

EL “FAIR USE” EN LA DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO
ÚNICO DIGITAL DE LA UNIÓN EUROPEA

[The "fair use" in the Directive on copyright in the digital single market of the European Union]

FRANCISCA PINILLA EPPRECHT

RESUMEN

Este trabajo pretende estudiar el fenómeno del fair use señalado en la Directiva sobre los derechos de autor promulgada por el Parlamento Europeo, su regulación, configuración y consecuencias; haciendo un sucinto repaso histórico en Estados Unidos y cómo se ha ido desarrollando gracias a las nuevas tecnologías y el Internet. Se repasan algunos conceptos claves en la propiedad intelectual chilena para dilucidar si existe alguna figura similar en nuestra legislación.

ABSTRACT

This work intends to study the phenomenon of fair use indicated in the Directive on copyright promulgated by the European Parliament, its regulation, configuration and consequences; making a concise review of history in the United States and how it has developed thanks to new technologies and the Internet. Some key concepts in Chilean intellectual property are reviewed to determine if there is any similar figure in our legislation.

PALABRAS CLAVES

Derechos de autor – propiedad intelectual – fair use – internet.

KEYWORDS

Copyright – intellectual property – fair use – internet.

INTRODUCCIÓN

Es bien sabido entre los juristas y estudiosos del derecho, que éste se encuentra en todas partes y lo asemejan al aire que respiramos. Algo similar ocurre con la propiedad intelectual. Nos encontramos tan constantemente rodeadas y rodeados de bienes y servicios protegidos por la propiedad intelectual en nuestra cotidianeidad, que llegamos a olvidar su existencia y repercusiones. Se encuentra presente, por ejemplo, cuando tomamos nuestro teléfono celular y nos metemos a Internet para distraernos con contenido editado y subido ala web por los usuarios de esta. Sin embargo, suele ocurrir muchas veces que el contenido que es publicado y compartido por cientos de miles de usuarios de alguna plataforma o página web se basa en películas, fotografías, series, libros o música; que en su gran mayoría se encuentra protegida por derechos de autor, así mismo el teléfono celular y su sistema operativo, por la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual puede definirse como aquella área del derecho que regula la creación, uso y explotación del trabajo que es resultado de procesos creativos o mentales.¹

Uno de los vínculos más importantes y que justamente le da origen, es su relación con el desarrollo y avances de la tecnología, ya que surge como una necesidad de otorgarle protección a los autores respecto a sus obras e inventos. Un aspecto de esta relación es entre la propiedad intelectual y tecnología digital que actualmente se está viviendo.

Es importante notar que la propiedad intelectual refleja un balance entre dos efectos en la sociedad: (1) proveer incentivos para los autores e inventores, y (2) proveer acceso a los miembros del público, tanto como consumidores y como potenciales nuevos autores e inventores que necesitarán copiar para implementar sus propias creaciones y habilidades.²

A finales del siglo XX nació un nuevo espacio al cual el Derecho se debería enfrentar: el ciberespacio. Actualmente, uno de los mayores desafíos para la propiedad intelectual y otras ramas del derecho (como, por ejemplo, el derecho de contratos) sería el uso masificado del Internet, el cual ofrece un sitio para crear y compartir información, cuya regulación suele escaparse de las manos de la ley. Incluso a sus inicios, algunos autores estimaban que el Derecho debía mantenerse al margen de este sistema de comunicación, declarándolo como un espacio independiente y libre de cualquier gobierno.³ A pesar de esto, paulatinamente los Estados comenzaron a regular el entorno digital, dejando de lado la idea de la total liberalización de Internet.⁴ Este nuevo espacio empezó a ofrecer una serie de elementos que dejaban expuesta la propiedad intelectual a nuevas dificultades que nunca había experimentado, los cuales eran: la copia perfecta, la extensión de distribución y el anonimato.⁵ Por supuesto que estos desafíos significaron una creciente preocupación entre el empresariado y los Estados, pues vieron amenazados sus intereses económicos y el modelo de negocio de la propiedad intelectual que se llevaba hasta ese momento.⁶

Con la llegada de plataformas en Internet como YouTube, se facilita aún más no sólo la transferencia de contenido protegido por los derechos de autor y copyright, sino que también la creación de nuevo contenido por parte de los usuarios, generando un cambio de paradigma en la forma en que se relacionan usuarios y creadores. Ya no son sólo las grandes empresas las que crean contenido y la ponen a disposición de los consumidores, sino que ahora existe un nuevo sujeto en la ecuación: el usuario/creador. Esto significa que prácticamente cualquier persona que tenga acceso a la red puede crear y subir contenido, lo cual agrava el problema que ya existía a finales del siglo pasado respecto a la infracción de propiedad intelectual en esta batalla tecnológica y legal.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: franciscapinillae@gmail.com

¹ SHERMAN, Brad – BENTLY, Lionel, *Intellectual Property Law* (Oxford University Press, Oxford, 2009), p. 1.

² GORDON, Wendy J., *Intellectual Property Law in Oxford Handbook of Legal Studies Peter Cane & Mark Tushnet, eds.*, Oxford University Press, 619 (2003), p. 618 [Traducción libre].

³ Barlow, John Perry, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Electronic Frontier Foundation, disponible en <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence> (visitado el 10 de Agosto 2020).

⁴ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, *Manual de Propiedad Intelectual* (Legal Publishing Chile, Santiago, 2014), p.59.

⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁶ *Ibid.*, p. 58.

Ante esta nueva realidad, el 17 de mayo de 2019 se publicó la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (referidas al comercio electrónico o también conocido como *e-commerce*). En esta directiva se realiza un cambio respecto a la responsabilidad ante la infracción de contenido protegido por derechos de autor y ahora serán los prestadores de servicios los responsables por dichas infracciones, es decir las redes sociales más importantes tendrán que responder ante las infracciones cometidas por sus usuarios.

Lo anterior trajo aparejada la implementación de filtros de contenidos estrictos, cuya función es detectar contenido protegido que es subido a una determinada plataforma, por lo cual puede desencadenar una serie de procedimientos para proteger a los titulares de los derechos e impedir posibles infracciones. En consecuencia, se puede llegar a producir un exceso de protección de la propiedad intelectual en el mundo digital, desconociendo el balance de intereses que existe en el ámbito de su regulación. “Así, las restricciones a la propiedad intelectual pueden ser obviadas por las medidas tecnológicas, dejando a los usuarios desprovistos de los derechos consagrados en beneficio suyo en la misma regulación sobre propiedad intelectual”.⁷ Es lo que ocurre con el *fair use* o uso justo, que por primera vez es mencionado expresamente y regulado a nivel de la Unión Europea en el artículo 17 de la Directiva.

El fair use consiste en el derecho de utilizar contenido protegido por la propiedad intelectual, sin importar los deseos del dueño de dicho contenido. Es decir, se constituye como una limitación o excepción a la propiedad intelectual, permitiendo a cualquier persona utilizar un determinado material protegido por estos derechos, para criticarlo, parodiarlo o usarlo para fines académicos.⁸

Sin embargo, el uso de filtros agresivos, los procedimientos engorrosos y las políticas estrictas, han llevado a algunos autores a señalar de que se puede generar un régimen de censura de contenido, creando un conflicto entre la libertad de expresión y el resguardo a los derechos de autor. Por lo que es legítimo preguntarse: ¿qué ocurre con aquellos usuarios que utilizan un determinado contenido con fines educativos o de parodia? ¿Se respeta efectivamente el fair use o uso justo en la red por parte de las plataformas y las grandes empresas? ¿Pueden los filtros de contenido distinguir entre un uso legal o ilegal del mismo? ¿Se produce una verdadera limitación a la libertad de expresión? ¿Cómo se debe regular para conciliar los intereses de creadores de contenidos y los consumidores de los mismos?

La presente memoria se enmarcará en el contexto de esta nueva relación que surge entre el Derecho e Internet, específicamente, el concepto del fair use o uso justo, como una excepción al uso de contenidos que se encuentran amparados por los derechos de autor. Más allá de pretender realizar un examen exhaustivo de este concepto, se busca brindar algún aporte que pueda resultar útil al propósito de un mayor entendimiento de los aspectos más controversiales de la nueva Directiva europea sobre derechos de autor. Se ha elegido estudiar el reciente fenómeno surgido en la Directiva de la Unión Europea ya que, si bien se trata de un sistema distinto del chileno,

⁷ Ibid., p. 60.

⁸ LESSIG, Lawrence, *Code. Version 2.0* (Basic Books, New York, 2006), p. 184. [Traducción libre].

comparten una tradición jurídica común, que es de origen romanista, lo cual puede servir como referencia para futuras interpretaciones y reformas en nuestro sistema normativo.

Para estos efectos, en el primer capítulo se hará un sucinto repaso histórico de la doctrina del fair use en Estados Unidos, que es donde tiene su origen y mayor desarrollo de los sistemas comparados, junto con un análisis enfocado en sus principales elementos, resaltando sus ventajas y desventajas. Además, se mencionará la problemática de Internet que significó para el Derecho en general, y en particular, los derechos de autor.

En el segundo capítulo se estudiarán las implicancias aparejadas al reconocimiento expreso del fair use en el artículo 17 de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Para esto se describirán brevemente los objetivos perseguidos por la Directiva, su historia y proceso legislativo, su contenido en general y particularmente, el referido artículo 17, donde se centrará el análisis.

En el tercer capítulo, se realizará una comparación de este concepto con la legislación chilena, analizando los conceptos principales relativo a derechos de autor y propiedad intelectual en general de nuestro ordenamiento interno, para averiguar si existe algo similar al fair use y cuál sería el marco normativo en ese caso.

En el cuarto capítulo, se hará un breve repaso de la figura del uso justo en el derecho comparado con el fin de estudiar su regulación.

Por último, se finalizará con algunas conclusiones relativas a lo analizado y estudiado, ahondando específicamente qué podríamos aprender en el contexto nacional en materia de excepciones a los derechos de autor en la era digital.

I. EL FAIR USE EN ESTADOS UNIDOS Y EN INTERNET

En este capítulo se realizará un estudio pormenorizado de la doctrina del fair use, examinando su concepto, características y brevemente su origen histórico, así como algunas materias de la propiedad intelectual que se relacionan con temáticas de interés para este trabajo de investigación, esto es, el fair use en el ciberespacio.

1. Introducción

Antes de iniciar el estudio del presente capítulo, hay que tener en consideración que la doctrina del fair use nace en la tradición jurídica anglosajona o *common law*, en contraste con nuestro derecho nacional de tradición jurídica romanista. Usualmente se ha dicho que en el continente europeo la propiedad intelectual es percibida como aquella que tiene orígenes en el derecho natural, mientras que en la tradición anglosajona, la propiedad intelectual tendría una base utilitaria.⁹ Esto quiere decir que la tradición jurídica romanista –donde son regulados los derechos

⁹ GORDON, Wendy J., *Intellectual Property Law*, en *Oxford Handbook of Legal Studies* Peter Cane & Mark Tushnet, eds., Oxford University Press, 619 (2003), p. 618 [Traducción libre].

de autor, a menudo referidos también como *droit d'auteur*¹⁰— los concibe de una forma similar a los derechos humanos¹¹ —diferenciando los derechos patrimoniales y morales—, mientras que en los sistemas del derecho anglosajón se hace hincapié en el concepto de la titularidad de los derechos de autor, o sea, se miran desde una perspectiva más bien económica.¹²

Estas diferencias entre una tradición jurídica y otra se manifiestan en la forma en cómo cada sistema legal otorga protección a obras artísticas y literarias.

2. *Concepto de fair use (uso justo o uso legítimo)*

Actualmente existen excepciones o limitaciones a los derechos de autor que tienen efecto de que, en algunos casos, a pesar de que aparentemente se haya ocasionado una infracción, serán permitido por el Derecho. Este es el caso del fair use, en el cual no se requiere contar con la autorización del dueño para usar una obra protegida por derechos de autor, o sea, el fair use es necesario cuando se pretende usar el trabajo de otro que está protegido por copyright o derechos de autor.

El fair use constituye una excepción a los derechos exclusivos otorgados a los propietarios de derechos de autor por ley. Para tener conocimiento y comprensión del fair use, la doctrina debe estar situada dentro de la protección al derecho de autor.¹³

Se ha definido como: “*El uso justo de una obra protegida por derechos de autor, incluido el uso por reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para fines tales como críticas, comentarios, informes de noticias, enseñanza, becas o investigación, no constituye una infracción de derechos de autor*”.¹⁴

El fair use se ha entendido como una cláusula de escape de la protección exclusiva de los derechos de autor, por lo que no se aplicará cuando una determinada obra no esté protegida por estos derechos, a saber, cuando ha expirado su plazo de duración y haya entrado al dominio público. Además, se ve como un beneficio personal que deriva en un beneficio público,¹⁵ ya que permite hacer uso de una obra sin necesitar de la licencia o permiso del titular de los derechos de

¹⁰ Esto se debe a que los derechos de autor para la tradición jurídica continental tienen origen en la Revolución Francesa, con la dictación del decreto 13-19 de enero de 1791, en el cual se declara la libertad para el establecimiento de teatros e interpretación de obras, y además se otorga un derecho exclusivo a los autores para interpretación o ejecución de sus obras, el cual duraba por toda la vida del autor hasta 5 años contados desde su muerte. Posteriormente, se dicta el decreto 19-24 de julio de 1793, que establecía el derecho exclusivo de los autores de obras literarias, compositores musicales, pinturas y dibujos de vender y distribuir su trabajo, que durará por toda la vida de los autores hasta 10 años después de su muerte.

¹¹ Incluso, la propiedad intelectual se encuentra regulada en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual reza de la siguiente manera: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

¹² STOPPS, David, *Cómo vivir de la música* (Industrias creativas, publicación n°4, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), p. 29.

¹³ RIFE, Martine, cit. (n. 54), p. 170.

¹⁴ *Ibid.*, p. 158.

¹⁵ DAVIES, Gillian, *Copyright and the Public Interest* (2a edición, Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2002). Cit. (n.). p. 81.

autor, por lo que supera algunas barreras del mercado, eliminando costos de transacción y negociación en pos del beneficio social que puede generar tal uso.¹⁶

3. *Copyright y el origen del fair use*

El *copyright*, o el derecho de copia, es la regulación sobre las obras literarias, artísticas, musicales u otras cuya procedencia tiene lugar desde la tradición Angloamericana.¹⁷

Su origen se remonta al Estatuto de la Reina Ana¹⁸, promulgado el 10 de abril de 1710, el cual es reconocido como el ordenamiento que dio a luz el sistema de *copyright* en Inglaterra.¹⁹ Esta normativa estuvo enfocada a corregir los problemas que existían en el momento en torno a la reproducción y venta de obras literarias, reconociendo al autor como titular del derecho de propiedad intelectual. Además, incluyó una referencia expresa a la educación como un elemento de interés público, el cual se buscaba satisfacer mediante el establecimiento de un monopolio a favor de los creadores de obras.²⁰ Así, surge la doctrina del *fair dealing* o *fair abridgment* a partir de la jurisprudencia de las cortes inglesas entre 1710 y 1841.

Posteriormente, la regulación del *copyright* en Estados Unidos –la que durante su época colonial no se diferenciaba con la del Reino Unido– comienza a tener sus propias particularidades desde la ratificación de su Constitución en 1787, luego de conquistar su emancipación. En dicha norma se contiene la llamada Cláusula de Copyright, la cual otorga una serie de poderes generales al Congreso, entre ellos “promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores y a los inventores el derecho exclusivo, por plazos limitados, sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.²¹ Se desprende de la norma que el objetivo es que el Congreso promueva el progreso de la ciencia, a través de la garantía de los derechos exclusivos de autores e inventores por un plazo cierto, como mecanismo. Esta disposición está basada en los derechos del discurso libre contemplados en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Los conceptos básicos de la doctrina del *fair use* se construyeron inicialmente en la jurisprudencia anglosajona (*case law*) durante los siglos XVII y XVIII, y posteriormente fueron incorporados en la legislación correspondiente. Los principios y reglas del *fair use* fueron

¹⁶ Este tema ha sido desarrollado por algunos autores, como Wendy Gordon, y que se conoce como la teoría de la falla de mercado o Market Failure, el cual ocurre cuando, “debido a las características inherentes del mercado, se producirá o consumirá demasiado o muy poco” (PETE MORTON, *The Economic Benefits of Wilderness: Theory and Practice*, 76 DENV. U. L. REV 465, 511 (1999)). Esta constituye una de las teorías para justificar la existencia del *fair use*, incluyendo la teoría del intercambio cultural y la teoría del consumo productivo.

¹⁷ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 17.

¹⁸ “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein Mentioned”.

¹⁹ CÓRDOBA MARENTES, Juan F., *El fin no justifica la excepción: Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense*. Boletín mexicano de derecho comparado, 45 (134), 2012. P. 3

²⁰ DAVIES, Gillian, cit. (n. 89), p. 4.

²¹ La Sección 8, Cláusula 8, de la Constitución de Estados Unidos, reza de la siguiente manera: “To promote the Progress of Science and Useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

consolidados por primera vez en el caso *Folsom vs. Marsh*²², el cual enunció los fundamentos sobre los cuales se construiría esta doctrina. Ulteriormente, esta doctrina continuó siendo desarrollada por los tribunales, estableciendo cuatro criterios o factores para determinar la aplicación del fair use sobre una obra protegida por el copyright, los que se establecieron de forma expresa en la ley.

El ejercicio de la facultad otorgada al Congreso estadounidense por la Constitución produjo como resultado la dictación de leyes sobre copyright desde 1790. Empero no es hasta en 1976, con la Copyright Act cuando el fair use fue objeto de regulación legal en forma particular. Antes de esta legislación, el fair use o uso justo no se definía claramente en ningún código, sino que se definía mediante extrapolación de tenencias y debates en la jurisprudencia estadounidense.²³

4. *Análisis de los cuatro factores*

Los criterios en los que se sustenta el fair use fueron consagrados expresamente en la sección 107 de la Copyright Act de 1976, en el denominado “*Four-factor test*”, donde se establece que puede hacerse un uso legítimo de una obra protegida por derechos de autor, para propósitos tales como crítica, comentario, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para el uso en el aula de clase), academia o investigación, sin que tal uso implique la infracción al copyright. Para determinar si un uso en particular es justo, se deberá tener en consideración los siguientes factores: 1) El propósito y el carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educativos sin ánimo de lucro; 2) La naturaleza de la obra protegida; 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada respecto de la obra protegida en su totalidad; y 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.

Estos cuatro factores son usados por los tribunales llamados a resolver controversias sobre la posible infracción al copyright, y a través de su jurisprudencia se ha ido construyendo un juicio de razonabilidad similar a aquel utilizado para resolver aparentes conflictos entre otros derechos de rango fundamental.²⁴

a) Primer factor: el propósito y el carácter del uso en disputa

En el primer factor se pretende observar el por qué y el para qué del uso. Si bien la norma señala como ejemplo la explotación comercial y las actividades educativas sin ánimo de lucro, no

²² *Folsom vs. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (núm. 4,901). Este caso consiste en el debate producido por el señor Jared Sparks, legítimo propietario de las cartas públicas y privadas del presidente de Estados Unidos George Washington, y de las cuales había escrito una voluminosa obra, quien demandó al reverendo Charles Upham, que había publicado *The Life of Washington in the Form of an Autobiography*, cuya obra tenía una extensión de 866 páginas y que estaba destinada principalmente a niños de colegio, con propósitos educativos. Sparks alegó que Upham había copiado literalmente 388 páginas de su obra, correspondiente a las cartas de Washington. El juez encargado de resolver el caso propuso que los criterios que debían considerarse al evaluar un fair use respecto de una obra anterior, fallando a favor del demandante. Estableció la responsabilidad del demandado en razón de que no se evidenciaba que Upham hubiera ejercido una real y sustancial labor intelectual al incorporar a su obra partes de la de Sparks, sino que parecía el resultado de un “uso elemental de las tijeras” (“a facile use of scissors”). El argumento principal de la resolución del caso reside en lo que actualmente se considera como el tercer factor (la cantidad y sustancialidad de la porción usada), ya que, si bien había usado menos del 6% de la obra total del demandante, el juez consideró que el demandado usó el material más importante (sustancial) de dicha obra.

²³ CÓRDOBA MARENTES, Juan F., cit. (n. 93), p. 6.

²⁴ *Ibid.*, p. 7.

se han considerado como determinantes de este criterio.²⁵ Es decir, no todos los usos educativos sin ánimo de lucro se pueden considerar fair use, sin embargo, el legislador estadounidense quiso poner en relieve el beneficio económico o social que se estaría buscando con el uso de la obra.²⁶ Sin embargo, si el uso de la obra tiene fines comerciales, será más probable que el tribunal deniegue la procedencia del fair use, puesto que “el uso comercial de material protegido por derechos de autor es presuntamente injusto o ilegítimo”.²⁷

Los tribunales también consideran que el uso sea “transformativo” y que no sea una mera reproducción. Implica que el uso de una obra protegida por derechos de autor debe ser transformada en el sentido de constituir una obra nueva o que tenga una nueva utilidad, tales como las citas incorporadas en un trabajo académico o incluido como comentario o crítica de la obra original.²⁸

b) Segundo factor: la naturaleza de la obra protegida con derechos de autor

Este factor se centra en los atributos del trabajo usado, el cual puede ser otro además del carácter educativo de la obra protegida. Se tiene en consideración si la obra en cuestión es de ficción o no ficción, y si ha sido publicada o no. Los tribunales son más propensos a otorgar mayor protección a los trabajos creativos, por lo que el fair use se aplica más ampliamente a los trabajos de no ficción que a aquellos de ficción. Consecuentemente, es usual que otorguen más protección al arte, música, poesía, películas y otros trabajos creativos.²⁹

La naturaleza del trabajo protegido por los derechos de autor es importante en el sentido que influye cuánto está dispuesta la sociedad a permitir usos infractores de una obra protegida.³⁰ Es decir, el ámbito de aplicación del fair use puede ser menor o mayor dependiendo de las características o atributos del trabajo.

c) Tercer factor: la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en total

A pesar de que la ley no establece una cantidad exacta para que el uso de una porción de una obra sea considerado fair use, la “cantidad” (*amount*) se ha entendido en relación a la longitud de la totalidad de la obra y es evaluada a la luz de la cantidad necesaria que sirve para su propósito.³¹ Sin embargo, esto no es una cuestión obvia o sencilla de analizar, a pesar de su sencillo enunciado. Puede suceder, por ejemplo, que se utilice varias páginas del capítulo de un libro, lo cual puede parecer relativamente poco, más si se utiliza la misma cantidad de dicho contenido, pero ese capítulo fue publicado en una revista en forma de cuento, por ejemplo, cambia su consideración en relación a la obra total.

²⁵ Ibid., p. 20 y 21.

²⁶ Ibid., p. 21.

²⁷ Sony Corp. Vs. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).

²⁸ Copyright Advisory Office, *What Is Fair Use?*, en *Columbia University Libraries*. Disponible en <https://web.archive.org/web/20140208205300/http://copyright.columbia.edu/copyright/fair-use/what-is-fair-use/> (Visitado el 10 de agosto 2020).

²⁹ Copyright Advisory Office, cit. (n. 102).

³⁰ PATEL, Ronak, cit. (n. 58). p. 254.

³¹ Ibid.

No obstante que la reproducción de un pequeño fragmento tiene más probabilidades de ser considerado fair use en comparación a la copia de una obra completa o un gran porcentaje de ella, la evaluación que se realizará sobre este uso deberá extenderse a criterios cualitativos por sobre criterios cuantitativos.³² La forma en que han entendido esto los tribunales es que incluso el uso de pequeñas cantidades puede ser excesivas si se ha tomado “el corazón” de la obra.³³ Es decir, se evaluará no sólo la parte utilizada sino que también la localización de esa parte (*substantiality*).

d) Cuarto factor: el efecto de dicho uso en el mercado sobre el valor de la obra protegida con derechos de autor

Este cuarto y último factor ha sido considerado como el más importante por la Corte Suprema de los Estados Unidos³⁴, ya que guarda relación y consistencia con la filosofía que subyace a la regulación de la propiedad intelectual como un problema de economía y mercado –teoría de la falla del mercado. A pesar de que los cuatro factores han de ser analizados conjuntamente en un caso de fair use, para los tribunales norteamericanos es este último el que tiene mayor peso, ya que si el tribunal llamado a solucionar una controversia por fair use determina que no se satisface este factor, puede directamente denegar su procedencia, a pesar de los otros factores.

Consiste en que si el uso de una obra considerado como fair use tiene igual o similar naturaleza a la de la obra original, existirá una probabilidad mayor de que dicho uso tenga un efecto desfavorable sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.³⁵ Para evaluar este factor es necesario realizar un estudio del mercado para determinar si el trabajo es razonablemente disponible para ser adquirido o conseguir una licencia. En otras palabras, quien alega fair use debe demostrar que con su uso no ha impedido que el titular reclame compensación de cualquier otra persona o grupo que hubiera querido pagar por disfrutar de la obra protegida.³⁶

Generalmente, en el caso de la parodia es difícil que se constituya como un sustituto en el mercado de la obra original, ya que cumplen funciones distintas. Lo mismo podría sostenerse respecto a la crítica o reseña.

5. La propiedad intelectual e Internet. Nuevos desafíos para el Derecho

Como bien se mencionó en la introducción de este trabajo, la entrada de Internet, en primer lugar, y su masificación, en segundo lugar, trajo aparejado un cambio de paradigma en la forma de concebir el Derecho, puesto que la evolución digital acarrea nuevas problemáticas y desafíos. La manera en que la doctrina y el tratamiento legal se han desarrollado en esta materia se puede sintetizar en que se produjo un tránsito de la total liberalización de Internet, donde los Estados debían abstenerse de introducir normas jurídicas a este espacio, y en consecuencia, la desprotección de la propiedad intelectual, a una nueva regulación y ensanchamiento de instituciones preexistentes a este fenómeno.

a) El fenómeno de Internet y el ciberespacio

³² CÓRDOBA MARENTES, Juan F., cit. (n. 93), p. 24.

³³ Harper & Row Publishers vs. Inc. vs. Nation Enters, 471 U.S. 539 (1985).

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., p. 26.

³⁶ Salvamento de voto del juez Blackmun en Sony Corp. vs. Universal City Studios, 464 U.S. 517 (1984).

Sin embargo, y antes de continuar, ¿cómo puede definirse Internet? Puede describirse como la red de redes de computadoras conectadas entre sí en todo el planeta, para compartir recursos e intercambiar información.³⁷ Se caracteriza principalmente por el flujo libre e intercambio de información, cuyos rasgos consisten en que es una red de redes interactiva, ubicuidad de la información, descentralización, bajos costes de acceso y copia y velocidad.³⁸ Es decir, se mejora el almacenamiento, manipulación y transmisión de datos gracias al acaecimiento del fenómeno de la digitalización, donde cualquier archivo que contenga información en cualquier formato (música, texto, vídeo, por poner algunos ejemplos), puede decodificarse en un sistema binario compuesto por ceros y unos y viajar instantáneamente alrededor del globo.

Por su parte, el ciberespacio puede ser definido como “*el espacio global en el entorno de la Sociedad de la Información, que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), y que incluye Internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados propios del Internet de las Cosas*”.³⁹ Se caracteriza por ser un entorno virtual, por lo que no se encuentra sujeto a un continuo tiempo-espacio y como tal, no está constreñido por las limitaciones que conforman el mundo físico.⁴⁰

El ciberespacio es un espacio virtual de alcance mundial y técnicamente sin fronteras,⁴¹ lo que dificulta la regulación estatal. Además, de acuerdo a su concepción original, debe seguir siendo un espacio abierto, descentralizado y participativo, es decir, no obstaculizado por las normas legales.⁴²

b) El fair use en el ciberespacio

El ciberespacio es terreno fértil para las infracciones a la propiedad intelectual, dado que las herramientas e infraestructura que entrega Internet a sus usuarios facilita a copiar, usar, compartir y descargar contenido protegido por derechos de autor. La falta de materialidad por la que se caracteriza la red de redes hace difícil la aplicación tradicional del Derecho, en lo que ha devenido en un exceso de protección de la propiedad intelectual en el mundo digital, desconociendo el balance de intereses que existe en toda regulación de esta rama del Derecho.

“El propósito del derecho de propiedad intelectual no es asegurarle al titular un máximo retorno económico, sino equilibrar los derechos de los autores de obtener una retribución equitativa con e interés de la sociedad en acceder

³⁷ GARCÍA SANZ, Rosa María, *El Derecho de Autor en Internet*, Memoria para optar al grado de doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (2004), p. 49.

³⁸ *Ibid.*, pp. 52-54.

³⁹ BARRIO, Moisés Andrés, *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2018), p. 15.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁴¹ Esto ha variado en el tiempo, ya que ahora existen los mecanismos de geobloqueo o bloqueo geográfico, los cuales consisten en una práctica en la que se restringe el acceso al contenido (sitio web, vídeo, servicio, etc.) en función de la ubicación geográfica del usuario. La dirección IP del dispositivo usado determina el país de uso y, por extensión, la autorización o denegación de acceso. Esto ha sido objetado por la Unión Europea, ya que el 23 de marzo de 2018 se dictó el reglamento 2018/302 que se ocupa de las discriminaciones injustificadas en las ventas online por razón de nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior. Información disponible en <https://eur-lex.europa.eu/content/news/geo-blocking-regulation-enters-into-force.html?locale=es> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁴² BARRIO, Moisés Andrés, cit. (n. 113), p. 23.

información y usarla".⁴³ Para lograr este objetivo, las legislaciones contemplan excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos que son conferidos a los titulares de la propiedad intelectual. Estas restricciones son vitales para mantener el propósito constitucional de la propiedad intelectual y asegurar que no se restrinja la libertad de expresión.

Como bien señala Lawrence LESSIG, uno de los mayores exponentes de la flexibilización de los derechos de autor desde la llegada de Internet, estas excepciones y limitaciones pueden llegar a ser obviadas por las medidas tecnológicas, dejando desprovistos a los usuarios de esos derechos consagrados en su beneficio. Asimismo, se limita el desarrollo de la cultura *amateur*, la que históricamente ha estado exenta de regulación, esto porque la regulación de la propiedad intelectual se enfoca en las transacciones comerciales, a diferencia de la cultura *amateur*, la que se caracteriza no por tener un enfoque esencialmente económico, sino por "amor al arte".⁴⁴ Es decir, se produce una importante restricción del espacio creativo y de experimentación que una persona puede tener en su espacio privado, ya que el uso de obras protegidas por propiedad intelectual para el desarrollo de trabajos derivados puede llegar a constituirse como una infracción a tales derechos.

Con todo, cabe hacerse la siguiente pregunta: en este ambiente digital, donde ahora el derecho puede regular cada uso del trabajo creativo, ¿es consistente con nuestros valores y nuestro propósito del desarrollo de la humanidad que el derecho pueda regular cada vez más los usos que le podamos dar a la cultura? ¿Hasta dónde puede llegar la protección a los titulares de derechos de autor en perjuicio del interés de los usuarios y la sociedad en general?

¿Cómo conciliar esos intereses y lograr un equilibrio entre ellos? En este sentido, habría dos perspectivas de análisis: una tecnológica y otra jurídica.

i) Perspectiva tecnológica

Para hacer frente a la desprotección en la que se encuentran los titulares de derechos de autor, se ha recurrido a la propia tecnología, aplicando sistemas contra el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados, con el objetivo de hacer respetar la integridad de las obras y la administración y la licencia de tales derechos. Las medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual pueden definirse como "toda tecnología, procedimiento, dispositivo, componente o combinación de éstos, cuya función sea la de controlar el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por el derecho de autor, impidiendo todos aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes o de la ley".⁴⁵

Los derechos exclusivos que forman parte del sistema de derechos de autor desde la Convención de Berna, pierden fuerza de ser puestos en aplicación sin las medidas tecnológicas

⁴³ CORREA, Carlos M., *Uso justo en la era digital*, en *Revista Lecciones y Ensayos* N°79 (LexisNexis, Buenos Aires, 2004), p. 142.

⁴⁴ LESSIG, Lawrence, cit. (n. 8), pp. 193 y 194.

⁴⁵ CANALES, María Paz – SOFFIA, María del Pilar, *La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura. ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?*, en *Acceso a la cultura y derechos de autor* (ed: Alberto Cerda), ONG Derechos Digitales (Santiago de Chile, 2008).

que los protejan dentro del contexto de las redes digitales, en la lucha contra la piratería y en el desarrollo de un mercado legal que beneficie tanto a artistas como a consumidores.⁴⁶

Las medidas de protección tecnológicas pueden ser de diferentes clases, como las siguientes:

i) *Sistemas de codificación, encriptamientos y huellas digitales.* Pueden, por ejemplo, impedir al poseedor almacenar, duplicar o modificar su contenido o restringir el número de copias posibles. En primera instancia se aplicaron los dispositivos anticopia de los discos compactos y DVD, el llamado *Serial Copy Management System*, el cual permitía un número limitado de copias, pero restringía las copias en serie.⁴⁷ Luego, con la entrada de Internet, se pueden transmitir archivos por vía on-line, por lo que se supera la barrera material en que constaban las obras protegidas, así pues se crean los sistemas de *Digital Rights Management* (DRM), los cuales ofrecen protección contra la piratería o usos no autorizados, y asimismo ofrecen la posibilidad de establecer reglas de uso flexible para el usuario.⁴⁸

ii) *Controles de acceso a las obras y prestaciones en el servidor,* sea como una limitación parcial que exija el cumplimiento de determinados procedimientos de identificación, lo que permitiría reconocer al usuario y luego permitir o negar la información solicitada, o bien como una forma de restricción total.

iii) *Controles de segundo nivel.* Permiten el acceso a los archivos, sin embargo, de forma que solo puedan ser ejecutados para un fin específico, como la visión o audición por parte del usuario-receptor, pero no para su almacenamiento, duplicación o retransmisión.⁴⁹

A partir de esto surge el problema que será analizado en el segundo capítulo, relativo a la medida tecnológica de la «huella digital», donde la principal crítica que se le hace a este mecanismo de reconocimiento de contenidos consiste en que estas tecnologías no son completamente fiables para la detección y distinción de los usos legítimos de los ilegítimos. En consecuencia, los usuarios se ven impedidos, en la mayoría de los casos, de beneficiarse de las excepciones que establece el sistema de excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Aunque las plataformas que hacen uso de estos mecanismos de protección contemplan un sistema de reclamación y contra reclamación, se produce lo que es denominado *chilling effect* en los usuarios-consumidores, la que se puede definir como “la inhibición o desaliento legítimo de los derechos naturales y legales por la amenaza de sanción legal”.⁵⁰ Es decir, los usuarios-consumidores preferirán abstenerse de subir o compartir contenido a las plataformas de Internet para evitar entablar un proceso de apelación -en el caso de que el filtro de contenido haya detectado alguna coincidencia o el titular de derechos haya reclamado- para hacer valer las excepciones y limitaciones a su favor. Si bien se puede sostener que no se ha restringido la libertad de expresión de los usuarios y de todos aquellos consumidores de contenidos que se encuentran en el ciberespacio, el hecho de que existan

⁴⁶ MARTIN-PRAT, María, *Aplicación del derecho de autor en el contexto de las redes digitales*, en WEINSTEIN CAYUELA, José et al., *Derecho de autor. Un desafío para la creación y el desarrollo* (LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2004), p. 86.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 87 y 88.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁹ RODRÍGUEZ, Manuel Antonio, *Los mecanismos de autotutela en derecho de autor y derechos conexos*. Tesis de postgrado para optar al grado de Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (Mérida, 1999).

⁵⁰ Disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Chilling_effect#cite_note-1 (Visitado el 10 de agosto 2020).

procesos engorrosos para amparar ciertos usos los inhibe de emplearlos, limitando el desarrollo cultural que caracteriza a Internet.

A pesar de la existencia de estas medidas tecnológicas, el gran desafío para los agentes relacionados con la propiedad intelectual es la constante evolución de esta la tecnología. Los interesados en el acceso a las obras buscarán constantemente los medios y herramientas para burlar las barreras de protección y, en consecuencia, las medidas de protección deben desarrollarse contantemente y ajustarse para enfrentarse a los medios de infracción, en caso contrario, devienen en ineficaces. Por lo que se volvió necesario desplazar esta batalla tecnológica a un plano legal.

ii) Perspectiva jurídica

Para analizar este problema, se abordará desde el punto de vista del derecho exclusivo de reproducción. Por un lado, el art. 9° del Convenio de Berna establece que los autores de obras literarias y artísticas gozan de derecho exclusivo a autorizar la reproducción de sus obras “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. Sucesivamente, el párrafo segundo establece una excepción a tal facultad, estableciendo que “[s]e 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”. Esto es lo que se conoce como “regla de los tres pasos”, cuyo propósito es fijar ciertos criterios que los Estados parte del Convenio deben obedecer al momento de establecer excepciones a los derechos de autor, los cuales son:

- i) las excepciones deben ser aplicables en determinados casos especiales;
- ii) la excepción no debe afectar la explotación normal de la obra; y
- iii) no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Por otro lado, tratados internacionales han respaldado el uso de medidas tecnológicas, como el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), los cuales establecen que los países deben otorgar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos.⁵¹

En la mayoría de las legislaciones se contemplan excepciones para usos personales privados o personales, con finalidades científicas, educativas o informativas.⁵² Sin embargo, nuevamente se advierte una diferencia respecto a las tradiciones jurídicas, ya que, por un lado, en Europa –entendida como tradición jurídica romanista–, las excepciones vienen definidas de antemano y deben cumplir con ciertos requisitos o condiciones, los cuales consisten en los siguientes: (i) se pueden hacer copias de partes del trabajo, pues sólo se permite copiar las obras completas cuando las originales no se encuentran disponibles en el mercado; (ii) estas copias se pueden reproducir sólo mediante procedimientos reprográficos; (iii) se pueden reproducir copias de forma aislada, en forma privada y no está permitido hacer entrega de ellas a terceros; (iv) el uso privado alcanza únicamente a quien realiza la copia – actuar en forma no comercial–; (v) las excepciones en

⁵¹ Artículo 11, TODA y artículo 18, TOIEF.

⁵² CORREA, M. Carlos, cit. (n. 117), p. 143.

beneficio de bibliotecas y archivos han de realizarse cuando estas no persigan fines de lucro; y (vi) se debe considerar el interés legítimo del titular del derecho.⁵³

Por otro lado, en las legislaciones de tradición jurídica anglosajona, existe la doctrina del fair use o uso justo, donde las excepciones se formulan a través de la casuística. Asimismo, las excepciones dicen relación con copias con fines de investigación, enseñanza, periodismo, crítica, parodia y actividades realizadas por bibliotecas; las cuales se definen por aplicación de los cuatro factores analizados supra.

A pesar de los esfuerzos por armonizar la normativa relativa a propiedad intelectual en Europa, aún existen divergencias entre las legislaciones respecto al fair use, las cuales se han acentuado con el desarrollo y difusión de la tecnología digital.

Se podría sostener, entonces, que la diferencia característica entre ambas tradiciones jurídicas respecto a la regulación de las excepciones a los derechos de autor por razones de utilidad pública –como es el fair use–, radica en que en Europa y en las legislaciones de tradición romanista, estas excepciones deben encontrarse contempladas de antemano en la ley, las que generalmente se establecen en forma de catálogos taxativos. En cambio, en el *common law*, quienes determinan la procedencia del fair use son los tribunales de justicia llamados a resolver los conflictos de esta naturaleza, por lo que los jueces son los que tendrán la última palabra sobre si en un determinado caso se configura o no dicha excepción.

II. DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

En este segundo capítulo, se efectuará un estudio general de la Directiva que es objeto principal de esta memoria, revisando su historia y proceso legislativo, sus objetivos y en qué consiste su contenido, para luego realizar un examen más acotado del artículo 17, desde la perspectiva del fair use o uso justo.

1. Introducción

La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (en lo sucesivo, la Directiva) se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 de mayo de 2019 y entró en vigor el 7 de junio de 2019.⁵⁴

⁵³ HOEREN, Thomas – DECKER, Ute, *Electronic archives and the press: copyright problems of mass media in the digital age*, en EIPR, n°7 (1998), p. 261.

⁵⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Unión Europea: Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*, disponible en https://www.wipo.int/news/es/wipolex/2019/article_0008.html (Visitado el 10 de agosto 2020).

Este instrumento legislativo hace parte de una iniciativa general promovida por la Unión Europea para adecuar la normativa del derecho de autor a la nueva era digital.⁵⁵ Formaparte de esta estrategia también la recientemente aprobada Directiva 2019/789, sobre accesotransfronterizo a contenidos en línea, cuyo objetivo es facilitar una mayor divulgación de programas de radio y televisión por Internet en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta nueva Directiva que ha sido aprobada por el Consejo, busca allanar el camino hacia un verdadero mercado único digital. Las nuevas normas pretenden garantizar un nivelde protección adecuado para los autores y artistas, al tiempo que ofrecen nuevas posibilidadespara acceder a los contenidos protegidos por derechos de autor e intercambiarlos en línea en toda la Unión Europea.⁵⁶ Se prevén medidas con el objetivo de mejorar la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación de sus contenidos por parte de los servicios en línea que permiten acceder a contenidos cargados por los usuarios.⁵⁷

En ella se regulan diversas cuestiones relacionadas con los derechos de autor y derechos afines, las cuales se pueden agrupar en tres bloques: en primer lugar, medidas paraadaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo; en segundo lugar, medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias para garantizar un mayor accesoa los contenidos; y en tercer lugar, medidas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor.⁵⁸ Dentro de su contenido, destacan particularmente dos normas que han suscitado más controversias: el artículo 15, sobre protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea; y el artículo 17, que regula el uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos enlínea. Sobre este último se centrará el estudio en las páginas siguientes. La razón de la polémica radica en que dichas disposiciones podrían significar una alteración en la forma enque desarrollan su empresa las editoriales de prensa y los prestadores de servicios en línea, ya que, por un lado, se confiere un beneficio nuevo que podría robustecer la capacidad de negociación frente a otros actores en el mercado; y por otro, se reforma el alcance de su responsabilidad por hechos dañinos relativos a derechos de autor.⁵⁹

Representa un paso más hacia la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre derechos de autor y derechos afines,⁶⁰ para facilitar la divulgación de contenidos y las transacciones comerciales en el mercado digital.

⁵⁵ Comisión Europea – Comunicado de prensa. *La reforma de los derechos de autor permite salvar el último obstáculo: la Comisión acoge con satisfacción la aprobación de normas modernizadas adaptadas a la era digital*, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2151 (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁵⁶ Consejo de la Unión Europea, *Un mercado único digital para Europa*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁵⁷ Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital* (Bruselas, 2016), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=ES> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁵⁸ LÓPEZ RICHART, Julián, *Responsables, ma non troppo: las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercadoúnico digital*, en SAIZ GARCÍA, Concepción – EVANGELIO LORCA, Raquel (directoras), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo* (editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019), p. 308.

⁵⁹ ACOSTA-GONZÁLEZ, Diego, *Consideraciones en torno a la normativa sobre los prestadores de servicios en línea y editoriales de prensa propendida por la nueva directiva europea sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*, en *Revista La Propiedad Inmaterial*, n°27, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019, (pp. 97-119), p. 4 y 5.

⁶⁰ LÓPEZ RICHART, Julián, cit. (n. 13), p. 308.

Para tener un mayor entendimiento de la existencia de la Directiva, a continuación, se desarrollarán algunos conceptos que son clave en este contexto.

a) El comercio electrónico (e-commerce)

El comercio electrónico puede definirse como la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes telecomunicacionales.⁶¹ Sin embargo, puede concebirse una definición amplia de la expresión, en el sentido de que no se circunscribe únicamente a Internet, sino que también ha de referirse al teléfono, el fax y la televisión.⁶² La Directiva se refiere principalmente al uso masificado del Internet para las transacciones comerciales que se llevan a cabo en este tipo de comercio.

En Europa, la responsabilidad por los intermediarios en Internet por contenido infractor subido por los usuarios se encuentra regulada en la sección 4 de la Directiva 2000/31/CE (Directiva de Comercio Electrónico, en lo sucesivo, DCE). El ámbito de aplicación de la DCE es de carácter horizontal, es decir, las excepciones a la responsabilidad cubren varios tipos de actividades y contenidos ilegales y distintos tipos de responsabilidad.⁶³ Uno de los aspectos más relevantes y que tienen relación con la Directiva que es objeto de estudio de la presente memoria, se encuentran contenidos en los artículos 14 y 15 de la DCE.

b) El mercado único digital en la Unión Europea

El mercado único digital es aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto grado de nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia.⁶⁴

Para lograr un mercado único digital libre y seguro, la UE ha ido desarrollando una estrategia desde el 2015 a través de medidas legislativas, en el que los ciudadanos puedan comprar en línea a través de las fronteras y las empresas puedan vender en línea en toda la UE.⁶⁵ La estrategia se enmarca en el contexto de la nueva era digital, donde las tecnologías de la información y la comunicación –sobre todo, Internet– se han transformado en el fundamento de todos los sistemas económicos innovadores modernos. A través de un mercado único digital, se

⁶¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *El Comercio Electrónico y el papel de la OMC*, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/special_study_s.pdf (Visitado el 10 de agosto 2020)

⁶² Ibid.

⁶³ HELBERGER, N – GUIBAULT, Luice – JANSSEN, E. H., VAN EIJK, N.A.N.M. – ANGELOPOULOS, Christina – VAN HOBOKEN, Joris, *Legal Aspects of User Created Content*, en IDATE, TNO, IViR, *User-Created Content: Supporting a Participative Information Society, Study for the European Commission* (DG INFSO), Diciembre de 2008, p. 220.

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación SWD (la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa* (Bruselas, 2015), disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES%20\(06/05/2015\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=ES%20(06/05/2015)) (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁶⁵ *Un mercado único digital para Europa*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/> (Visitado el 10 de agosto 2020).

pretende mejorar y acrecentar la economía de la UE, en base a tres pilares⁶⁶: i) mejorar el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios en línea en toda Europa, ii) crear las condiciones adecuadas para que las redes y servicios digitales prosperen, y iii) aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital europea.

En resumen, a través de reformas legislativas a nivel comunitario se pretende avanzar hacia un mercado único digital y una de las aristas hace alusión a la armonización de la regulación de los derechos de autor, para que, por un lado, se asegure su protección a los titulares de derechos en este mercado, y por otro, se derriben las barreras a la actividad transfronteriza en línea.

2. *Historia y proceso legislativo*

En el presente apartado se repasarán algunos aspectos relevantes del desarrollo de la Directiva que merecen ser estudiados para formar una mejor comprensión del contexto. Sin embargo, será un repaso breve y somero, en honor al tiempo y a la extensión del presente trabajo de investigación.

a) La propuesta

La propuesta de la Directiva fue presentada el 14 de septiembre del 2016, por la Comisión Europea, con el objetivo de modernizar los derechos de autor en la Unión Europea a la luz del desarrollo de nuevas tecnologías digitales.⁶⁷ El servicio responsable del texto correspondía a la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías.

En este primer documento, la norma que es objeto de este trabajo se ubicaba en el art.13 -la que posteriormente pasaría a ubicarse en el art. 17- y así fue conocida por casi los dos años de tramitación de la Directiva.

b) Discusión

A partir del 16 de septiembre del mismo año se desarrollaron los debates en el Consejo, los cuales se desarrollaron hasta el 12 de abril de 2014.

El 25 de abril se dicta el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital», el cual contiene un paquete de medidas para adaptar los derechos de autor a las exigencias de la economía digital.⁶⁸

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones*, cit. (n. 19).

⁶⁷ KAYE, D, *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (2018), disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁶⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital» sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión» y sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados usos permitidos de obras y otras

Durante este procedimiento, el 30 de junio de 2017, el Comité Europeo de las Regiones promulga un Dictamen donde se realizan numerosas recomendaciones de enmienda a la propuesta⁶⁹, donde se sugiere que se realicen algunos cambios relativos a los considerandos y su articulado.

El Parlamento Europeo dicta la primera resolución legislativa, el 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. En este documento aprobado ya se habían incorporado algunas reformas, por lo que la norma del art. 13 pasa a ubicarse en el art. 17, como es conocido actualmente.

c) Aprobación

Finalmente, el texto de la Directiva es aprobado en Estrasburgo el 15 de abril de 2019, con 348 votos a favor, 274 en contra y 36 abstenciones.

3. Objetivos de la Directiva

La Directiva tiene por objeto modernizar la legislación de la Unión Europea en materia de derechos de autor teniendo en cuenta el creciente uso digital y transfronterizo de los contenidos protegidos. Una de las preocupaciones del legislador europeo es lograr una mayor armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, la cual se refleja en el tenor de los considerandos de la Directiva,⁷⁰ así para ofrecer una mayor seguridad jurídica, tanto para titulares de derechos de autor y derechos afines, como usuarios y otros agentes que participan en el comercio electrónico. Además, busca mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a los contenidos y garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor.⁷¹

Uno de los objetivos clave se centra en lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y los usuarios, por otra; a través de las excepciones y limitaciones establecidos en la Directiva.⁷²

prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la 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», disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52016AE5382> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁶⁹ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Derechos de autor en el mercado único digital (2017/C 207/14).

⁷⁰ El término “armonización” aparece repetidas veces a lo largo de los considerandos, como por ejemplo, en los considerandos 1, 2, 23. Esto deja claro que una de las preocupaciones del legislador europeo es lograr una armonización del marco jurídico en esta materia. Lo mismo ocurrió en su momento con la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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, donde a lo largo de sus considerandos se repite en numerosas ocasiones el concepto de “armonización”.

⁷¹ Derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, disponible en <https://eurlex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32019L0790> (Visitado el 10 de agosto 2020).

⁷² Considerando 6 de la Directiva.

4. *Contenido*

La Directiva prevé, entre otras cosas⁷³:

a) Medidas destinadas a adaptar las excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo, que incluyen excepciones para: i) la extracción de textos y datos, ii) la utilización de obras en actividades de enseñanza digitales y transfronterizas, incluido el contexto de las necesidades específicas de accesibilidad de las personas con discapacidad, y iii) la preservación del patrimonio cultural;

b) Medidas destinadas a mejorar las prácticas de concesión de licencias y ampliar el acceso a los contenidos, consistentes en normas armonizadas que faciliten: i) la explotación de las obras que no son objeto de comercio, ii) la ampliación de los acuerdos de concesión de licencias colectivas por parte de los organismos de gestión colectiva a los titulares de derechos que no hayan autorizado ni excluido sus obras en ese mecanismo, iii) la negociación de acuerdos para el suministro de obras en plataformas de vídeo a la carta y iv) la entrada en el dominio público de la reproducción de obras de arte visual al expirar el plazo original de protección; y

c) Medidas destinadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado de derechos de autor, en relación con la responsabilidad por el uso de las publicaciones de prensa y de los contenidos protegidos por los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea, así como el establecimiento de un mecanismo de ajuste de los contratos que permitan remunerar a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes”.

5. *El Artículo 17 de la Directiva*

a) *Generalidades*

Se encuentra dentro del capítulo 2 de la Directiva, titulado “Determinados usos de contenidos protegidos por servicios en línea”, y este artículo se denomina “Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea”. Su contenido trata sobre una categoría específica de prestadores de servicios de Internet, cuya actividad consiste en el almacenamiento y el acceso a contenidos que son cargados por sus usuarios.⁷⁴

Su objetivo principal consiste en crear un entorno justo de concesión de licencias y lograr que los titulares de derechos de autor y derechos afines sean justamente remunerados por sus obras que son publicadas en las plataformas de Internet. Así, el legislador europeo pretende disminuir el *value gap* (brecha de valor), el cual puede definirse como el supuesto desequilibrio existente entre el valor que obtienen ciertas plataformas digitales de las obras y prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios y el retorno que reciben a cambio los titulares de derechos.⁷⁵ Se pretende reforzar la posición de los titulares de derechos al momento de negociar y obtener una remuneración justa por la explotación de sus contenidos por parte de los proveedores de servicios

⁷³ OMPI, Cit. (n. 9).

⁷⁴ ACOSTA-GONZÁLEZ, Diego, Cit. (n. 14), p. 6.

⁷⁵ LÓPEZ RICHART, Julián, cit. (n. 13), p. 321.

de la sociedad de la información que almacenan y facilitan el acceso público a grandes cantidades de obras u otras prestaciones cargadas por sus usuarios.⁷⁶

Se establece un nuevo régimen de responsabilidad aplicable a los proveedores de servicio cuando por esos contenidos subidos por sus usuarios se infrinjan derechos de autor o derechos afines, y a la vez se impone la obligación de utilizar técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos.⁷⁷ Por lo que cualquiera de estas compañías, como Facebook o YouTube, serán legalmente responsables de cualquier contenido amparado por derechos de autor que se encuentre en sus plataformas.

Este precepto, junto con el artículo 15, fueron ampliamente debatidos y controversiales desde su presentación en la Propuesta de la Directiva. Incluso se crearon movimientos ciudadanos y políticos en contra de esta normativa⁷⁸, que en un primer momento se encontraba en el art. 13 de la Propuesta de la Directiva. Sin embargo, una vez aprobada la Directiva, que además de pasar a ubicarse en el artículo 17, se esfumaron la mayoría de las aprehensiones al aprobarse una normativa menos estricta.

Cabe destacar que su articulado original era más abreviado en comparación con el actual, pues en un principio el art. 13 constaba únicamente de tres incisos que se referían de forma genérica a la responsabilidad de los prestadores de servicios. En primer lugar, se hacía alusión a que estos agentes “adoptarán, en cooperación con los titulares de derechos, las medidas pertinentes para asegurar el correcto funcionamiento de los acuerdos celebrados con los titulares de derechos para el uso de sus obras u otras prestaciones o para impedir que se estén disponibles en sus servicios obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de los derechos en cooperación con los proveedores de servicios”.⁷⁹ Dentro de la misma disposición ya se hacía referencia como una de las medidas el uso de técnicas efectivas de reconocimiento de contenidos, que serán adecuadas y proporcionadas.⁸⁰ En el apartado siguiente se establecía una obligación a los Estados, que consistía en velar “por que los proveedores de servicios contemplados en el apartado 1 implanten mecanismos de reclamación y recursos a los que puedan acceder los usuarios en caso de litigio sobre la aplicación de las medidas a las que se refiere el apartado 1”.⁸¹

b) Ámbito de aplicación

Este nuevo régimen de responsabilidad se aplica únicamente a los prestadores de servicios. La Directiva los define como los “prestadores de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar acceso al público a una gran

⁷⁶ Ibid., p. 320.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Algunas personas como Jimmy Wales, fundador de Wikipedia, reaccionaron negativamente, argumentando que realmente no se beneficiará a los creadores, sino a los gigantes tecnológicos y se restringirá la libertad de expresión y opinión en Internet. Así mismo, ciudadanos y usuarios reaccionaron ante esta nueva legislación, creando una campaña denominada #SaveYourInternet (#SalvaTuInternet), con el objetivo de concientizar el impacto del art. 17 para las pequeñas empresas y creadores independientes. También numerosos académicos y expertos en la materia declararon que existen inconsistencias en la Propuesta en relación con el actual marco normativo de la Unión Europea.

⁷⁹ Artículo 13.1 de la Propuesta de la Directiva.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Artículo 13.2 de la Propuesta de la Directiva.

cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos”.⁸² Por lo tanto, esta norma no será aplicable a los prestadores de servicios de enlaces y los buscadores, ya que estos no almacenan contenido sino que facilitan su acceso a través de hipervínculos.

Respecto a la noción de “gran cantidad” de obras u otras prestaciones contenidas en la definición, la Directiva no se encarga de conceptualizar este elemento cuantitativo, por lo que deja abierta su interpretación. El considerando 63 de la Directiva tampoco aclara mucho la situación, en cuanto que afirma que será una interpretación casuística, tomando en consideración “una combinación de elementos, como la audiencia del servicio y el número de ficheros de contenido protegido por derechos de autor cargados por los usuarios de los servicios”. Además, hay que tener en consideración que la valoración de impacto que acompañaba a la Propuesta de la Directiva señala que «esa categoría incluye servicios que pueden diferir significativamente en tamaño», ya que hay plataformas en las que se suben «de cientos a millones de archivos» diariamente.⁸³

c) Régimen de exención de responsabilidad de los proveedores de servicios

Si bien esto ha sido tratado por la doctrina de forma desestructurada o poco pedagógica, aquí se hará el intento de estudiar los apartados correspondientes de forma sistemática, aislando cada tópico o elemento para su correspondiente análisis ordenado. Es por eso que se verá, por un lado, el régimen de exención de responsabilidad de los proveedores de servicios –que es el tema principal del art. 17 y que mayormente han desarrollado algunos autores–, y por otro, el fair use o uso justo que se entiende contenido y que es objeto principal de la presente memoria.

i) Acto de comunicación al público

El primer aspecto que regula el art. 17, indica que los prestadores de servicios realizan un acto de comunicación al público, al ofrecer al público el acceso a obras protegidas que han sido cargadas por sus usuarios.⁸⁴ Esto significa que deberán contar con la autorización de los titulares de derechos de autor para la utilización de sus obras, en caso contrario, deberá hacerse efectiva su responsabilidad, a menos que demuestren que:

- i. han hecho los mayores esfuerzos por obtener la debida autorización;

⁸² Artículo 2.6 de la Directiva.

⁸³ European Commission, Staff Working Document. *Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programs*, SWD (2016) 301 final, Part 1/3, p. 152, n. 466.

⁸⁴ 1. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones.

ii. han hecho los mayores esfuerzos⁸⁵ para garantizar la indisponibilidad de obras –de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional⁸⁶– y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria; y

iii. que hayan actuado de modo expeditivo para impedir el acceso a obras o retirarlas del sitio web tras recibir una notificación por parte de los particulares.⁸⁷

Esta autorización puede otorgarse de forma directa por parte de los titulares de derechos, a través de las licencias, pero también podría obtenerse de manera indirecta, por medio de los mecanismos de licencias colectivas (voluntario, extendido u obligatorio) y las licencias legales (basadas en excepciones o limitaciones remuneradas).⁸⁸ Sin embargo, se extrae de la lectura de la Directiva que la forma de alcanzar este objetivo es a través de los acuerdos de licencia directa, por lo que se buscará “fomentar el desarrollo del mercado de licencias entre titulares de derechos y prestadores de servicios para compartir contenidos en línea [...]”⁸⁹, de forma equitativa y manteniendo un equilibrio razonable entre las partes, con respeto a la libertad contractual.⁹⁰

Por otro lado, si bien las plataformas almacenan y facilitan contenidos, se ha entendido que los proveedores de servicios no se limitan a la mera puesta a disposición de instalaciones materiales, sino que constituye un acto de comunicación al público y estarían desempeñando un papel activo, por lo que estarán obligados a suscribir acuerdos de licencia con los titulares de derechos, a no ser que puedan acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE.⁹¹

El concepto de "acto de comunicación pública" sigue siendo un proceso en construcción continua en la medida en que viene a determinar una "frontera jurídica" entre el ilícito penal y el civil en materia de propiedad intelectual. Y la definición recogida en la Directiva, vendrá a perfilar una realidad imprecisa y sumamente volátil en los límites de la posible aplicación del derecho penal, que aunque vaya dirigida esencialmente a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, alargará su posible alcance de aplicación a otros tipos de prestadores de servicios en Internet.⁹²

⁸⁵ Se ha entendido que esta sería una obligación de medios y no una obligación de resultado, la cual se determinará de acuerdo a las circunstancias particulares del caso y teniendo en consideración las medidas que adoptaría un “operador diligente” (considerando 66.2 de la Directiva). Además, el apartado 5 dispone que “[a]l determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios”.

⁸⁶ Considerando 66 de la Directiva.

⁸⁷ Art. 17.4.

⁸⁸ QUINTAIS, João - FROSIO, Giancarlo - Gompel, Stef Van - HUGENHOLTZ, P. Bernt - HUSOVEC, Martin - JÜTTE, Bernd Justin - SENFLEBEN, Martin, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics* (Amsterdam, Noviembre, 2019), p. 1.

⁸⁹ Considerando 61 de la Directiva.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Considerando 38 de la Propuesta.

⁹² OLIVAS RUBIO, Tomasa – TAMAYO MUÑOZ, Carmen, *Luces y sombras del artículo 17 de la directiva europea sobre el copyright* (Julio 2019), disponible en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/prop_industrial/luces-y-sombras-del-articulo-17-de-la-directiva-europea-sobre-el-copyright# (Visitado el 10 de agosto 2020).

ii) Exclusión del régimen de excepción de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE

Antes de la entrada en vigencia de la Directiva 790/2019, el régimen de excepción de responsabilidad de los prestadores de servicios se encontraba en la Directiva 2000/31CE, del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el comercio interior (también conocido como Directiva sobre comercio electrónico o por sus siglas, DCE). En su art. 14 se señala que “el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita [...]”, y que “b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”. Esto último es lo que se conoce como el procedimiento de notificación y retirada (*Notice and Take Down*).

Sin embargo, en el primer párrafo del art. 17.3, dispone que cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicacional público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, no se aplicará la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14 DCE. Peroluego en el párrafo segundo de la misma disposición, destaca que aquello no afecta a la posible aplicación de este régimen de excepción de responsabilidad a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva.

d) Excepciones y limitaciones

Las licencias y obligaciones que se establecen en el art. 17 deben ser interpretadas en el contexto de las reglas de excepciones y limitaciones que se contienen en el art. 17.7.⁹³ En esta norma, se pueden identificar una cláusula general y otra especial. La primera se encuentra contenida en el primer subpárrafo, el cual establece que las obligaciones preventivas establecidas en el apartado 4 de la misma norma, específicamente en los literales b) y c)⁹⁴, no deberán impedir que ese contenido subido por los usuarios esté disponible en las plataformas de los prestadores de

⁹³ 7. La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación. Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea: a) citas, críticas, reseñas; b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.

⁹⁴ 4. En caso de que no se conceda una autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).

servicios, si dicha carga no infringe los derechos de autor, incluso si está cubierta por alguna excepción o limitación. Esto debe entenderse junto al apartado 9, en el sentido que la Directiva “no afectará en modo alguno los usos legítimos, como los usos bajo excepciones o limitaciones previstas en el derecho de la Unión”. A este respecto, el considerando 70 subraya la necesidad de implementar obligaciones preventivas, sin perjuicio de la aplicación de estas excepciones y limitaciones, “en particular aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios”.⁹⁵

La segunda cláusula se encuentra establecida en el segundo subpárrafo, donde se establece este régimen especial de excepciones y limitaciones.

e) *El fair use o uso justo*

Si bien la doctrina del fair use es un concepto de origen anglosajón, encuentra su equivalente en la llamada “regla de los tres pasos”, consagrada, en primer lugar, en la Convención de Berna y posteriormente en el Acuerdo ADPIC, el Tratado Internacional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y el Tratado Internacional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de Interpretación y Fonogramas. En cada uno de estos tratados se contemplan normas que establecen excepciones o limitaciones a las facultades que son otorgadas al titular de derechos de autor, las cuales deben ser claramente definidos y de alcance limitado.

En la Directiva 96/9/CE se contempló el otorgamiento “a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones al derecho de impedir la extracción y/o reutilización no autorizadas de una parte sustancial de contenido de una base de datos cuando dicha extracción se destine a fines privados, de ilustración, de enseñanza o de investigación científica”, con la precisión no causar daño alguno a los derechos exclusivos del fabricante y además, se cuenta con la posibilidad de limitar dicha autorización a determinadas categorías de establecimientos de enseñanza o de investigación científica (considerandos 50 y 51). Se contemplaba expresamente como una limitación a los derechos de autor en el art. 6, cuya disposición se titula “Excepciones a los actos sujetos a restricción”. Algo de fair use se percibe en el apartado 2, letra b)⁹⁶ y en el art. 9, letra b), sobre excepciones al derecho *sui generis*.

Uno de los aspectos estudiados en la evaluación de impacto en la Propuesta de la Directiva, es el de la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas,⁹⁷ donde se decidió conceder cierta flexibilidad a los Estados miembros para decidir aplicar la excepción en función de la disponibilidad de licencias. Lo mismo ocurrió con la utilización de contenidos protegidos por derechos de autor por parte de servicios de la sociedad de la información, ya que se optó que la obligación de que ciertos proveedores de servicios integren tecnologías adecuadas y fomentar la celebración de acuerdos con los titulares de derechos.⁹⁸

⁹⁵ QUINTAIS, João et al., cit. (n. 43), p. 2.

⁹⁶ 2. En los siguientes casos los Estados miembros podrán imponer limitaciones a los derechos contemplados en el artículo 5: b) cuando la utilización se haga únicamente con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente, en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga.

⁹⁷ Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital*, Cit. (n. 12).

⁹⁸ *Ibid.*

i) Concepto de fair use

Se ha entendido que en el apartado 7 del art. 17 se encuentra consagrada una cláusula de fair use. Para aproximarnos a su concepto, en el capítulo siguiente se estudiará de forma más detenida el fair use, pero por el momento se definirá del siguiente modo:

“El uso justo de una obra protegida por derechos de autor, incluido el uso por reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para fines tales como críticas, comentarios, informes de noticias, enseñanza, becas o investigación, no constituye una infracción de derechos de autor”.⁹⁹

ii) Requisitos de procedencia

El régimen especial de fair use obliga a que los proveedores de servicios respeten los contenidos subidos a sus plataformas cuando su uso se ampare en alguna de estas excepciones o limitaciones:

- a. *Citas, críticas, reseñas.*¹⁰⁰
- b. *Usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.*¹⁰¹

Estos conceptos han de tener una significación particular y autónoma dentro del ordenamiento jurídico de la Unión, con el fin de que su interpretación por parte de la Corte europea sea consistente con la Directiva y la Directiva 2001/29/CE, en relación con ciertos aspectos de derechos de autor y derechos afines aplicables en la sociedad de la información.¹⁰²

Cuando la norma se refiere a los conceptos de “caricatura, parodia o pastiche”, se incluyen los conocidos *memes* de Internet, los cuales consisten en imágenes con texto yuxtapuesto que son replicados por autores derivados, hasta el punto donde las imágenes trascienden la importancia de la publicación original y su subyacente trabajo.¹⁰³ Durante el proceso de tramitación de la Directiva –cuando esta norma aún se contenía en el art. 13– este fue uno de los aspectos más controversiales que surgió en el debate, ya que se temía a una posible prohibición o restricción de los memes que circulan en Internet, ya que la gran mayoría de las imágenes y *gifs* que componen los memes, se extraen de trabajos protegidos por derechos de autor.

Cabe destacar que esta comunicación al público que se produce al subir un contenido de estas características a una plataforma requiere que el usuario utilice la obra sin fines comerciales. Sin embargo, este requerimiento no es incluido en la regulación de esta norma ni en el resto de la Directiva.¹⁰⁴

f) Mecanismos automatizados de reconocimiento de contenidos

⁹⁹ RIFE, Martine Courant, *The fair use doctrine: History, application, and implications for (new media) writing teachers*, en *Computers and Composition* 24 (2007) 154-178, p. 158.

¹⁰⁰ Art. 17.7, segundo párrafo, letra a).

¹⁰¹ Art. 17.7, segundo párrafo, letra b).

¹⁰² QUINTAIS, João et al. cit. (n.43), p. 3.

¹⁰³ PATEL, Ronak, *First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes* en *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 20, N°2 (Los Angeles, California, Estados Unidos de América, diciembre, 2013), p. 1.

¹⁰⁴ QUINTAIS, João et al. cit. (n. 43), p. 3.

Actualmente, existen diversas técnicas de reconocimiento de contenido automatizados, pero la más utilizada es la tecnología de «huella digital» (*digital fingerprint*). Su funcionamiento se basa en un análisis complejo realizado por un software que extrae los rasgos esenciales que individualizan una obra o prestación protegida y los recoge en un archivo o huella digital. Cada vez que un usuario sube un contenido a la plataforma, este sistema lo compara con una gran base de datos de huellas digitales de diferentes archivos (como vídeos y música) y en caso de que detecte alguna coincidencia el contenido será automáticamente bloqueado.¹⁰⁵

Si bien algunas plataformas ya venían utilizando de manera voluntaria los filtros de contenidos, como lo ha estado haciendo YouTube a través del filtro denominado Content ID desde 2007, aparentemente el art. 17 viene a consolidar su utilización. A pesar de que no se imponga de manera expresa la obligación de utilizar estos mecanismos por parte de los proveedores de servicios, se ha entendido que ese sería el espíritu de la disposición contenida en el art. 17.4, al referirse a la necesidad de que los prestadores de servicios demuestren que han hecho, de acuerdo con las normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y prestaciones específicas previamente identificadas por los titulares de derechos. Además, en el literal c) de la misma disposición, se indica que deberán realizarse esfuerzos para evitar que dichas obras sean cargadas en el futuro. Por lo que a través de estos mecanismos, las plataformas serán capaces de posibilitar el ingreso de ciertos contenidos y negárselo a otros.

En su momento, se señaló en la Propuesta de forma explícita el uso de técnicas de reconocimiento de contenidos.¹⁰⁶ En este caso, serán los titulares de derechos los que facilitarán los datos necesarios para que los prestadores de servicios puedan identificar sus contenidos¹⁰⁷, y a su vez, estos últimos deberán ser transparentes para con los titulares de derechos en lo que respecta a las tecnologías desplegadas, la forma en que se utilizan y su tasa de éxito en el reconocimiento de los contenidos.¹⁰⁸

Sin embargo, se han generado numerosas críticas a estos filtros de contenidos. La primera y principal de ellas dice relación con que el estado actual de dichas tecnologías no las hace completamente fiables,¹⁰⁹ ya que no son capaces de distinguir de los usos legítimos –fair use– de los ilegítimos –piratería– de ciertos contenidos protegidos por derechos de autor. Además, sumado a este nuevo régimen que puede hacer recaer la responsabilidad a los prestadores de servicios por la infracción a los derechos de autor, trae como consecuencia la implementación de filtro más agresivos, por lo que aumentarán los casos en que se niegue la puesta a disposición en una plataforma de algún contenido amparado por el fair use y que, a raíz de eso, el usuario se verá en la necesidad de apelar a través del sistema interno del servicio.

La segunda crítica consiste en que las Pymes de Internet no contarían con la capacidad financiera y tecnológica para implementar dichos mecanismos, por lo que se arriesgan a incumplir con la

¹⁰⁵ LÓPEZ RICHART, Julián, cit. (n. 13), p. 340 y 341.

¹⁰⁶ Considerando 39 del Texto de la Propuesta.

¹⁰⁷ Se podría considerar que esta sería lo que dispone el literal b) del art. 17. 4, en lo que se refiere a “información pertinente y necesaria” que es proporcionada por los titulares de derechos.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ ACOSTA-GONZÁLEZ, Diego, cit. (n. 14). p. 101.

nueva Directiva.¹¹⁰ Por estas razones, Francia y Alemania lograron acordar un compromiso para que se eximiera de cumplir con esta obligación de forma rigurosa a las empresas con utilidades anuales inferiores a diez millones de euros con menos de cinco millones de usuarios mensuales y con un tiempo de operación inferior a tres años.¹¹¹

Este deber de filtrado se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia como incompatible con la prohibición de establecer un deber general de supervisión, establecida en el art. 17.8¹¹², ya que se le estaría exigiendo a los prestadores de servicios efectuar un monitoreo general sobre la información y contenidos que son subidos y almacenados en sus plataformas.¹¹³

g) Procedimiento de notificación y retirada (notice & take down)

En el apartado 9 del artículo 17 se establece un mecanismo de reclamación y recurso a disposición de los usuarios en caso de que hayan subido alguna obra y esta haya sido inhabilitada o retirada de la plataforma. Se vincula con lo estipulado en el apartado 4 de la misma norma, donde en su letra c) se establece que los prestadores de servicios han de actuar de modo expeditivo al recibir una notificación de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras protegidas y evitar que vuelvan a estar disponibles en el futuro. Es decir, los prestadores de servicios desempeñan un papel reactivo.

En esta norma se establecen dos obligaciones. Por un lado, los prestadores de servicios deberán implementar un mecanismo de reclamación “ágil y eficaz”, tanto para procesar los reclamos presentados “sin dilación indebida” y para las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados, que estarán sujetas a un examen manual. Por otro lado, los titulares de derechos que solicitan la inhabilitación o eliminación “deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud”.

Se estableció este mecanismo para garantizar los usos legítimos que se encuentren al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión¹¹⁴, especialmente aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios¹¹⁵, a través de mecanismos de apelación

¹¹⁰ Mehreen Khan. *What will change with the EU's new copyright law?*, en Financial Times, disponible en <https://www.ft.com/content/30e461bc-305c-11e9-8744-e7016697f225> (Visitado el 10 de agosto 2020).

¹¹¹ Art. 17.6: Los Estados miembros dispondrán que, respecto de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10 000 000 EUR, calculado con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (20), los requisitos que les sean aplicables en virtud del régimen de responsabilidad establecido en el apartado 4 se limiten al cumplimiento de la letra a) de dicho apartado y a la actuación expeditiva, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo que han hecho los mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras y otras prestaciones notificadas respecto de las cuales los titulares de derechos hayan facilitado la información pertinente y necesaria.

¹¹² Art. 17.8: La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea proporcionen a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, así como, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos.

¹¹³ ACOSTA-GONZÁLEZ, Diego, cit. (n. 14), p. 8.

¹¹⁴ Art. 17.9, párrafo 3.

¹¹⁵ Considerando 70 de la Directiva.

dentro de este procedimiento. Además, se establece una obligación dirigida a los Estados Miembros en función de garantizar acceso a tribunales u otros órganos jurisdiccionales competentes a los usuarios, a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines, incluido el fair use establecido en el apartado 7.¹¹⁶

6. *Derechos fundamentales involucrados*

Las críticas y discusiones que han surgido en torno al art. 17 se centran en la afectación que produciría el uso de mecanismos de filtrado de contenidos a los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, la Carta) sobre todo el derecho a la libertad de expresión. Empero, otros derechos también podrían colisionar con dicha disposición, como son el derecho a la libertad de empresa y el derecho de información y de protección de datos personales.

a) Derecho a la libertad de empresa

En primer lugar, una de las críticas dirigidas a los filtros de contenidos, es que podrían colisionar con el derecho de libertad de empresa del proveedor de servicios por tratarse de una medida demasiado gravosa¹¹⁷, por lo que sería una barrera de entrada al mercado para las pequeñas y medianas empresas, puesto que, en el caso de no contar con tales tecnologías, se arriesgarían a incumplir la Directiva.

b) Derecho de información y de protección de datos personales

Se hace referencia específicamente al derecho de información y de protección de los datos personales de los usuarios y consumidores, consagrados en el artículo 8º de la Carta.¹¹⁸

El problema puede verse desde dos aristas. En primer lugar, los sistemas de filtrado no podrán distinguir en la mayoría de los casos entre los contenidos lícitos de los ilícitos, por lo que existiría el riesgo de un manejo inadecuado de los datos de carácter personal. Se hace referencia a ello en el considerando 70 de la Directiva en relación a los mecanismos de reclamación y recursos que les afecte a los usuarios en relación con una carga para la que se ha inhabilitado el acceso o que se ha retirado de la plataforma.

En segundo lugar, si bien el art. 17.8 establece una obligación dirigida a los prestadores de servicios en orden a proporcionar a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, no hace mención a la transparencia frente a los usuarios. En este caso, los usuarios sólo tienen la posibilidad de reclamar individualmente en caso de que algún contenido subido por ellos haya sido bloqueado o retirado injustificadamente. Es decir, no existe una obligación general

¹¹⁶ Art. 17.9, párrafo 3.

¹¹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-7/10. Caso Scarlet.

¹¹⁸ Artículo 8. Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

dirigida a los prestadores de servicios de hacer pública información relacionada con el funcionamiento de las medidas adoptadas, las obras y prestaciones identificadas por los titulares de derechos y los contenidos denunciados, el número de reclamaciones presentadas por los usuarios, el tiempo de resolución, y las respuestas ofrecidas por los prestadores de servicios.¹¹⁹

c) Derecho a la libertad de expresión

En el contexto de las excepciones y limitaciones que se contemplan en la Directiva, en el considerando 70 de la misma, se reconoce expresamente la importancia de lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales establecidos en la Carta, particularmente dos derechos: la libertad de expresión y la libertad artística¹²⁰—además del derecho de propiedad—incluida la propiedad intelectual. Añade luego, “esas excepciones y limitaciones deben por lo tanto ser obligatorias a fin de garantizar que los usuarios reciban una protección uniforme en toda la Unión”. Es decir, el legislador europeo le otorga un estatus especial a dichas excepciones y limitaciones, al consagrarlas como una obligación para los Estados miembros para el respeto de tales derechos y libertades de los ciudadanos que participan en el ciberespacio.¹²¹

Es importante tener presente el ámbito de aplicación de dicha obligación, ya que no solo se aplica respecto a los actos cubiertos por el derecho específico de comunicación al público regulado en el art. 17, sino que también a todos aquellos actos de carga o puesta a disposición de los usuarios en las plataformas de los prestadores de servicios que cumplan con los requisitos de las excepciones y limitaciones que se consagran.¹²² Sin embargo, algunos autores sostienen que “la mera previsión de un mecanismo de reclamación y recurso sea suficiente para establecer un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el derecho fundamental a la libertad de expresión, si este no se regula minuciosamente”¹²³, ya que, si bien existe un sistema de reclamación y contra reclamación, sólo una pequeña minoría de los usuarios reclaman ante el bloqueo de contenidos. Además, por el diseño de este nuevo sistema de responsabilidad, los prestadores de servicios estarán más incentivados a retirar o bloquear contenidos supuestamente infractores, a fin de evitar que se les haga efectiva dicha responsabilidad.¹²⁴

Por otro lado, se ha considerado que implica una amenaza a que se restrinja de sobremanera la disponibilidad de contenidos en Internet, lo que afectaría la experiencia de los usuarios y consumidores al impedirles acceder a un número mayor de obras y contenidos.¹²⁵ Además, la posibilidad de acceso a contenidos en masa tiene repercusiones positivas a posteriori para los artistas y músicos, incentivando por parte del público la adquisición y consumo de tales

¹¹⁹ LÓPEZ RICHART, Julián, cit. (n. 13), pp. 361 y 362.

¹²⁰ Artículo 11. Libertad de expresión y de información: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Artículo 13. Libertad de las artes y de las ciencias: Las artes y la investigación científica son libres. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:ES:PDF>. (Visitado el 10 de agosto 2020).

¹²¹ QUINTAIS, João et al., cit (n. 43), p. 2.

¹²² Ibid., p. 3

¹²³ LÓPEZ RICHART, Julián, cit. (n. 13), p. 360

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ REDA, Julia, *The text of article 13 and the EU Copyright Directive has just been finalized*, disponible en <https://juliareda.eu/2019/02/eu-copyright-final-text/> (Visitado el 10 de agosto 2020).

contenidos y bienes complementarios, que, si bien pueden ser ilícita su divulgación inicial, puede fomentar el crecimiento y desarrollo de los artistas.

En definitiva, la principal preocupación de algunas figuras como Julia Reda¹²⁶, agrupaciones de artistas independientes y defensores de derechos; es la supervivencia de un internet abierta y global, compuesta por la participación de los ciudadanos en la formación de una cultura digital de creación y recreación activa a través de la red.¹²⁷

III. SITUACIÓN DEL FAIR USE Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET EN CHILE

En este tercer y último capítulo, se realizará un breve repaso de la protección de la propiedad intelectual y derechos de autor en la legislación nacional, para luego estudiar más detenidamente algunos aspectos relevantes de la Ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual, pasando por la protección de los derechos de autor y la responsabilidad civil en Internet. El objetivo principal de este capítulo es observar el estado actual de la cuestión en relación a la legislación europea, que fue analizada en el segundo capítulo de este trabajo, comparándola la situación nacional.

I. *Nociones generales*

La propiedad intelectual es un concepto que se puede entender de dos maneras: en un sentido amplio y en un sentido restringido. Cuando se habla de propiedad intelectual en sentido amplio, se hace referencia a un conjunto de derechos cuyo común denominador es su conexión con procesos creativos o mentales.¹²⁸ Estos derechos son el derecho de autor, derechos conexos, patentes, marcas, diseños industriales, modelos de utilidad y otros. Por su parte, al hablar de propiedad intelectual en sentido restringido, se hace alusión al derecho de autor y derechos conexos, que encuentran su estatuto de regulación en la Ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual. El propósito de esta regulación es proteger al resultado de una actividad creadora, de manera que es necesaria la existencia de un bien incorpóreo, perceptible a través del intelecto —aunque su exteriorización se exprese a través de un soporte material—, y objetivamente identificable.¹²⁹

Los derechos conexos o afines al derecho de autor tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones personales o técnico-empresariales que no constituyen una “creación” literaria, artística o científica, pero que tienen vinculación con la difusión de las obras del ingenio.¹³⁰ Aunque se encuentren regulados en la misma ley que los derechos de autor, ambos tienen pocas normas en común, ya que solamente comparten las mismas limitaciones y excepciones, el sistema de registro y las acciones y procedimientos aplicables en caso de infracción.¹³¹

¹²⁶ Europarlamentaria por Alemania, vicepresidenta del partido de los Verdes y activista en contra de la Directiva.

¹²⁷ LARA, Carlos J., Directiva de Derechos de Autor de la UE: avanza la internet filtrada en Europa en Derechos Digitales, disponible en <https://www.derechosdigitales.org/12827/directiva-de-derechos-de-autor-de-la-ue-avanza-la-internet-filtrada-en-europa/> (Visitado el 10 de agosto 2020).

¹²⁸ WALKER ECHENIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 5.

¹²⁹ ANTEQUERA, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines* (Reus, Madrid, 2007), p. 4.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 19.

¹³¹ Título III y Título IV, capítulos I y II, LPI.

a) Tratados Internacionales

Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales bilaterales y multilaterales en relación con la materia de estudio. Sin embargo, muchos de estos tratados regulan de forma específica algunos aspectos de esta área. Se enunciarán algunos de las convenciones internacionales más importantes:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna);
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma);
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS);
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT);
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT);
- Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU.; y
- Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por la otra.

b) Legislación nacional

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico regula la propiedad intelectual en los siguientes cuerpos normativos:

- Constitución Política de la República, artículo 19, n°25¹³²⁻¹³³;
- Código Civil, artículo 584¹³⁴;
- Ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual.

2. *La Ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual*

¹³² Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular./ El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley./ Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley./ Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

¹³³ Es concordante con nuestra tradición jurídica romanista el hecho de que la propiedad intelectual se encuentre consagrada en la Constitución como un derecho fundamental, lo cual también es consecuente con los tratados internacionales que Chile ha suscrito en materia de derechos de autor, ya que es concebido como un derecho humano. Esto queda mejor reflejado en el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual establece “el derecho de toda persona de participar en la vida cultural de su comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios resultantes de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”. Asimismo, reconoce el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científica y artísticas de que sea autor”.

¹³⁴ Artículo 584: Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. / Esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales.

La ley sobre Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, LPI), fue publicada el 2 de octubre de 1970, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva, y por la cual se derogaron el Decreto Ley de Propiedad Intelectual N°345, de 17 de marzo de 1925, y la Ley N°9.549, de 21 de enero de 1950. Este texto regula en forma particular el derecho de autor y los derechos conexos.

Esta ley ha sufrido varias modificaciones, debido a la necesidad de actualizarse ante los cambios ocurridos por la aparición de las nuevas tecnologías y para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas a partir de los acuerdos internacionales nuestro país en relación a esta materia. La reforma más reciente se realizó a través de la Ley N°20.435, en el año 2010, la que tiene por objeto actualizar la regulación vigente en materia de derechos de autor y derechos conexos a la luz de la era digital.

a) Objeto y ámbito de aplicación

La ley tiene por objeto proteger los derechos que adquieren los autores de las obras que son parte de “los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”.¹³⁵ Es decir, los autores de determinadas obras que contempla la ley adquieren una serie de derechos por el solo hecho de la creación de las mismas, cualquiera sea su forma de expresión. A la luz de las reformas introducidas por la ley N°20.435, la ley no sólo protege las obras que cuenten con un soporte analógico, sino también digital y virtual dado que también éstas son formas diversas de expresión.¹³⁶ Acorde a esta idea, y siguiendo lo dispuesto en el Convenio de Berna, no es necesaria formalidad alguna para que estas obras obtengan protección, ya que el artículo 8° LPI establece una presunción legal de autoría o paternidad a favor de quien ha registrado la obra en el Registro de Propiedad Intelectual, por lo que este registro es facultativo y cumple la función de dar publicidad de los actos jurídicos de los cuales da testimonio con dicha inscripción.

Para que una obra obtenga protección, debe cumplir con los siguientes requisitos:

i) *Expresión*. La doctrina comparada la ha definido como “la forma presentativa de una obra determinada”.¹³⁷ Se puede inferir que es la existencia de una expresión, sin importar cuales sean sus características particulares, es decir, la exteriorización de un proyecto y que permite identificar su contenido.¹³⁸

ii) *Originalidad*. Consiste en reconocer que la obra tiene una individualidad, consistente en el sello personal que le otorga el autor a través de la particularidad de su forma de expresión.¹³⁹ Si bien la legislación nacional no hace mención expresa de este requisito, se deduce del hecho que

¹³⁵ Artículo 1, LPI.

¹³⁶ COSTA NAVARRO, Catalina, *Perspectiva constitucional del Derecho de Autor en el entorno digital*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Santiago de Chile, 2007), p. 44.

¹³⁷ LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ediciones UNESCO, Cerlalc; Zavalia (Argentina, 2006), p. 62.

¹³⁸ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 76.

¹³⁹ ANTEQUERA, Ricardo, cit. (n. 129), p. 45.

la ley haga referencia a la necesidad de la existencia de “una creación”, la cual no es necesaria formalidad alguna para que dichas obras estén amparadas por esta ley.¹⁴⁰

iii) *Sea de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos.* La Guía del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas del año 1971, señala que el dominio literario o artístico abarcan las esferas de las artes figurativas, musicales y todas aquellas que se expresan mediante palabras. En cuanto al ámbito científico, esta guía indica que la obra científica recibe protección en cuanto a la forma que reviste, y no en razón de su carácter científico o por versar sobre las ciencias médicas o físicas.

b) Tipos de obras

El artículo 3° de la LPI enumera a modo ejemplificador y no taxativo, quedan “especialmente” protegidos con arreglo a la presente ley las obras que se encuentran amparadas por el derecho de autor. En él, se desarrolla un catálogo no sistematizado y que, tomando los criterios que considera Elisa WALKER en su Manual de Propiedad Intelectual, las obras se pueden agrupar en obras literarias (libros, folletos, artículos y escritos en general), obras musicales, obras escénicas (así como las obras dramáticas y las coreográficas), obras artísticas (pinturas, dibujos y otros similares), obras audiovisuales (obras cinematográficas), programas computacionales y bases de datos.

c) Sujetos del derecho de autor

Resulta relevante determinar quién es el sujeto, ya que será la persona facultada por ley para ejercer los derechos patrimoniales y morales que conforman el derecho de autor. La LPI en su artículo 7°, distingue entre titular originario y titular secundario.

i) Titular originario

La ley no establece una definición de autor, por lo que se utilizará el concepto propuesto por Elisa WALKER, que lo define como “la persona natural que crea la obra literaria, artística o científica que es objeto de protección legal”.¹⁴¹ Es decir, el autor es aquel que realiza la obra, sin embargo, no es necesariamente el titular de todos los derechos de autor que sobre su obra puedan ejercerse. Por regla general, el autor es el titular original del derecho.

Sin embargo, es posible que el titular originario no sea el autor, sino que otra persona, admitiendo la posibilidad de que sea una persona jurídica. Es lo que ocurre con los programas computacionales¹⁴², las obras cinematográficas¹⁴³, antologías, crestomatías y otras compilaciones análogas¹⁴⁴, enciclopedias, diccionarios y otras compilaciones análogas¹⁴⁵, obras colectivas¹⁴⁶, obras creadas por funcionarios del Estado, Municipio, corporaciones oficiales, instituciones

¹⁴⁰ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 79.

¹⁴¹ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 103.

¹⁴² Artículo 8, LPI.

¹⁴³ Artículo 25, LPI.

¹⁴⁴ Artículo 24, letra a), LPI.

¹⁴⁵ Artículo 24, letra b), LPI.

¹⁴⁶ Artículo 5, letra c), LPI.

semifiscales o autónomas y demás personas jurídicas estatales¹⁴⁷ y fotografías realizadas en virtud de un encargo.¹⁴⁸

ii) Titular secundario

Respecto a esta segunda categoría, se puede definir titular secundario como “el que la adquiera del autor a cualquier título”.¹⁴⁹ Aquí se encuentran el cónyuge sobreviviente, los herederos, legatarios y cesionarios.¹⁵⁰

d) Derechos y facultades

En el inciso final del artículo 1° de la LPI, se les otorga el monopolio exclusivo a los artistas una serie de derechos y facultades, los cuales pueden clasificarse en dos tipos: derechos morales y derechos patrimoniales.

i) Derechos morales

Se encuentran regulados en el Capítulo IV de la LPI, titulado “Derecho Moral”, donde el artículo 14 los enumera. La característica principal de estos derechos es que son inalienables, es decir, no pueden ser transferidos o cedidos a terceros, por lo que cualquier pacto en contrario es nulo.¹⁵¹ Además, son derechos irrenunciables, transmisibles por causa de muerte y perpetuos.¹⁵² Las facultades reguladas por ley son:

i) *Derecho a la paternidad.* El autor tiene la facultad de “[r]eivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido”.¹⁵³ Corresponde al derecho “que tiene el autor a que se le reconozca su condición de creador de la obra, esto es, que ha sido fruto de su ingenio y talento y que constituye, por tanto, una proyección de superpersonalidad”.¹⁵⁴ Como contrapartida, también tiene la facultad de “[e]xigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común”.¹⁵⁵

ii) *Derecho al respeto e integridad de la obra.* El autor puede “[o]ponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento”.¹⁵⁶ La razón que subyace a esta norma se relaciona con respetar la expresión de la personalidad del autor, protegiendo el mensaje o los intereses del autor de la obra.¹⁵⁷ Es importante tener presente la distinción entre el derecho a la integridad y el de modificación, el cual corresponde a un derecho de carácter patrimonial, consistente en la facultad de autorizar la creación de obras derivadas.

¹⁴⁷ Artículo 88, LPI.

¹⁴⁸ Artículo 34, LPI.

¹⁴⁹ Artículo 7°, LPI.

¹⁵⁰ HERRERA, Dina, *Propiedad Intelectual, Derechos de Autor. Ley N°17.336 y sus Modificaciones* (2a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999), p. 54.

¹⁵¹ Artículo 16, LPI.

¹⁵² HERRERA, Dina, cit. (n. 150), p. 67.

¹⁵³ Artículo 14, numeral 1°, LPI.

¹⁵⁴ COSTA NAVARRO, Catalina, cit. (n. 136), p. 34.

¹⁵⁵ Artículo 14, numeral 5°, LPI.

¹⁵⁶ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 151.

¹⁵⁷ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 151.

iii) *Derecho de divulgación e inédito*. La ley establece que el autor tiene la facultad de “[m]antener la obra inédita”.¹⁵⁸ Esta facultad puede entenderse como aquella de “decir que una obra no va a ser dada a conocer al público, impidiendo cualquier forma de divulgación de la misma”.¹⁵⁹ Se diferencia del derecho a publicar una obra, en cuanto este último corresponde a un derecho patrimonial y que consiste en una de las formas que tiene el autor para hacer accesible su obra al público.¹⁶⁰ Esto es, tienen una utilidad económica directa, a diferencia de los derechos morales, por lo que también son conocidos como derechos económicos o de explotación.

ii) *Derechos patrimoniales*

Se encuentran regulados en el Capítulo V, relativo al “derecho patrimonial, su ejercicio y limitaciones”. Se pueden definir como “las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico”.¹⁶¹ Se diferencian de los derechos morales en que los derechos patrimoniales no son de duración indefinida, ya que están sometidos a un régimen de duración limitado, esto es, se extinguen una vez transcurridos 70 años desde la muerte del autor, por regla general.¹⁶² Además, están sometidos a una serie de excepciones y limitaciones establecidas por ley, restringidas a casos específicos, las que permiten que terceros utilicen tales obras sin autorización expresa del titular. A continuación, se examinarán someramente las facultades:

i) *Derecho de reproducción*. Puede definirse como “la facultad exclusiva de explotar la obra en su forma original o derivada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento y la obtención de una o varias copias de todo o parte de la obra”.¹⁶³ Generalmente, es conocido también como la copia de una obra, ya que se encuentra estrechamente relacionado con el acto de reproducir.¹⁶⁴ Se regula en términos amplios –“por cualquier procedimiento” – por lo que la copia puede llevarse a través de cualquier medio y, además, no se exige una copia exacta –“copias de toda o parte”.

ii) *Derecho de distribución*. Consiste en la “venta o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con la ley”.¹⁶⁵ Además, la ley agrega que este derecho se ejerce única y exclusivamente en base a copias tangibles, por lo que no se aplica a las versiones digitales de una obra que no estén contenidas en un soporte material.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Artículo 14, numeral 3°, LPI.

¹⁵⁹ WALKER ECHENIQUE, Elisa, cit. (n.4) p. 154.

¹⁶⁰ Ibid., pp. 154 y 155.

¹⁶¹ VEGA JARAMILLO, Alfredo, *Manual de Derecho de Autor* (Dirección Nacional de Derecho de Autor, Colombia, 2010), p. 35.

¹⁶² Artículo 19, LPI.

¹⁶³ VEGA JARAMILLO, Alfredo, cit. (n. 161), p. 37.

¹⁶⁴ Artículo 5, letra u), LPI.

¹⁶⁵ Artículo 18, letra e), LPI.

¹⁶⁶ Artículo 5, letra q), LPI.

iii) *Derecho de comunicación al público*. La ley lo define como “todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ Es decir, consiste en la facultad del titular de autorizar que su obra sea difundida o puesta a disposición del público.

iv) *Derecho de transformación o modificación*. La ley define transformación como “todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente”.¹⁶⁹ Esto incluye “[a]daptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción”.¹⁷⁰ Es decir, se crea una obra nueva y diferente a partir de otra anterior, la que como tal, gozará de su propia protección.

f) *Excepciones y limitaciones a los derechos de autor*

Nuestra Constitución Política contempla la posibilidad de limitar la propiedad intelectual a razón de la función social de la propiedad¹⁷¹ y en la medida que se cumplan los requerimientos constitucionales para ello, y por esta razón se establece una lista taxativa y de forma específica. La limitación consiste en la restricción del ejercicio de las facultades propias del derecho de propiedad, sin que se afecte su titularidad y siempre respetando el núcleo esencial de dicho derecho. El objetivo de estas excepciones es asegurar un espacio para el desarrollo de los intereses de los usuarios.¹⁷²

En la reforma introducida por la Ley N°20.435, además de regular nuevos aspectos relacionados con la tecnología, se incorporó un catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor, con la finalidad de garantizar el acceso de la ciudadanía a obras protegidas, ya que estas excepciones son de utilización libre y gratuita. Es decir, no es necesario requerir autorización ni pago de remuneración alguna al titular de los derechos. Actualmente la ley contempla el Título III, llamado “Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos”.

Más allá de lo cuestionable que pueda resultar la técnica legislativa que se decidió al regular las excepciones contempladas en el artículo 71 desde el literal A hasta el literal Q, según Daniel ÁLVAREZ VALENZUELA¹⁷³, pueden sistematizarse estas excepciones según su finalidad o propósito:

¹⁶⁷ Aquí se reconoce el carácter interactivo de Internet y otros medios de comunicación, donde los usuarios pueden decidir cuándo y cómo acceder a la obra, y no solamente en una presentación en vivo, como por ejemplo, un concierto o presentación musical.

¹⁶⁸ Artículo 5, letra v), LPI.

¹⁶⁹ Artículo 5, letra w), LPI.

¹⁷⁰ Artículo 18, letra c), LPI.

¹⁷¹ Artículo 19, n°25 CPR, en relación con el artículo 19, n°24.

¹⁷² WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4) p. 196.

¹⁷³ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel, *En busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor*, en *International Centre for Trade and Sustainable Development* (2011), Ginebra: Suiza.

- *Excepciones para libertad de expresión y/o creación* (Art. 71 B, P, Q). Aquí se incluye el derecho de cita, la sátira o parodia y el uso incidental que se distinga artísticamente de la obra original.
- *Excepciones para usos privados* (Art. 71 N, R). Se permite la comunicación o ejecución pública de una obra en el contexto del núcleo familiar, así como las traducciones de una obra para el uso personal.
- *Excepciones para discapacitados* (Art. 71C). Esta excepción permite la reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público de una obra en beneficio de discapacitados visuales, auditivos o de cualquier otra clase de discapacidad que impida el normal acceso a una obra, subsanando así una deficiencia histórica de la ley anterior.
- *Excepciones para fines educacionales* (Art. 71 M, D, Q, B, N). A través de esta excepción se autoriza la traducción y reproducción para fines educacionales de pequeños fragmentos de obras aisladas de distinta naturaleza para la ilustración de actividades educativas, así como la ejecución y comunicación pública de obras en este tipo de establecimientos.
- *Excepciones para bibliotecas y archivos* (Art. 71 I, J, K, L, M). Se agregan nuevos usos autorizados, como la reproducción íntegra de obras que no se encuentren disponibles en el mercado, la traducción de obras completas para su uso en la biblioteca o archivos y la reproducción electrónica para el uso en salas.
- *Excepciones de interés público o usos públicos* (Art. 71 S, D, E, F). De acuerdo y siguiendo con lo establecido en la Convención de Berna, esta excepción autoriza la reproducción y comunicación al público de una obra para la elaboración de actos judiciales, administrativos y legislativos.
- *Excepciones tecnológicas* (Art. 71 Ñ, O). Se comprende la excepción relativa a programas computacionales y las copias temporales. En cuanto a la primera, se estableció con la finalidad de facilitar el desarrollo de tecnologías locales, en concordancia con la experiencia internacional en esta materia. Y en cuanto a la segunda, autoriza expresamente la reproducción provisional de obras protegidas cuando ella sea necesario para su transmisión o uso lícito.
- *Excepción de usos justos o incidentales* (Art. 71 Q).

i) Fair use o el uso justo en Chile

Al ser Chile parte de la tradición jurídica continental, al igual que la Unión Europea, no es fácil importar una cláusula de fair use al estilo del *common law*. Cuando se discutió durante la tramitación de la Ley N°20.435 la inclusión de una cláusula general de excepción a los derechos de autor, se generó una fuerte oposición por parte de ciertos sectores de creadores y representantes nacionales de industrias creativas internacionales.¹⁷⁴ Por otro lado, esta excepción encontró el apoyo de organizaciones representativas de usuarios y consumidores, los cuales

¹⁷⁴ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4) p. 198.

indicaban la necesidad de tener un sistema de excepciones flexible para que se adapte fácilmente a las nuevas tecnologías y asegurar así un balance entre los autores, usuarios y consumidores.¹⁷⁵

El mensaje presidencial proponía incorporar en el ordenamiento jurídico una excepción de carácter general, reproduciendo la “regla de los tres pasos”, siguiendo los parámetros establecidos en el Convenio de Berna y Acuerdos ADPIC. La norma propuesta, que originalmente se encontraba en el artículo 71 R, contemplaba la posibilidad de que los tribunales exceptuaran legalmente ciertas utilidades legítimas de obras autorizadas, “siempre que se circunscriban a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución y del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Además, la norma propuesta derogaba el artículo 45 bis de la ley vigente en aquel entonces.¹⁷⁶

Sin embargo, producto de la tensión entre los diferentes intereses involucrados, se incluyó en el catálogo de excepciones una norma que autoriza el uso justo, tipificada en el artículo 71 Q. Esta disposición ha sido catalogada como un germen de uso justo, al estar inspirada en las normas del fair use anglosajón, empero, de alcances estrechos e imprecisos.¹⁷⁷ Actualmente, la norma dispone:

Artículo 71 Q. “Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.”

Cabe destacar que la ley no define el sentido de la expresión “incidental”, y desafortunadamente, no existen antecedentes documentales en la historia de la ley que ayuden a precisar su sentido y alcance. Por lo que los llamados a realizar una interpretación serán los tribunales de justicia.

Además, surge la siguiente interrogante: ¿por qué el legislador decidió establecer esta norma, que contempla los propósitos de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siendo que ya se encuentran establecidas en los diferentes literales anteriores del artículo 71? ¿Acaso estos propósitos gozan de exigencias distintas o menos estrictas de las contempladas en los otros literales? ¿Por qué se exceptúan de este beneficio las obras audiovisuales de carácter documental?

ii) Análisis con el Derecho comparado

Si observamos el anteriormente analizado artículo 17.7 de la Directiva sobre derechos de autor de la Unión Europea, las excepciones o limitaciones mínimas que los Estados deben establecer consisten en: “a) citas, críticas, reseñas; y b) usos a efectos de caricatura parodia o pastiche”. Sin embargo, hay que recordar y tener en consideración que el ámbito de aplicación de esta

¹⁷⁵ Ibid., p. 199.

¹⁷⁶ El artículo 45 bis establecía: Las excepciones establecidas en este Párrafo y en el Párrafo siguiente se circunscribirán a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Leu N°19912, D.O. 04.11.2003.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel, cit. (n. 173), p. 8.

disposición es más acotado en comparación al art. 71 de la legislación nacional, ya que el art. 17 se circunscribe a la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea, es decir, se reduce al ámbito digital. Empero, si analizamos la responsabilidad civil en internet en la LPI, no se hace alusión expresa a esta excepción. Se podría sostener que, encontrándose ambas materias reguladas en la LPI, podría hacerse una aplicación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Por otro lado, la regulación del fair use en Estados Unidos contempla propósitos tales como “crítica comentario, reportaje de noticias, enseñanza, (incluyendo varias copias para su uso en el aula), estudios o investigación”.¹⁷⁸ Se puede observar que, a diferencia de la legislación nacional, se incluyen los reportajes de noticias. Dicha excepción no se encuentra regulada en ninguna de las excepciones contempladas en la LPI.

Para tener una mirada más amplia, se analizarán algunas normativas comparadas que recogen el uso justo en sus derechos, siendo que se tratan de origen continental.

Colombia

En la legislación colombiana se ha establecido un régimen de excepciones y limitaciones al uso de obras protegidas por el derecho de autor, como una forma de conciliar los intereses generales (los usuarios y consumidores) y el autor. Así las cosas, se consagran una serie de requisitos para ser utilizadas las obras en ciertas circunstancias, lo que también se conoce como “la regla de los tres pasos”:

Siguiendo en esta línea, la jurisprudencia colombiana ha contribuido en la delimitación de esta figura, en tanto que la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que: “De igual manera, puede decirse que con el fin de lograr cierto equilibrio entre intereses contrapuestos: el interés general de la comunidad y el interés particular de la obra protegida, la legislación colombiana, en consonancia con las legislaciones mundiales en la materia, ha establecido un régimen de excepciones que corresponden a aquellas situaciones en las que no es necesario solicitar autorización del titular del derecho, ni realizar una remuneración por la utilización de la obra. Todas las excepciones deben cumplir con los requisitos de la llamada regla de los tres pasos: (i) que se trate de un caso especial y específico, (ii) que con su aplicación no se atente contra la normal explotación de la obra, y (iii) que con ésta no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho de autor.”¹⁷⁹

Así mismo, la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se aprueba un régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, donde en su art. 21 establece:

“Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”

De este modo, el derecho de cita, como una de estas limitaciones, y la regla de los tres pasos, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado en su jurisprudencia que:

¹⁷⁸ Sección 107 de la Copyright Act.

¹⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-011/13 (2013), p. 64.

“En los países de tradición jurídica anglosajona, cumpliendo la misma función de la ‘doctrina de los tres pasos’, se ha consolidado el concepto de un ‘uso justo’ o ‘fair use’, según los siguientes factores: 1) El propósito del uso de la obra: se trata de verificar si la obra se pretende utilizar con fines comerciales o con propósitos no lucrativos; 2) La naturaleza del trabajo protegido; 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada del trabajo; 4) El efecto del uso en el mercado potencial de la obra”.¹⁸⁰

Sin embargo, para adecuar la normativa a las necesidades surgidas por las nuevas tecnologías, se incorporaron una serie de nuevas limitaciones y excepciones a través de la Ley 1915 de 2028. Dentro de estas, destacamos para interés de la presente memoria, lo relativo a que: “Se permitirá la transformación de obras literarias y artísticas divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y caricatura, y no implique un riesgo de confusión con la obra originaria.”

Ecuador

La legislación relativa a los derechos de autor se encuentra recogida en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante, COESCI). Así, en su art. 21, se establecen una serie de reglas que deben seguir los países miembros para sentar los límites y excepciones al derecho de autor, fundadas en “casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.¹⁸¹

En el artículo 211 del COESCI¹⁸² se regula la figura del fair use del sistema anglosajón del copyright, donde, además de la regla de los tres pasos, se establece una lista taxativa de casos de libre utilización de las obras, a las cuales no se tendría que aplicar el examen de uso justo,¹⁸³ siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Algunos de los actos que se incluyen en esta lista constituyen: la cita, utilización de obras en actos oficiales públicos, uso con fines informativos, usos con fines científicos o educativos, entre otros. Cabe destacar el numeral 13 de la norma en comento, la cual hace referencia a casos de sátira, pastiche o parodia de una obra divulgada, siempre que se ajuste a las reglas de estos géneros.

España

Los límites a los derechos de autor en el Derecho español se encuentran regulados en el Capítulo II “Límites”, del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación SC31403 (2010), p. 38.

¹⁸¹ Artículo 21, Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (1993).

¹⁸² Art. 211.- Uso justo.- No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecúa a lo dispuesto en este artículo se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores: 1. Los objetivos y la naturaleza del uso; 2. La naturaleza de la obra; 3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso; 4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y, 5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.

¹⁸³ BORJA AULESTIA, Egle Carolina, *Utilización y modificación de obras protegidas por derechos de autor en fotografías publicadas en el mundo digital*, en *USFQ Law Review* vol. 10, N°1 (mayo de 2023), pp. 199-200.

el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

En el art. 32.1 se establece que es lícita “la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”. Sin embargo, la misma norma señala que se deben cumplir una serie de condiciones para acogerse a lo que prescribe:

- a) que se utilice con fines docentes o de investigación y en la medida justificada por esas finalidades;
- b) que se trate de obras divulgadas; y
- c) que se indique la fuente y el nombre del autor de la obra citada.

Resulta de interés analizar el límite señalado en el art. 39 del mismo cuerpo normativo, donde se incorpora la parodia. De acuerdo a esta norma, “[n]o será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.” Por lo tanto, el derecho español considera, por un lado, que la parodia es una obra derivada, y como tal, exige que sea original, y por otro, que se trate de una parodia divulgada.¹⁸⁴

Además, se exige que la parodia no puede causar daño a la obra originaria ni a su autor.¹⁸⁵

Por último, en el art. 40 bis se consagra la regla de los tres pasos como cláusula de cierre, en el caso en que la parodia cause perjuicio alguno a los intereses legítimos del autor a la explotación normal de la obra.¹⁸⁶

g) Responsabilidad civil en Internet

Uno de los más grandes desafíos que significa para el Derecho la existencia de Internet es hacer valer la responsabilidad civil y penal de las personas que utilizan de forma ilegal obras protegidas por propiedad intelectual. En este caso, el estudio se centrará en la responsabilidad civil en el ciberespacio, en relación a la limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios y las excepciones reguladas en la LPI.

i) Sujetos que interactúan en la red digital

¹⁸⁴ CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *El concepto de parodia en derecho comunitario: la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 3 de septiembre de 2014*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (Dykinson, Madrid, 2016), p. 118.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

En primer lugar, se estudiará someramente a los sujetos que participan en el ciberespacio y que potencialmente pueden ser responsables por la utilización de obras protegidas a través de este medio.

i) *Los proveedores de contenido.* Son aquellas “personas naturales o jurídicas, que se caracterizan por seleccionar y poner a disposición de los usuarios de internet un determinado contenido”.¹⁸⁷ Estos sujetos pueden ser responsables civilmente por la infracción de propiedad intelectual que circule en internet, sin embargo, dado que pueden actuar de forma anónima en la red de redes, dificulta su individualización y, también, muchas veces carecende solvencia económica, en caso de que sean sancionados por dichas infracciones.¹⁸⁸

ii) *Los proveedores de servicios.* La Ley, en su artículo 5º, letra y), los define como “una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes.” Esta definición constituye una copia exacta de la comprometida por Chile en el TLC celebrado con EE.UU.¹⁸⁹ Sin embargo, en el artículo 85L, en relación a la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, se indica que también aplica a “*personas naturales* o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados”, lo cual lo torna inconsistente con la noción de empresa que se señala en la primera norma. Con todo, se puede salvaguardar este problema con la existencia de empresas individuales de responsabilidad limitada.¹⁹⁰

iii) *Los usuarios de las redes digitales.* Pueden definirse como “los destinatarios de la información a la que se accede mediante la intermediación de los proveedores de servicios”.¹⁹¹ También pueden ser responsables de la infracción a la propiedad intelectual, en la medida que utilicen obras protegidas mediante su reproducción para asegurar el acceso a la misma.¹⁹²

ii) Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet

Otro de los aspectos que entró a regular la Ley N°20.435 es la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por las infracciones que cometan los usuarios de estos servicios a través de sus redes, ya que corresponde a una de las obligaciones surgidas del TLC Chile-EE.UU.

La LPI adopta un sistema de puerto seguro, esto es, un conjunto de reglas que limitan la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet en la medida que éstos cumplan con determinadas obligaciones, conforme a la naturaleza del servicio prestado, cuando exista una infracción a los derechos de autor cometida por los usuarios y suscriptores de servicios provistos

¹⁸⁷ MARÍN PEIDRO, Lucía, *Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet* (Fundación Retevisión, Madrid, 2000), p. 53.

¹⁸⁸ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4) pp. 330 y 331.

¹⁸⁹ Artículo 17.11: Observancia de los derechos de propiedad intelectual, n°23. Limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, letra i), TLC Chile-EE.UU.

¹⁹⁰ CERDA SILVA, Alberto, *Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er. Semestre) [pp.121 – 148], p. 127.

¹⁹¹ WALKER ECHEÑIQUE, Elisa, cit. (n. 4) p. 335.

¹⁹² MARÍN PEIDRO, Lucía, cit. (n. 179), p. 62.

por el prestador de servicios.¹⁹³ En consecuencia, no podrá aplicarse este régimen a aquellos proveedores de servicios que hayan infringido derechos de autor por sí mismos. No obstante, sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales a que se refiere el artículo R, de la LPI.¹⁹⁴

Al igual que en la Directiva, y siguiendo las disposiciones del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, los prestadores de servicios de internet no están obligados a supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.¹⁹⁵

Se establecen ciertas obligaciones en la LPI que deben ser cumplidas por los proveedores de servicios, a efectos de beneficiarse de la limitación de responsabilidad que se les confiere.¹⁹⁶ Además, la ley establece diferentes condiciones según el tipo de servicio que realiza el proveedor, por lo que las condiciones pueden ser catalogadas de especiales y generales. Tales obligaciones generales son:

i) Establecer condiciones generales y públicas, bajo las cuales podrá hacer uso de la facultad de poner término a los contratos de los prestadores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de los derechos previstos en la LPI.

ii) No deber interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas.

iii) No deber haber generado ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios. Esta obligación no aplica respecto de los prestadores de servicios de búsqueda, vinculación o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información.

Por su parte, las condiciones especiales se distinguen de acuerdo a la naturaleza o tipo de servicio que realiza el proveedor. Así, la LPI distingue cuatro categorías de prestadores de servicios, a saber:

i) Prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones.

ii) Prestadores de servicios que temporalmente almacenen datos mediante un proceso automático (*caching*).

iii) Prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema.

iv) Prestadores de servicios de búsqueda, vinculación o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios.

¹⁹³ Artículo 85 L, LPI.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Artículo 85 P, LPI.

¹⁹⁶ Artículo 85 O, LPI.

La importancia de determinar la naturaleza de los servicios provistos por este sujeto radica en que, dependiendo de a qué tipo corresponda, surgen diferentes obligaciones específicas vinculadas con la limitación de responsabilidad civil. Asimismo, resulta útil a efectos de establecer el nivel de responsabilidad que cada proveedor debe asumir ante una eventual infracción a los derechos de autor.¹⁹⁷

iii) Control judicial de bloqueo de contenido

A través de la Ley N°20.435 se crea un procedimiento judicial simplificado de retiro y bloqueo de contenidos, en el supuesto que el prestador de servicios sea informado sobre la infracción del derecho de autor o derechos conexos a través de los sistemas que son controlados por ellos. Permite obtener una orden judicial de forma expedita, siempre y cuando se cumplan con los requisitos específicos establecidos para cada tipo de servicio de que se trate.

Esta regulación específica, como se puede apreciar en el presente trabajo, ya existía en la Unión Europea y en Estados Unidos, conocido como *notice & take down*. Anteriormente, en nuestro país, la falta de disposiciones específicas en la materia suscitaba dudas y cierta incertidumbre jurídica.

El artículo 85 Q LPI, autoriza a que un titular de derechos o su representante pueda solicitar al tribunal una orden para dar de baja un contenido infractor de internet, así como una orden que disponga la terminación de ciertos servicios provistos a un supuesto infractor.¹⁹⁸ Esas medidas pueden ser de carácter judicial o prejudicial, sin embargo, si la medida es solicitada antes del juicio, puede ser decretada sin audiencia previa del proveedor de contenido, si existen razones graves para ello. Quien solicita esta medida deberá rendir caución previa, a satisfacción del tribunal.

Si dicha solicitud cumple con todos los requisitos establecidos en la ley, y siempre que no implique el bloqueo de otros contenidos legítimos, el tribunal puede decretar una orden disponiendo la bajada de contenidos o el bloqueo, la cual debe ser apropiadamente notificada al prestador de servicios de internet. Sin embargo, el proveedor de contenidos afectados podrá solicitar al tribunal que deje sin efecto dicha medida, cumpliendo también con los requisitos establecidos en la LPI.

Sin embargo, a diferencia del modelo anglosajón y europeo, en nuestro sistema es necesaria la participación de los tribunales de justicia para que se decrete dicho bloqueo. Es decir, no basta con la mera notificación privada entre el titular del derecho y el proveedor de servicio para que se efectúe un bloqueo o la bajada de contenidos supuestamente infractores.

Esta participación judicial ha sido criticada en cuanto a que el tiempo de tramitación de una medida judicial o prejudicial no se condice con la agilidad con que funciona internet, por lo que la lentitud del sistema puede llegar a afectar a los usuarios que se benefician del contenido que se encuentra en Internet.¹⁹⁹

¹⁹⁷ CERDA SILVA, Alberto, cit. (n. 182), p. 129.

¹⁹⁸ Artículo 85 Q, LPI.

¹⁹⁹ WALKER ECHENIQUE, Elisa, cit. (n. 4), p. 343.

Lamentablemente, hasta el día de hoy no existe jurisprudencia suficiente para determinar la eficacia o no del sistema judicial de bloqueo de contenido, ya que los pocos juicios que existen en materia de infracción de derechos de autor en el entorno digital terminan siendo resueltos por la vía extrajudicial.

CONCLUSIONES

1. La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, forma parte de una iniciativa general para adecuar el derecho de autor a la nueva era digital. Con ella, se busca una adecuada protección para los autores y artistas, así como una mejora en su remuneración por la explotación de sus productos culturales por parte de los servicios en línea.

2. Se establece un nuevo régimen de responsabilidad aplicable a los proveedores del servicio, para la hipótesis en que los usuarios infrinjan las normas de derechos de autor a través del contenido que suben a la red. Asimismo, se les obliga utilizar técnicas de reconocimiento automatizado de contenidos para detectar tales infracciones.

3. El fair use se presenta como un límite a la responsabilidad de los proveedores de servicios, lo cual permea el contenido de internet en cuanto medio de entretenimiento y cultural. En primer lugar, se temió por una censura generalizada en el medio digital por la forma en que se han de utilizar dichas técnicas, ya que resultan agresivas, aunque existan procedimientos para apelar la decisión generada por la red, pueden llegar a ser engorrosos, poco amigables y en ocasiones injustos. Sin embargo, activistas y parlamentarios han discutido para un equilibrio entre los intereses entre, por un lado, los proveedores de servicios y artistas, y por otro, los usuarios y creadores de contenido.

4. El origen del fair use o el uso justo se remonta casi a la vez que el copyright en el siglo XVIII, en el mundo anglosajón, ya que se erige como casi una necesidad cultural el uso de creaciones del intelecto humano para el desarrollo personal y social (la copia es un elemento clave en todas las culturas). En tiempos del internet, el fair use se levanta como un bastión para sus millones de usuarios, donde se han borrado los límites de las regulaciones hasta ese entonces y prevalece el uso libre de los contenidos. Aquí se enmarca el desafío del derecho moderno: intentar regular algo tan inasible como los son los datos en el ciberespacio.

5. Nuestra tradición jurídica no ha regulado tanto el derecho de autor y fair use como han hecho los países anglosajones (o, más bien, las perspectivas varían), por eso, resulta interesante mirar hacia la Unión Europea para observar cómo se van desarrollando soluciones a este problema y comparar instituciones. La ley de propiedad intelectual 17.336, con la reforma introducida por la Ley N°20.435, sí presenta excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos. En el artículo 71 Q de la ley se puede vislumbrar un germen del uso justo, sin embargo, surgen más interrogantes que respuestas.

6. La ley de propiedad intelectual también regula la responsabilidad civil en internet, la cual presenta limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios por las infracciones que

cometan sus usuarios, debiendo cumplir con ciertas obligaciones y condiciones especiales. Asimismo, regula un procedimiento judicial de retiro y bloqueo de contenidos en la hipótesis de infracción a las normas de derechos de autor.

7. Si bien nuestro país ha ido dando grandes pasos en la regulación de la propiedad intelectual en internet siguiendo la llama que lleva la Unión Europea, aún no disponemos de jurisprudencia suficiente para determinar la eficacia de la implementación de dicho procedimiento. Y, lamentablemente, el mundo digital marcha a una velocidad exponencial, la que difícilmente alcanzará el derecho. Pese a los esfuerzos aportados por la tecnología, por un lado, y los políticos encargados de regular por otro; aún falta un largo camino por recorrer para implementar las normas más acordes y suficientes con el contexto digital, ya que las medidas legales aún siguen las concepciones tradicionales que caracterizan a las ciencias jurídicas. Existe un diálogo constante a la hora de conciliar ambas ramas del conocimiento, con la finalidad de encontrar el justo medio y evitar que una restrinja o pase a llevar a la otra.

7. Por último, existe en el derecho comparado de origen continental regulación del uso justo o fair use, como limitaciones o excepciones a los derechos de autor. En algunos casos, como el de Colombia o Ecuador, existe un reconocimiento de la figura del uso justo, similar a cómo es consagrado el fair use en el sistema anglosajón; sin embargo, en el caso de España, cuya legislación podría considerarse similar a la nuestra nacional, no hay una referencia explícita y su regulación es bastante básica.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA-GONZÁLEZ, Diego, *Consideraciones en torno a la normativa sobre los prestadores de servicios en línea y editoriales de prensa propendidas por la nueva directiva europea sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital*, en *Revista La Propiedad Inmaterial*, n°27, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2019.

ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel, *En busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor*, en *International Centre for Trade and Sustainable Development* (2011), Ginebra: Suiza.

ANTEQUERA, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines* (Reus, Madrid, 2007).

BARRIO, Moisés Andrés, *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de Internet* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2018).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes* (Dykinson, Madrid, 2016).

BORJA AULESTIA, Egle Carolina, *Utilización y modificación de obras protegidas por derechos de autor en fotografías publicadas en el mundo digital*, en *USFQ Law Review* vol. 10, N°1 (mayo de 2023).

CERDA SILVA, Alberto, *Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er. Semestre).

CÓRDOBA MARENTES, Juan F., *El fin no justifica la excepción: Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense*. Boletín mexicano de derecho comparado, 45 (134), 2012.

COSTA NAVARRO, Catalina, *Perspectiva constitucional del Derecho de Autor en el entorno digital*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Santiago de Chile, 2007).

DAVIES, Gillian, *Copyright and the Public Interest* (2ª edición, Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2002).

GARCÍA SANZ, Rosa María, *El Derecho de Autor en Internet*, Memoria para optar al grado de doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Madrid, 2004).

GORDON, Wendy J., *Intellectual Property Law*, en Oxford Handbook of Legal Studies Peter Cane & Mark Tushnet, eds., Oxford University Press, 619 (2003).

HERRERA, Dina, *Propiedad Intelectual, Derechos de Autor. Ley N° 17.336 y sus Modificaciones* (2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999).

HOEREN, Thomas – DECKER, Ute, *Electronic archives and the press: copyright problems of mass media in the digital age*, en EIPR, n° 7 (1998).

HUGENHOLTZ, P. Bernt – SENFLEBEN, Martin R.F., *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, en *Amsterdam Law School Research Paper* N° 2012-39, Institute for Information Law Research Paper N° 2012-33 (Noviembre 2011).

JACKSON, Matt, *Using Technology to Circumvent the Law: The DMCA's Push to Privatize Copyright*, en *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, volumen 23, año 2000-2001.

LESSIG, Lawrence, *Code. Version 2.0* (Basic Books, New York, 2006).

LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ediciones UNESCO, Cerlalc; Zavalía (Argentina, 2006).

LÓPEZ RICHART, Julián, *Responsables, ma non troppo: las reglas de exención de responsabilidad de las plataformas para el intercambio de contenidos en línea en la directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital*, en SAIZ GARCÍA, Concepción – EVANGELIO LORCA, Raquel (directoras), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019).

MARÍN PEIDRO, Lucía, *Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet* (Fundación Retevisión, Madrid, 2000).

MARTIN-PRAT, María, *Aplicación del derecho de autor en el contexto de las redes digitales*, en WEINSTEIN CAYUELA, José et al., *Derecho de autor. Un desafío para la creación y el desarrollo* (LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2004).

PATEL, Ronak, *First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes* en *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 20, N°2 (Los Angeles, California, diciembre 2013).

QUINTAIS, João – FROSIO, Giancarlo – Gompel, Stefan – HUGENHOLTZ, P. Bernt – HUSOVEC, Martin - JÜTTE, Bernd Justin - SENFTLEBEN, Martin, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics* (Amsterdam, Noviembre, 2019).

RIFE, Martine Courant, *The fair use doctrine: History, application, and implications for (newmedia) writing teachers*, en *Computers and Composition* 24 (2007).

RODRÍGUEZ, Manuel Antonio, *Los mecanismos de autotutela en derecho de autor y derechos conexos*. Tesis de postgrado para optar al grado de Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (Mérida, 1999).

SHERMAN, Brad – BENTLY, Lionel, *Intellectual Property Law* (Oxford University Press, Oxford, 2009).

STOPPS, David, *Cómo vivir de la música* (Industrias creativas, publicación n°4, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

VEGA JARAMILLO, Alfredo, *Manual de Derecho de Autor* (Dirección Nacional de Derecho de Autor, Colombia, 2010).

WALKER ECHENIQUE, Elisa, *Manual de Propiedad Intelectual* (Legal Publishing Chile, Santiago, 2014).

FUENTES ELECTRÓNICAS

BARLOW, John Perry, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, en *Electronic Frontier Foundation*, disponible en <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

COMISIÓN EUROPEA – COMUNICADO DE PRENSA. *La reforma de los derechos de autor permite salvar el último obstáculo: la Comisión acoge con satisfacción la aprobación de normas modernizadas adaptadas a la era digital*, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2151 (Visitado el 10 de Agosto 2020).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Un mercado único digital para Europa*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

COPYRIGHT ADVISORY OFFICE, *WHAT IS FAIR USE?*, Columbia University Libraries, disponible en <https://web.archive.org/web/20140208205300/http://copyright.columbia.edu/copyright/fair-use/what-is-fair-use/> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

HELBERGER, N. – GUIBAULT, Luice – JANSSEN, E. H. – VAN EIJK, N.A.N.M. – ANGELOPOULOS, Christina – VAN HOBOKEN, Joris, *Legal Aspects of User Created Content*, en *IDATE*, TNO, IViR, *User-Created Content: Supporting a Participative Information Society, Study for the European Commission* (DG INFSO), Diciembre de 2008, disponible en http://www.ivir.nl/publications/helberger/User_created_content.pdf, p. 220 (Visitado el 10 de Agosto 2020).

KAYE, D, *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression* (2018), disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

LARA, Carlos J., *Directiva de Derechos de Autor de la UE: avanza la internet filtrada en Europa en Derechos Digitales*, disponible en <https://www.derechosdigitales.org/12827/directiva-de-derechos-de-autor-de-la-ue-avanza-la-internet-filtrada-en-europa/> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

MEHREEN Khan. *What will change with the EU's new copyright law?*, en *Financial Times*, disponible en <https://www.ft.com/content/30e461bc-305c-11e9-8744-e7016697f225> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

OLIVAS RUBIO, Tomasa – TAMAYO MUÑOZ, Carmen, *Luces y sombras del artículo 17 de la directiva europea sobre el copyright* (Julio, 2019), disponible en http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/prop_industrial/luces-y-sombras-del-articulo-17-de-la-directiva-europea-sobre-el-copyright# (Visitado el 10 de Agosto 2020).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *El Comercio Electrónico y el papel de la OMC*, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/special_study_s.pdf (Visitado el 10 de Agosto 2020)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Unión Europea: Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2011/29/CE*, disponible en https://www.wipo.int/news/es/wipolex/2019/article_0008.html (Visitado el 10 de Agosto 2020).

REDA, Julia, *The text of article 13 and the EU Copyright Directive has just been finalized*, disponible en <https://juliareda.eu/2019/02/eu-copyright-final-text/> (Visitado el 10 de Agosto 2020).

FUENTES NORMATIVAS

Constitución Política de la República, Chile.

Código Civil, Chile.

Ley N°17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Ley N°20.435, que modifica la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

Copyright Law of the United States of America, Estados Unidos.

United States Code, Estados Unidos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Ecuador.

Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ecuador.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a la armonización de determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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.

Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. España.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-011/13 (2013).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación SC31403 (2010).

Folsom vs. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (núm. 4,901).

Harper & Row Publishers vs. Inc. vs. Nation Enters, 471 U.S. 539 (1985).

Sony Corp. Vs. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-7/10 Caso Scarlet.