controvertida, en gran parte debido a preocupaciones fundadas de que debilitará la libre expresión de los usuarios de Internet. Si bien los estados miembros tenían hasta junio de 2021 para promulgar nuevas leyes nacionales reflejando sus disposiciones, al entrar en 2022, menos de la mitad de los Estados miembros de la UE habían implementado algunos de los elementos más controvertidos de la reforma de derechos de autor de 2019. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ha confirmado el controvertido artículo 17

3/ Capelotti, J. P. (2020). The dangers of controlling memes through copyright law. *The European Journal of Humour Research*, 8(3), 115–136. <https://doi.org/10.7592/ejhr2020.8.3.capelotti>

de la Directiva, desestimando el caso presentado por Polonia, en el que se solicitó al tribunal que anulara las disposiciones de dicho artículo que, según el reclamo, infringen las libertades de expresión e información.

Por otro lado, en Estados Unidos existe un régimen más flexible. La doctrina del "*Fair Use*" (uso justo) vigente en los Estados Unidos, faculta a los tribunales a permitir un uso potencialmente infringente luego de analizar un conjunto de factores caso por caso. A diferencia de nuestro sistema cerrado de excepciones y limitaciones muy estrictamente definidos, la Ley de Copyright de 1976 prevé en su Sección 107 el análisis de cuatro criterios amplios de *Fair Use* que se tomarán en cuenta para determinar si un uso de una obra de otro sin permiso es lícita o no. Estos son:

- El propósito del uso, si es comercial, educativo o solidario;
- La naturaleza de la obra utilizada, por ejemplo, si es de ficción;
- Si el uso es sustancial en relación al todo de la obra;
- El efecto del uso sobre el valor de la obra en el mercado.

Además de estos cuatro criterios, la Corte Suprema de Estados Unidos sentó un quinto factor como mecanismo particular de contrapeso jurídico al copyright, garantizando el ejercicio de la libre expresión. Se trata del criterio de "uso transformativo". Hay que preguntarse si el uso de una obra ajena sin autorización es efectivamente un uso transformativo que transmite un nuevo mensaje. Fue en 1994, que el tribunal supremo consideró que la parodia de **2 Live Crew** de la canción "Oh, Pretty Woman" de Roy Orbison fue un uso transformativo que podría ser considerado como un "uso justo" por ser una parodia que da un significado nuevo a la canción.

Consecuentemente, la doctrina de *fair use* de la ley de copyright de los Estados Unidos proporciona un sistema de excepciones de derechos de autor flexible y abierto, que para muchos, es más adaptable al uso habitual que se hace con contenidos generados por usuarios en el entorno digital.

En las últimas décadas, ha habido un creciente interés en la adopción del sistema de *fair use* por países con sistemas tradicionales de excepciones. Los defensores del *fair use* argumentan que un sistema flexible de excepciones de derechos de autor funciona como un motor vital "para la innovación y la inversión en innovación", una fuerza impulsora detrás del éxito dramático de las empresas tecnológicas americanas.⁴ Asimismo, argumentan que un catálogo cerrado de excepciones estrechamente definidas no puede capturar la panoplia completa de usos secundarios creativos que enriquecen nuestra cultura y proporcionan información útil. Por el contrario, alegan que un sistema como el de *fair use* empodera a los jueces a aplicar más hábilmente estándares y principios abiertos para poder dictaminar que ciertos usos socialmente beneficiosos no infringen los derechos de autor.

4/ Yu, Peter K. Fair Use and Its Global Paradigm Paradigm Evolution, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW, March 2019, p. 128. <https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2297&context=facscholar>

Hasta ahora, se han adoptado variantes del modelo de *fair use* en una docena de países (como Australia, Hong Kong, Irlanda, Israel, Liberia, Malasia, Filipinas, Singapur, Corea del Sur, Sri Lanka y Taiwán). La normativa actual de copyright canadiense, ha adoptado un sistema semiabierto de "*fair use*" que se comenta mucho como una alternativa interesante. Han instituido también una excepción de "*User Generated Content*" no comercial, para el contenido creado por el usuario sin ánimos de lucro, que debe interpretarse ampliamente y sin limitar los derechos de los usuarios indebidamente. La mayor parte del contenido generado por el usuario no se crea ni se comparte con fines de lucro y los usuarios rara vez esperan una remuneración.

En cuanto a la adopción del "fair use" en nuestra región, Ecuador incorporó en 2016 normas inspiradas en este sistema en su Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, conocido como Código Ingenios (COESC). A través de los artículos 211 y 213, el país planteó un régimen abierto de límites y excepciones con el objetivo de adaptar su normativa a los desafíos del entorno digital, emulando el modelo anglosajón de uso justo. Esta decisión fue considerada innovadora, ya que reconoce explícitamente el interés público como parte integral del sistema de derecho de autor. Sin embargo, algunos sectores académicos han advertido que esta flexibilización podría contravenir la "regla de los tres pasos" establecida en convenios internacionales como el ADPIC o la Convención de Berna, que exigen que las excepciones sean limitadas a ciertos casos especiales, no atenten contra la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular.

Tampoco es que la adopción de los criterios flexibles del "fair use" sean la panacea. El sistema de fair use ha sido objeto de críticas significativas en América Latina. Sus detractores lo consideran impredecible e inseguro desde una perspectiva jurídica. Argumentan que se basa en estándares vagos y abiertos que dependen de la interpretación judicial, lo que puede generar incertidumbre tanto para los titulares de derechos como para los usuarios. Además, se teme que su adopción en contextos institucionales más frágiles pueda derivar en decisiones arbitrarias o poco consistentes por parte de los jueces. Así, para muchos doctrinarios de la región, el desafío no está en copiar modelos foráneos, sino en construir sistemas de excepciones que respondan a nuestras propias necesidades culturales, sociales y tecnológicas.

Sobre países que han incorporado la excepción de parodia

Más allá del debate sobre el fair use, algunos países latinoamericanos han optado por introducir excepciones específicas, como la parodia. En Colombia, la Ley 1915 de 2018 incorporó la parodia y la caricatura como excepciones bajo el artículo 16(d), sin requerir autorización del titular de la obra original. La inclusión se consideró necesaria para equilibrar la protección de los derechos de autor con la libertad de

expresión. Sin embargo, la norma no ofrece una definición de parodia ni de caricatura, lo que deja amplio margen a la interpretación judicial. Casos similares se observan en Ecuador, donde la excepción está supeditada a que no se cause daño a la obra ni a la reputación del autor; en Chile, donde se exige que la parodia incorpore un "aporte artístico adicional" que la distinga de la obra original; y en Nicaragua, que simplemente indica que no se requiere autorización para parodiar una obra publicada. En contraste, países como Argentina, Costa Rica, Paraguay y Uruguay aún exigen el consentimiento del autor para este tipo de uso.⁵

El problema con la parodia es que es un desafío complejo para el derecho de autor, tanto por su escasa presencia en la legislación como por la dificultad de definirla jurídicamente. La noción de parodia suele abordarse mediante categorías generales —como humor, ironía o transformación— sin que exista una definición clara y ampliamente aceptada que capte su dimensión interdisciplinaria. A diferencia de otras figuras legales más precisas, la parodia suele apoyarse en conceptos como la intertextualidad, el contexto cultural y la interpretación del público, elementos más comunes en estudios literarios o de medios que en la dogmática jurídica. En general, la legislación regional que reconoce la parodia como excepción parece centrarse en obras identificables y singulares, lo que limita el espectro intertextual que caracteriza a muchas expresiones contemporáneas de este género. De cualquier modo, la ambigüedad conceptual complica su delimitación y aplicación, especialmente cuando se requiere determinar si una obra transforma otra con intención humorística sin vulnerar los derechos del autor original.⁶

Frente a los límites de los catálogos cerrados de excepciones, algunos especialistas ven en la regla de los tres pasos una herramienta con potencial para flexibilizar el sistema sin romper con el marco internacional. Tal como lo ha señalado Martin Senftleben⁷, esta regla podría interpretarse como un instrumento adaptable, que permitiría a los legisladores nacionales responder a necesidades culturales, sociales y económicas particulares. Aunque el término "casos especiales" parece restrictivo, una lectura más funcional de los tres criterios —uso limitado, sin perjuicio a la explotación normal de la obra y sin daño injustificado al titular— podría abrir espacio para excepciones más amplias, siempre que se justifiquen debidamente. Además, otras disposiciones internacionales, como el artículo 10.2 del Convenio de Berna sobre "fair practice" en contextos educativos, ofrecen señales de que hay margen para interpretaciones que beneficien a los usuarios sin menoscabar los derechos de los autores.

5/ Uribe-Jongbloed, E., Barker, K. & Scholz, T., (2021) Lecciones europeas sobre el copyright en línea: ¿una advertencia para América Latina sobre la parodia, los memes y la expresión creativa? (consultada en https://cetys.lat/wp-content/uploads/2021/04/08_Lecciones-europeas-sobre-el-copyright-en-li%C3%81nea-una-advertencia-para-Ame%C3%81rica-Latina-sobre-la-parodia-los-memes-y-la-expresio%C3%81n-creativa.pdf)

6/ Uribe-Jongbloed, E., Barker, K. & Scholz, T., (2021) *supra* 5, punto III.

7/ Senftleben, M. R. F. (2010). The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 1(2), 67–82. <http://ssrn.com/abstract=1723867>

Esta es la cuestión. Senftleben lo explica claramente. Con un catálogo cerrado de excepciones y una descripción detallada de su alcance, resulta previsible para usuarios e inversores qué usos requieren autorización del titular de derechos y cuáles pueden realizarse sin infringir el derecho de autor. Sin embargo, la principal ventaja del enfoque angloamericano del *fair use* es su flexibilidad: permite a los tribunales ajustar el alcance de las limitaciones al derecho de autor para mantener un equilibrio entre los derechos exclusivos y las necesidades sociales, culturales y económicas. Esta discrecionalidad judicial facilita la adaptación del sistema a nuevos contextos, como el entorno digital, y reduce la necesidad de reformas legislativas constantes. En sistemas avanzados que otorgan derechos amplios y flexibles a los autores, es aconsejable contar con limitaciones igualmente flexibles como el *fair use*, que actúe como contrapeso.⁸

América Latina enfrenta hoy un dilema clave: cómo adaptar sus sistemas de derechos de autor a los usos digitales cotidianos sin renunciar a la seguridad jurídica que brindan los catálogos cerrados de excepciones. Las nuevas formas de creación, participación y circulación de contenidos exigen un marco más flexible, capaz de reconocer prácticas como la parodia, el remix, el contenido generado por el usuario o la minería de datos con fines científicos. Pero al mismo tiempo, existe el temor de abrir la puerta a interpretaciones inciertas que erosionen los derechos de los autores. Encontrar un equilibrio entre la protección de los titulares de derechos y la promoción de la libertad de expresión, la innovación y el acceso al conocimiento sigue siendo un desafío pendiente. Sin embargo, si el derecho de autor quiere seguir siendo relevante en el entorno digital, deberá transformarse para reflejar mejor los valores democráticos y culturales de nuestras sociedades.

8/ Senftleben, 2010, *supra* 5, puntos B.8 y B.9

BIBLIOGRAFÍA

Lessig, L. (2014). *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*. Penguin Books.

Senftleben, M. R. F. (2010). *The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation*. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 1(2), 67-82. <http://ssrn.com/abstract=1723867>

Uribe-Jongbloed, E., Barker, K. & Scholz, T., (2021) *Lecciones europeas sobre el copyright en línea: ¿una advertencia para América Latina sobre la parodia, los memes y la expresión creativa?* (https://cetys.lat/wp-content/uploads/2021/04/08_Lecciones-europeas-sobre-el-copyright-en-li%CC%81nea-una-advertencia-para-Ame%CC%81rica-Latina-sobre-la-parodia-los-memes-y-la-expresio%CC%81n-creativa.pdf)

Capelotti, J. P. (2020). *The dangers of controlling memes through copyright law*. *The European Journal of Humour Research*, 8(3), 115–136. <https://doi.org/10.7592/ejhr2020.8.3.capelotti>