

**LA PARODIA EN COLOMBIA: ¿ES UNA REALIDAD O UN MITO?
ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE PARODIA Y SU APLICACIÓN EN EL MERCADO
COLOMBIANO**

Santiago Arango Perilla

Rómulo Silva-Santisteban Couto

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

Director

JUAN CAMILO CONTRERAS



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.**

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

2. GENERALIDADES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

- 2.1 Generalidades del Derecho de Autor
- 2.2 Diferencias del Derecho de Autor y el Derecho Real de Propiedad
- 2.3 Contenido del Derecho de Autor

3. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

- 3.1 Prueba del Criterio Triple
- 3.2 Usos Honrados

4. DEFINICIÓN DE PARODIA

- 4.1 ¿Qué es la Parodia?
- 4.2 ¿Existe una Definición de Parodia en Colombia?
- 4.3 Libertad de Expresión como sustento para el concepto de Parodia en Colombia
- 4.4 Concepto De Parodia En Estados Unidos
- 4.5 Concepto de Parodia en España
- 4.6 La Parodia en otros Ordenamientos Jurídicos

5. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE PARODIA EN COLOMBIA

- 5.1 Determinar cuáles son las posibles partes beneficiadas y/o afectadas por el concepto de parodia en Colombia
- 5.2 La Costumbre como fuente de uso de la Parodia
- 5.3 Beneficiados y/o Afectados Con La Falta De Legislación
- 5.4 Casos de parodia en los diferentes medios colombianos

6. CONCLUSIÓN

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Introducción

Con el surgimiento de los Derechos Humanos de 1945¹, el reconocimiento de mínimos vitales para un trato digno y el establecimiento de ciertas libertades fundamentales, se fueron desarrollando los diferentes ordenamientos normativos que conocemos hoy en día. La evolución de estos ordenamientos con el paso del tiempo y ocurrencia de las diferentes circunstancias que de una u otra manera dieron lugar al establecimiento de parámetros de conducta, reglas de convivencia y reconocimiento no solo de las necesidades personales, sino también las libertades del otro como base del desarrollo de la sociedad contribuyeron a la conformación del estado social de derecho existente en Colombia hoy en día.²

Dentro de este catálogo normativo y libertades encontramos en numerosas ocasiones derechos que chocan o por determinada situación se enfrentan y es deber del ordenamiento jurídico determinar para el caso concreto, cuál debe ser el derecho que ha de prevalecer en beneficio del estado, la sociedad y sus individuos.

Dentro de este enorme catálogo de derechos encontramos diferentes jerarquías de derechos donde unos, de manera indiscutible, reciben especial protección o son resguardados desde lo más alto del ordenamiento normativo, la constitución.³ Otros derechos, tienen protección del marco legal en el que se desarrollan.

Pero ¿qué pasa si ambos derechos son protegidos en igual jerarquía? ¿Cuáles serían los criterios del juez para determinar qué derecho debe prevalecer si ambos merecen un reconocimiento igual?

En el mundo, el derecho a la libre expresión tiene especial protección, reconocido por las diferentes organizaciones mundiales⁴, por ser considerado como una libertad básica y una condición inherente al ser humano, el poder decir lo que piensa y siente, sin miedo a ser silenciado por aquellos que opinen diferente u organizaciones que estén en contraposición a este. No obstante, dada la complejidad de las situaciones humanas, este derecho también ha tenido que verse en ciertas ocasiones restringido, ya que con el expresarse libremente un individuo podría vulnerar los derechos de otro; ya sea con o sin intención de hacerlo.

Por otro lado, la propiedad privada también ha sido catalogada como un derecho inherente a la persona⁵ en virtud de que esta le permite al hombre la aprensión de artículos de valor que sirven para mejorar las condiciones de vida de los individuos. Sin embargo, al igual que la libre expresión, este derecho también se ha visto restringido a ciertas reglas y excepciones que permiten que el hombre goce del derecho de propiedad, pero evitando vulnerar los derechos de los demás individuos de la sociedad.

¿Cuál debería ser el criterio, o raciocinio del juez, cuando la libertad de expresión mediante representaciones artísticas y la propiedad privada mediante creaciones, son puestas en un escenario donde se ven enfrentados?

La parodia, desde tiempos antiguos ha venido siendo utilizada como forma de interpretar tanto las situaciones humanas como los acontecimientos con un toque burlesco. Que evidencia, a

manera de crítica, los defectos o imperfecciones de los seres humanos y sus ideas. Todo dentro de un entorno satírico y humorístico, que tras la difusión del mensaje permite a sus receptores tomar una posición crítica frente al tema objeto de la representación.

Por otro lado, encontramos el Derechos de Autor, reconocido por ser fundamental en la sociedad moderna al momento de hablar de la protección de las creaciones artísticas, literarias, modelos industriales, patentes, desarrollo de marcas y toda idea que sea producto del hombre que tenga un provecho económico, social o cultural y crucial, hoy en día, para el crecimiento del mismo. De acuerdo a lo establecido por el CONPES en el documento No. 3533, es evidente que *“la generación de valor con base en la creación intelectual, es decir, la producción de conocimiento, así como el uso del conocimiento disponible, son herramientas fundamentales para producir bienes y servicios innovadores capaces de insertarse adecuadamente en mercados competitivos”*⁶.

Dentro del contexto legal colombiano hay referencias tanto a la libertad de expresión⁷ como a la propiedad privada⁸, no obstante, existen, de manera inequívoca, vacíos normativos frente a la relación de estos derechos que impiden una resolución más clara de su relación con la parodia.

La parodia como mecanismo de libertad de expresión ha sido utilizada en Colombia por diferentes motivos como críticas sociales, hacer humor mientras difunden una idea, rechazar actos de violencia o ideales políticos con propósitos diversos. Por otro lado, los Derechos de Autor en Colombia se encuentran en diversos catálogos normativos la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, entre otras.

Por lo tanto, es pertinente entender cuándo el derecho de autor cobija el uso de la parodia como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y cuando el derecho de autor sanciona el uso de la parodia puesto que afecta la obra original, sus propósitos y los intereses de su titular; ¿Cuál debería ser el derecho que se sobreponga? ¿Qué es más importante para la sociedad, la capacidad de expresarse o la protección de los bienes personales de los individuos? Por otra parte, ¿Existe en Colombia una definición legal de parodia que permita determinar cuándo está permitido su uso y/o cuándo se está realizando una infracción al derecho de autor? Si no, ¿En los ordenamientos legales de los otros países se trata el tema de alguna manera en particular para tener un punto de comparación? En caso de no tratarse el tema en Colombia mediante legislación, ¿Si la parodia no está regulada expresamente, pero se ha utilizado desde hace tiempo, es posible que se interprete como una costumbre fuente de Ley?

Interrogantes como estos, son los que se pretenden desarrollar en el presente estudio, donde, mediante la constante comparación entre la libertad de expresión, el uso de la parodia y la propiedad privada, (mediante los derechos de autor) lograremos determinar cuál es la situación legal del uso de la parodia frente a los Derechos de Autor en Colombia, cómo lo tratan las legislaciones de los otros países, casos ocurridos en las diferentes legislaciones y ejemplos claros en Colombia y, finalmente, si el uso de la parodia, podría llegar a ser interpretado o fundamentado en la costumbre como fuente normativa.

II. Generalidades de la Propiedad Intelectual

Para poder responder los interrogantes planteados anteriormente, es pertinente que hagamos un breve recuento sobre la Propiedad Intelectual en general, sus diferentes ramas, características, contenido y similitudes con otras áreas del derecho.

De acuerdo al diccionario de la real academia española, la Propiedad Intelectual se entiende como aquel:

“Derecho de explotación exclusiva sobre las obras literarias o artísticas, nombres comerciales, marcas y patentes, que la ley reconoce a su titular durante un cierto plazo.”⁹

Por su parte, la Corte Constitucional, sobre ese mismo concepto, estableció en la Sentencia C-276 de 1996 que se entiende por Propiedad Intelectual:

“Las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.”¹⁰ (Subrayas por fuera del texto)

A su vez, en la Sentencia C-871 de 2010, la Corte estableció que:

“Las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.”¹¹

Establece la Doctora Delia Lipszyc, en su libro titulado “Derecho de Autor y Derechos Conexos”, que la Propiedad Intelectual:

“...hace referencia a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimularla y recompensarla, otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores.”¹²

Es decir que, la Propiedad Intelectual hace referencia a todas aquellas creaciones de la mente, como lo serían las invenciones, obras literarias y artísticas, nombres, marcas, diseños industriales e imágenes utilizadas en el comercio para ofrecer distintos productos o servicios.

La Propiedad Intelectual protege entonces, las creaciones intelectuales que realicen los seres humanos y se puede dividir en dos categorías principales: (i) la Propiedad Industrial, dentro de la cual encontramos las patentes, modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados, diseños industriales, marcas, lemas comerciales, nombre comercial y las indicaciones geográficas; y, (ii) el Derecho de Autor, dentro de la cual encontramos las obras artísticas y literarias, entre otras, que abarca, por ejemplo pero sin limitarse, las novelas, poemas, obras de teatro, películas, música, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas.

La primera categoría consiste entonces, en un conjunto de derechos sobre aquellas creaciones que tienen cierta importancia en la industria y en el comercio. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad ante la cual se realiza el registro de las patentes, nuevas creaciones, marcas, etc.

Es a través de la Superintendencia de Industria y Comercio que se otorgan los derechos sobre diseños industriales, esquemas de trazados de circuitos integrados, modelos de utilidad, patentes de invención y signos distintivos (denominaciones de origen, marcas, lemas, nombres y enseñas comerciales) en el mercado. Por medio de esta entidad, el Estado tiene la facultad de entregarle a comerciantes y/o empresarios el monopolio de bienes inmateriales, para que exploten de forma exclusiva dichos productos o bienes intangibles.¹³

La segunda categoría, hace referencia al conjunto de derechos que tiene una persona - denominada titular - sobre las obras literarias y/o artísticas, y busca conceder protección a los derechos morales y patrimoniales sobre una obra que ostenta dicho titular. En Colombia esta protección la presta la Dirección Nacional de Derecho de Autor.¹⁴

La Dirección Nacional de Derecho de Autor, es la institución que se encarga de la elaboración, administración y ejecución de las diferentes políticas gubernamentales vigentes en materia de Derecho de Autor en Colombia. Su primordial labor es permitir el registro y depósito de los derechos de los diferentes titulares de derechos patrimoniales y/o derechos conexos y de los autores de las distintas obras artísticas, literarias y musicales fortaleciendo así el desarrollo económico, artístico y cultural del país.¹⁵

i. Generalidades del Derecho de Autor

Por otro lado, y para el desarrollo del presente estudio y poder comprender la parodia sobre obras protegidas por el Derecho de Autor, es necesario que nos enfoquemos exclusivamente en la segunda categoría que compone la Propiedad Intelectual, de acuerdo a lo anteriormente expuesto.

Como ya hemos resaltado, se entiende que el Derecho de Autor es el conjunto de normas que protege los derechos tanto objetivos como subjetivos que tiene el autor y/o titular de una obra (artística o literaria). Estos derechos también se pueden entender de dos tipos, morales y patrimoniales.

Estos derechos son objeto de protección desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de que su autor o titular cumpla con alguna formalidad previa toda vez que son

inherentes a la obra misma.¹⁶ En tal sentido el registro de la obra ante la autoridad competente tiene una función meramente declarativa y no constitutiva de derechos, puesto que los derechos que nacen a favor del autor creador de una obra, tanto morales y patrimoniales, se generan por el simple hecho de la creación de la obra y no están de ninguna manera sujetos al registro de la misma.¹⁷¹⁸¹⁹

Por ende, el sujeto para los ojos del derecho de autor será tanto: (i) el autor, quien es el que realiza originariamente realiza la creación intelectual (artística o literaria); y, (ii) el titular de los derechos, bajo el entendido que los derechos patrimoniales de autor pueden ser licenciados o cedidos a terceros distintos al autor²⁰.

El Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, define como autor, aquella “*persona física que realiza la creación intelectual*”²¹, creación intelectual que se conoce como **obra**, la cual se define en el mismo Artículo como “*toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”²².

A su vez, el Derecho de Autor impone ciertos principios esenciales que se deben cumplir para que la obra sea objeto de protección por el mismo.

(a) La No Protección de las Ideas

Consideramos este como principio esencial del Derecho de Autor, puesto que es en virtud de este principio se le otorga al derecho de autor un fin lógico, ya que permitir que las ideas de todos los seres humanos sean susceptibles de apropiación y protección conllevaría a una monopolización del conocimiento mismo, en virtud de lo cual se llevaría a retrasar indudablemente el desarrollo humano²³.

Por lo tanto, el Derecho de Autor no se puede encargar de proteger las ideas *per se*, como en algún momento se consideró, si no de proteger la forma en la cual los seres humanos manifiestan esas ideas en distintas expresiones artísticas, científicas y/o literarias. El Derecho de Autor se encarga entonces de proteger el lenguaje que utiliza determinado autor, su estilo personal, así como las formas utilizadas y expresadas por medio de una obra.

En el Artículo 7 de la Decisión 351 de 1993, se establece claramente que:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.²⁴” (Subrayas por fuera del texto)

En concordancia con el Artículo 6 de la Ley 23 de 1982 estipula que:

“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas.” (Subrayas por fuera del texto)²⁵

(b) Creación Intelectual

Como segundo principio esencial del Derecho de Autor encontramos la necesidad de que la obra sea resultado de una creación intelectual del autor. Como se ha mencionado anteriormente, el objeto de protección del derecho de autor son las obras creadas por un individuo y no solamente las ideas de este. Por lo tanto, se entiende que el derecho de autor debe recaer sobre la materialización de las ideas en un determinado objeto, es decir, lo que se conoce como una “obra”.

Frente a esto, la Doctora Delia Lipszyc, afirma que el objeto del Derecho de Autor es la obra como tal, y que se debe entender la “obra” como:

“...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.”²⁶

(c) Originalidad

Por último, consideramos que la originalidad encaja como el tercer principio esencial del Derecho de Autor. Si bien el concepto de originalidad no se encuentra definido en la normatividad del Derecho de Autor en Colombia, la Decisión 351 de 1993 al definir “obra”, establece como requisito necesario la originalidad de la siguiente manera:

“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”²⁷ (Subrayas por fuera del texto)

La originalidad hace referencia al origen de algo, es algo “que resulta de la inventiva de su autor” según el Diccionario de la Real Academia Española. Se puede entender que la originalidad hace referencia a algo nuevo o novedoso.

Para el Derecho de Autor la originalidad se puede comprender desde dos perspectivas:

(i) Subjetiva: Bajo esta perspectiva, es el autor quien tiene mayor importancia que la obra (Ej. Derechos Morales). Esta perspectiva hace referencia a que la obra es el resultado intelectual del autor y, por lo tanto, lleva en si la impronta del mismo. “La obra debe reflejar la impronta de la personalidad del autor sin importar su novedad”²⁸.

(ii) Objetiva: Bajo esta perspectiva, la obra es quien tiene mayor importancia que el autor. No se enfoca en determinar si la obra tiene o no la impronta del autor, si no únicamente que sea novedoso, que se trate de una obra a las existentes²⁹, creada por la propia destreza del autor³⁰.

ii. Diferencias del Derecho de Autor y el Derecho Real de Propiedad

Es necesario realizar una comparación entre estos dos tipos de derechos puesto que, se puede afirmar que el Derecho de Autor es una especie del Derecho Real de Propiedad. Frente a esto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-871 de 2010, afirma que:

“La propiedad intelectual es pues una modalidad sui generis de propiedad, ya que guarda semejanzas y diferencias con la concepción clásica del derecho de propiedad, a saber: Coinciden la propiedad intelectual y la propiedad común en el hecho de que ambas reúnen los elementos esenciales de la propiedad: el usus, el fructus y el abusus, con las limitaciones que establecen la Constitución y la ley.”³¹ (Subrayas por fuera del texto)

Es evidente que dentro de los derechos que otorga el Derecho de Autor a los autores, o titulares, frente a su obra, uno de los más importantes es el derecho real de propiedad que tiene sobre la misma.

Aun así, ambos tienen características que los diferencia, como, por ejemplo, (a) el derecho de autor se compone por dos tipos de derechos; (b) el derecho de autor se puede limitar territorialmente; y, (c) el ejercicio de ciertos derechos que componen el derecho de autor, están limitados en el tiempo³².

- (a) Al decir que el derecho de autor se compone por dos tipos de derechos, hacemos referencia a que el derecho de autor está compuesto por (i) derechos morales y (ii) derechos patrimoniales. Donde los primeros son aquellos derechos que protegen y regulan la personalidad del autor frente a su obra, y los segundos hacen referencia a aquellos que regulan y protegen las potestades de carácter económico que tiene un autor, o titular, sobre la explotación de la obra.
- (b) En cuanto a la limitación territorial, vale resaltar que hoy en día la cantidad de convenio y tratados internacionales que ha suscrito Colombia relativos a los Derechos de Autor han aumentado, ampliando de esta manera el alcance territorial del Derecho de Autor en el mundo. Sin embargo, en principio, no siempre que se otorga determinado derecho sobre una obra, quiere decir que se es titular del mismo en otro territorio por fuera del establecido. Un gran ejemplo de esto son los derechos patrimoniales, de los cuales el autor o el titular puede disponer libremente, limitando el alcance territorial de explotación de los mismos con terceros.
- (c) Por último, la limitación temporal es aquella establecida por la Ley. En Colombia, la Ley 23 de 1982 en su Artículo 21 establece que:

*“Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. En caso de colaboración debidamente establecida, el término de ochenta años se contará desde la muerte del último co-autor.”*³³ (Subrayas por fuera del texto)

Es evidente que la norma anteriormente citada, hace referencia exclusivamente a los derechos patrimoniales de autor, toda vez que los derechos morales de autor son imprescriptibles. Por lo tanto, se entiende que los derechos patrimoniales de autor se extinguen con el tiempo y una vez se agote dicho periodo de protección, la obra pasa a ser del “dominio público”. Es decir, la obra pasa a ser parte de *“aquellos contenidos que engloban bienes intelectuales que no tienen protección por derecho de autor o cuya protección ha caducado al haber vencido el plazo de la protección”*³⁴ lo cual permite que cualquier tercero pueda utilizar la obra y/o explotarla, sin necesidad de pagar algún precio al titular del derecho.

iii. Contenido del Derecho de Autor

Como se ha expuesto a través del presente estudio, el Derecho de Autor se compone por dos vertientes: (i) los derechos morales de autor y (ii) los derechos patrimoniales de autor.

En Colombia, solo pueden ostentar los derechos morales sobre una obra el autor o los autores de la misma. De acuerdo a la misma definición de autor que nos da la normatividad relativa al Derecho de Autor³⁵, se puede afirmar que, hasta el momento en Colombia no se considera como autor a cualquier entidad diferente a una persona natural, toda vez que estos no tienen esa capacidad creadora del hombre para elaborar algo por si mismos³⁶.

El Doctor Ricardo Antequera, en su libro titulado *“Derecho de autor. Servicio autónomo de la propiedad intelectual”* afirma que: *“se advierte entonces que los términos aludidos giran todos sobre la acción de crear, actividad intelectual que supone atributos como los de aprender, valorar, sentir, innovar y expresar, exclusivos de la persona humana”*³⁷.

Así mismo, la Doctora Delia Lipszyc, en su libro titulado *“Derecho de Autor y Derechos Conexos”*, escrito por encargo de la UNESCO, establece que: *“las personas físicas son las únicas que tiene aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que sólo pueden ser realizadas por seres humanos”*³⁸.

Si bien el avance de la tecnología, cada vez nos está haciendo cuestionarnos estos argumentos, en Colombia, los derechos morales solo pueden recaer en cabeza de el/los autor/es de una obra, a diferencia de los derechos patrimoniales los cuales pueden estar en cabeza de diferentes personas naturales o jurídicas.

(a) Derechos Morales

Se entiende por derechos morales de autor, aquellos derechos que tiene un autor, inherentes a su creación que son inalienables, inembargables e imprescriptibles³⁹, y deben ser respetados en todo momento⁴⁰.

Sobre este concepto, el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 establece, haciendo referencia a los derechos morales de autor, que:

“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos (...).”⁴¹

La Decisión Andina 351 de 1993, en su Artículo 11, establece que:

“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

a) Conservar la obra inédita o divulgarla;

b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.”⁴²

Por su parte, el Convenio de Berna, en su Artículo 6 bis Numeral 1, frente a los derechos morales, establece que:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”⁴³

Así mismo, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-276 de 1996, explica el derecho moral de autor de la siguiente manera:

“El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen

*como esenciales: la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extra patrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.*⁴⁴ (Subrayas por fuera del texto)

Dentro de los derechos morales existen un amplio catálogo de derechos tales como, (i) derecho de paternidad, (ii) derecho al inédito o a la edición, (iii) derecho a la integridad; y, (iv) derecho de retiro.⁴⁵

Específicamente los derechos morales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

- a. Derecho de paternidad: es la facultad que tiene el autor para exigir que se le reconozca siempre como creador de su obra;
- b. Derecho de integridad: es la facultad que tiene el autor para oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación negativa de la obra que atenté contra su buen nombre;
- c. Derecho de “ineditud”: es la facultad que tiene el autor para decidir si da a conocer o no su obra públicamente.
- d. Derecho de modificación: es la facultad que permite al autor modificar su obra antes o después de su publicación.
- e. Derecho de retracto: es la facultad que tiene el autor de retirar del mercado una obra o suspender su uso o comercialización.⁴⁶

(b) Derechos Patrimoniales

Estos derechos hacen referencia a las potestades económicas que, frente a una determinada obra, tiene su autor o titular. En Colombia, estos derechos se encuentran consagrados en el Artículo 12 de la Ley 23 de 1982 y en el Capítulo V de la Decisión 351 de 1993.

A diferencia de los Derechos Morales de Autor, el autor o titular de estos derechos, puede disponer libremente de los mismos y explotarlos económicamente a su conveniencia.⁴⁷

Establece la Corte Constitucional que son aquellos:

“sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica,

(reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra).”⁴⁸ (Subrayas por fuera del texto)

Es pertinente hacer la distinción entre ambas figuras (autor-titular) puesto que los Derechos Patrimoniales de Autor pueden licenciarse, cederse, embargarse, entre otras, a un tercero distinto al autor que puede ser una persona tanto natural, como jurídica. Puesto que dichos derechos pueden ser transmitidos, no siempre será el autor el titular de ellos. Por lo tanto, será el titular del derecho quien tiene la potestad para explotar una obra o impedir que terceros lo hagan sin su autorización previa.

Los Derechos Patrimoniales no son taxativos, existen tantos Derechos Patrimoniales como formas de explotar una obra. Dentro de los Derechos Patrimoniales más recurrentes encontramos el (i) derecho de reproducción, (ii) derecho de distribución, (iii) derecho de transformación; y, (iv) derecho de ejecución o comunicación pública⁴⁹. Lo cuales hacen referencia a:

- a. Derecho de reproducción: consiste en fijar la obra u obtener copias, en diferentes medios o procedimientos, conocidos o por conocer.
- b. Derecho de comunicación pública: el derecho que tiene el titular de comunicar a una audiencia masiva o a un grupo amplio de personas.
- c. Derecho de distribución: poner a disposición o venta al público ejemplares de la obra.
- d. Derecho de transformación: potestad que tiene el titular de adaptar, arreglar o modificar la obra.

Cabe resaltar que los derechos patrimoniales no son vitalicios, tienen una duración establecida en la Ley, la cual, en ciertos ordenamientos, está determinada por la vida del autor más ochenta años contados posterior a su muerte⁵⁰. Una vez transcurrido este periodo la obra, de la que es titular, pasa a ser parte del dominio público. Lo cual implica que cualquier persona puede utilizar una obra libre y gratuitamente.

III. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, hacen referencia a aquellos eventos establecidos en la normatividad, en virtud de los cuales, las obras protegidas por el Derecho de Autor, pueden ser utilizadas y/o explotadas por terceros sin necesidad de contar con la autorización previa y/o expresa de su autor o del titular de sus derechos.

Así mismo, en virtud de estas limitaciones y excepciones, hay algunos casos en los cuales el tercero que utilice una obra protegida por el derecho de autor y encaje dentro de los eventos establecidos en la norma, no deben realizar el pago de una remuneración al titular.

No obstante, hay que encontrar un punto medio donde fijar la línea de equilibrio, tal como menciono el Doctor Numa Droz, presidente de la primera conferencia de Berna de 1884:

“debe tenerse en cuenta que el hecho de que las limitaciones a la protección absoluta son impuestas ... por el interés público. La necesidad siempre creciente de una educación masiva no podría

satisfacerse si no hubiere limitaciones al derecho de reproducción, lo cual al mismo tiempo no puede conducir a abusos. Estos son los diversos puntos de vista y de interés que hemos buscado conciliar en el borrador del convenio”⁵¹

En los Artículos 9, 10 y 10bis del “*Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*”, encontramos varios casos en los cuales aplican estas limitaciones y excepciones, pero es en el Artículo 9, específicamente, donde se establecen las bases de los casos donde las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor serán fijadas por cada Estado de la siguiente manera:

“2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” (Subrayas por fuera del texto)⁵²

El Doctor Mihály Ficsor, en su libro sobre las “*Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*”, frente al Artículo 9 del Convenio citado previamente, argumenta que:

*“La naturaleza del artículo 9(2) difiere de otras disposiciones del Convenio de Berna en materia de excepciones y limitaciones. No contempla ninguna limitación o excepción específica; **en lugar de eso fija las reglas para permitir las excepciones y limitaciones a nivel nacional.**”*⁵³ (Subrayas por fuera del texto)

A su vez, la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina en su Capítulo VII, establece un catálogo de situaciones donde aplican las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor. Así mismo establece en el Artículo 21 una clausula general al respecto que establece que:

*“Artículo 21.- 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**”.* (Subrayas por fuera del texto)

Encontramos, otra vez, una similitud entre el Derecho de Autor y la propiedad común, con base en el concepto de función social de la propiedad. Se entiende que frente al derecho de propiedad se debe anteponer siempre la prevalencia del interés general sobre el interés particular.^{54 55 56} De la misma manera, la normatividad relativa al Derecho de Autor busca limitar en los casos descritos, el alcance de los derechos por parte de un determinado individuo con base en la prevalencia del interés general sobre el particular.

Lo anterior se debe a que, como se ha expuesto anteriormente, el Derecho de Autor genera un “*monopolio*” sobre la explotación de la obra a favor del titular de la misma. La norma, lo que

pretende mediante las diversas limitaciones y/o excepciones al derecho de autor, es limitar y restringir ese “*monopolio*” ya que este derecho no puede ser considerado como absoluto.

Por lo tanto, la función de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, no es más que mitigar la tensión que existe entre el interés privado y el interés público⁵⁷, puesto que aquellos “*límites a la protección, son debidamente establecidos por el interés público*”⁵⁸ y de esta manera pretende lograr mantener un equilibrio entre los beneficios que obtiene el titular sobre una obra, y los intereses de terceros en general.

i. Prueba del Criterio Triple

En Colombia, en virtud de la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina y el Artículo 9 (2) del Convenio de Berna de 1886, se debe enmarcar las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor dentro de los parámetros establecidos por Ley, los cuales obligan a los países al momento de establecer excepciones al Derecho de Autor, a tener en cuenta la “*Prueba del Criterio Triple*”. En virtud de este mecanismo, se determinan las circunstancias que deben concurrir para que el determinado uso de una obra, se entienda cobijado por las limitaciones y excepciones establecidas. La prueba está compuesta por los siguientes tres supuestos:

- a) Se trate de un caso especialⁱ: El concepto de casos especiales se divide en dos aspectos: (i) que sea limitada en su alcance; y, (ii) que debe contar con una justificación político-legal pertinente para su uso.⁵⁹
- b) No se afecte la normal explotación de la obra: “*Todas las formas de explotación de una obra, que tienen o pueden probablemente adquirir una importancia practica o económica considerable, deben ser reservadas a los autores*”⁶⁰.
- c) No se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del derechohabiente: El perjuicio por el cual se ve afectado el autor debe ser aquel que no esté relacionado a la normal explotación de la obra, toda vez que “*todas las copias son perjudiciales de cierta manera*”⁶¹.

Es decir, de acuerdo con esta prueba, el uso de una obra por parte de un tercero será permitida siempre y cuando (i) dicho uso no atente contra la normal explotación de la obra, puesto que en caso contrario el uso no puede ser permitido; (ii) dicho uso no genere un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular de la obra; y, (iii) que dicho uso este sujeto a ciertos casos especiales. Solo de esta manera, el uso por parte de un tercero, podría implicar “*un uso sin necesidad de remuneración*” al titular.⁶²

ii. Usos Honrados

Lo anterior, tiene estrecha relación con el concepto conocido por Usos Honrados, toda vez que en virtud de las definiciones establecidas en la Decisión 351, se define Usos Honrados como aquellos que:

“Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.” (Subrayas por fuera del texto)

Frente a este tema, existen dos posturas en la actualidad. La primera postura afirma que las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor establecidas en la Ley son de carácter taxativo y, por lo tanto, los usos honrados no pueden entenderse como parte de estos.ⁱⁱ Pero a su vez, hay varios doctrinantes y conocedores del tema, quienes afirman que las limitaciones y excepciones establecidas en la Ley no se encuentran numeradas de manera taxativa, estando sujetas a los casos donde el uso se haga acorde a la definición de Usos Honrados establecidos en la Ley.

En cuanto a esta segunda postura, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 044-IP-2013, determinó que las excepciones consagradas en el Artículo 22 de la Decisión 351, no son de carácter taxativo. El Tribunal estableció que:

“Las excepciones establecidas en el artículo 22 de la Decisión 351 no son de carácter taxativo.”

En consecuencia, este Tribunal considera que será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra, siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.⁶³ (Subrayas por fuera del texto)

A su vez, el Doctor Ricardo Antequera Parilli, en un documento preparado por para la OMPI sobre las “Limitaciones Y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital”, sobre los “usos honrados” establece que:

“La expresión “usos honrados” no se usa para establecer un límite en sí mismo al derecho de explotación, sino con el fin de determinar las estrictas condiciones bajo las cuales se pueden establecer limitaciones al derecho exclusivo de utilizar o autorizar la utilización de las obras protegidas por el derecho de autor.

En definitiva, el principio de los “usos honrados” impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o “razonable” la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor y que, en el caso que nos ocupa, legitiman el uso libre y gratuito de su obra o, en su caso, el de una interpretación o ejecución artística, una producción fonográfica o una emisión de radiodifusión, siempre que se cumpla con la “regla de los tres pasos”.⁶⁴

En conclusión, de acuerdo a la normatividad andina y lo establecido por el Tribunal, consideramos nosotros que se entiende que será lícito realizar la explotación y/o utilización de determinada obra, sin autorización del autor ni el pago de remuneración alguna, siempre y

cuando se haga de conformidad con los usos honrados y dentro de una medida justificada por el fin que se persiga.⁶⁵

IV. Definición de Parodia

i. ¿Qué es la Parodia?

La palabra “*parodia*” se deriva del latín y tiene su origen en la antigua Grecia. En aquella, época utilizaban la literatura griega (en su mayoría poemas) para representar de una manera irrespetuosa, las obras y trabajos de otros. En la antigua Roma, se le añade al concepto de parodia el tinte humorístico y/o burlesco que posteriormente desarrolla la literatura francesa neoclásica.

El concepto de “*parodia*”, hace referencia a una “*imitación burlesca*” de una obra (artística, literaria o musical) o de una persona. Esta imitación suele utilizar ironía y exageración para lograr transmitir al espectador un mensaje con un tono cómico y divertido.

Por lo general, es una práctica común para las distintas industrias del entretenimiento tales como la cinematográfica, televisión, música y literaria donde normalmente realizan parodias con base en sucesos políticos, de actualidad u otras obras. Un ejemplo reconocido de la parodia como género literario, sería la obra “*Don Quijote de la Mancha*”, escrita por Miguel de Cervantes. Esta obra es considerada como una parodia enfocada en burlarse de las novelas de caballería clásica mediante humor e ironías criticando el heroísmo y los valores establecidos por la sociedad.

En otros ámbitos, como el cine, existe una variedad amplia de películas que se encargan de parodiar a otras. Uno de los ejemplos más claros de esto puede ser la serie de películas norteamericanas denominadas “*Scary Movie*”. La obra utilizó, como inspiración para ser parodiada, la saga de terror “*Scream*”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haciendo referencia a la parodia en la Sentencia sobre Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW/Helena Vandersteen y otros, establece que:

*“la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, de la que debe diferenciarse de manera perceptible, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca.”*⁶⁶

A su vez, la Doctora Silvia Díaz, basándose en la definición de parodia elaborada por Musatti, afirma que la parodia es:

“...toda reelaboración de una obra sería – narrativa, poética o de teatro- la cual, conservando manifiestamente la configuración externa, de argumento y desarrollo, de la obra original, invierte las situaciones y los efectos, de modo que se provoque la risa en lugar del llanto, y aprovecha a tal fin no tanto una propia vis cómica autónoma como la continua correspondencia risible de los singulares personajes y

momentos joviales de esa parodia comparados con los recíprocos y contrarios de la obra original.”⁶⁷

Por lo tanto, se entiende que una parodia no requiere, necesariamente, contar con la característica de originalidad como se explicará más adelante, así como tampoco es necesario que sea susceptible de ser atribuible a una persona distinta al autor de la obra originaria, ni que incida sobre la propia obra original.⁶⁸

ii. ¿Existe una Definición de Parodia en Colombia?

Actualmente, no existe en Colombia una definición para el concepto de parodia consagrada en la Ley o Tratado Internacional al cual Colombia se encuentra sujeta. La Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina, norma de carácter supranacional y con aplicación preferente a las leyes internas, tampoco consagra de manera expresa el concepto de parodia, las prohibiciones, autorizaciones y/o requisitos para realizar parodia, por lo que se considera que permite que cada Estado regule este tema. Pero en la normatividad interna, la Ley 23 de 1982 de Derechos de Autor, no se regula en ningún lado el concepto de parodia, sus usos y respectivas limitaciones.

La Ley 23 de 1982 no incluye la parodia, no obstante, tampoco existe una autorización expresa que permita la utilización de la parodia para representar o modificar una obra ya creada, dándole un sentido burlesco y crítico a la obra original. Por otro lado, en los Artículos 15 y 16 la supedita a la autorización del autor de la obra originaria, salvo que se trate de una obra del dominio público. Adicionalmente, establece que debe indicarse el título de la obra original y su autor, y, en el caso de que se trate de una obra de dominio público, la protección sobre la obra derivada (la parodia) le impedirá oponerse a que otros hagan parodias de la misma obra originaria.

Esta misma problemática se ve reflejada de manera homogénea en los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Obligando de esta manera a que los diversos sistemas jurídicos utilicen como referencia el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, entre otras.

Caso similar ocurre en Europa, donde el Convenio de Berna no utiliza el término “parodia”, si no el sinónimo de pantomima. Bajo esta razón (el hecho de que no haya una definición concreta del término parodia), en Sentencia del 3 de septiembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁹, por la necesidad de solucionar el tema en cuestión, dispuso el término “parodia” como una *imitación burlesca de una obra ya existente*, interpretando el concepto “parodia” conforme al lenguaje común de la población⁷⁰; definición que se conoce como “target parody”, distinto al concepto de “weapon parody”ⁱⁱⁱ.

El Dr. Peter Ivanov Mollov en su artículo titulado “*Problemas Teóricos En Torno A La Parodia. El “Apogeo” De La Parodia En La Poesía Española De La Época Barroca*”, afirma que:

“El fenómeno de la parodia literaria tiene su origen en una peculiar actitud de los autores respecto al mundo ideológico y estético de obras anteriores, orientada a revelar el envés de este mundo; es una interpretación cómica de lo serio, un enfoque nuevo, subversivo y ridiculizador de lo tradicional, lo convencional, lo topicalizado. A la vez,

la parodia nace del afán de originalidad del parodista, de su deseo de encontrar su propio camino artístico, conculcando las preceptivas, negando la autoridad avasalladora de sus predecesores, ridiculizando los modelos consagrados.”⁷¹

Lo anterior, nos puede llevar a considerar que la obra resultante de una parodia, puede ser entendida como una obra original, puesto que tiene en ella la impronta personal del autor que la realizó, toda vez, que en ella se encuentra la forma de expresarse del nuevo autor, y no de la idea anterior.

Al tratarse la parodia de una imitación o modificación burlesca de una obra, obra originaria, hay un claro conflicto entre los derechos del autor original, con aquellos recién adquiridos por el creador de la obra parodiada, haciendo alusión a los Derechos Morales y Patrimoniales, así como con el principio de originalidad, principio esencial del Derecho de Autor.

(a) Conflicto de la Parodia con los Derechos Morales y Patrimoniales de Autor

Si bien, los Derechos Morales reflejan todo lo relacionado a aquellos derechos inalienables al autor, es decir que, por ser el creador de la obra o autor, estos derechos le pertenecen puesto que son de la esfera más íntima de los derechos de la persona, toda vez que no se pueden embargar, transferir ni prescriben, sobre estos derechos podría causarse un perjuicio a raíz del uso de la parodia.

Ahora bien, independientemente de que este grupo de derechos, en principio no perciba ninguna retribución pecuniaria, ni puedan ser susceptibles de explotación económica, mediante el uso de la parodia, sí existen escenarios donde se podría dañar o afectar el buen nombre del autor, su imagen personal o su imagen profesional por tratarse de un tema de la esfera personal del autor al ser el creador de la obra. Es pertinente resaltar que, el derecho de imagen es el derecho inherente de cada ser humano para controlar el uso comercial de su identidad^{iv}. En razón de esto, el creador de la obra original, suele buscar algún tipo de compensación, no solo económica, sino también una reparación integral, pretendiendo por ejemplo que se le pida perdón abiertamente o se restablezca su buen nombre, que se retiren las obras del comercio, entre otras.

Sin embargo, al referirse a las compensaciones nos encontramos con una nueva problemática, ya que, al ser los Derechos Morales derechos de la esfera personal del autor, no son cuantificables con un número matemático preciso como si podrían serlo los Derechos Patrimoniales. ¿Cómo cuantificar un daño al buen nombre o un deterioro en la credibilidad para con el público?

Uno de los ejemplos más conocidos es el caso de la Revista Hustler contra el Señor Fallwell (caso que analizaremos más adelante), donde el demandante argumentaba que hubo una afectación a sus Derechos Morales, puesto que por hacer una representación burlesca del individuo se vio perjudicado su buen nombre.

También encontramos casos ocurridos en Colombia, aunque mucho más escasos, como lo es el caso del Colegio Montessori de Cartagena, el cual fue condenado a pagar una suma de COP\$5.164.019 al fotógrafo Marcus Ingo Rudolf Loerbroks, como reconocimiento de sus

derechos morales (perjuicios extra patrimoniales) tras la divulgación por parte del colegio de una fotografía de autoría del señor Marcus. En el presente escenario se dio a título de reconocimiento de los derechos morales de edición y divulgación la suma presentada, por ser él, autor o creador de la fotografía que fue publicada en la página web de la institución sin su consentimiento ni previo aviso.⁷²

En cuanto a los Derechos Patrimoniales, es decir, aquel catálogo de derechos de los cuales el autor, o titular, si recibe una contraprestación económica, puesto que son susceptibles de ser explotados económicamente por medio de la reproducción, edición, modificación, distribución entre otros, el uso de la parodia podría repercutir negativamente en las ventas o ganancias del autor, o titular, por medio de diferentes escenarios.

Podríamos encontrar un primer escenario donde el autor, o titular, con ocasión de la parodia pierda el “*agrado*” o la credibilidad del público, causándole un perjuicio económico o un “lucro cesante” como efecto de la parodia. Por otro lado, mediante el uso de parodias a distintas obras, podría existir riesgo de confusión entre las obras originales y las obras parodiadas. En este escenario el autor, o titular, naturalmente perdería retribuciones económicas cuando el público por confusión adquiera los productos obra de la parodia, pensando que son los originales y/o legítimos.

De esta manera vemos como chocan fuertemente los usos de la parodia con los derechos morales y patrimoniales. Si bien el uso de parodia está permitido, vemos como este también tiene límites que fueron creados por los ordenamientos normativos con el fin de evitar desproteger los derechos morales y patrimoniales entre otros.

Expuesto lo anterior, encontramos que el origen del conflicto proviene, por un lado, del uso burlesco o adaptación satírica del buen nombre, de la creación artística, o del sentido que se le dé en el uso de las parodias para burlarse y criticar la creación artística o al autor, este uso tendría en algunos escenarios la potencialidad de perjudicar la obra y vulneraría la capacidad del autor a oponerse a que a esta le realicen modificaciones para un uso burlesco. Por el otro lado podríamos establecer que el origen del conflicto entre la parodia y los derechos patrimoniales se origina en el impacto que el uso de la parodia pueda ocasionar a la ganancia esperada, como consecuencia de la crítica expuesta en la parodia el impacto de esta misma en la sociedad.

(b) Conflicto de la Parodia con el Principio de Originalidad

Otro conflicto que surge al crear una obra parodiada, es frente al concepto de originalidad, toda vez que uso como base una obra preexistente. Como ya hemos establecido anteriormente, la originalidad hace referencia algo nuevo o novedoso y a su vez la parodia se trata de una imitación burlesca de una obra ya existente.

Por lo tanto, en la actualidad, se crea un conflicto en cuanto a determinar si la parodia en sí, al ser una obra derivada, cumple con el requisito de originalidad establecido por el derecho de autor.

Para determinar lo anterior, es necesario establecer la definición que la Ley 23 de 1982, en su Artículo 8, establece para obra derivada:

“Aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma”. (Subrayas por fuera del texto)

El Artículo 5 de la Decisión 351 de 1993, frente al mismo asunto, estipula que:

*“Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, **son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras**”.* (Subrayas por fuera del texto)

A su vez, la Doctora Delia Lipszyc, frente al concepto de obra derivada aplicado al caso de la parodia, establece que la parodia hace referencia a:

*“una imitación burlesca de una obra seria. **Se trata de una obra derivada, original en la composición y en la expresión.**”⁷³* (Subrayas por fuera del texto)

En concordancia con lo anterior, es posible argumentar que la parodia en sí, aunque se trate de una obra derivada basada en una preexistente, si se puede considerar original. Lo anterior puesto que, al añadir los elementos cómicos o burlescos a una obra existente, se está creando algo nuevo y novedoso, siendo *“el elemento diferenciador por excelencia, señalado por todos los autores, es que en la parodia se da un cambio de lo que es serio en la obra originaria parodiada a cómico.”*⁷⁴

(c) Diferencia entre el Concepto de Parodia y el Plagio

Como se expuso anteriormente, es un principio esencial del Derecho de Autor que éste no protege las ideas. Frente a esto, el Artículo 7 de la Decisión 351 de 1993, estableció lo siguiente:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.

A su vez, el Artículo 6 de la Ley 23 de 1982 estipula que:

“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”.

Por lo anterior, y al no proteger el Derecho de Autor las ideas, lo que éste protege es el estilo como cada autor desarrolla una idea, es decir, la manera original como el autor, al desarrollar una idea, plasma su impronta en una obra.

El Doctor Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y políticas Sociales define el plagio como:

“En sentido figurado y de uso más corriente que el anterior en muchos países hispánicos, se entiende por plagio la copia substancial de obras ajenas, dándolas como propias. Es, pues, un problema que afecta a los derechos de propiedad intelectual.”⁷⁵

De la misma manera, Gyorgy Boytha, en el Glosario de la OMPI de Derechos de Autor y Derechos Conexos, define el plagio como:

“el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados”⁷⁶.

A su vez, la Doctora Delia Lipszyc define el plagio como:

“...el apoderamiento ideal de todos o de algunos elementos originales contenidos en la obra de otro autor, presentándolos como propios...”⁷⁷

La Dirección Nacional de Derecho de Autor, en varios conceptos emitidos por la entidad^{78 79 80}, ha establecido que nos encontraremos frente a la figura de plagio siempre que concurren dos elementos:

“1) La utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte, reproduciéndola de manera literal (caso en el cual se denomina “plagio servil”), o simulada (en cuyo caso la doctrina le denomina “plagio inteligente”), es decir, introduciéndole a la obra algunas modificaciones que buscan disimular la copia realizada. En este sentido, el plagio constituye una copia o reproducción no autorizada de la obra, sin detrimento de que también se puedan vulnerar otros derechos patrimoniales e, inclusive, el derecho moral de integridad; y

2) La suplantación del autor, al presentar la obra a nombre de persona distinta del autor verdadero, lo que constituye una vulneración del derecho moral de paternidad.”

Teniendo en cuenta lo anteriormente analizado, el concepto de parodia no encajaría dentro del concepto de plagio, toda vez que la obra parodiada cuenta con elementos diferenciadores originales del autor, que le otorgan a la obra una distinción sustancial frente a la obra originaria.

En el caso de la parodia, el autor no busca hacer pasar la obra originaria como propia ni suplantar de ninguna manera al autor.

iii. Libertad de Expresión como sustento para el concepto de Parodia en Colombia

Si bien en Colombia no existe una definición concreta del concepto de parodia, el derecho fundamental a la libertad expresión ha sido utilizado como sustento para permitir y argumentar el uso de la parodia en Colombia.

Por un lado, la Corte Constitucional, en Sentencia C-010 de 2000, sobre el derecho a la libertad de expresión estableció que:

*“La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado.”*⁸¹ (Subrayas por fuera del texto)

Por otro lado, como hemos establecido hasta el momento, los Derechos de Autor, sirven para proteger los intereses morales y materiales que tiene un autor o titular sobre su producción científica, literaria o artística, lo cual se establece en la respectiva normatividad relacionada con estos.

El enfrentamiento de estos dos derechos (Libertad de Expresión y los Derechos de Autor), nos lleva a reflexionar sobre la importancia de un derecho sobre otro. En primera medida debemos establecer que el derecho a la libertad de expresión es un derecho de primera categoría, por lo cual, si se trata de ponderar el grado de importancia entre uno y otro, podría otorgarse preponderancia al derecho a la libre expresión al ser fundamental.⁸²

En segunda medida, los Derechos de Autor, específicamente los Derechos Morales de Autor, según lo establecido por el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 hace referencia a que estos derechos son inherentes al autor de una obra y que dichos derechos al ser inalienables e irrenunciables podrían catalogarse dentro de la categoría de derechos fundamentales de acuerdo a lo establecido en la normatividad colombiana, por lo que considerando lo anteriormente mencionado, un conflicto entre estos derechos conlleva a la necesidad de que el juez realice una ponderación entre ambos.

Es pertinente establecer, que existen ciertos límites a la libertad de expresión. La Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-575 de 2009 afirmó que:

*“la protección constitucional a este derecho se manifiesta tanto en el contenido como en la expresión del mismo y su tono, se debe resaltar que el derecho de la libertad de expresión es protegido aun cuando las ideas y la forma de expresar las mismas sea chocante para la mayoría de la sociedad”.*⁸³

En cuanto a la parodia y el derecho a la libertad de expresión, la Corte Constitucional, se ha referido de manera general. Establece que es importante el contexto donde se divulgue la transformación de la obra, toda vez que esta *“no implique riesgo de confusión con la obra originaria, no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra originaria”* será posible su uso sin autorización previa del autor o titular, con base al derecho a la libertad de expresión.⁸⁴

Lo anterior puesto que, al supeditar las expresiones paródicas a la autorización del autor de la obra originaria es muy probable que se restrinja la creación, o al menos la explotación económica de estas por parte de sus autores, pues difícilmente el creador de una obra originaria permitirá sin reservas una parodia de su obra.

Es importante mencionar que las parodias, en su mayoría, tienen una función crítica, además de ser derivadas o creaciones de una obra preexistente. Eliminar esta posibilidad es coartar la libertad de expresión y de creación, sin contar los efectos económicos de restricción a una actividad artística basada en la parodia. El requisito de solicitar la autorización del autor para la creación de una parodia, sin embargo, no está acorde con nuestro derecho constitucional.

Conforme a este conflicto entre derechos, tales como el Derecho de Autor y la libertad de expresión, y como se mencionó anteriormente, el juez constitucional debe evaluar en cada caso particular el balance entre ambos derechos para determinar cuál debe ceder ante el otro, a través del test de proporcionalidad. De manera que es posible que en algunos casos prevalezca la libre expresión por sobre el Derecho de Autor, sin decir que necesariamente lo derogue.

De acuerdo con lo anterior, la Doctora Carolina Tobar Zárata, en su artículo titulado *“Permiso para reír: la parodia como limitación al Derecho de Autor”*, establece que:

“En algunas legislaciones, tales como la española, la figura de la parodia es una limitación a ciertas facultades del derecho de autor, que permite hacer uso de una obra con el objetivo de criticarla o burlarse de ella, sin haber obtenido autorización del autor de la obra originaria. En el marco del derecho de autor, la parodia implica un uso no consentido de una obra, razón por la cual algunos autores consideran que es una violación del derecho de autor que implica copiar y hacer uso de parte de una obra para crear otra nueva. Sin embargo, debido a que difícilmente un autor permite o está de acuerdo con la utilización de su obra con el objetivo de parodiarla, algunas tendencias han considerado que para garantizar el derecho a la libre expresión debe

asegurarse el acceso a la obra que se está criticando, ridiculizando o comentando.”⁸⁵ (Subrayas por fuera del texto)

Por su parte, la Decisión 351 de 1993, no consagra de manera expresa la prohibición, autorización y/o requisitos para realizar parodia, por lo que se considera que dejó abierta la posibilidad a cada Estado de regular este tema; sin embargo, contempla unas directrices que pueden ser útiles para su interpretación.⁸⁶

Para generar un panorama mucho más amplio, se debe realizar un paralelo del sistema jurídico de Colombia con otros sistemas jurídicos tales como los países de tradición jurídica angloamericana donde se utiliza el termino Copyright y países de habla hispana ajenos a Colombia. En estos sistemas jurídicos, los derechos de explotación están tipificados y existe amplitud con respecto a los casos en los cuales se permite la utilización de obras sin exigir autorización previa del autor o el titular del derecho, en otras palabras, el concepto de protección desarrollado en estos países es interpretado como un tema de utilidad entendido como “*useful arts*”.

iv. Concepto De Parodia En Estados Unidos

Para poder llegar al concepto establecido por la Ley de Estados Unidos es preciso iniciar tomando como referencia todo aquello que sustenta la Ley de este país y le da actividad y soporte, para así comprender de manera mucho más clara el porqué de esta definición, su alcance y marco legal.

(a) Derechos Humanos y su Protección a la Libertad de Expresión

Desde el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, encontramos bases donde vemos que hay una protección la cual de manera indiscutible refiere a que son necesarias ciertas libertades básicas para el reconocimiento de la dignidad, derechos y características de aquello que representa ser individuo de la especie humana. Características que no pueden ser, bajo ningún motivo, desconocidas ni apartadas del ser humano ya que cuando no se reconocieron dichas libertades se desencadenaron las más grandes barbaries y atropellos alrededor de todo el mundo, generando violencia y la degeneración del ser humano, devastando su integridad física, psicológica y social.

Incluso, de manera más específica encontramos como en el párrafo segundo del preámbulo de la Declaración, de manera inequívoca hay una referencia a la “*libertad de pensamiento y palabra*” como una de estas libertades fundamentales sin las cuales el ser humano estaría siendo apartado de aquellos mínimos inseparables de todo individuo de la especie humana:

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;”⁸⁷ (Subrayas por fuera del texto)

Se hace evidente que la intención de los derechos humanos es buscar un mundo ideal, donde los seres humanos tengan la posibilidad de expresarse libremente, sin la negativa o miedo a ser atacados por su manera de expresarse o de difundir sus ideas. Para asegurar este camino es imperativo reconocer la posibilidad a todo individuo, de la posibilidad de exteriorizar sus ideas, sentimientos, opiniones y mensajes de manera libre y espontánea con la garantía de que no será limitado, coartado ni alterada su idea bajo ninguna circunstancia.

Vemos como en el caso del preámbulo de la Declaración, efectivamente es necesario un reconocimiento a la libre expresión como característica inalienable al ser humano ya que, de conformidad con lo señalado por el preámbulo y la declaración, es obligatorio que se garantice la libertad de “*pensamiento y palabra*” para así poder acercarse a aquellas aspiraciones más elevadas del hombre.

De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siguiendo la orientación sentada en el preámbulo del mismo, encontramos como dentro de la Declaración, en su Artículo 19 está consagrado lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”⁸⁸

(Subrayas por fuera del texto)

De esta manera, queda completamente claro que el derecho a comunicarse, expresarse, manifestar y exteriorizar, tanto sentimientos como ideas y opiniones, es una condición inalienable e indispensable para el ser humano ya que sin esta se está despojando al ser de una parte indiscutiblemente fundamental para lo que es la vida en sociedad. Lo anterior, gracias a que comunicarse libremente es natural en todo individuo de la especie humana, el intercambio de información, la difusión de ideas, son elementos necesarios para el buen trato y reconocimiento de aquellos mínimos vitales con los que debe contar cada ser humano y le deberían ser garantizados.

Denotamos entonces como dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos hay un reconocimiento al derecho de expresarse libremente sin que exista ningún tipo de presión o coacción y que además el reconocimiento de este derecho es una característica inalienable de todo ser humano queriendo comunicar, que de coartarse este derecho, estarían limitando al ser humano en sus mínimos vitales, condiciones básicas para la existencia de una sociedad sentada en las bases del derecho, el respeto, la cooperación, el trato digno y la convivencia que pretende instruir la declaración.

Como consecuencia de la libre expresión surgen las obras satíricas o burlescas cuya intención es hacer representaciones humorísticas con un contenido que mediante la burla critica la sociedad, sus defectos, actitudes o interpretaciones. Una de estas obras satíricas consecuencia de la libertad de expresión es la parodia, que surge para realizar la función anteriormente descrita, pero bajo ciertos parámetros y reglas de juego para evitar el daño a otros derechos.

(b) Protección Constitucional De La Libre Expresión En Estados Unidos

En un caso más concreto, encontramos que dentro del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América está instituido un concepto muy amplio de libertad contemplado como un beneficio donde podríamos incluir como parte de esta, la libertad de expresarse de manera autónoma sin limitaciones. Sin embargo, habría que preguntar al constituyente original cual fue el significado de la inclusión de dicha palabra dentro del preámbulo.

No obstante, dentro del articulado original en ningún caso se menciona la libertad de expresión y es solo hasta la primera enmienda que se incluye el concepto de “*libertad de palabra e imprenta*” que no podrá ser coartado por ninguna Ley expedida por el Congreso.

En ese orden de ideas es pertinente iniciar con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que, en su enmienda primera,⁸⁹ ratificada el 15 de diciembre de 1791 dentro del denominado “*Bill of Rights*”, encontramos el siguiente enunciado:

*“**El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.**”⁹⁰*

Vemos como la libertad de expresión viene desde lo más antiguo e intrínseco del marco legal estadounidense, la Constitución, donde la intención fundamental, para lo que nos concierne, fue dejar por sentado que los dirigentes del país y el órgano legislativo de Estados Unidos tiene prohibido crear una ley que limite, coarte o silencie la voz libre o la comunicación de ideas.

Siguiendo esta línea de pensamiento, todo individuo perteneciente al pueblo de los Estados Unidos tiene la facultad y potestad de expresarse de manera libre y espontánea sin que incluso el mismo gobierno, o clase dirigente, pueda hacerlo callar o le sea prohibido publicar sus ideas dentro de un medio de comunicación.

Como consecuencia de un marco de protección constitucional, lo que hoy en día se considera como “*libertad de expresión*”, es un derecho personalísimo cuya finalidad es, en palabras de su preámbulo, “*...promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad...*”⁹¹ que permite a todo individuo manifestar su opinión, comunicar sus ideas, exteriorizar sus sentimientos y que bajo ningún motivo este derecho a expresarse puede ser limitado, coartado o impedido según lo escrito en la primera enmienda de la constitución de los Estados Unidos.

No obstante, este no es un derecho absoluto, como mencionamos anteriormente. Entonces posterior a esto encontramos como el derecho a la libre expresión en Estados Unidos ha ido limitándose con el paso del tiempo y de cierta manera reduciendo el marco de acción de la primera enmienda. Lo anterior, tras presentarse circunstancias particulares en las cuales es necesario limitar su actuar, como bien lo ha mencionado la corte suprema de justicia de ese país; al hablar de casos de libre expresión refiriéndose a prostitución infantil, obscenidad, incitación,

amenazas entre otros. En este tipo de circunstancias, donde por poner en riesgo las instituciones o los valores del estado, este se ha visto en la necesidad de coartar la libertad de expresión.

1. Límites A La Primera Enmienda

De conformidad con lo expuesto, encontramos una protección al derecho de libre expresión desde el marco constitucional que con el paso del tiempo ha ido desarrollando ciertas limitaciones.⁹² Esto dadas las condiciones y la presentación de situaciones que ponen en peligro otros derechos y bienes protegidos por el estado cuya importancia no puede ser tomada a la ligera y en la gran mayoría de estos casos ha sido menester limitar el derecho a la libre expresión.

Un claro ejemplo de lo explicado anteriormente, es el caso de las declaraciones racistas del dueño del equipo de baloncesto americano “*The Los Angeles Clippers*” Donald Sterling, quien rebasó el límite a la libre expresión y como consecuencia de eso fue vetado de la liga de baloncesto (NBA), sancionado a pagar una multa de 2.5 millones de dólares y forzado a vender el equipo. La sanción fue impuesta por la NBA amparados en la constitución.⁹³

El presente incidente dio origen a la discusión, de si a Sterling lo protegía la primera enmienda; que para este caso había causado con sus declaraciones indignaciones y daños morales a los miembros de la NBA afroamericanos. Tras impuesta la sanción Sterling demanda a la NBA aduciendo que existía un complot en su contra y el juez federal Fernando M. Olguín desestima la demanda considerándola falta de argumentación y reconociendo la sanción impuesta.

Posteriormente las partes llegan a un acuerdo, pero igualmente las sanciones para Sterling se mantienen.

Del caso en cuestión, extraemos que para la libertad de expresión también existen límites dentro de la Constitución de Estados Unidos por ende el uso de la parodia como libertad de expresión en ese país también se encuentra sujeto a dichas limitaciones para poder ser utilizada. Si bien cada persona puede expresar lo que quiera, hay que tener en cuenta que existen intereses superiores como el orden público, que bajo ningún motivo pueden ser alterados por declaraciones o expresiones personales y en este tipo de escenarios, al igual que en el caso de Sterling, el uso de parodias también se vería limitado y sancionado.

Con ocurrencia de este tipo de situaciones surge el siguiente cuestionamiento: ¿cuándo emerge un derecho de igual importancia y la Ley se ve forzada hacer una ponderación entre la libertad de expresión y otro derecho igualmente importante, ¿cuál de los dos se debe limitar, con base en que y protección de que fines?

Para resolver esto es pertinente referirnos al derecho de propiedad, también reconocido como fundamental en el ordenamiento norteamericano y en el catálogo de derechos humanos.

¿Qué pasa si el derecho a la propiedad para este caso se podría ver inmerso en una disputa contra la libertad de expresión? ¿Si por existir la libre expresión, los individuos son despojados de aquello reconocido como objeto de su propiedad, que derecho debería prevalecer o cuales serían

las reglas para realizar una adecuada ponderación para así determinar cuál sería la manera más apropiada de tratar esta situación? Como ambos derechos son igualmente protegidos, habría que mirar el caso concreto, sin embargo, dada la importancia de ambos, se establecieron límites al uso de estos para precisamente evitar los abusos.

Frente a la libre expresión vemos como se ve limitada en caso de alterar el orden público o el bien común; o si esta con su accionar causa un perjuicio que sea mayor al beneficio que está reportando.

Por el lado de la propiedad de igual manera vemos como se ve limitada para evitar su abuso. Esta limitación se ve (para los temas relativos al presente estudio) en el uso de parodias de las creaciones artísticas u otras obras, al igual que usos autorizados mediante representaciones de obras originales, que no violan la ley de derechos de autor (copyright law) y que no exigen el consentimiento del autor o creador para su utilización.

(c) Propiedad Según Los Derechos Humanos

Dentro del catálogo de derechos consagrados en la Declaración de los Derechos Humanos encontramos que también se establece una protección al derecho real de propiedad. Sin embargo, girando en torno al tema que es de incumbencia para el presente documento, habría que mencionar cómo la parodia, de cierta manera podría privar en algunos casos del uso, goce o disfrute de un bien de propiedad privada.

En este sentido este capítulo busca poner en evidencia el conflicto entre el uso de parodia y protección de los derechos de autor encuadrados dentro de la propiedad y cómo pueden estos llegar a colisionar en determinados escenarios.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no menciona específicamente el derecho de propiedad en su preámbulo, sin embargo, al referirse a progreso social y elevar el nivel de vida podría incluirse tácitamente el derecho de propiedad. No obstante, para no dejar este concepto en el aire, la Declaración también desarrolla y reconoce el derecho a la propiedad como un derecho fundamental del hombre en su Artículo 17, el cual traduce lo siguiente:

“(1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

(2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”⁹⁴
(Subrayas por fuera del texto)

Con base en el artículo anteriormente presentado, es claro que es derecho de todo individuo de la especie humana ser propietario y que bajo ninguna circunstancia este podrá ser despojado de dichos bienes de manera arbitraria. Esto con la intención de proteger los bienes que son susceptibles de apropiación por el hombre, siguiendo esta línea de pensamiento, las obras o creaciones producto del ingenio humano encuadran dentro de este catálogo de bienes donde la reproducción, despojo o hurto de las creaciones conlleva a sanciones y se encuentra expresamente prohibido por la Ley.

Por otro lado, el uso de la parodia lleva a que la obra o creación literaria sea modificada para crear una nueva con un sentido burlesco o crítico, sin que la gente deje de relacionarla con la obra original. Esto puede impedir algunas de las acciones de señor y dueño como autor propietario, que se puedan ejercer sobre la obra. Además, que dicho uso de la obra por el segundo artista sea sin el consentimiento del creador original, le priva al autor de disponer en estas ocasiones de su obra y negar su copia, ya que quien lo desee puede reproducirla con un sentido burlesco modificándola, pero sin que la audiencia deje de asociarla a la obra original.

Otro ejemplo claro, es el derecho a percibir frutos derivados de esta, en el momento en que la gente deja de ovacionar la obra y pagar para ir a verla, porque la parodia realizada sobre esta tuvo tal impacto que cambió la forma de verla del público causando el desinterés o hasta repudio de la obra original, causa un perjuicio sobre la utilidad o beneficios económicos obtenidos por el autor derivados de la obra original.

Por último, también podría ser el caso en el cual sobre el goce o disfrute que se le da a la obra a raíz de la parodia, se le esté causando un daño a los intereses legítimos del autor. Si el autor crea una escultura con un sentido artístico donde pretende exhibir el cuerpo humano; y esta obra es tomada para hacer representaciones burlescas del cuerpo en posiciones que choquen contra la moralidad del autor, la parodia estaría en cierta medida despojando al autor del goce de su obra.

1. Protección Constitucional de la Propiedad en Estados Unidos

Dentro de la Constitución también encontramos referencias al derecho a la propiedad en dos ocasiones, en las cuales vemos como este derecho es protegido expresamente. En este caso, al igual que como mencionamos anteriormente, encontramos como el uso de la parodia podría estar despojando al propietario de las obras o creaciones literarias en cierta medida de la adecuada aplicación del derecho de propiedad sobre ellas. Esto ocurriría como consecuencia de privarlo de los beneficios que este pueda percibir por haber creado la obra artística. Siguiendo con esta explicación la Constitución de Estados Unidos consagra en la enmienda número 5, donde menciona la protección de la propiedad privada tanto dentro del marco de un proceso penal como dentro lo que en Colombia sería parecido a la figura de la expropiación, se estipula que:

“...ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”⁹⁵ (Subrayas por fuera del texto)

Por otro lado, también encontramos la mención de protección al derecho de propiedad en la Enmienda número 14 numeral 1ro. aprobada en 1868, en la cual se menciona la obligación de todos los estados miembros de no privar de la propiedad sin el debido proceso a ningún ciudadano de los Estados Unidos de la siguiente manera:

“...tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos...”⁹⁶

Si bien en ambas referencias haya una clara protección al derecho de propiedad en la Constitución de Estados Unidos, es claro que en el presente caso de entrada hay una pequeña excepción, donde de haber un adecuado proceso legal la propiedad si podría ser despojada, esto nos indica que la propiedad no es un derecho absoluto en esta legislación y puede ser limitada.

Entonces denotamos como este derecho también presenta ciertas limitaciones y para el caso en concreto, podríamos hablar del uso de una creación artística para fines públicos tras darle la justa indemnización y en este caso no habría posibilidad a negarse del propietario.

No obstante, la propiedad si queda salvaguardada, entonces dentro de la Constitución de Estados Unidos se establece una protección a la propiedad privada que otorga garantías al propietario, pero también encuentra problemas cuando pese a la existencia de la protección, se puede privar al legítimo dueño del uso, disposición y goce bajo ciertas figuras como la parodia. Impidiendo que el autor disfrute a cabalidad de la propiedad al verse afectado como en los ejemplos señalados en el capítulo anterior.

2. Protección de los Derechos de Autor con base en el concepto de Propiedad

Ahora bien, profundizando aún más en el tema, dentro de los derechos de propiedad encontramos los denominados Derechos de Autor, los cuales bajo la Ley de Estados Unidos referente al tema⁹⁷ están protegidos por un marco de acciones legales que les permiten a los creadores de obras artísticas e industriales salvaguardar los derechos de estas como propios para la obtención de remuneraciones económicas y retribuciones sociales.

El Derechos de Autor, al igual que todos los derechos referentes a la propiedad en Estados Unidos, también presentan ciertas limitaciones para evitar abusos o interferencias indebidas en la esfera personal de los otros individuos. De esta manera aseguramos que tanto las relaciones sociales como los derechos de los individuos se mantengan ajustados a la ley sin que haya malversaciones, ni exista un derecho mayor o que abuse frente al derecho de otro.

Para el presente estudio una limitación clara es la parodia, como forma de libertad de expresión, ya que esta permite hacer adaptaciones burlescas de las obras artísticas criticando al autor sus ideales o un contexto social entre otros. Esto impide a los autores lograr que las únicas reproducciones de sus creaciones sean las de ellos o autorizadas por ellos.

El Doctor Peter Jaszi, en su texto denominado “*Code of Best Practices in Fair Use for the Visual Arts*”, establece que:

“el objetivo de la ley de derechos de autor (copyright law) de Estados Unidos en promover el progreso del conocimiento y la cultura. Su característica más conocida es la protección de los derechos del propietario. Pero copiar, citar, re contextualizar, y reutilizar material cultural existente puede ser críticamente importante para crear y esparcir el conocimiento y la cultura”⁹⁸

Considerando lo anterior, el Derechos de Autor dentro del marco de protección en los Estados Unidos presenta una limitación que respalda la libre expresión, donde entra a jugar un papel preponderante la definición de parodia. Ya que la intención de esta es expresar una idea o crítica, de una manera irónica y burlesca, tomando parte o la totalidad de la creación de otro con una finalidad comunicativa. Vemos entonces como la parodia sería una limitación al Derecho de Autor con la intención de preservar la libertad de expresión.

Sin embargo, no toda parodia es autorizada y libremente aceptada, existe un código y manejo adecuado de las parodias para preservar el orden, la integridad del autor y de su obra, que se expondrá a continuación, este con su accionar permite limitar la parodia y su uso, pero no bloquear el derecho a la libre expresión.

En síntesis, encontramos que la parodia surge como una limitación al Derechos de Autor. Pero, para no bloquear la acción de dichos derechos es una limitación con reglas y un uso apropiado, que pretende equilibrar el uso no autorizado y la reproducción únicamente sometida a la voluntad del autor de las obras o creaciones artísticas, fijando una serie de reglas para el uso de estas limitaciones.

(d) Concepto de “Fair Use” o “Usos Honrados” en Estados Unidos.

Adicionalmente estas parodias tienen un limitante adicional cuya importancia no puede ser descartada, ya que, según la Ley de Estados Unidos, es necesario que toda parodia se encuentre sometida al denominado “*uso leal*” cuya finalidad es garantizar que los derechos de autor no se vean afectados mediante la producción de parodias por ser estas imitaciones burlescas de una obra “seria”.

Dentro de estas limitaciones para los usos honrados encontramos, entre otras, las reglas para creación de obras artísticas:

- 1) Que el artista debe evitar el uso de obras protegidas que no generen nuevos significados artísticos, estando al tanto que, al cambiar la obra de medio, esta pueda no estar a la altura de dicho estándar;
- 2) El uso de material preexistente, en parte o su totalidad, debe estar justificado por el objetivo artístico, y los artistas que lo emplearon deliberadamente deben estar preparados para justificar racionalmente tanto el uso de la reproducción como la reproducción en sí;⁹⁹
- 3) Los artistas deben evitar sugerir que los elementos incorporados son creaciones de ellos, salvo esa afirmación sea integral para el significado del nuevo trabajo; y,
- 4) Al copiar el trabajo de otro artista, este debe ser citado o su fuente, sin importar que el nuevo trabajo u otras publicaciones (por medios como etiquetar o arraigarse), salvo exista una base articulada estética para no hacerlo.

Vemos entonces como casi de manera directa, lo que se vendría aproximando al significado de parodia como una protección de la libre expresión, atenta de manera directa contra los derechos de propiedad y particularmente contra el Derechos de Autor. Esto considerando que son “imitaciones” de obras o creaciones ya publicadas o conocidas cuya única diferencia sería una

pequeña transformación de la obra y una desviación en la finalidad, orientada más a comunicar una crítica, burla, evidenciar un defecto de los seres humanos o establecer un contexto político o cultural con el fin de hacer un análisis de la creación original o su contexto.

Por ende, habría lugar a determinar hasta qué punto se considera parodia o cuales son las reglas especiales para que se considere parodia y en qué punto incumpliendo estas reglas sería considerado plagio o una vulneración legítima de los derechos de autor. Con base en encontramos la siguiente afirmación:

“A manera de comparación, por ejemplo, la libertad de expresión es un derecho también invocado como defensa en casos de difamación. Antes que seguir una fórmula, abogados y jueces comparan si el material reproducido encaja dentro del uso leal (fair use) de conformidad con la regla equitativa de la razón. Esto significa considerar todos los factores y circunstancias para decidir si el uso sin autorización genera beneficios sociales y culturales mayores al costo que puede generarle al propietario de los derechos de autor.”¹⁰⁰

Dentro de los casos presentados en Estados Unidos, tanto jueces como abogados, utilizan la regla de la razón y hacen una ponderación entre beneficios sociales y culturales y costos o perjuicios causados al autor para determinar si realmente es un uso honrado, leal y válido o si por el contrario es un uso objeto de sanción y consecuencias perjudiciales en contra de quien reprodujo la obra.

Considerando todo lo anterior, sería pertinente decir que una definición de parodia dentro del contexto legal de Estados Unidos debería contener todos estos elementos además de las características intrínsecas de la parodia fuera del marco legal donde sería comparada con una sátira u otra obra de contenido burlesco. Siguiendo este orden de ideas la parodia definida fuera del contexto legal sería catalogada como una imitación a manera de burla o con ironía de una obra artística ya creada o cualquier imitación realizada por una persona de un hecho o situación ya presentado.

Finalmente, tras incluir todos los elementos faltaría la definición establecida por el precedente de la jurisprudencia americana de parodia, donde en el caso *Hustler Magazine Inc, contra Falwell*¹⁰¹, situación donde *Hustler* presentaba a Jerry Falwell, un famoso evangelista de gran talante conservador, promocionando una bebida alcohólica mediante el uso de una parodia. El comercial original involucraba varias celebridades hablando sobre la “*primera vez*” que habían consumido Campari (la bebida).

Cabe aclarar que esta situación no trata de una obra que esté siendo parodiada, sino una figura pública, ya que quien demanda no es Campari por las parodias a su entrevista, sino directamente Falwell por el uso de su nombre e imagen en la parodia. Pese a no tratar precisamente de la obra parodiada, este caso fija el punto de partida y las reglas de interpretación para los jueces permitiéndoles establecer cuando una parodia, sea de obras o imagen personal es utilizada apropiadamente y se encuentra protegida por la ley o por el contrario hay una intensión dañina o se emplea la parodia para causar un perjuicio.

La parodia de Hustler consistía en utilizar el concepto original de las entrevistas, pero utilizando entrevistas ficticias donde Falwell mencionaba que su “*primera vez*” había sido con su mamá en un baño exterior. Falwell demandó alegando difamación y calumnia, además de la intención de causar perjuicios morales y deterioro a su vida personal, a lo que la Corte considero completamente equivoco, fallando a favor de Hustler, argumentando que ninguna persona razonable creería tal historia, luego no habría una difamación o calumnia expresamente expuesta. No obstante, hallaron responsables a Hustler y su director L. Flynt por la intención de causar daño y un agotamiento emocional.

Por último, la Corte en su argumento señala que el uso de parodias está permitido incluso para interpretar figuras públicas y solo sería sancionada si se probaba actualmente la existencia de una mala intención “*actual malice*” para provocar el deterioro de la persona o su nombre. La Corte también rechazo el argumento de Falwell que señalaba que este tipo de parodias era tan inapropiado y vergonzoso que no debería ser protegido por la primera enmienda.

Con este caso se inicia el precedente donde el uso de parodias y otras adaptaciones artísticas como sátiras, están permitidos incluso interpretando a figuras públicas y que incluso el desgaste emocional o perjuicios morales no eran suficientes para que estas queden por fuera de la protección de la primera enmienda.

Siguiendo este precedente encontramos el caso de Acuff-Rose Music v. Campbell, 114 S.Ct 1164 / 510 US 569, 575 (1994)¹⁰² en la presente situación encontramos la parodia de una obra musical de Roy Orbison titulada “*Oh, Pretty Woman*” la cual fue parodiada por el grupo “2 Live Crew”. En el presente caso el Tribunal Supremo de Estados Unidos, decide revocar la decisión de primera instancia el cual señalaba que era una infracción al derecho de autor y no un uso leal. Por su parte el tribunal supremo decide que, si podría tratarse de un uso leal dependiendo de cada caso concreto y posteriormente argumenta que, para considerarse un uso leal, “*debe utilizarse con fines de, critica, investigación, educación o carácter no lucrativo.*”¹⁰³

Consecuentemente con esto, encontramos entonces que la definición de parodia bajo los ojos del derecho de Estados Unidos reúne los siguientes elementos: (i) es una representación artística burlesca, de una canción, obra, monologo o escrito previamente existente¹⁰⁴; (ii) con transformaciones en sus palabras o mensajes que le otorgan un tono ridículo o absurdo a su significado, alterando la idea real del autor, enviando un mensaje distinto de crítica o burla.¹⁰⁵

En palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos:

“This Court has only once before even considered whether parody may be fair use, and that time issued no opinion because of the Court's equal division. Benny v. Loew's Inc., 239 F. 2d 532 (CA9 1956), aff'd sub nom. Columbia Broadcasting System, Inc. v. Loew's Inc., 356 U.S. 43(1958). Suffice it to say now that parody has an obvious claim to transformative value, as Acuff Rose itself does not deny. Like less ostensibly humorous forms of criticism, it can provide social benefit, by shedding light on an earlier work, and, in the process, creating a new one. We thus line up

*with the courts that have held that parody, like other comment or criticism, may claim fair use under...*¹⁰⁶

Surgiendo así, como excepciones al derecho de propiedad y el Derecho de Autor, las creaciones sobre las que se inspiraron, amparadas por la primera enmienda constitucional que salvaguarda la libre expresión ya que el trasfondo de estas se fundamenta en una crítica a la realidad política, social o un defecto del ser humano que se pretende enunciar.

v. Concepto de Parodia en España

Otro ordenamiento merecedor de análisis es el español y su entendimiento del concepto de parodia. En el ordenamiento jurídico español, la parodia está permitida siempre y cuando se tengan en cuenta ciertos lineamientos que permitan evitar una vulneración de derechos o causar un desequilibrio entre intereses del autor y libertad de expresión.¹⁰⁷ Bajo el contexto legal español encontramos un mecanismo distinto de interpretación del concepto de parodia, ya que en el presente caso no refiere expresamente a protección de la libre expresión. Sí está enmarcada como una excepción (no una limitación) a lo que sería la protección de los derechos de autor en el marco legal español.

Cabe resaltar que España, se encuentra sometida al régimen que imparte el TJUE (Tribunal Judicial de la Unión Europea) este se refirió a la parodia, mencionando que dicho concepto no se encuentra en la Ley y debe interpretarse según su significado en el lenguaje corriente, su uso cotidiano, objetivos y contexto en el que se utilice, siempre y cuando no exista ninguna aclaración o definición particular de esta consagrada en la Ley.

El Tribunal, en su Sentencia C-201/13, indica que en caso de que una palabra no esté expresamente definida dentro de la legislación de los estados miembros, los estados deberían interpretarla conforme a la definición cotidiana que se le diera a esta. Es decir, con el uso tradicional que se le ha venido dando a dicha palabra.

No obstante, al referirse al concepto de parodia, el Tribunal tuvo que elaborar un concepto autónomo de la Unión, queriendo decir que no se encuentra definida dentro de la legislación de los estados miembros, por ende, hay que darle significado basándose en el significado tradicional de la palabra. Adicionalmente, esta debe cumplir con otros requisitos como evocar una obra existente, ser imitación burlesca, diferenciarse de manera perceptible e indicar la fuente u otras referencias, para que efectivamente dentro del marco legal se dé un uso apropiado del concepto.

Además de lo anterior, la parodia no puede tener la potencialidad de causar un perjuicio o deteriorar las condiciones de los autores o sus obras o un desequilibrio entre estos derechos. Cuestionamientos que resolveremos más adelante.

Por otro lado, el boletín oficial del estado español en su Decreto Legislativo 1/1996 con fecha del 12 de abril de 1996, por el cual se aprueba el texto de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y aclarando las disposiciones legales vigentes sobre la materia estipula en su Artículo 39, lo siguiente:

“No 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.”¹⁰⁸ (Subrayas por fuera del texto)

Bajo este entendido, la legislación española señala que la parodia no exige contar con el consentimiento del autor. Sin embargo, toda transformación de la obra realizada de manera libre sin acudir a la autorización de este, debe estar libre de causar un perjuicio al autor o a la obra.

El otro requisito que se debe cumplir debe ser que, entre la obra original y la parodia, no puede haber lugar a la existencia de una confusión entre ambas. Sin embargo, no está contemplada bajo la legislación española una definición clara respecto de lo que signifique una parodia como tal, pues el artículo anteriormente citado, nos indica solo los requisitos para que la parodia se considere autorizada bajo la ley española.

De acuerdo con lo anterior, es necesario remitirse a lo que ha señalado el TJUE respecto de estos vacíos que operan como un concepto autónomo de derecho. Consecuentemente con esto habría que recurrir al significado tradicional o de uso cotidiano de la parodia y además considerar los requisitos señalados en la Ley de España. Adicionalmente, habría que responder los interrogantes previamente formulados sobre requisitos adicionales en el pronunciamiento del Tribunal y su validez, para que fuese catalogado como parodia en caso de que esta fuera considerada un concepto autónomo del derecho.

Dentro del entendido de la Real Academia de la Lengua Española la palabra “*parodia*” traduce sencillamente una imitación burlesca y parodiar implicaría imitar o arremedar.¹⁰⁹ Si bien ambas definiciones son muy amplias también habría que incluir la posición del Tribunal frente a los requisitos adicionales.

Dentro de su pronunciamiento, los requisitos cuestionados por el Tribunal fueron: i) acreditar carácter original propio; ii) acreditar tal carácter de forma que la parodia no pueda atribuirse razonablemente al autor de la obra original; iii) estar dirigida a hacer humor o burla, con independencia de si la crítica eventualmente realizada afecta a la obra original o bien a algo o a otra persona; y, iv) indicar la fuente de la obra parodiada.

Así mismo, el Tribunal de Justicia afirmó que:

“No se desprende del sentido habitual del término «parodia» en el lenguaje corriente, ni tampoco, y así lo señalan acertadamente el Gobierno belga y la Comisión Europea, del tenor del artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 que este concepto se supedita a los requisitos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión, que hacen referencia a la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada.”¹¹⁰

Si bien los únicos requisitos exigidos para una definición de parodia en el contexto español son únicamente los que exija su significado tradicional cotidiano. Lo anterior no implica que estos sean completamente claros para los jueces y en razón de esto se forman discusiones cuyos finales pueden estar bien sea a favor de los autores o los imitadores dependiendo de derecho aleguen y con base en que fundamentos.

a) Caso de Parodia en España

Encontramos el caso de parodia de una obra española que llegó a juicio donde los demandantes D. Serafín y D. Cristóbal interpusieron demanda en contra de la cadena televisiva Gestevisión Telecinco S.A., por una infracción al derecho de propiedad por la transformación de la obra sin consentimiento de los titulares de la composición musical “direcionool”.

La Sentencia de primera instancia desestima la pretensión, argumentando si realmente se ha producido una transformación en los términos del Artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual hoy modificado por la Ley 5 de 1998¹¹¹ o si por el contrario se ha producido una parodia consagrada en el Artículo 39 de la misma Ley (Decreto Real Legislativo 1/1996)¹¹².

En el presente caso tanto el Tribunal de primera, como el de segunda instancia, presentan la misma postura, argumentando:

*“1) el contexto en el que se presenta la obra es enteramente humorístico, cuya intervención es jocosa y sugerente y en tono de parodia;
2) no hay creación de una obra nueva y en base a esto tampoco existe riesgo de confusión entre las obras;
3) considerando el tono humorístico y desenfrenado de la interpretación no se puede concluir que haya existido ningún tipo de denigración para la canción original y debe enmarcarse en un sinfín de parodias, imitaciones que cotidianamente se realizan en las cadenas de televisión...”¹¹³*

Como se puede observar en el pronunciamiento del juez no hubo condena sin embargo no exalta la parodia como mecanismo de libertad de expresión absoluta ya que al final de su pronunciamiento señala que, existen ciertos requisitos para que este tipo de imitaciones reciban el título de parodias, dejando un margen de restricción a la libertad de expresión mediante el uso de este género satírico.

Por último, encontramos como en la legislación española ha habido casos de condena por consideraciones del juez que dan lugar a una sentencia condenatoria, como el caso de Jordi Clara Turón, quien fue condenado a un año de cárcel por “*enaltecer el terrorismo y humillación de víctimas del mismo*”¹¹⁴ mediante otra red social. En este caso Jordi hace chistes sobre Irene Villa y pide la ilegalización de la asociación de víctimas del terrorismo entre los más destacados. Este hombre llega a un acuerdo con el ministerio público y tras declararse culpable de haber realizado los escritos es condenado a un año de cárcel y siete meses de inhabilitación absoluta.¹¹⁵

Aunque en el presente caso no se trate de una obra en particular sino de la humanidad de una persona, vemos que esta también podría encajarse dentro de los tres argumentos señalados por el tribunal superior en el caso anterior, ya que visto desde una posición personal; se presenta en un contexto totalmente humorístico con intención jocosa, no hay riesgo de confusión ni suplantación nadie confundiría al comediante o su interpretación con una obra seria ni con la verdadera Irene villa y ella como ex delegada de la asociación de víctimas no pediría la ilegalización de la misma y por ultimo dado el tono humorístico no podría concluirse que hubo una denigración de la persona.

Si bien vemos como en ambos casos donde hay un aparente daño a las víctimas o vulneración de sus derechos; los pronunciamientos de los jueces son completamente opuestos y en un caso fallan a favor de la libertad de expresión y en el otro optan por condenar las expresiones publicadas, así ambas sean burlescas y enfocadas a la producción de un género satírico con intención burlesca de transformar creaciones anteriores.

vi. La Parodia en otros Ordenamientos Jurídicos.

Otros países tales como Brasil, Ecuador, Nicaragua y Perú, quienes son todas legislaciones derivadas de derecho continental, se pueden evidenciar dos tipos de sistemas diferentes: (i) el primero permite la parodia y la libre utilización de la obra, siempre dicha parodia no implique una reproducción de la obra originaria, ni cree riesgos de confusión o cause daño a la reputación del buen nombre del autor; y, (ii) el segundo va relacionado con la solicitud previa de una licencia obligatoria o legal con base en el cual no hay que pedir autorización al autor de la obra originaria pero este tiene derecho a percibir una remuneración.¹¹⁶

V. Análisis del Concepto de Parodia en Colombia

i. Determinar cuáles son las posibles partes beneficiadas y/o afectadas por el concepto de parodia en Colombia

Para determinar cuáles serían las partes beneficiadas o afectadas por el concepto de parodia y el tratamiento que se le da en Colombia, hay primero que determinar cuál es ese tratamiento.

Vemos entonces que gracias a que la parodia, como figura legal, no está expresamente consagrada en el ordenamiento colombiano y que los pronunciamientos respecto al tema han dejado un margen muy amplio de interpretación que impide establecer con precisión si la parodia en Colombia se reconoce como un género o rama artística o si por el contrario es expresamente otra de las formas de plagio de los derechos de autor y de las creaciones artísticas.

No obstante, cabe resaltar que en Colombia se han presentado en varias ocasiones proyectos de ley refiriéndose al tema buscando solucionar ciertas zonas grises y vacíos normativos, por diferentes motivos, estos proyectos se han descartado y como consecuencia se mantiene el vacío legal referente al trato que se le debe dar a la reproducción de otras obras, sin autorización del autor y sin remuneración económica. Como principal argumento para la desaprobación de los proyectos presentados, impidiendo su integración a la normatividad en Colombia encontramos la

extrema rigidez de los proyectos o que con la aprobación de estos se estaría vulnerando el derecho a la libre expresión u otro derecho de mayor importancia que los derechos de autor.

a) Ejemplos claros de estos proyectos de Ley y Jurisprudenciales:

1. Ley 201 de 2012^v 117: fue incluida como parte del texto del TLC con Estados Unidos bajo el gobierno de Barack Obama y se reconoció como la “*Ley Lleras 2.0*”. En este texto se pretendía sancionar de manera administrativa, penal y por responsabilidad civil a los prestadores de servicios de internet por no respetar los derechos de autor. Por otro lado, esta Ley también pretendía atribuirles responsabilidad a los usuarios por la vulneración de derechos de autor. En este caso se permitía el uso de la parodia, pero con una serie de impedimentos de tal magnitud que sencillamente no tenía sentido emplearla bajo estas condiciones. Por ejemplo, la vaga descripción que utiliza de los conceptos, particularmente el Artículo 16 del Proyecto, que establece:

*“...Por cualquier medio o procedimiento, **reproduzca** una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, exporte, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.*

***Represente**, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico...”* (Subrayas por fuera del texto)

La vaguedad del verbo rector, limitaría a la parodia considerando que toda parodia es una representación/imitación, con ciertas modificaciones de carácter burlesco, de otra obra. Por lo tanto, al no especificar las características que esta representación debe cumplir para poderse encasillar bajo el concepto de parodia, limita cualquier tipo de reproducción o representación.

2. Proyecto de Ley 001 de 2012^{vi}: También conocido como la Ley Lleras, trataba de reformar los Derechos de Autor dándoles prioridad a estos sobre el derecho a la libre expresión. Dentro de este proyecto la definición de parodia se contemplaba de la siguiente manera: “*es permitida la transformación de obras artísticas o literarias divulgadas, siempre que se realice con fines de parodia y no implique riesgo de confusión con la obra original, no se afecte el derecho moral de integridad del autor, ni tampoco cause perjuicio injustificado ante los legítimos intereses del autor o se afecte la normal explotación de la obra original*”^{vii} el proyecto fracasa, pero si nos hubiéramos acogido a esta definición solo se podría usar parodia en casos muy específicos con especificaciones muy detalladas, pues los creadores de las obras originales tendrían la posibilidad de demandar por múltiples razones, como lo sería i) si se crea una confusión; ii) si se afecta el derecho moral de integridad del autor; iii) se cause un perjuicio injustificado a los intereses del autor y/o iv) haya una afectación a la normal explotación de la obra. Además, presentaba un artículo con indemnizaciones preestablecidas por infracciones a los derechos de autor que también aplicaría en los casos de uso de la parodia por ser una reproducción no autorizada.

3. Nuevo Proyecto Ley Lleras¹¹⁸¹¹⁹: En 2016 se intentó presentar un nuevo proyecto de Ley para regular nuevamente los Derechos de Autor en Colombia donde se limitaba el uso especialmente de la parodia y/o la crítica. El presente proyecto, que se trataba en el ministerio de comercio, en su Artículo 4 que modificaba el Artículo 12 de la Ley 23 de 1982, establece que será derecho exclusivo del autor el autorizar o prohibir *cualquier* adaptación, arreglo u otra transformación de la obra, así como *cualquier* reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma. Apoyándonos en la definición de que la parodia es una representación de una obra con ciertas modificaciones burlescas, el artículo 4 de este proyecto de ley la limitaría totalmente, ya que, para el presente artículo, se incurre en una infracción al derecho de autor al hacer cualquier tipo de representación, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

De acogernos a este supuesto presentado estaríamos hablando de un escenario completamente irracional donde un individuo para hacer una crítica a un tema o para realizar una sátira respecto a una situación estaría obligado a pedir la autorización al autor de la obra, situación que en la gran mayoría de las veces no sería permitida pues ningún autor permitiría que hicieran de su creación, intención o mensaje una burla que lo involucrase a él o sus ideales. Si para poder realizar una crítica o parodia hay que pedir permiso al individuo que se pretende criticar serían totalmente restringidos y escasos los casos en los cuales la parodia efectivamente se haría.

4. La Corte Constitucional, en la sentencia T-391 de 2007, establece lo siguiente:

“4.5.3.2.1. Limitaciones adoptadas para preservar los derechos de los demás. Se trata de la categoría más obvia entre las finalidades que justifican limitar la libertad de expresión; pero su importancia es evidente, dado que el ejercicio de la libertad de expresión puede llegar a entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas, que son objeto de protección constitucional. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión, por su trascendencia dentro del orden constitucional colombiano, sólo puede ser limitada para efectos de preservar derechos que tengan un rango comparable: en otras palabras, esta finalidad se refiere únicamente a derechos constitucionales fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y la prohibición de la discriminación. La libertad de expresión no puede estar sujeta a limitaciones para efectos de preservar derechos de rango infra constitucional que no gozan de un nivel de protección comparable en la Carta Política.”¹²⁰

Aunque la presente sentencia no trata específicamente de la parodia, este género satírico, sí podría ser considerado como una forma de libertad de expresión, por sus características críticas y burlescas; estando de esta manera amparado por la protección a la libertad de expresión acá mencionada. En ese orden de ideas, mediante la protección otorgada a la libertad de expresión, se estaría dotando a la parodia con una mayor cantidad de elementos que eviten su vulneración, siendo este género un mecanismo de libertad de expresión.

La Sentencia evidencia que el derecho a la libertad de expresión, solo permite ser limitado cuando existan otros derechos de igual jerarquía que podrían estar siendo vulnerados con la no

limitación de este. Para el caso tratado, si tomamos el uso de la parodia como un mecanismo de libertad de expresión, su restricción solo sería apropiada al contraponerse a los otros derechos en el texto mencionado, pero bajo ninguna circunstancia para proteger un derecho infra constitucional.

Bajo este contexto si tomamos la parodia como una de las formas de libertad de expresión, esta no podría ser limitada salvo se pretenda con ello proteger derechos fundamentales como la vida, el orden público, la salubridad pública, el interés general, etc. Lo que si encontramos de manera evidente es que la parodia como mecanismo de libertad de expresión en Colombia estaría situándose en un rango constitucional de manera conexas y su limitación por vulnerar los derechos de autor sería un menoscabo a la carta política.

Sin embargo, este criterio de regulación también es muy amplio y no trata la zona gris de interés de manera integral, pues sería un contexto donde por la libertad de expresión cualquier obra parodiada sería protegida frente a los derechos de autor y estos no tendrían acción alguna de cara a las parodias en Colombia.

ii. La Costumbre como fuente de uso de la Parodia

Dada su falta de regulación en Colombia habría que mirar si esta puede ser tomada como costumbre o como una práctica reiterada dentro del ordenamiento que permite bajo el orden establecido en Sentencia C-224 de 1994 se habla de la importancia de la costumbre como fuente de derecho, adicionalmente se aclara que la costumbre podría en algunos casos sobreponerse a la ley o primar sobre ella y por último que es gracias a las costumbres del pueblo que se crean las leyes.

Dentro de la misma Sentencia se menciona la costumbre como se expone a continuación:

“En tratándose de la costumbre, es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.”¹²¹

Para ver si la parodia en Colombia podría ser interpretada como costumbre o practica socialmente aceptada, habría que mirar los casos concretos, pues dados los distintos escenarios de parodia que pueden presentarse, la parodia podría ser empleada no solo como mecanismo de expresión o critica, cuando quien realiza una modificación a una obra pretende resaltar algún aspecto negativo del autor o su idea. La costumbre como fuente de derecho también ha sido reiterada por la jurisprudencia Constitucional como en la Sentencia 284 de 2015.¹²²

A manera de ejemplo encontramos: mostrar los cuadros de botero flacos o poner el rostro de alguien conocido en el cuerpo de otra persona para exaltar algún aspecto negativo; también como

estrategia publicitaria donde encontramos la mayor cantidad de ejemplos donde las rivalidades entre empresas competidoras han llevado a zonas tremendamente delgadas entre plagio y parodia como la rivalidad existente entre Coca Cola y Pepsi¹²³ o los anuncios que modifican las letras o los logos de las empresas para enviar un mensaje de burla o humorístico, como en vez de puma (la marca deportiva) dice fuma¹²⁴; incluso como propaganda para campañas políticas vemos como en estos escenarios también se han empleado parodias en campañas políticas para su promoción, conocimiento o burla, entre los casos más recientes encontramos como los discursos presidenciales de Donald Trump son tomados de películas como Batman¹²⁵ o si sencillamente el propósito de la parodia es meramente una sátira con tono burlesco cuya única intención es hacer reír o entretener a partir de la crítica como lo son las parodias de actualidad panamericana (diario colombiano) que solo buscan entretener¹²⁶ o la representación de las novelas adaptadas por sábados felices (programa de televisión).¹²⁷

Teniendo esto en cuenta, vemos cómo la falta de una definición legal de parodia y los usos que a esta se le puede dar, deja un margen tremendamente grande que da lugar a un sinnúmero de escenarios posibles donde los beneficiados y afectados con la falta de precisión de este concepto pueden ser tanto de un lado como del otro.

iii. Beneficiados y/o Afectados Con La Falta De Legislación

Ahora bien, podría plantearse que de manera general los más beneficiados de la falta de regulación específica respecto de la parodia en Colombia son los creadores de la parodia o usuarios de la obra, ya que los derechos de autor se quedan cortos ante el argumento de la parodia como mecanismo de libertad de expresión y si a esto le agregamos que las parodias de ser interpretadas como costumbre, y la costumbre “*tiene su origen derecho romano*”¹²⁸ y como consecuencia de esto, han sido usadas a lo largo de la historia y son efectivamente reconocidas como costumbre o forma de comunicación para expresarse, los derechos de autor quedan casi inmóviles e inactivos.

En este caso, todo interprete que mediante una parodia modifique una creación previa, para realizar una crítica como mecanismo de expresarse libremente quedaría amparado y claramente beneficiado de este vacío normativo.

Por el contrario, todo autor o creador de una obra que sea objeto de crítica, estaría siendo afectado ya que quedaría desprovisto de cualquier acción para proteger su obra o ideas, salvo que este fuere capaz de probar que con la parodia le están causando una grave afectación a él, sus derechos fundamentales, al orden publico u otro derecho de especial interés que este a igual nivel que la libre expresión dentro de los postulados legales del estado.

Ahora bien, si la parodia en Colombia se puede interpretar como una costumbre y efectivamente se le da dicho reconocimiento, igualmente habría que reconocer ciertos criterios o ciertos parámetros que le permitan al legislador y al juez determinar con mayor claridad si efectivamente está frente al uso legítimo de la parodia como mecanismo de libre expresión o si con esta realmente está ocasionando un perjuicio o limitando otro derecho de igual importancia con su uso. Además, también hay que considerar delimitar estas zonas grises para darle elementos de defensa a los derechos de autor en los casos en los cuales el uso de la parodia

represente un perjuicio a la integridad del autor u otro derecho al que el legislador le dé igual importancia con el fin de garantizar que los derechos de autor no sufran menoscabos graves.

Sin embargo, también vemos otro escenario posible; donde dado que no hay claridad respecto al tema, los autores pueden alegar vulneración de los derechos de autor, daños morales a los intereses del autor u otras razones y con esto vienen gigantescas indemnizaciones. Siendo en este caso los beneficiados por la falta de claridad en la legislación los autores.

En este orden de ideas, al probar un “plagio” o diferencia mínima que para el criterio del juez no cuente como parodia de la obra; causando un perjuicio a uno de sus intereses; no solo piden la remoción inmediata de la parodia sino también una indemnización desproporcionada que queda sometida a consideración de un juez y que de ser autorizada afectaría gravemente a aquellos realizadores de la parodia.

Naturalmente este es un escenario mucho menos común que el anteriormente descrito sin embargo no está exento de ocurrir. Como pudimos ver en los casos de España, en Colombia podría pasar algo similar, donde gracias a una interpretación del juez y su determinación, habrá o no condena pues no existe definición clara en la ley que determine la línea entre la parodia y el daño causado menoscabando otro derecho.

Por último, de considerarse la Parodia como costumbre, habría posiblemente criterios mucho más sólidos para determinar si una obra es o no efectivamente una parodia y el juez tendría muchos más argumentos para determinar si en las circunstancias del caso está frente a una parodia o un plagio de una obra.

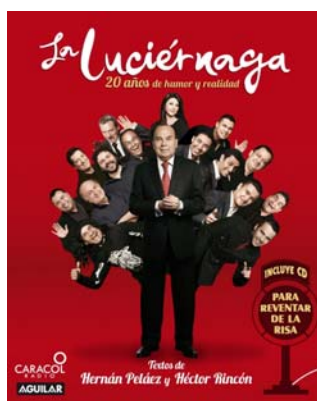
Esto en el entendido que la *“palabra costumbre se ha utilizado en este capítulo para calificar una fuente formal del derecho, entendiendo por tal el medio, signo o forma de que se vale un precepto jurídico, una regla general, abstracta y permanente, para imponerse al destinatario, y consecuentemente con esto se ha exigido la costumbre como medio particular de expresión del derecho objetivo, que se funde en prácticas generales, públicas, reiteradas y tenidas por el conglomerado social en que se realizan, como jurídicamente obligatorias.”*¹²⁹

iv. Casos de parodia en los diferentes medios colombianos

La parodia se ve en varias facetas diarias de nuestra sociedad como lo son (a) programas de radio (i.e. La Luciérnaga); (b) programas de televisión (i.e. Sábados Felices); (c) medios impresos (i.e. caricaturas de Vladdo); y en general en la vida diaria de las personas. Varias son las sentencias en la que la Corte Constitucional reconoce no solo la importancia del derecho a la libertad de expresión como la T- 40 de 2013 o la T- 50 de 2016, sino la legalidad de la parodia bajo ciertos límites.¹³⁰

Aun cuando la parodia puede ser considerada como una de las formas de libertad de expresión, y, por lo tanto, reconocida como derecho fundamental en nuestra normatividad, ésta sí está sujeta a límites como son los derechos a la honra, honor, buen nombre y competencia leal. En este sentido, la parodia no debe ser una forma para vulnerar derechos de propiedad intelectual induciendo al público consumidor en una confusión.

- a) **La Luciérnaga;** es un programa radial donde mediante cantos, representaciones y suplantaciones de las voces de los diferentes personajes de actualidad política en el país hacen burlas, comentarios, imitaciones y dramatizaciones.



- b) **Sábados Felices:** sábados felices presenta una sección donde hacen parodias acerca de las novelas y su contenido que se presentan en el canal caracol donde modifican tanto el nombre de la novela como el contenido y sus personajes para criticar su actuar y el tema central de las novelas con un toque burlesco y logrando que la gente relacione la parodia con la novela original.



- c) **Vladdo:** caricaturista cuya gran característica es hacer parodias de frases y fragmentos de discursos que han presentado los dirigentes políticos del país cuyas modificaciones son totalmente claras enfocadas a exaltar posibles segundas intenciones o resaltar sus falencias o también denunciar interrogantes frente al manejo que en individuo le ha dado a algún tema en particular.



IV. Conclusión

En conclusión, encontramos como primer rasgo general, que en Colombia no existe un significado y/o regulación establecido por la Ley para el concepto de parodia. Tanto en Colombia, como en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, la parodia debe definirse con base en su uso coloquial o como se ha venido interpretando por la sociedad. Es decir, que debe entenderse que la parodia se reconoce como una *“imitación burlesca, humorística y parte de una representación satírica, cuya intención es criticar o exponer una situación frente a un contexto determinado que presenta el ser humano o la sociedad.”*

En segundo lugar, es evidente como en las legislaciones donde encontramos derechos de propiedad intelectual protegidos, también existe un régimen de *“excepciones o limitaciones”* que surge para impedir que los derechos de propiedad intelectual sean absolutos y permiten la utilización de obras sin autorización del autor. Que mientras para unos países como el caso de Estados Unidos la parodia es tratada como una limitación al derecho de propiedad queriendo proteger otros derechos del abuso; para otros como el caso español se trata como una excepción a la regla permitiendo su uso en ciertos casos. Es evidente que hay una diferencia entre la aproximación escogida por estos países. En Estados Unidos buscan evitar el abuso de un derecho (el de propiedad) y en España prefieren autorizar el ejercicio de otro (libre expresión).

Es decir, para el uso de estas limitaciones o excepciones (sea parodia u otra de las posibilidades), es necesario que se ajuste a un *“uso honrado”*, cuya finalidad efectivamente sea realizar la representación para comunicar una crítica o difundir un mensaje, y no la búsqueda de perjuicios en contra del autor, su obra o sus derechos.

Por otro lado, concluimos que, dentro de las limitaciones y excepciones, existen una serie de reglas que sirven como contrapeso, para así evitar el abuso de estas mediante el uso de la parodia o cualquier otra representación no autorizada por el autor. Estas reglas, sirvan como requisitos para determinar si es parodia u otro género, permiten dotar a los derechos de propiedad intelectual de elementos para defenderse en caso de que exista un menoscabo de estos derechos.

También encontramos que tanto para el caso de la libre expresión (mediante el uso de parodias o cualquier otro) como el caso de la propiedad (mediante los derechos de autor) pueden ser restringidos o suprimidos para favorecer el interés público, el bien común o cualquier otro interés superior del estado. Sea mediante la restricción de la parodia para mantener el orden público o mediante la reproducción no autorizada por los autores de sus obras con fines educativos, entre otros.

Para el caso particular colombiano, en virtud de la inexistencia de una definición legal de parodia, tiene que extraerse del significado tradicional o habitual que se le ha venido dando. Existe en Colombia un vacío normativo abismal, que genera grandes conflictos entre la reproducción de obras no autorizada y los derechos de las creaciones artísticas y sus autores. De acá que surjan pequeñas pero claras diferencias entre la parodia y el plagio pues como se explicó anteriormente la función de la parodia no es suplantar al autor ni apropiarse de los derechos de la obra original.

Este estudio muestra como a raíz de la falta de legislación y claridad respecto al tema en Colombia, se presentan varios escenarios donde ambas partes podrían salir beneficiadas y afectadas; dependiendo el caso concreto¹³¹. Aunque se han tratado de incorporar nuevas leyes al ordenamiento normativo que traten el tema, dada su rigidez y sustentación han sido descartadas. Por otro lado, las Cortes se han pronunciado frente al tema haciendo alusiones a los derechos en los cuales estos dos temas se basan (libertad de expresión y propiedad) y reiteran que estos solo se pueden limitar frente a otros derechos de igual jerarquía.

Con base en la falta de legislación vemos como para ambos casos existen beneficiados y afectados dependiendo el contexto en el que se presente. Un escenario donde unos pueden aprovecharse de la falta de precisión de una normativa y resguardarse en la libre expresión para hacer representaciones donde puedan causar una serie de perjuicios a los autores de las obras sin ser sancionados y otro donde al determinarse por criterio del juez la existencia de un daño, plagio, copia no autorizada o reproducción fuera de la ley los autores sean compensados con indemnizaciones desproporcionadas y los parodiadores sean sancionados con obligaciones muchísimo más gravosas de lo que posiblemente fue el daño.

Por último, y como consecuencia de la falta de legislación en Colombia, surge la interrogante que sugiere que el significado de parodia en la normatividad colombiana debe ser conforme a lo dictado por la costumbre y su uso cotidiano. Sin embargo, este es un margen aún muy amplio que puede presentar innumerables escenarios y quedaría a discreción de los jueces determinar si con base en la costumbre efectivamente se cumplen los requisitos para ser denominado parodia. Esto no solucionaría el problema de raíz solo establecería una serie de parámetros abstractos para determinar si una representación no autorizada es o no válida y aún existiría el problema de la tasación de perjuicios e infracciones.

Consideramos que es necesario desarrollar un código normativo, en donde, de manera proporcional, se protejan los derechos de autor, como la parodia y demás mecanismos de libertad de expresión. Una normatividad donde se permita un margen de acción en caso de daños, pero no que no sea desproporcionado ni llevado al extremo, autorizando en más de una circunstancia reproducciones de la obra con determinados fines que no vulneren la titularidad del autor de la obra original. Como una solución a corto plazo, mientras se logra crear y aplicar una Ley que vaya acorde a lo anteriormente expuesto, sería válido otorgar al juez la posibilidad de ser quien decide en cada caso puntual, ponderando los derechos vulnerados de cada parte de acuerdo con los lineamientos establecidos para lograr esto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. *Una Breve Historia sobre los Derechos Humanos.* (2017). *Unidos por los Derechos Humanos.* Recuperado el 12 mayo 2017, de <http://www.unidosporlosderechoshumanos.es/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html>
2. Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 1. 28° Ed. Legis.
3. Corte Constitucional. (6 de junio de 2012) Sentencia C-415 de 2012. [MP. Mauricio González Cuervo]
4. Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Artículo 19. Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217ª (III)]. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
5. Corte Constitucional. (27 de julio de 2011) Sentencia T-580 de 2011. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
6. Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 20 [Título II]. 28° Ed. Legis.
7. CONPES. (2017). *Bases De Un Plan De Acción Para La Adecuación Del Sistema De Propiedad Intelectual A La Competitividad Y Productividad Nacional 2008-2010 (Documento CONPES 3533)* (p. 2). Bogotá D.C. Recuperado de: <http://www.ica.gov.co/getattachment/a1be26c2-af09-4635-b885-c3fcea7291e4/2008cp3533.aspx>
8. Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 58 [Título II]. 28° Ed. Legis.
9. Real Academia Española. (2014). Propiedad Intelectual. *Diccionario de la Real Academia Española.* Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=UNs0WGg>
10. Corte Constitucional. (20 de junio de 1996) Sentencia C-276 de 1996. [MP. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez]
11. Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2010) Sentencia C-871 de 2010. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]
12. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos.* París: UNESCO.
13. *Objetivos y funciones.* (2017). *Superintendencia de Industria y Comercio.* Recuperado el 14 de abril de 2017, de: <http://www.sic.gov.co/objetivos-y-funciones>
14. Dirección Nacional de Derecho de Autor (2015). Concepto Rad. No. 1-2015-46482. [Delegado Manuel Antonio Mora]
15. Dirección Nacional de Derecho de Autor (2014). Concepto Rad. No. 1-2014-11000. [Delegado Manuel Antonio Mora]
16. Dirección Nacional de Derecho de Autor (2015). Concepto Rad. No. 1-2015-66176. [Delegado Manuel Antonio Mora]
17. Unión de Berna. (9 de septiembre de 1886). Artículo 5.1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Recuperado de: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698
18. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 9. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
19. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 52. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

20. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París: UNESCO.
21. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 3. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
22. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 3. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
23. Márquez Robledo, S. (2004). *Principios Generales del Derecho de Autor* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
24. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 7. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
25. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 6. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
26. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París: UNESCO.
27. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 3. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
28. Márquez Robledo, S. (2004). *Principios Generales del Derecho de Autor* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
29. Corte Suprema de los Estados Unidos de América. (27 de marzo de 1991). *Feist Publications v. Rural Tel. Serv. Co.* 499 U.S. 340 (1991). [M.P. Justice O'Connor]
30. Corte de Apelación de Circuito, Decimo Circuito. (6 de septiembre de 1938). *Dorsey v. Old Surety Life Ins. Co.* 98 F.2d 872 (1938). [J.C. Phillips]
31. Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2010). Sentencia C-871 de 2010. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]
32. Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2010). Sentencia C-871 de 2010. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]
33. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 21. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
34. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2010). *Estudio Exploratorio sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos y el Dominio Público* (p. 6). Bélgica: OMPI. Recuperado de: http://www.wipo.int/export/sites/www/ipdevelopment/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf
35. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 3. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
36. Márquez Robledo, S. (2004). *Principios Generales del Derecho de Autor* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
37. Antequera Parilli, R. (1998). *Derecho de autor. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual* (2nd ed.). Caracas: Dirección Nacional del Derecho de Autor.
38. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París: UNESCO.

39. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 30. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
40. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia C-155 de 1998. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa]
41. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 30. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
42. Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Artículo 11. Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Decisión 351]. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
43. Unión de Berna. (9 de septiembre de 1886). Artículo 6 bis Numeral 1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Recuperado de: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698
44. Corte Constitucional. (20 de junio de 1996). Sentencia C-276 de 1996. [MP. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez]
45. Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>
46. Dirección Nacional de Derecho de Autor (2014). Concepto Rad. No. 1-2014-13231. [Delegado Manuel Antonio Mora]
47. Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>
48. Corte Constitucional. (20 de junio de 1996). Sentencia C-276 de 1996. [MP. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez]
49. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 72-80. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
50. Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Artículo 21. Ley sobre Derechos de Autor. [Ley 23 de 1982]. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
51. Droz, N. (1884). En las *Actas de la Conferencia Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas reunida en Berna del 8 al 19 de septiembre* (p. 68). Berna: Oficina Internacional.
52. Unión de Berna. (9 de septiembre de 1886). Artículo 9 Numeral 2. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Recuperado de: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698
53. Ficsor, M. (2008). *Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital* (p. 34). Bogotá: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
54. Corte Constitucional. (24 de junio de 1992). Sentencia T-428 de 1992. [MP. Ciro Angarita Barón]

55. Corte Constitucional. (28 de julio de 1999). Sentencia C-539 de 1999. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]
56. Corte Constitucional. (24 de enero de 2001). Sentencia C-053 de 2001. [MP. Cristina Pardo Schlesinger]
57. Corte Constitucional. (12 de agosto de 1993). Sentencia C-334 de 1993. [MP. Alejandro Martínez Caballero]
58. Droz, N. (1884). En las *Actas de la Conferencia Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas reunida en Berna del 8 al 19 de septiembre* (p. 67). Berna: Oficina Internacional.
59. Ficsor, M. (2008). *Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital* (p. 37). Bogotá: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
60. WIPO. (1971). *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967* (p. 112). Geneva: World Intellectual Property Organization.
61. Masouyé, C. (1978). *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary Works (Paris Act, 1971)* (p. 56). Geneva: World Intellectual Property Organization.
62. WIPO. (1971). *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967* (p. 1.145-1.146). Geneva: World Intellectual Property Organization.
63. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (16 de julio de 2013). Proceso 044-IP-2013. [Presidente, Carlos Jaime Villarroel Ferrer]
64. Antequera Parilli, R. (2005). *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: “El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital”*. Asunción: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado de: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf
65. Ríos Ruiz, W. (2009). *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC's)* (p. 109). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
66. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). *Comunicado de Prensa N° 113/14 sobre la Sentencia en el asunto C-201/13 Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW / Helena Vandersteen y otros*. Recuperado de: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-09/cp140113es.pdf>
67. Díaz Alabar quien recoge la definición de Musati, en Díaz Alabart, Silvia “Comentarios al artículo 39 LPI”. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 663-664.
68. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. (3 de septiembre de 2014). Sentencia C-201/13. [Presidente, V. Skouris]
69. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. (3 de septiembre de 2014). Sentencia C-201/13. [Presidente, V. Skouris]
70. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. (3 de septiembre de 2014). Sentencia C-201/13. [Presidente, V. Skouris]

71. Ivanov Mollov, P. (2006). Problemas Teóricos En Torno A La Parodia. El “Apogeo” De La Parodia En La Poesía Española De La Época Barroca. *Tonos Digital*, 11. Recuperado de: <http://www.um.es/tonosdigital/znum11/estudios/12-parodia.htm>
72. Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2 de febrero de 2017). Referencia 1-2015-63182. [Fallador Carlos Andrés Corredor Blanco.]
73. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos* (p. 118). París: UNESCO.
74. Díaz Alabar quien recoge la definición de Musati, en Díaz Alabart, Silvia “Comentarios al Artículo 39 LPI”. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 663-664.
75. Osorio, M. (2000). Propiedad Industrial. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (p. 731). Buenos Aires: Heliasta.
76. Gyorgy, B. (1980). *Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos* (p. 268). Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
77. Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos* (p. 567). París: UNESCO.
78. Dirección Nacional de Derecho de Derecho de Autor (2014). Concepto Rad. No. 2-2014-16301. [Delegado Manuel Antonio Mora]
79. Dirección Nacional de Derecho de Derecho de Autor (2013). Concepto Rad. No. 1-2013-31778. [Delegado Manuel Antonio Mora]
80. Dirección Nacional de Derecho de Derecho de Autor (2012). Concepto Rad. No. 1-2012-47026. [Delegado Manuel Antonio Mora]
81. Corte Constitucional. (19 de enero de 2000). Sentencia C-010 de 2000. [MP. Alejandro Martínez Caballero]
82. Corte Constitucional. (22 de mayo de 2007). Sentencia T-391 de 2007. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]
83. Corte Constitucional. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-575 de 2009. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
84. Corte Constitucional. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-575 de 2009. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
85. Tobar Zárate, C. (2014). Permiso para reír: La Parodia como Limitación al Derecho de Autor. *Revista De Derecho Privado*, 52, p. 4. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.12>
86. Tobar Zárate, C. (2014). Permiso para reír: La Parodia como Limitación al Derecho de Autor. *Revista De Derecho Privado*, 52, p. 19. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.12>
87. Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Preámbulo. Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217^a (III)]. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
88. Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Artículo 19. Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217^a (III)]. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
89. *La primera enmienda*. LII / *Legal Information Institute*. Recuperado el 5 de marzo de 2017, de: https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda

90. Constitución de los Estados Unidos de América [U.S. Const.] (1787). Enmienda I [Declaración de Derechos]. Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
91. Constitución de los Estados Unidos de América [U.S. Const.] (1787). Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
92. Diez, B. (2014). *Los verdaderos límites de la libertad de expresión en EE.UU.* *BBC Mundo*. Recuperado el 5 de mayo de 2017, de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/05/140508_libertad_de_expresion_en_estados_unidos_bd
93. Fenno, N. (2016). *Donald Sterling settles lawsuit with NBA over sale of Clippers.* *Los Angeles Times*. Recuperado el 5 de abril de 2017, de: <http://www.latimes.com/sports/sportsnow/la-sp-sn-sterling-lawsuit-settled-20161118-story.html>
94. Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Artículo 17. Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217^a (III)]. Recuperado de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
95. Constitución de los Estados Unidos de América [U.S. Const.] (1787). Enmienda V [Declaración de Derechos]. Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
96. Constitución de los Estados Unidos de América [U.S. Const.] (1787). Enmienda XIV Numeral 1. [Declaración de Derechos]. Recuperado de: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>
97. Congreso de los Estados Unidos. (19 de octubre de 1976). Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, [17 USC § § 101 et seq]. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=430210
98. Aufderheide, P., & Jaszi, P. (2015). *Code of best practices in fair use for the visual arts* (p. 14). Nebraska: College Art Association.
99. Aufderheide, P., & Jaszi, P. (2015). *Code of best practices in fair use for the visual arts* (p. 11). Nebraska: College Art Association.
100. Aufderheide, P., & Jaszi, P. (2015). *Code of best practices in fair use for the visual arts* (p. 15). Nebraska: College Art Association.
101. Corte Suprema de los Estados Unidos. (1988). *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell* [485 U.S. 46]. Recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/46/case.html>
102. Corte Suprema de los Estados Unidos. (7 de marzo de 1994). *Luther R. Campbell Aka Luke Skyywalker, Et Al., Petitioners V. Acuff Rose Music, Inc.* [510 U.S. 569]. Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZO.html>
103. Challis, B. (2009). La Canción sigue Sonando: Examen de los Aspectos Legales del Muestreo Musical. *Revista De La OMPI*, 6, 16-19. Recuperado de: http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0006.html
104. *Parodia.* *The Free Dictionary*. Recuperado el 5 de mayo de 2017, de: <http://es.thefreedictionary.com/parodia>

105. Corto Suprema de los Estados Unidos. (7 de marzo de 1994). *Luther R. Campbell Aka Luke Skyywalker, Et Al., Petitioners V. Acuff Rose Music, Inc.* [510 U.S. 569]. Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZO.html>
106. Corto Suprema de los Estados Unidos. (7 de marzo de 1994). *Luther R. Campbell Aka Luke Skyywalker, Et Al., Petitioners V. Acuff Rose Music, Inc.* [510 U.S. 569]. Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZO.html>
107. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. (3 de septiembre de 2014). Sentencia C-201/13. [Presidente, V. Skouris]
108. Consejo de Estado Español. (12 de abril de 1996). Ley de Propiedad Intelectual [Decreto Legislativo 1/1996]. Artículo 39. [Ministra de Cultura, Carmen Alborch Bataller]
109. Real Academia Española. (2014). Parodia. *Diccionario de la Real Academia Española*. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=RxVXS5m>
110. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. (3 de septiembre de 2014). Sentencia C-201/13. [Presidente, V. Skouris]
111. Consejo de Estado Español. (12 de abril de 1996). Ley de Propiedad Intelectual [Decreto Legislativo 1/1996]. Artículo 39. [Ministra de Cultura, Carmen Alborch Bataller]
112. Jefatura del Estado Español. (6 de marzo de 1998). Ley de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos [Ley 5/1998]. [Presidente del Gobierno José María Aznar López]
113. Consejo General del Poder Judicial. (21 de mayo de 1998). Sentencia Audiencia Provisional 6126 de 1998. [MP. Miguel Ángel Lombardía del Pozo]
114. *Cassandra no es la única: estos 5 casos de chistes en redes sociales también han llegado a juicio en España.* (2017). *europapress.es*. Recuperado el 5 de abril de 2017, de: <http://www.europapress.es/portaltic/socialmedia/noticia-cassandra-no-unica-casos-chistes-redes-sociales-tambien-llegado-juicio-espana-20170404085950.html>
115. *Maratón de juicios en la Audiencia Nacional contra internautas por enaltecer el terrorismo.* (2017). *europapress.es*. Recuperado el 16 de abril de 2017, de: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-maraton-juicios-audiencia-nacional-contra-internautas-enaltecer-terrorismo-20170226113437.html>
116. Tobar Zárate, C. (2014). Permiso para reír: La Parodia como Limitación al Derecho de Autor. *Revista De Derecho Privado*, 52. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.12>
117. *Ley Lleras - Derechos de autor Propiedad Intelectual.* (2017). *Colombia.com*. Recuperado el 22 de abril de 2017, de: <http://www.colombia.com/tecnologia/derechos-de-autor-propiedad-intelectual/nacional/ley-lleras.aspx>
118. Toro, J. (2016). *La parodia está bajo amenaza en Colombia.* *Vice*. Recuperado el 14 de abril de 2017, de: https://www.vice.com/es_co/article/kwv4j9/ley-lleras-flip-parodia-derecho-autor-karisma-mincomercio

119. Toro, J. (2016). *Se viene la nueva Ley Lleras: expertos nos explican por qué debe preocuparnos*. *Vice*. Recuperado el 25 de mayo de 2017, de: https://www.vice.com/es_co/article/zn9jx8/se-viene-la-nueva-ley-lleras-expertos-nos-explican-por-qu-debe-preocuparnos
120. Corte Constitucional. (22 de mayo de 2007). Sentencia T-391 de 2007. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]
121. Corte Constitucional. (5 de mayo de 1994). Sentencia C-224 de 1994. [MP. Jorge Arango Mejía]
122. Corte Constitucional. (13 de mayo de 2015). Sentencia C-284 de 2015. [MP. Mauricio González Cuervo]
123. Bashin, K. (2017). *COKE VS. PEPSI: The Amazing Story Behind The Cola Wars*. [online] Business Insider. Recuperado de: <http://www.businessinsider.com/soda-wars-coca-cola-pepsi-history-infographic-2011-11/#the-saga-began-in-1886-when-john-s-pemberton-developed-the-original-recipe-for-coke-heres-what-was-in-it-1> [Consultado el 17 de Julio de 2017].
124. *Fuma, mi otra camiseta es la de marca - n° 8596 - Camisetas latostadora*. (2017). *Latostadora.com*. Recuperado el 27 de junio del 2017, de: https://www.latostadora.com/web/fuma_mi_otra_camiseta_es_la_de_marca/8596
125. *El sospechoso parecido entre el discurso de Trump y el un villano de Batman que no pasó desapercibido*. (2017). *ELMUNDO*. Recuperado el 27 de junio del 2017, de: <http://www.elmundo.es/f5/comparte/2017/01/21/58833f72268e3e4b7a8b45ef.html>
126. Vigildo, L. (2017). *Chistes de pastusos requerirán consulta previa - Actualidad Panamericana*. *Actualidad Panamericana*. Recuperado el 27 de junio del 2017, de: <http://www.actualidadpanamericana.com/chistes-pastusos-requeriran-consulta-previa/>
127. *Parodia de Yo me llamo | Caracol TV*. (2017). *caracoltv.com*. Recuperado el 27 de junio del 2017, de: 2017, from <http://www.caracoltv.com/tags/parodia-de-yo-me-llamo>
128. Corte Constitucional. (5 de mayo de 1994). Sentencia C-224 de 1994. [MP. Jorge Arango Mejía]
129. Madriñan de la Torre, R., & Prada Márquez, Y. (2013). *Principios de Derecho Comercial*. Bogotá, D.C.: Librería Temis.
130. Corte Constitucional. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-575 de 2009. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
131. Gómez, J. (2017). *La Parodia como Limitación y Excepción al Derecho de Autor en Colombia – Departamento de Propiedad Intelectual*. [en línea] Blog del Departamento de Propiedad Intelectual. Available at: <http://propintel.uexternado.edu.co/la-parodia-como-limitacion-y-excepcion-al-derecho-de-autor-en-colombia/> [Accessed 25 Aug. 2017].
132. Corto de Apelaciones de los Estados Unidos (Segundo Circuito). (16 de febrero de 1953). *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* [202 F.2d 866 (2d Cir. 1953)]. Recuperado de: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/202/866/216744/>

133. N. Tobón Franco & E. Varela Pezzano (2010). *Derecho del entretenimiento para adultos*. (p. 42.) G.E.I.
134. Varela, E. (2017). *El Derecho de Imagen en Colombia*. [en línea] Medium. Recuperado de: <https://medium.com/@evarelap/el-derecho-de-imagen-en-colombia-eeee3c7f1421>.

ⁱ La gran mayoría de la doctrina ha entendido que la especialidad se refiere a la taxatividad de las Limitaciones y Excepciones. Sin embargo y a manera de ejemplo, llamamos su atención en el hecho de que, en el informe presentado a la Conferencia de Estocolmo, la Comisión Principal I fue enfática al manifestar que no cualquier lista con fines específicos podría ser exhaustiva.

ⁱⁱ Para profundizar sobre este tema, revisar: (i) Ríos Ruiz, W. (2009). *La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*. 21 ed. Bogotá: Universidad de los Andes, p.109.; (ii) Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010). Concepto Rad. No. 1-2010-57495. [Delegado Germán Alfonso Sánchez]; y, (iii) Dirección Nacional de Derecho de Autor (2006). Concepto Rad. No. 1-2006-1993. [Delegado Carlos Alberto Rojas].

ⁱⁱⁱ Referencia al uso de la obra original para hacer crítica o burla de otra cosa que no sea la obra original en sí misma.

^{iv} El derecho de imagen es el derecho inherente de cada ser humano para controlar el uso comercial de su identidad. Entendemos por identidad cualquier cosa (en el sentido más amplio de la palabra), símbolo, sonido, acción, etc. que permita claramente identificar por el público consumidor a una persona natural, como su nombre, voz, fisonomía y otros componentes extrínsecos.

La normatividad colombiana regula constitucionalmente el derecho de imagen en dos artículos de la Ley 23 de 1982, por lo tanto y siguiendo las reglas de hermenéutica jurídica establecidas en la Ley 153 de 1887, somos de la opinión que la normatividad más semejante a la del derecho de imagen es la del derecho de autor, por lo que nuestro concepto se basa en la aplicación armónica y analógica del derecho de autor.

La mayoría de la doctrina es unánime al establecer que el derecho de imagen (precisamente el Right of Publicity) como lo conocemos hoy por hoy, inicia sus primeros desarrollos con ocasión del artículo de WARREN y BRANDEIS de 1890 y el caso *Roberson v Rochester Folding Box Co.* de 1902 (aun cuando era un caso de privacy) y evoluciona en el caso *Haelan Laboratories, Inc. v Topps Chewing Gum, Inc* de 1953 (de donde surge el nombre Publicity Rights).

Al desarrollarse la industria del entretenimiento y generándose la aparición de “personajes públicos” de los cuales una de sus fuentes principales de ingresos es el hacer público su vida y en especial su imagen, surge la necesidad de regular un derecho diferente al privacy (o el right to be let alone), que protege la antítesis del derecho de imagen. En consecuencia, en el caso *Haelan Laboratories, Inc. v Topps Chewing Gum, Inc.* de 1953, el Juez Jerome Frank acuña el término right of publicity al establecer en su sentencia que “*en adición a un derecho independiente al derecho a la privacidad, una persona tiene derechos sobre el uso publicitario de su imagen, por ejemplo, el derecho a otorgar autorizaciones exclusivas de su imagen...este derecho puede ser llamado como “right of publicity”*”. Establece que:

“We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statue), a man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made “in gross”, i.e. without an accompanying transfer of a business or of anything else...This right may be called a “right of publicity”: For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their

likeness, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways.”¹³².

Establece el Doctor Varela Pezzano, que “*el derecho de imagen es una de las tantas variaciones del derecho a la intimidad. La intimidad comprende: 1) la intimidad personal y familiar, 2) el buen nombre, 3) los datos personales y 4) la puesta en el comercio del retrato, la identidad u otros aspectos identificables de una persona. Es a esta cuarta variación (reconocida en Colombia en las leyes de Derecho de Autor y Competencia Desleal) a la que usualmente se le llama “derecho de imagen”. El derecho de imagen es “...el derecho a controlar la difusión de la imagen o identidad de una persona ante el público...”¹³³*

Y, de acuerdo con su postura consideramos que es válido afirmar que “*las parodias no tienen régimen legal en relación con el derecho de imagen, sino únicamente con el derecho de autor (Art 16, Ley 23/82), de tal suerte que parodiar a otra persona, en principio, necesitaría autorización. La excepción a la regla es cuando se trata de personajes de la vida pública (artistas, políticos, deportistas, etc.), respecto de los cuales la parodia sería libre, según jurisprudencia de la Corte Constitucional Sentencia T-080/1993”*.¹³⁴

^v Ley 201 de 2012 aprobada y posteriormente tumbada por la corte constitucional por vicios de forma.

^{vi} Proyecto de ley 001 de 2012, que intenta reformar los derechos de autor y presenta varios problemas con los usos de la parodia.

^{vii} Por afectación a la normal explotación de la obra, el Proyecto hace referencia aquellos casos en los que la comercialización de un producto o servicio se ve afectada negativamente por una parodia que se realiza de la misma, como lo sería el caso de una parodia aplicada a la publicidad, donde un producto trata de demeritar a otro del mismo sector, al ridiculizar o burlarse de sus componentes, características o signos distintivos. En cuanto al daño moral de integridad, un ejemplo claro de esto sería el renombrado caso en la jurisprudencia americana de parodia, el caso Hustler Magazine Inc, contra Falwell, situación donde Hustler presentaba a Jerry Falwell, un famoso evangelista de gran talante conservador, promocionando una bebida alcohólica mediante el uso de una parodia. El comercial original involucraba varias celebridades hablando sobre la “*primera vez*” que habían consumido Campari (la bebida) o en la jurisprudencia colombiana el caso “*Blanco Porcelana*” donde una artista utiliza fotografías de su familia para exponer el caso del racismo en la costa colombiana.