

La parodia como excepción o limitación al derecho de autor

Parody as an Exception or Limitation to Copyright

Vingy Omar BELLO SEGURA

Dominicano. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y posgrado en Derecho Procesal Civil de la misma universidad. Socio fundador de la firma Bello y Beato (2008 a la fecha). Director de Recaudaciones de la Sociedad General de Autores, Compositores y Editores Dominicanos de Música (SGACEDOM) (2002-2003). Encargado legal y de negocios de la productora de fonogramas RCC Records (2003). Director general de la Sociedad Dominicana de Productores Fonográficos (SODINPRO) (2003-2008). Miembro del Colegio de Abogados de la República Dominicana desde el año 2002.

Resumen

El derecho de autor confiere un sinnúmero de facultades exclusivas a los titulares de derechos, facultades que garantizan e incentivan la creación, producción y, sobre todo, el enriquecimiento del patrimonio cultural de nuestros pueblos. Sin embargo, estas facultades exclusivas se ven limitadas sobre la base del derecho que tiene la humanidad de acceder y disfrutar de los avances culturales, tecnológicos y científicos

que nos permiten desarrollarnos en sociedad, y uno de esos posibles límites o excepciones a las facultades exclusivas de los titulares de derecho es la parodia (no reconocida en el ordenamiento jurídico dominicano), posiblemente el más controvertido y espinoso límite o excepción para el derecho de autor, pero neurálgico y elemental para el ejercicio libérrimo de la crítica. El trecho que existe entre lo que es parodia desde una perspectiva coloquial y lo que es parodia desde una perspectiva técnico-jurídica es abismal, toda vez que los límites al derecho de autor deben estar sujetos a fronteras bien delimitadas que no admitan ambigüedades. En consecuencia, la parodia debe ser crítica de la obra originaria, tomando de ella lo necesario y aportando originalidad, no creando confusión ni infligiendo daño a la obra originaria o a su autor.

PALABRAS CLAVES: PARODIA – EXCEPCIÓN O LIMITACIÓN – LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Abstract

Copyright confers countless exclusive rights to its owners, guaranteeing and encouraging creation, production, and, above all, enrichment of the cultural heritage of our peoples. However, these exclusive faculties are limited on the basis of the right that humanity has in order to access and enjoy the cultural, technological and scientific advances that allow us to develop in society, and one of those possible limits or exceptions to the exclusive faculties of Copyrighters is parody (not recognized in the Dominican legal system), arguably the most controversial and thorny limit or exception for copyright, but neuralgic and elemental for the free exercise of criticism. However, the gap between what is parody from a colloquial perspective, and what is parody from a technical-legal perspective, is abysmal, since the limits to copyright should be subject to well-defined borders that do not admit ambiguities. Consequently, parody must be critical of the original work, taking from it the necessary and incorporating originality, not creating confusion or inflicting damage to the work or author.

KEYWORDS: PARODY – EXCEPTION – LIMITATION – FREEDOM OF EXPRESSION.

Sumario: I. Introducción. II. Excepciones y limitaciones al derecho de autor – Regla de los tres pasos. III. Definición y perspectiva histórica de la parodia como excepción al derecho de autor. IV. El amparo constitucional de la parodia por medio de la libertad de expresión y de información. V. Estudio de derecho comparado de la parodia como excepción al derecho de autor. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una sociedad de información globalizada, donde los hechos que ocurren en un rincón del mundo, aparentemente pequeños e insignificantes, tienen el potencial de tocar las fibras del corazón de gran parte de la población mundial gracias a las redes sociales y al acceso que tiene todo el mundo a la información y a la Internet. Hoy por hoy, los seres humanos compartimos nuestras historias con el mundo por medio de Facebook; compartimos y expresamos nuestras opiniones directamente con las principales figuras públicas por medio de Twitter; conversamos y mantenemos contacto con un sector amplio de allegados que bien se podrían encontrar dispersos en el globo terráqueo por medio de WhatsApp; subimos videos, descargamos fotografías, mutilamos obras musicales, incorporamos elementos a materiales preexistentes para hacer cosas novedosas e ingeniosas, en fin, gracias a la tecnología, hoy podemos revivir esos buenos y no tan buenos recuerdos, compartir y reproducir esos contenidos con una gran libertad, pero esa libertad no vino sin que afecte a la sociedad en sus ámbitos económicos, jurídicos, sociales, políticos y culturales.

El mundo de hoy se hace cada vez más pequeño, sin embargo, las complejidades jurídicas se hacen cada vez más agudas, llegando al extremo de que el mundo clame a viva voz por legislaciones y principios cada vez más uniformes, a fin de facilitar el acceso de todos a los avances tecnológicos y culturales de nuestros pueblos, facilitando con ello el desarrollo del espíritu humano, todo esto sin menoscabar el derecho de los titulares a ser debidamente remunerados y compensados por su trabajo, incentivando con ello la musa creativa del ser humano.

Sin embargo, lo cierto es que el mundo evoluciona en sus principios y conceptos para adecuarse a las necesidades de sus moradores; por ejemplo, la noción de propiedad evolucionó de su concepto clásico romano en el cual solo se amparaba aquello que era tangible y corporal, para abarcar casi cualquier cosa que se encuentre bajo el sol, extendiendo su concepto a cualquier cosa que pueda ser valorada o usada; es el derecho a disfrutar y disponer de algo de manera absoluta, por más intangible que aparente ser, tal como es el caso de los sonidos, los secretos industriales, colores, fórmulas, etc., llegando a extremos en países como Estados Unidos en donde alrededor del 38.2 % del producto interno bruto corresponde a las industrias que utilizan de manera intensiva la propiedad intelectual¹ –derechos de autor, patentes, marcas y secretos industriales, entre otros–.

Así las cosas, a pesar de que la sociedad de hoy es consciente del gran valor de las industrias generadoras de propiedades intangibles, también lo es de la importancia de que el *populus* tenga la capacidad de disfrutar de aquello que ha sido creado y que nos da un sentido de pertenencia a la generación en la cual vivimos, y con ello satisfacer las necesidades más elementales de nuestra alma de acceder al conocimiento, al esparcimiento, a lo lúdico, alcanzando el clímax de la plenitud, de sentirnos como seres radiantes y llenos de aquella luz que solo la brindan los avances culturales.

Si bien es cierto que nadie cuestiona la obligación que tiene el Estado de amparar las creaciones que día tras día son aportadas para enriquecer el patrimonio cultural de nuestros pueblos, no menos cierto es que hay necesidades demasiado imperiosas, inminentes y actuales, que no pueden esperar bajo la sombra de la longanimidad que una creación pase al dominio público, para luego romper con la mayor violencia posible el fuero de los derechos exclusivísimos que nacen con la creación

¹ ANTONIPILLAI, Justin y LEE, Michelle K. (2016): “*Intellectual Property and the US.: 2016 Update*”, Economics and Statistics Administration & United States Patent and Trademark Office, pág. ii, [en línea] <<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf>> [consulta: 15/06/2017].

misma de la obra (reproducción, comunicación pública, transformación, traducción, etc.). Y es precisamente ahí, en esa inevitable y urgente necesidad que tiene la sociedad de criticar, estudiar, conocer, burlarse, esparcirse, etc., donde subyace aquello que bien conocemos como límites o excepciones a esos derechos exclusivos que ostentan los creadores de obras amparadas por la propiedad intelectual o derecho de autor.

II. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR. REGLA DE LOS TRES PASOS

Aunque el enfoque del presente trabajo no es la realización de un estudio, en sentido amplio, de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, sí es de sumo interés sentar una base comúnmente aceptada por la doctrina sobre este tema.

En consecuencia, al hablar de limitaciones o excepciones al derecho de autor, como bien apunta Delia Lipszyc, debemos enfocarnos como *una restricción al derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra*.² Por lo tanto, en vista de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 27 consagra tanto el derecho que ostenta toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, también viene a garantizar el derecho que tiene toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Por lo tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos lo que ha venido a presentarnos es una colisión de derechos fundamentales, sin establecer una supremacía o jerarquía de uno sobre el otro, sino más bien sometiéndolo a la existencia de un orden correlativo de responsabilidad jurídica y moral que debe ser analizado de manera casuística cada vez que se presente una oportunidad.

² LIPSZYC, D. (2001): *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALI, pág. 219.

Así las cosas, el derecho de un autor de participar de intereses morales y materiales de su creación no es ni más ni menos importante que el derecho de la sociedad a acceder y participar de la vida cultural de la comunidad. De allí que el absolutismo y exclusivismo de la capacidad de explotar comercialmente una obra encuentra *límites y excepciones* a esa regla general, los cuales buscan evitar que el derecho de autor se erija como los inexpugnables muros de Jericó, para que terceros puedan tomar la obra creada y publicada, haciendo uso de ella de la forma expresamente establecida en la norma.

Resulta oportuno reiterar que la norma es la exclusividad del autor de disfrutar de los derechos morales y materiales de su creación, mientras que los límites y excepciones se encuentran estrictamente determinados por ley atendiendo a una necesidad humana, social y generalmente aceptada de no dejar al albur del titular del derecho o de quien ostente su administración, el autorizar o prohibir, con o sin remuneración, un determinado uso. Razón por la cual al reconocerse una *excepción o limitación* al derecho exclusivo del autor, este no podrá participar de ningún tipo de beneficio que el uso arroje, así como tampoco sería necesario obtener su autorización para hacer uso de su obra.

Es de una importancia palmaria que las *excepciones y/o limitaciones* se encuentren taxativamente delimitadas, y la solución internacional que se ofreció a esta problemática encuentra su basamento en la afamada *regla de los tres pasos*, que Juan Carlos Monroy define así:

La regla de los tres pasos constituye el más importante principio en el tema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, no solo porque define su alcance y contenido, sino porque además orienta la tarea de los legisladores a la hora de regular la materia, así como de los jueces al decidir sobre la aplicabilidad de una limitación o excepción.³

³ MONROY, Juan Carlos (2009): *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe*, Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, pág. 31.

La referida *regla de los tres pasos* tiene su origen en el artículo 9 (2) del Convenio de Berna, el cual autoriza a los Estados miembros a establecer limitaciones o excepciones al derecho exclusivo de reproducción en sus leyes nacionales, facilitando la reproducción de las obras sin necesidad de la previa obtención del consentimiento del autor o remuneración de alguna índole debida a este. Por consiguiente, para establecer una excepción o limitación al derecho exclusivo de reproducción se hace menester cumplir con los siguientes tres requisitos, a saber: 1) que se trate de determinados casos especiales; 2) que con su aplicación no se atente contra la explotación normal de la obra, y 3) que con ellas no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Ahora bien, si bien es cierto que el artículo 9 (2) del Convenio de Berna se refiere únicamente al *derecho de reproducción*, no menos cierto es que acuerdos internacionales posteriores le dieron un giro de mayor amplitud de aplicación al mismo, tal como es el caso del art. 13 de los ADPIC, el cual se limitó a consagrar en lo concerniente a *limitaciones y excepciones* que: «Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos». Cabe precisar que ese mismo principio también quedó consagrado en un sentido bastante amplio, y no tan solo limitado al derecho de reproducción, tanto en el art. 16 (2) como en el art. 10 de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos del año 1996. También resulta oportuno establecer que el art. 30 de nuestra Ley de Derecho de Autor (No. 65-00) consagra este principio o regla de los tres pasos.

En fin, al hablar de la imposición de una *excepción o limitación* a los derechos exclusivos del autor, jamás debemos perder de vista que el legislador ha buscado establecer casos especiales y específicamente bien definidos donde el derecho exclusivísimo del cual goza el autor se vea mermado por una necesidad imperiosa que ostente la sociedad para acceder a dicha excepción o limitación. Por ende, nadie cuestiona el

derecho que ostentamos todos de citar artículos o libros, o el derecho de acceder a los acontecimientos noticiosos, o a reproducir nuestras leyes o sentencias, o a comunicar públicamente fonogramas para exhibir los aparatos reproductores en las tiendas, etc.

Sin embargo, sí existen otras *posibles* excepciones o limitaciones al derecho de autor un tanto más controvertidas, tal como es el caso de una limitación o excepción que se encuentra contenida en el largo listado de excepciones y limitaciones establecidas, o más bien sugeridas, en el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, cuando en el numeral 3 se establece que «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3⁴ en los siguientes casos: [...] k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche». La referida directiva presentaba un objetivo dual: «(i) armonizar las leyes de derecho de autor de los miembros de la Unión Europea, y (ii) responder a los requerimientos de los tratados adoptados en 1996 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – los tratados de Internet. (Estos fueron los tratados que requirieron a los Estados Unidos la promulgación de su ley conocida como la Digital Millennium Copyright Act, en 1998)».⁵

En consecuencia, cabe que nos preguntemos: ¿Qué es una parodia? ¿Qué debe buscar la parodia para ser admitida como tal? ¿Cuál debería ser su definición técnico-jurídica? ¿Debería ser considerada como una *obra derivada* o como *una obra original*? ¿Qué implicaciones prácticas traería el que se considere una obra derivada o como una obra original? ¿Encuentra algún tipo de amparo constitucional la parodia? ¿Cuál ha sido la solución a esta problemática a nivel del derecho comparado?

⁴ Se refieren al derecho de reproducción y al derecho de comunicación al público de obras y al derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas.

⁵ SOBEL, Lionel y BIEDERMAN, Donald E. (2003): *International Entertainment Law*, Connecticut/Londres: Praeger Publishers, pág. 387.

¿Cuáles deberían ser las condiciones de *licitud* para una parodia? Indubitablemente, la parodia es un instrumento de comunicación y manifestación de opiniones, y como tal debe ser amparada; sin embargo, si la misma no queda bien definida en el ámbito jurídico, tal como veremos más adelante, podría ser utilizada como una brecha para el oportunismo y la justificación de lo injustificable.

III. DEFINICIÓN Y PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA PARODIA COMO EXCEPCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la parodia de una manera sencilla como ‘imitación burlesca’. Viene del griego *parodia*, formada del prefijo *para* = junto a, de parte de, contra; y de la raíz *oide* = canción, más el sufijo *ia* = cualidad.⁶ El origen de la palabra *parodia* está relacionado con composiciones destinadas a ser expuestas o declaradas. Generalmente, cuando pensamos de manera coloquial en una parodia, nos viene a la mente un contenido cómico, lúdico, burlesco, y es que el humor es algo que facilita la captación de la atención del público. Sin embargo, el mero hecho de que algo sea *cómico*, no quiere decir que es parodia, máxime cuando en buen derecho, al tratarse de una *limitación o excepción*, se hace indispensable tener un marco de acción bien delimitado.

Ahora bien, la comicidad y lo paródico están íntimamente vinculados desde sus orígenes más remotos a la parodia, tal como señala Mario Sol Muntañola, refiriéndose a la parodia:

En la cultura occidental, sus primeras manifestaciones escritas se encuentran en la Grecia clásica (500 a. C.-323 a. C.) y en España los antecedentes más remotos de que se tenga noticia en relación con la parodia escrita se hallan en una parodia de obras de cetrería escrita por un tal

⁶ ANDERS, V. *et al.* (2001-2017): «Etimologías de Chile: etimologías de parodia», [en línea] <<http://etimologias.dechile.net/?parodia>> [Consulta: 01/06/2017].

Evangelista, probablemente autor también de la parodia.⁷ En la baja Edad Media (siglos XI-XV) abundaban manifestaciones paródicas en las que, de diversas maneras, se ridiculizaba el poder del Estado y, sobre todo, el poder y culto eclesiástico. Son “Fiestas de Locos” –*festum stultorum*–, ancestros del carnaval, en las que los goliardos dan rienda suelta a su capacidad burlesca. Durante quinientos años, las manifestaciones de tipo paródico escritas, como en definitiva la literatura en general, serán escasas y de carácter marcadamente pagano, con los nobles y la Iglesia como objetivos principales de sus ataques. Se trataba del contraste entre dos culturas: la popular que ríe frente a la oficial que no se ríe. Ya para finales del siglo XVI y en los albores del XVII, surge un género menor denominado *entremés*, el cual sería el cultivo idóneo para la parodia en sus más diversas variedades, abriéndose la parodia hacia la propia vida social o hasta figuras ilustres de la época, motivos estos que se seguirán utilizando en parodias con la llegada del esplendor del Siglo de Oro de la literatura española (XVII). En este siglo, Miguel de Cervantes ofreció a la literatura la más universal de las obras españolas una parodia que debió sacar de quicio a unos y generar carcajadas entre los más. Nos referimos, por supuesto, a *Don Quijote de la Mancha*, donde los pilares de los libros de caballería eran llevados a su opuesto más vulgarizante.⁸

Con el paso de los años, la parodia continúa su desarrollo, entremezclándose con la sátira, la crítica, la burla, las obras de teatro, los monólogos, las caricaturas, los pastiches, en fin, influenciando también en los chistes gráficos, el cine, la publicidad, la música, etc. Es por ello que vemos diversas manifestaciones de lo que es una parodia, razón por la cual la Directiva 2001/29/CE no se limitó a incluir únicamente a la parodia, sino que incorporó la caricatura y el pastiche, los cuales son considerados, de manera genérica, como parodias. No obstante, algunos juristas franceses (que han acuñado estos tres conceptos), han manifestado que se diferencian el uno del otro atendiendo al género

⁷ MUNTAÑOLA, Mario Sol (2005): *El régimen jurídico de la parodia*, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, pág. 27.

⁸ MUNTAÑOLA, Mario Sol, *Op. Cit.*, págs. 28-31.

destinado de cada cual, por lo que las obras musicales serían caracterizadas como *parodia*, mientras que las obras literarias como *pastiche*, y las obras gráficas como *caricaturas*.⁹

No obstante lo anterior, al avocarnos a plasmar una definición técnico-jurídica de lo que es una parodia, tenemos que tener claro que en virtud de la primera regla de la Regla de los Tres Pasos, la definición de parodia debe de dejar claramente delimitada la frontera de qué es una parodia, ya que solo puede existir una excepción o limitación *en casos especiales*, o sea, se aplica una interpretación restrictiva de lo que es o no es, una parodia.

Para la Dra. Delia Lipszyc, la parodia «*es una imitación burlesca de una obra seria. Se trata de una obra derivada, original en la composición y en la expresión*». ¹⁰ Esta definición bien puede ser el resultado de lo consagrado en la legislación argentina de derecho de autor, que establece lo siguiente en referencia a la parodia:

Artículo 25.- El que adapte, transporte, modifique o parodie una obra con la autorización del autor, tiene sobre su adaptación, transporte, modificación o parodia, el derecho de coautor, salvo convenio en contrario.

Artículo 26.- El que adapte, transporte, modifique o parodie una obra que no pertenece al dominio privado, será dueño exclusivo de su adaptación, transporte, modificación o parodia, y no podrá oponerse a que otros adapten, transporten, modifiquen o parodien la misma obra.

De lo anterior se colige que la Dra. Lipszyc ve en la parodia una obra derivada, toda vez que lo es en la República Argentina, ya que para realizar una parodia se exige el consentimiento previo del autor, esto en vista de que para adaptar, transformar, traducir, arreglar, etc., una obra originaria, siempre se requerirá el consentimiento previo del autor. Sin embargo, al ver a la parodia como una excepción o limitación a los derechos exclusivos del autor, tal consentimiento no sería requerido.

⁹ DESBOIS, Henry (1978): *Le droit d'auteur en France*, Paris: Editorial Dalloz, pág. 133.

¹⁰ LISZYC, Delia. *Op. Cit.* pág. 118.

Como bien apunta Muntañola, «La parodia es una imitación de cualquier obra, que mediante su modificación la destruye con fines críticos, utilizando generalmente formas humorísticas, para dar lugar a otra obra diferente, original, pero ineludiblemente unida al material originario».¹¹

Aquí nos encontramos con una colisión de dos posturas completamente disímiles: o la parodia es una obra derivada y requeriría consecuentemente el consentimiento del autor, o es una obra original que activa un límite o excepción que le permite al parodiador hacer uso de una obra *originaria* sin la previa autorización del autor. Y lo cierto es que someter a la parodia al requerimiento previo de la autorización de los titulares de la obra sería lo mismo que escribirle el panegírico a esta manifestación creativa del hombre que no ha podido ser restringida, ni se podrá. Razón por la cual, la parodia debe ser vista como una obra *original* que utiliza materiales de una obra originaria, pero que le incorpora suficientes materiales originales que la hace devenir en una obra nueva, originada de una obra preexistente y asociada a ella.

Muchos críticos de la postura de que la parodia es una *obra original* afirman que cómo algo *que se deriva de otra cosa puede ser original*, y en este tenor se ha expresado de una manera tajante Martín Marizcurrena, al declarar que

A nuestro juicio, no puede admitirse ningún tipo de licencia para realizar parodias, atenta casi siempre a la sensibilidad del autor (y a su derecho moral) en forma grosera. El autor tiene el derecho exclusivo sobre su obra, nadie puede modificarla sin su autorización, y así está consagrado en todas las legislaciones nacionales y convenios internacionales. Resultaría poco coherente sostener que el autor goza del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, traducciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras, pero pierde ese derecho cuando se trata de parodiar, de burlarse de su obra. Pensemos cómo se sentiría cualquier autor dramático al ver que los personajes que creó con una psicología determinada, encuadrados en un entor-

¹¹ MUNTAÑOLA, Mario Sol, *op. cit.*, pág. 39.

no también determinado, aparecen en la parodia totalmente desfigurados, sin poder hacer nada para impedirlo, por imperio de la licencia, porque, a pesar de que se prevea la circunstancia del descrédito para la obra, queda por saber si quien tenga que juzgarlo tendrá o no la misma sensibilidad del damnificado para confirmar tal descrédito [...].¹²

Contrario a la postura del Dr. Marizcurrena se ha pronunciado Valbuena Gutiérrez al afirmar que

la afirmación de que crear significa producir algo de la nada o que previamente no existe no ha de interpretarse en términos absolutos. La razón estriba en que, por un lado, el hombre se sirve, en su actividad creativa, de todo el acervo intelectual y cultural en el que está inmerso. Por otro, además, tal interpretación nos llevaría a excluir de la protección por el derecho de autor a aquellas obras del ingenio basadas en otras anteriores. Así ocurriría, en efecto, con las denominadas obras derivadas y compuestas que son el resultado de la transformación (traducción, adaptación...) e incorporación (terminación, colección...) de obras preexistentes. Por ello, lo que viene a significar esta afirmación es que el concepto de creatividad intelectual excluye de su ámbito a toda aquella actividad que se limite a copiar o imitar servilmente las obras ya existentes.¹³

En consecuencia, pretender excluir a la parodia de la categoría de obra original por el mero hecho de que el parodiador toma como base una obra preexistente para criticarla mediante la modificación de la obra originaria sería desconocerle a la parodia su naturaleza de ser una manifestación de la libertad de expresión. Es que todo aquel que divulgue una obra en cualquiera de sus manifestaciones artísticas,

¹² Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma, *Límites al ejercicio de los derechos: En general*; Ciudad de Panamá, Panamá, 21 al 28 de febrero de 1994, materiales del curso, págs. 11-12.

¹³ VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio (2000): *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada: Editorial Comares, pág. 13.

científicas o literarias, se está exponiendo al universo de críticas que trae consigo mismo el aportar al patrimonio cultural de la humanidad. Un libro, una obra audiovisual, una canción, etc., una vez divulgada, puede ser citada por cualquiera, criticada por cualquiera, informada su existencia por cualquiera, estudiada por cualquiera, en fin, siempre y cuando se actúe dentro del ámbito del orden público, el derecho de la humanidad a criticar de la forma que estime oportuna debe ser salvaguardado, y es precisamente por ello que, en muchos aspectos, aunque haya países que no han reconocido a la parodia como una limitación o excepción al derecho de autor (tal es el caso del nuestro, República Dominicana), la misma encuentra su amparo en la libertad de expresión.

IV. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DE LA PARODIA POR MEDIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

La Constitución Dominicana consagra en su art. 49 que

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa. Párrafo.- El disfrute de estas libertades se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con la ley y el orden público.

Además, la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su art. 13 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y

ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En vista de lo anterior, someter a la parodia a algún tipo de licenciamiento o autorización previa por parte de los titulares de derecho sería conculcatorio de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que se estaría sometiendo al parodiador a una especie de censura previa a su libertad de expresión, y sobre este particular se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia marcada con el No. TC/0075/16 del 4 de abril de 2016, al establecer lo siguiente:

9.7. De lo anterior se infiere que una cosa distinta es el caso de que la información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, una vez se hacen públicos, tipifiquen un delito, la justicia puede tomar las medidas correspondientes, conforme a la ley, pues si bien no se admiten limitaciones preventivas al derecho a la libertad de expresión e información, se ha dejado la persecución de ciertos y precisos abusos, infracciones o delitos que en su ejercicio se puedan cometer a la aplicación de medidas ulteriores, o sea, que una vez emitida la opinión o difusión de una obra del espíritu que resulte agravante de otros bienes protegidos por la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se aplicarían tales medidas ulteriores que previamente han sido previstas por la legislación interna del Estado de que se trate.¹⁴

Por consiguiente, los derechos fundamentales establecidos en el art. 49 de nuestra Constitución, vienen a garantizar la dignidad humana, estableciendo el contrapeso en medio del cual la parodia gravita. Sí, tengo derecho a parodiar como una manifestación de la libertad de expresión, pero respetando el derecho al honor. Tengo derecho a informar, pero respetando el derecho a la intimidad. Tengo derecho a

¹⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0075/16 de fecha 04/04/2016. Fundación Prensa y Derecho (accionante).

criticar, pero respetando la moral de las personas. Es que la parodia es esencialmente una crítica humorística, y el que no quiere ser criticado, que no aporte nada al patrimonio cultural de la humanidad.

Es que se puede criticar, sin difamar, sin caer en el libelo, sin insultar, toda vez que ninguna de estas acciones encuentra amparo en la libertad de expresión, sino todo lo contrario, encuentra su persecución en la normativa penal correspondiente. El punto es que, si bien la parodia representa un grave dolor de cabeza para los defensores de las posturas más románticas a favor de los autores, no menos cierto es que representan una gran necesidad para la libertad de expresión y, en consecuencia, para el correcto desenvolvimiento del hombre en sociedad.

V. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DE LA PARODIA COMO EXCEPCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

De todas las limitaciones y excepciones posibles al derecho exclusivo de los autores, ninguna despierta tantas pasiones como la parodia, ya que se basa en usar el propio material originario para criticarlo por medio de la burla, lo grotesco y lo lúdico.

A nivel regional, Brasil, Chile, Ecuador, Perú y Nicaragua admiten la parodia como una excepción o limitación al derecho de autor.

Brasil la consagra en su artículo 48 de la Ley 9.610 de 1998, donde establece que «son libres las paráfrasis y parodias que no sean verdaderas reproducciones de la obra originaria ni le inflijan descrédito». Por su parte, Ecuador, por medio de la Ley No. 83. RO/ 320 del 19 de mayo de 1998, en su art. 83 literal J, establece que

Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna: [...] j) La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con esta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista intérprete o ejecutante, según el caso.

La ley ecuatoriana es mucho más explícita al precisar que no se requeriría autorización previa, así como tampoco, que están sujetas a remuneración las parodias.

Nicaragua consagra la limitación de la parodia en su Ley No. 312 de 1999, estableciendo en su artículo 37 que «No será considerada transformación que exija la autorización del autor, la parodia de una obra divulgada». Perú regula la parodia en su Decreto Legislativo 822 de 1966, estableciendo en su artículo 49 que

No será considerada transformación que exija autorización del autor la parodia de una obra divulgada mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor y sin perjuicio de la remuneración que le corresponda por esa utilización.

En Perú sí reconocen una remuneración debida a los titulares de la obra originaria, lo que equivaldría a una especie de licencia obligatoria a favor de los parodistas. En Chile, la Ley No. 17.336 sobre Propiedad Intelectual del año 1970 consagra en su artículo 71 literal P que «Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete».

Ahora bien, de todos los países de lengua castellana, ninguno ha aportado más al tema de la parodia que España, país donde primeramente aparece la parodia en el año 1880, con la promulgación del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, sin embargo, no aparecía en la referida pieza legislativa como un *límite o excepción* al derecho de autor, sino más bien como un óbice a la práctica de la parodia, funcionando como un poder discrecional del autor tendente a impedir que parodien su obra. No fue hasta 1987 que España introdujo la limitación de la parodia en su legislación, estableciendo en su artículo 39 que «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». Esta forma de redacción se mantiene vigente hoy día tras la refundición en 1996 de los textos de Propiedad Intelectual.

El jurista español Mario Sol Muntañola critica la forma de redacción del referido artículo 39, al expresar que

La ley española no expresa si la parodia debe tener fines críticos, si debe ser más o menos humorística o cómica, si ambas cosas, ni si afecta a todo tipo de obras o solo a algunas; tampoco la diferencia entre la confusión y el daño, ni si ese daño ha de ser patrimonial o también puede afectar al ámbito moral, ni la cantidad de obra originaria que puede ser imitada en la obra paródica.¹⁵

Así las cosas, ¿cómo delimitar entonces la extensión de la parodia de una manera objetiva a los fines de que no se constituya en una írrita herramienta para usurpar derechos de autor? Partiendo de la premisa de que la parodia siempre debe criticar de una forma humorística la obra originaria, (i) lo primero que debe haber para que exista una parodia es *la imitación de una obra ajena*, y es que la parodia exige que exista una imitación tal, que permita al público reconocer la obra originaria, el parodiador no puede fallar en este aspecto, necesariamente tiene que tener rasgos asociativos de la obra originaria, tiene que copiar lo suficiente para que el público asocie la obra originaria con la parodia. (ii) Lo próximo que debe ser tomado en cuenta es *la utilización de materiales protegidos y/o desprotegidos*, toda vez que nadie puede reclamar la titularidad de una idea, hechos acontecidos, ambientes, espacios, modas, estilos, en fin, hay cosas que nadie puede apropiarse, tal es el caso de las obras que se encuentran en el dominio público, como las leyes, cuya reproducción es libre, o como la Biblia, tal como sucedió con la parodia del Nuevo Testamento titulada *Life of Brian*,¹⁶ una obra cinematográfica de largometraje del año 1979. En consecuencia, el riesgo se manifiesta únicamente cuando se toman elementos de la obra originaria que sí se encuentran protegidos, pero es un riesgo calculado

¹⁵ MUNTAÑOLA, Mario Sol, *op. cit.*, pág. 102.

¹⁶ YouTube, *trailer Life of Brian* [en línea]. <<https://www.youtube.com/watch?v=TKPmGjVFbrY>>. [Consulta: 15/06/2017]

por el parodiador, toda vez que necesita tomar lo suficiente, sin causarle un perjuicio injustificado al autor de la obra originaria. (iii) El tercer aspecto consiste en determinar *la cantidad del material utilizado*, hasta dónde está permitido sin caer en plagio, y lo cierto es que no existe una respuesta universal que resuelva este dilema, no hay una fórmula porcentual, no existe una cantidad determinada de palabras, lo que debe existir es el derecho del parodiador de tomar cuantos elementos sean necesarios para cumplir su objetivo crítico, sin que se permita caer en una vulgar copia de la obra originaria, es por ello que la parodia debe ser evidente, notoria, manifiesta.

Muntañola, citando a Gaide, declara que

Esta autora considera que existen tres criterios para dar respuesta a la cuestión. El primero es el criterio del carácter dominante del tratamiento paródico. Se trata de comprobar si los rasgos de la obra paródica son preponderantes, de manera que si los rasgos tomados de la obra parodiada están dominados por la obra paródica, creando una distancia apreciable entre ambas obras, la parodia será lícita. El segundo es el de la necesidad de la impronta. El parodista debe tomar aquello que es necesario para que la parodia sea comprensible, es decir, podrá tomar los elementos estrictamente necesarios para que la obra original pueda ser identificada. Y el tercero es el criterio de la concurrencia con la obra originaria, según el cual si la obra paródica es susceptible de reemplazar a la obra original, la parodia no será lícita.

Muntañola luego establece que los tres criterios anteriormente citados sirven para aproximarnos a la cuestión del alcance de lo cuantitativo y cualitativo que debe adoptar la toma de materiales ajenos, introduciendo Gaide un tercer elemento que busca conducir el criterio continental de la confusión, hacia la confrontación concurrencial de las obras.¹⁷

En este sentido, al hablar del criterio continental de la *confusión*, lo que implica es el hecho de que el público perciba de manera inmediata

¹⁷ MUNTAÑOLA, Mario Sol, *op. cit.*, pág. 149.

que se trata de una parodia, y no de otra obra del autor parodiado, por lo que se deberá analizar la aportación creativa del parodiador, analizando la confusión en su acepción más sencilla, o sea, ¿puede pasar una obra por la otra?, ¿es una copia una de la otra?, ¿es un plagio? Es que, si la parodia se confunde con la obra originaria, no deberá ser considerada como una parodia, sino como un plagio, pero si la parodia se distingue de la obra originaria, manteniendo los rasgos asociativos, entonces sí estaremos frente a una parodia.

En Francia, el código de propiedad intelectual de 1992, y modificado por última vez en abril de 2016, establece en su artículo L. 122-5, numeral 4º, que «Cuando una obra ha sido divulgada, el autor no podrá prohibir la parodia, el pastiche y la caricatura, teniendo en cuenta las leyes del género». En vista de que la ley no especifica de manera expresa cuales son los tipos de uso permitidos, así como tampoco las clases de obras que se permitirá parodiar, se deduce que la intención del legislador fue la de facilitar la creación de las obras paródicas en un sentido amplio, por lo que la excepción puede abarcar todos los actos posibles y necesarios en el contexto de la parodia, el pastiche (que se refiere a la imitación del estilo de una obra o de un autor) o la caricatura (que se refiere a la exageración burlesca de la obra originaria), incluyendo, sin limitación alguna, la reproducción y la comunicación al público, de cualquier obra originaria. Como bien apunta el jurista Makeen Fouad:

Estos dos derechos –reproducción y comunicación al público– son disímiles, por lo que la transferencia del derecho de reproducción, no implica la transferencia del derecho de comunicación al público, y viceversa. Estas distinciones se originaron en el mecanismo de la comunicación pública utilizada; si se trataba de una comunicación directa, caería en el ámbito de la comunicación en público; si era indirecta la comunicación, caería en el ámbito del derecho de reproducción.¹⁸

¹⁸ FOUAD, Makeen (2000): *Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, La Haya/Londres/Boston:

Muchos otros países –como Canadá, Inglaterra, Australia, Holanda e Italia– han adoptado disposiciones, normativas, legislaciones y jurisprudencias a favor del reconocimiento de la parodia como una *excepción o limitación*, tal es el caso de Alemania, país que nos legó la teoría del *uso libre (freie Benutzung)* al amparo del artículo 24(1) de su ley de derecho de autor, la cual establece que cuando los rasgos característicos de la obra utilizada se desvanecen en relación con la obra derivada, se considerará un uso libre.

Así las cosas, a raíz de su aplicabilidad práctica, así como del impacto económico que representa tanto para la República Dominicana como para el resto del mundo, tener una discusión seria en nuestro país sobre la adopción o no de la parodia como una limitación o excepción al derecho de autor se hace impostergable.

Ahora bien, mal haríamos en hablar de cualquier aspecto de la propiedad intelectual e ignorar que los héroes de hoy eran los villanos de ayer, y que los villanos de hoy se encaminan a convertirse en los héroes de mañana. Los Estados Unidos de América fungen como los héroes de la propiedad intelectual, mientras que China juega el rol del villano, pero en palabras del jurista estadounidense Peter Baldwin,

Hoy, Estados Unidos alza los puños frente a los piratas de China, tal como Europa lo hacía frente a Estados Unidos el siglo pasado. Pero China ya es el tercer titular de patentes del mundo, detrás de Estados Unidos y Japón; además, ratificó la Convención de Berna en 1992, tan solo tres años después de Estados Unidos. En algún momento no muy lejano, si es que ya no ha sucedido, China también –al igual que Estados Unidos en las décadas de 1980 y 1990– pasará de ser pirata a policía.¹⁹

En consecuencia, por ser Los Estados Unidos de América ese “policía” mundial de la propiedad intelectual, así como por ser el país que

Kluwer Law International, pág. 165.

¹⁹ BALDWIN, Peter (2014): *The Copyright Wars. Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*. New Jersey: Princeton University Press, pág. 19.

más ha tratado el tema de la parodia desde una perspectiva jurídica, nos enfocaremos en un somero análisis de la situación de la parodia en la referida nación.

En Estados Unidos, la parodia se enmarca dentro de lo que se conoce como el artículo 107 del *Copyright Act*, el cual establece los parámetros para el reconocimiento de las limitaciones a los derechos exclusivos de los titulares, lo que se conoce como *Fair Use* (uso justo); el referido artículo establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en las secciones 106 y 106A, el uso justo de un trabajo protegido por derechos de autor, incluido su uso mediante reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por dicha sección, con fines tales como críticas, comentarios, informaciones noticiosas, enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones, no constituye una infracción del derecho de autor. Para determinar si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo, los factores a considerar incluirán:

- (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de carácter comercial o tiene fines educativos sin fines de lucro;
- (2) la naturaleza de la obra protegida por derechos de autor;
- (3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por derechos de autor como un todo; y
- (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor.

El hecho de que una obra sea inédita no impedirá que se llegue a una conclusión de uso justo, siempre y cuando tal constatación se haga teniendo en cuenta todos los factores antes mencionados.

La defensa del *uso justo* representa la limitación o excepción más amplia y generalizada a los derechos exclusivos de sus titulares, razón por la cual resulta muy diversa y compleja en su aplicación, ha sido definida como un *privilegio* otorgado a terceros para que puedan hacer uso de trabajos amparados por el derecho de autor sin necesidad de requerir

el consentimiento previo a ningún titular, sin importar el monopolio al cual tiene derecho el titular correspondiente. Así las cosas, los *usos justos* no están sujetos a *numerus clausus*, sino que de manera meramente enunciativa se citan ejemplos de estos usos justos, tal como es el caso de la crítica, comentarios, informaciones noticiosas, enseñanza, becas, investigaciones, etc. Ahora bien, el simple hecho de que un trabajo sea *crítico o noticioso* no significa que automáticamente sería considerado como un *uso justo*, toda vez que tendría que pasar el examen de la regla de los cuatro factores descritos *ut-supra*.

Con relación al primer factor *–el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de carácter comercial o tiene fines educativos sin fines de lucro–*, lo que busca determinar es, si acaso, y hasta qué punto, la nueva obra es transformativa, así como si la supuesta infracción fue realizada con fines comerciales o no. En referencia al segundo factor *–la naturaleza de la obra protegida por derechos de autor–*, busca determinar si el trabajo es *creativo en naturaleza*, ya que estos se encuentran más cercanos al objeto que pretende proteger el *Copyright*. El tercer factor *–la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por derechos de autor como un todo–* busca determinar cuántos materiales originales fueron utilizados, entiendo que, mientras mayor es la cantidad de materiales protegidos utilizados, menor probabilidad habrá de que el uso haya sido justo. El cuarto factor *–el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor–* tiene un impacto bastante variable, atendiendo no solo a la cantidad o dimensión del daño, sino también a la fortaleza con la cual se hayan presentado los demás factores. El *Copyright* no está diseñado para ofrecer protección o conveniencia a los consumidores, sino todo lo contrario, para proteger los intereses de los titulares de derecho.²⁰

Algunas personas han pretendido que el uso no autorizado de una determinada cantidad de compases musicales puede ser considerado

²⁰ BIEDERMAN, Donald (2001): *Law and Business of the Entertainment Industries*, 4.ª edición, Connecticut/Londres: Praeger Publishers, págs. 718-725.

como un *uso justo* al amparo de los referidos cuatro factores. Sobre el particular, el jurista Richard Schulenberg ha declarado que

Existe la concepción de que si tan solo utilizas 4, 6, 8, o no sé qué cantidad de compases o notas de una obra musical estarías exento de violación al derecho de autor. ¡Falso, falso, falso! ¡Eso no existe! Cualquier violación al derecho de autor deberá ser juzgada sobre la base de los criterios externados en el artículo 107 del Copyright Act.²¹ [Traducción mía]

La doctrina del *Fair Use* (uso justo) se desarrolló en Estados Unidos de Norteamérica mediante el devenir jurisprudencial, y luego, en el año 1976, fue incorporada a la Ley de *Copyright* (derecho de autor). El caso que dio origen a esta doctrina estadounidense data del año 1841, conocido como *Folsom v. Marsh*, mediante el cual un compendio histórico de doce volúmenes referente a la vida de George Washington fue condensado por un tercero a tan solo un libro de 353 páginas, sin el consentimiento previo del autor original. El tribunal estableció el criterio de que para poder determinar si el uso de algún material protegido por el *Copyright* es justo, el tribunal deberá examinar «La naturaleza y objeto de los materiales seleccionados, la cantidad y el valor del material utilizado, y el grado en el cual el uso podría impactar las ventas de la obra originaria, o en su defecto, disminuir sus beneficios, o reemplazar a la obra originaria». Luego de aplicar el referido criterio, el Tribunal determinó que el referido uso no fue justo.²²

Así las cosas, en Estados Unidos, la parodia generalmente se podría calificar como un uso justo, pero para ello se requiere que el parodiador pueda evidenciar que la obra originaria, aunque sea de manera parcial, ha sido el objeto de la parodia, o sea, la parodia debe comentar o criticar la obra originaria, y esto así, toda vez que la parodia implica el hecho de

²¹ SCHULENBERG, Richard (2005): *Legal Aspects of the Music Industry*, Nueva York: Billboard Books, pág.505.

²² *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, Circuito de las Cortes de Apelación del Distrito de Massachusetts (1841) (Estados Unidos) citado del libro de David Moser (2002): *Music Copyright for the New Millenium*. Vallejo: ProMusic Press, pág.129.

hacer uso de una obra protegida para comentarla, criticarla o burlarse de ella. Esto es de suma importancia que se pueda apreciar, toda vez que muchas personas tienen la acepción errónea de que el simple hecho de tomar una canción y cambiarle las letras con un tono jocoso califica automáticamente como una parodia, y si bien eso puede ser cierto desde una perspectiva coloquial, jamás podrá serlo desde una perspectiva jurídica, ya que la interpretación *restrictiva* de la limitación o excepción obliga a establecer fronteras claras de cuándo hay parodia y cuando no.

Un caso bastante interesante de citar es el de *The 2 Live Crew – Pretty Woman*, conocido jurídicamente como *Luther R. Campbell a.k.a. Luke Skyywalker, et al., Petitioners v. Acuff-Rose Music, Incorporated*;²³ Acuff-Rose, en su calidad de editor de la obra musical *Pretty Woman*,²⁴ demandó a Luther Campbell del grupo de rap *The 2 Live Crew*²⁵ por haber violentado los derechos de autor de la obra musical *Oh, Pretty Woman*, de la autoría de Roy Orbison y William Dees. The 2 Live Crew había publicado una canción que copiaba parte de la música y de la letra de la referida canción; habían solicitado una licencia al editor, quien se negó a emitirla, y no obstante ello, realizaron la publicación correspondiente. The 2 Live Crew argumentó en el juicio que su versión era una parodia y, como tal, se encontraba amparada bajo la doctrina del *Fair Use*, argumento acogido en el primer grado, a lo que el editor apeló la decisión, fallando la Corte de Apelación a favor del editor, bajo el argumento de que la finalidad comercial de la parodia imposibilitaba que pudiera ser considerada como un *uso justo* (*Fair Use*). No conforme con la decisión, *The 2 Live Crew* optó por recurrir la decisión de la Corte por ante la Suprema Corte de Justicia.

Lo primero que hizo la Suprema Corte de Justicia fue determinar si se estaba ante una parodia, en los términos legales del concepto, o no.

²³ *Campbell, aka Skyywalker, et al. v. Acuffrose Music, Inc.* No. 92-1292, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1994).

²⁴ YouTube, *Oh, Pretty Woman – Roy Orbison* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=lnRS3A_iYg> [Consulta: 15/06/2017].

²⁵ YouTube, *Two Live Crew – Pretty Woman* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=65GQ70Rf_8Y> [Consulta: 15/06/2017].

Percatándose de que la canción originaria muestra un romance de los años 1960 comienza con un hombre observando a una hermosa mujer caminando en una calle, a lo que el hombre le ruega que pase la noche con él, ella se niega y continúa su camino. En cambio, en la versión paródica, el hombre también observa a la hermosa mujer caminando en una calle, sin embargo, ya no es en los años 1960, ahora es en los 1990, y en otra calle –*in the Hood* (en una calle de un barrio caliente)–, por lo que el ambiente idílico creado por el autor de la obra originaria deja de existir, ya no es un suburbio blanco, ahora es un barrio de negros. La Suprema Corte acogió el argumento del recurrente al expresar que uno de los objetivos de los autores de la parodia era demostrar lo sosa y banal que era la canción originaria. En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia pudo percatarse de que efectivamente se trataba de una crítica a la obra originaria, por lo que sí cabía dentro de los parámetros para ser considerada una parodia. No obstante, además de lo anterior, la Suprema Corte tenía que aplicar el análisis de los cuatro requerimientos establecidos en la normativa, a los fines de evidenciar si se estaba ante un uso justo, o no.

En consecuencia, al analizar el primer factor –el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de carácter comercial o tiene fines educativos sin fines de lucro– determinaron que el mero hecho de que la parodia tenga un fin comercial no la descalifica de manera automática para beneficiarse del límite. La Suprema Corte enfatizó la naturaleza *transformativa* de la parodia, estableciendo que mientras mayor es la *transformación* de la obra (mensaje, significado, personajes, expresiones, etc.), mientras más elementos originales son introducidos, menor será la importancia de los demás factores, tal como el *fin comercial*.

Luego se procedió con el análisis del segundo factor –la naturaleza de la obra protegida–, determinando que iba en perjuicio de determinar un uso justo debido a la naturaleza creativa de la obra originaria. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia no le dio mucha importancia a este factor, ya que la mayoría de las parodias se basan en obras originarias preexistentes.

Bajo el tercer factor –la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por derechos de autor como un

todo—, la Suprema Corte extendió el criterio de qué cantidad de material puede tomar un parodista de la obra originaria. Ya la jurisprudencia había establecido que el parodiador puede tomar suficientes elementos de la obra originaria para crear la asociación entre la obra originaria y la parodia, o sea, para hacerlas reconocibles. El editor argumentaba que The 2 Live Crew había tomado más de lo permitido o necesario. Sin embargo, la Suprema Corte estableció que se hace casi imposible parodiar una canción si no se copia de manera casi idéntica su música, estableciendo que, una vez se ha tomado lo suficiente para asegurar la identificación, no se podrá seguir tomando materiales protegidos al extremo de que pueda reemplazar la obra originaria.

Finalmente, al analizar el cuarto factor —el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor—, la Suprema Corte estableció que una parodia será reconocida como un uso justo cuando sea diferente a cualquier uso que los titulares de la obra originaria pudieran razonablemente haber hecho de su obra. Además, ante el argumento del editor de que la parodia denigraba el valor de la obra originaria por el exceso de crítica, se estableció que el objeto de la parodia es criticar la obra originaria, por lo que la parodia bien podría, de manera legítima, hacer pedazos la obra originaria, y hasta destruirla comercial y artísticamente.

Este importante precedente no estableció que todas las parodias musicales están permitidas al amparo del artículo 107 del *Copyright Act* de estados Unidos, sino más bien, que una parodia bien podría calificar como uso justo (*Fair Use*) si cumple con los estrictos requerimientos establecidos por ley.

Ha habido muchos otros casos emblemáticos de parodia en todo el mundo, tal como el de la demanda que interpusieron los herederos de Edgar Rice Burroughs (creador de *Tarzán, el rey de la selva*) en Francia, por la utilización de las características de Tarzán en un filme de contenido erótico-cómico llamado «*Tarzoon la Honte de la Jungle*»,²⁶

²⁶ *Edgar Rice Burroughs, Inc., MM. J. Et H. Burroughs v. Picha* (caso Tarzoon), Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Grande Instance, TGI) de Paris, Tercera Sala, de fecha

donde el tribunal tuvo a bien fallar estableciendo que no existía ni la voluntad ni el riesgo de suscitar una confusión entre las dos obras... la oposición tan marcada entre las obras evita que puedan ser confundidas en el espíritu del público.

Otro caso interesante sucedió en Bélgica, cuando un Tribunal de Primera Instancia de Bruselas se pronunciaba con relación al afamado personaje belga «Tintín» en el año 1996, esto en vista de una acusación por plagio lanzada por la Fundación Hergé (Hergé, creador de Tintín) en perjuicio de unos afiches y postales que habían sido diseminados y que reproducían a los personajes de una forma supuestamente paródica. Al respecto, el Tribunal tuvo a bien establecer que, si bien era cierto que no había confusión posible, no menos cierto es que las modificaciones realizadas a las obras originales no suponen suficiente originalidad.²⁷ Esto es importante mencionar, toda vez que no toda comicidad es parodia, ni toda modificación es parodia, tiene que incorporar suficientes elementos originales, por lo que si yo tomo la emblemática fotografía de Alberto Díaz (Korda) titulada *Guerrillero Heróico*, en la cual aparece el rostro de Ernesto (Ché) Guevara con la boina negra mirando a lo lejos, y le dibujo gafas oscuras que simbolicen el *bienestar capitalista*, podría hacer reír a un par de personas, pero de original no tendría nada, y, por ende, no puede ser parodia. La falta de originalidad puede ser una de las mayores causas de confusión en el mercado, es por ello que la parodia debe ser obvia, palmaria, notoria a simple vista.

Un fenómeno que sucede con cierta frecuencia en la sociedad contemporánea y que vale la pena mencionar es cuando se *pretende* hacer una parodia, no para criticar a la obra originaria, sino para hacer una crítica o burla a algo tercero que no tiene nada que ver con la obra originaria. Desde mi perspectiva, esto no debería ser visto como parodia, toda vez que el objeto de la parodia es criticar y mofarse de la misma obra utilizando el humor o la comicidad, pero dentro de una interpre-

3 de enero de 1978. Ver: YouTube, *Tarzoón la Honte de la Jungle* [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=kdqDTIBhNBI>> [Consulta:15/06/2017].

²⁷ MUNTAÑOLA, Mario Sol. *Op. Cit.*, pág.161.

tación restrictiva y bien delimitada. Aceptar como parodia la apropiación no autorizada de materiales amparados por el derecho de autor para hacer humor crítico a terceros, evidencia que no es indispensable para el objeto del «parodiador» el tomar la obra originaria para hacer su crítica, ya que bien podría criticar aquello que pretende criticar sin tomar la obra originaria.

Pongamos el ejemplo de la supuesta parodia (que de parodia no tiene nada desde una perspectiva jurídica) realizada por Raymond y Miguel a la afamada entrevista realizada por la periodista Alicia Ortega –para el programa *El Informe*– al ingeniero Diandino Peña Criqué, exdirector de la Oficina para el Reordenamiento del Transporte (Opret).²⁸ En ella, Raymond y Miguel toman la canción titulada *María Teresa y Danilo* –popularizada por los cubanos Hansel & Raúl y grabada en el año 1986, contenida en su álbum *Magia*–,²⁹ y luego le modifican la letra para referirse a la entrevista con un tono jocoso.³⁰ Sin embargo, esta mal llamada parodia no hace el más mínimo intento de referirse a la obra originaria, no la critica, no la modifica, no la transforma, tan solo toma la obra originaria para modificarle la letra de manera antojadiza y con ello atacar algo tercero. Permitir una extensión tan amplia a la parodia sería desnaturalizar la figura, así como también violentar la regla de los tres pasos que debe existir en toda limitación o excepción que se pretenda reconocer.

Lo mismo sucede con el grupo conocido como Trío Mi Amorch, que recientemente realizó una «parodia» de la canción conocida como *Despacito*, interpretada por Luis Fonsi y de la autoría de Erika Ender, Luis Fonsi y el artista intérprete conocido como Daddy Yankee. Esta parodia se hizo muy popular cuando la diputada por el Distrito

²⁸ YouTube, *El emporio no declarado de Diandino Peña: 28 empresas, incluyendo 15 offshore – Live Stream* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=ykb7i_MaV4k> [Consulta: 15/06/2017].

²⁹ YouTube, *María Teresa y Danilo ORIGINAL VIDEO – Hansel y Raúl* [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=d6HgXyQuNGo>> [Consulta: 15/06/2017].

³⁰ YouTube, *Diandino Peña y Alicia Ortega: Parodia de Raymond Miguel* [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=L-quQ6pdbOA>> [Consulta: 15/06/2017].

Nacional Faride Raful felicitó al grupo por medio de las redes sociales con las siguientes palabras: «Felicitó a los muchachos del Trío Mi Amorch por esta parodia de la canción de Luis Fonsi. Refleja con buen humor un sentimiento generalizado en la población en cuanto al caso de los sobornos de Odebrecht».³¹ Si bien es cierto que este *trabajo* del Trío Mi Amorch refleja un sentimiento generalizado en la población en cuanto al caso de los sobornos de Odebrecht, no menos cierto es que no necesitaban violentar los derechos morales y materiales de los titulares de la obra originaria (*Despacito*) para expresar sus críticas, las cuales no se dirigen en lo más mínimo a la obra originaria, razón por la cual, desde una perspectiva técnico-jurídica, este material tampoco podría activar el *límite o excepción* a los derechos exclusivos de sus titulares.

Ahora pongamos otro ejemplo en el cual entiendo que sí se configura perfectamente una parodia. En el año 2013, una novel artista de unos trece años de edad, de ascendencia dominico-italiana y radicada en los Estados Unidos de Norteamérica, lanzó una canción de su autoría que inmediatamente se hizo tendencia en las redes sociales; la canción se titulaba *One, Two, Three, Four, Five*, una canción a ritmo de una bachata bastante lenta, pueril y con una actitud totalmente desanimada, invitaba a las personas a hacer «bullá» y a tener «ánimo»; realmente observar la obra audiovisual (videoclip) de la canción es toda una experiencia en sí misma.³²

Posteriormente, Raymond y Miguel hicieron de las suyas en una parodia magistral en la cual proceden a exagerar el desánimo que irradiaba la canción de una manera burlesca, donde aparecen los números en inglés del 1 al 5 mal escritos, tal como los escucha el dominicano, y Miguel declarando los referidos números, no con el acento perfecto de Francesca, sino con el *inglés machucado* de nuestro pueblo. Incorpora

³¹ Faride Raful, *Comentario contentivo de video musical Que Paisito del Trío Mi Amorch*, Facebook, 20 de febrero de 2017, [en línea] <<https://www.facebook.com/FarideRaful16/videos/1888225338055558/>> [Consulta: 15/06/2017].

³² YouTube, Francesca (One, Two, Three, Four, Five) Video Oficial 2013 [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=MPT08w-15LI>> [Consulta: 15/06/2017].

poran bailarines que, sin mucho esfuerzo, acentúan la lentitud de la obra originaria, lentitud llevada al extremo de que... *¡Hasta se duermen!* También proceden a incorporar elementos extraños y novedosos de la cultura popular del momento, toda vez que el artista Palito de Coco estaba en un momento de gran popularidad, y siendo este interpretado por Raymond, le hacen intervenir en la parodia, lo que evidencia que tomaron los materiales necesarios para asociar la obra originaria con la parodia, pero no se excedieron,³³ logrando incorporar suficientes materiales originales que la distinción entre una y otra se hace tan evidente que ninguna persona podría alegar riesgo de confusión entre la obra originaria y la parodia.

VI. CONCLUSIÓN

En fin, tal como lo ha expresado Muntañola, «La parodia es una imitación de cualquier obra, que mediante su modificación la destruye con fines críticos, utilizando generalmente formas humorísticas, para dar lugar a otra obra diferente, original, pero ineludiblemente unida al material originario».³⁴ Así las cosas, la parodia es una realidad que está directamente entrelazada con la historia de la humanidad, por lo que pretender detenerla sería lo mismo que intentar paralizar el inescrutables paso de las manecillas del reloj, máxime cuando el entorno en el cual vivimos encuentra su núcleo en plena sociedad de la información, donde los contenidos son fácilmente digitalizados, reproducidos, distribuidos, descargados y almacenados. Pero, por otro lado, pretender ignorar la existencia de la parodia desde una perspectiva técnico-jurídica en la República Dominicana sería darle la espalda a una de las principales herramientas con la que cuenta la sociedad para criticar y expresar libérrimamente sus pensamientos.

³³ YouTube, Raymond & Miguel (Video Oficial De ¡Animo, Animo! Y El Palito De Coco [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=dDBcP1wL8mM>> [Consulta: 15/06/2017]; Comienza en el 1:18.

³⁴ MUNTAÑOLA, Mario Sol. *Op. Cit.*, pág. 39.

Si bien es cierto que la parodia bien podría encontrar un amparo constitucional sobre la base de la *Libertad de Expresión e Información* (art. 49 de la Constitución dominicana), así como del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, donde se consagra la imposibilidad de someter a censuras previas, sino a responsabilidades ulteriores, a la libertad de expresión, no menos cierto es que sobre la base de la libertad de expresión no se puede permitir el desbordamiento desenfrenado, desmedido y descontrolado de la toma de materiales protegidos por el derecho de autor, cual si fuera el río Camú en época de lluvia, inundándolo todo.

La libertad de expresión debe encontrar un contrapeso en los límites y excepciones permitidos por el derecho de autor, el cual ha asimilado y aceptado el hecho de ceder el control de derechos exclusivos, en ciertos y bien determinados casos, a los fines de beneficiar a la humanidad. Pero si permitimos la toma libre de materiales protegidos sobre la base de la *libertad de expresión*, lejos de incentivar la creación y la inversión en la cultura, la estaríamos desincentivando, y eso sería como un cáncer que lentamente se iría comiendo nuestra sociedad, hasta llevarla al borde de la ignominia. El derecho de autor le facilita todos los elementos que la libertad de expresión necesita para existir, con libertad, pero no con libertinaje.

En consecuencia, la parodia, para activar el límite o excepción, necesariamente tiene que dirigir la crítica hacia la obra originaria, tomando de ella lo estrictamente necesario para crear la asociación entre la parodia y la obra originaria, incorporando elementos originales que la hagan una obra en sí misma y sin crear confusión en el mercado, o sea, que ambas obras puedan coexistir sin que se afecte la obra originaria. No es que no podría atacar a terceros, pero esa crítica deberá ser realizada sobre la base de la crítica, burla y chanza a la obra originaria.

La República Dominicana no ha reconocido a la parodia como un límite o excepción al derecho de autor, lo cual consideramos un error, al ser nosotros un país eminentemente exportador de grandes contenidos del arte contemporáneo. Pero al no existir un debate jurídico en nuestro país sobre el tema, es casi inexistente el contenido doctrinal al

respecto; al no existir la parodia como límite al derecho de autor, nuestros artistas divagan entre la licitud que les podría ofrecer la libertad de expresión y las cruentas sanciones que impone la ley de derecho de autor a quienes osan violentar sus preceptos. La parodia vendría a fungir como un puente que acercaría ambos mundos en un terreno bien delimitado.

El límite o excepción bien podría ser introducido en el título IV, capítulo I, de nuestra Ley de Derecho de Autor 65-00, y tomando en consideración todo lo expuesto anteriormente, la forma de redacción de la limitación podría rezar de la siguiente manera:

Art. 30. Párrafo.- Siempre que se respeten los usos honrados y que la obra se haya realizado con el objeto principal de criticar mediante el humor o la comicidad a la obra originaria, tomando de ella lo necesario para crear una asociación con dicha obra y conteniendo suficientes elementos originales para no generar riesgo de confusión y, en consecuencia, no causar daño a la obra originaria o a su autor, la parodia no será considerada una transformación que requiera el consentimiento o autorización de los titulares de derechos, ni estos estarán sujetos a remuneración alguna.

Como bien declaró Julio César, *la suerte está echada*. Ahora solo nos queda expandir el debate sobre el tema, a los fines de que, en una eventual modificación a la Ley de Derecho de Autor, al menos sea sometido al debate, la importancia, o no, de reconocer como un *límite o excepción* al derecho de autor, la parodia.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERS, V. *et al.* (2001-2017): «Etimologías de Chile: etimologías de parodia» [en línea] <<http://etimologias.dechile.net/?parodia>> [Consulta: 01/06/2017].
- ANTONIPILLAI, Justin y LEE, Michelle K. (2016): «*Intellectual Property and the US: 2016 Update*», Economics and Statistics Administration & United States Patent and Trademark Office, [en línea] <<https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/IPandtheUSEconomySept2016.pdf>> [Consulta: 15/06/2017].

- BALDWIN, Peter (2014): *The Copyright Wars. Three Centuries of Trans-Atlantic Battle*. New Jersey: Princeton University Press.
- BIEDERMAN, Donald (2001): *Law and Business of the Entertainment Industries*, 4.ª edición, Connecticut/Londres: Praeger Publishers.
- DESBOIS, Henry (1978): *Le droit d'auteur en France*, Paris: Editorial Dalloz.
- FOUAD, Makeen (2000): *Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, The Hague/Londres/Boston: Kluwer Law International.
- LIPSZYC, D. (2001): *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA.
- MONROY, Juan Carlos (2009): *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe*, Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- MOSER, David (2002): *Music Copyright for the New Millenium*. Vallejo: ProMusic Press.
- MUNTAÑOLA, Mario Sol (2005): *El régimen jurídico de la parodia*, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SCHULENBERG, Richard (2005): *Legal Aspects of the Music Industry*, Nueva York: Billboard Books.
- SOBE, Lionel (2003): *International Entertainment Law*, Connecticut/Londres: Praeger Publishers.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio (2000): *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada: Editorial Comares.

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0075/16 de fecha 04/04/2016. Fundación Prensa y Derecho (accionante).
- Campbell, aka Skyywalker, et al. v. Acuffrose Music, Inc.* No. 92-1292, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1994).
- Edgar Rice Burroughs, Inc., MM. J. Et H. Burroughs v. Picha* (caso Tarzoon), Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Grande Instance, TGI) de Paris, Tercera Sala, de fecha 3 de enero de 1978.
- Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, Circuito de las Cortes de Apelación del Distrito de Massachusetts (1841) (Estados Unidos).

VIDEOGRAFÍA

- RAFUL, Faride, *Comentario contentivo de video musical Que Paisito del Trio Mi Amorch*, Facebook, 20 de febrero de 2017 [en línea] <<https://www.facebook.com/FarideRaful16/videos/1888225338055558/>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, Diandino Peña y Alicia Ortega: Parodia de Raymond y Miguel [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=L-quQ6pdbOA> > [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, El emporio no declarado de Diandino Peña: 28 empresas, incluyendo 15 offshore – Live Stream [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=ykb7i_MaV4k> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, Francesca (One, Two, Three, Four, Five) Video Official 2013 [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=MPT08w-I5Ll>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, María Teresa y Danilo ORIGINAL VIDEO – Hansel y Raúl [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=d6HgXyQuNGo>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, *Oh, Pretty Woman* – Roy Orbison [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=lnRS3A_iYg [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, Raymond & Miguel (Video Oficial De ¡Animo, Animo! Y El Palito De Coco [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=dDBcP1wL8mM>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, *Tarzoón La Honte de la Jungle* [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=kdqDTIBhNBI>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, Trailer *Life of Brian* [en línea]. <<https://www.youtube.com/watch?v=TKPmGjVFbrY>> [Consulta: 15/06/2017].
- YouTube, *Two Live Crew - Pretty Woman* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=65GQ70Rf_8Y> [Consulta: 15/06/2017].