



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

CÓRDOBA MARENTES, Juan F.
EL FIN NO JUSTIFICA LA EXCEPCIÓN. PROPIEDAD INTELECTUAL, EDUCACIÓN Y EL FAIR USE
ESTADOUNIDENSE

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 134, mayo-agosto, 2012, pp. 437-466

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723288003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL FIN NO JUSTIFICA LA EXCEPCIÓN. PROPIEDAD INTELECTUAL, EDUCACIÓN Y EL *FAIR USE* ESTADOUNIDENSE*

THE END DOES NOT JUSTIFY THE EXCEPTION. INTELLECTUAL PROPERTY, EDUCATION AND THE U. S. FAIR USE

Juan F. CÓRDOBA MARENTES**

RESUMEN: En momentos en los que se plantea la necesidad de revisar las excepciones y limitaciones al derecho de autor para propósitos educativos, en el contexto de la globalización y el creciente uso de las tecnologías de la información, la doctrina del *fair use* se ha presentado como una figura que favorece la libre utilización de obras protegidas, cuando dicho uso es de carácter educativo o investigativo. Sin embargo, un estudio detallado de los precedentes judiciales en esta materia y de la forma como han sido interpretados los criterios de *fair use* en casos que involucran actividades educativas y de investigación, le resta fuerza a esta apreciación y, por el contrario, permite afirmar que el fin académico, aun el carente de ánimo de lucro, no es suficiente para probar *fair use* en los casos en que se evidencia un efecto adverso en el mercado de la obra, a pesar de que los otros criterios puedan ser interpretados a favor de quien alega *fair use*.

ABSTRACT: *In times when raises the need of reviewing the exceptions and limitations to copyright for educational purposes, in the context of globalization and the increasing use of information technology, the doctrine of fair use has been presented as an institution that favors the free use of protected works, when such use is educational or for research. However, a detailed study of judicial precedents in this matter and the way they have interpreted the criteria of fair use in cases involving educational and research activities undermines this appreciation and, by contrast, suggests that an academic purpose, even that devoid of profit, is not sufficient to prove fair use in cases in which evidence shows an adverse effect on the market for the work, although other criteria may be interpreted in favor of whom claims fair use.*

Palabras clave: derecho de autor, *fair use*, educación, excepciones y limitaciones.

Keywords: *copyright, fair use, education, exceptions and limitations.*

* Artículo recibido el 11 de julio de 2011 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2012.

** Abogado por la Universidad de La Sabana (Colombia) y LL. M. por University of Queensland (Australia); profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado en la misma institución.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 437-466.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Copyright, fair use y el interés por fomentar la búsqueda del conocimiento*. III. *La doctrina del fair use y los precedentes relacionados con actividades educativas y de investigación*. IV. *La razonabilidad detrás de los criterios de fair use y la calificación de lo educativo e investigativo como “fair”*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El creciente uso de nuevas tecnologías y la cobertura global de la Internet ha reabierto el debate sobre la necesidad de equilibrar los intereses que confluyen en las obras protegidas por el derecho de autor: de autores, titulares y usuarios. En la actualidad, y desde hace tres años aproximadamente, el Comité Permanente sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha revisado con especial atención ciertas limitaciones y excepciones que requieren ser replanteadas como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías, a saber: las relacionadas con actividades educativas, con bibliotecas y archivos, y con actividades a favor de discapacitados visuales.

En lo que se refiere a las actividades educativas, el SCCR encargó la realización y presentación de estudios sobre la existencia y desarrollo de la excepción correspondiente en jurisdicciones de los cinco continentes.¹ Dentro de los trabajos presentados se menciona a la doctrina del *fair use* del *copyright* estadounidense como un sistema que permite la utilización de obras protegidas para propósitos de enseñanza, pero ninguno de ellos, incluso el que analiza el régimen de los Estados Unidos de América,² profundiza en la doctrina o analiza los precedentes judiciales que involucran el uso de obras con fines educativos o de investigación.

Con el propósito de contribuir a este debate, en el presente trabajo se revisarán los orígenes de la doctrina del *fair use* y la forma como la misma

¹ Los estudios y sus correspondientes presentaciones se pueden consultar en el sitio oficial de la OMPI: <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations/studies.html> (disponible el 15 de marzo de 2011).

² Xalabarder, Raquel, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del Norte, Europa, los países del Cáucaso, Asia Central e Israel*, Ginebra, OMPI, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, 14-18 de diciembre de 2009, pp. 55-60.

ha sido interpretada en casos en los que se ha debatido el uso no autorizado de obras en actividades educativas o de investigación. A partir de dicha revisión, se intentarán dilucidar los criterios que han desarrollado los tribunales estadounidenses para considerar válida la defensa de *fair use* cuando ella se propone en el contexto de casos en los que se requiere el uso de obras para propósitos educativos o investigativos, para concluir que tales propósitos no son suficientes para probar *fair use* cuando están en juego los intereses económicos o comerciales de los titulares.

II. COPYRIGHT, FAIR USE Y EL INTERÉS POR FOMENTAR LA BÚSQUEDA DEL CONOCIMIENTO

El interés por fomentar la educación y el conocimiento ha marcado el desarrollo del *copyright* desde sus orígenes. El título mismo del Estatuto de la Reina Ana,³ reconocido como el ordenamiento que dio a luz el sistema de *copyright* en Inglaterra, incluyó una expresa referencia a la educación como un elemento de interés público que se buscaba satisfacer mediante el establecimiento de un monopolio a favor de los creadores de obras.⁴ En efecto, cuando en el Estatuto se expresaba que éste era promulgado para el “fomento de la educación” (*encouragement of learning*), se estaba proponiendo un argumento teleológico hacia el que debía tender el monopolio que se otorgaba al autor de una obra (*by vesting...*).⁵

Sin embargo, a pesar de su enunciado inicial, en el cuerpo del Estatuto no existía referencia explícita a lo que hoy denominamos excepciones y limitaciones (*exceptions and limitations*) o, a lo que más adelante, en la misma Inglaterra, recibiría el nombre de *fair dealing*. Como ocurre con otras instituciones del *common law*, los conceptos básicos del *fair dealing*

³ “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein Mentioned”.

⁴ *Cfr.* Davies, Gillian, *Copyright and the Public Interest*, 2a. ed., Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2002, p. 4.

⁵ Sin embargo, las buenas intenciones del enunciado reflejan muy poco las reales tensiones existentes para la época entre los autores de obras y los editores (o impresores) que las publicaban. Estos últimos pretendían que se asegurara su monopolio para publicar, mientras que los primeros buscaban que dicho monopolio estuviera limitado en el tiempo. *Cfr.* Miller, Arthur R. y Davis, Michael H., *Intellectual property*, 4a. ed., St. Paul, Minnesota, Thomson-West, 2007, pp. 285 y 286.

inglés (y, por extensión, el australiano, el canadiense, etcétera) y del *fair use* estadounidense se construyeron inicialmente en la jurisprudencia (*case law*), y sólo después fueron incorporados en la legislación correspondiente.

En la jurisprudencia inglesa, a partir de 1740 (treinta años después de ser promulgado el Estatuto de la Reina Ana), se pueden encontrar distintas decisiones, con cierta cohesión y unidad de criterio, sobre la posibilidad de que la obra de un determinado autor pudiera ser utilizada por otro, sin el previo consentimiento del primero.⁶ Durante este periodo, los jueces acuñaron inicialmente el término *fair abridgment* para calificar como ajustada a derecho la utilización de una obra en la confección de otra que la condensaba o resumía, sin la autorización previa del autor original.⁷ Para los tribunales, al permitirse la utilización de la primera obra para generar una segunda, se estaría satisfaciendo uno de los objetivos básicos previstos en el Estatuto de la Reina Ana: “encourage... learned men to compose and write useful books”.⁸

En este contexto, los recién conformados Estados Unidos de América incluyeron una provisión, en la Constitución de 1787, sobre la que se edificó la protección a la propiedad intelectual en ese país. En dicha norma se otorga una serie de poderes generales al Congreso (federal) para establecer impuestos, acuñar moneda, declarar la guerra y “para promover

⁶ Cfr. Patry, William F., *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2a. ed., Washington, D. C., Bureau of National Affairs, 1995, p. 3.

⁷ *Idem*. Patry afirma que, sin embargo, en algunos casos resueltos por los tribunales ingleses el uso no se justificaba porque existiera un supuesto derecho del público a acceder a la obra del primer autor, sino porque el público se beneficiaba indirectamente de la creación de la segunda obra.

⁸ Por ejemplo, en el caso de 1740, *Gyles vs. Wilcox*, 2 Atk. 141, 143 (1740) (núm. 130), al decidir sobre la eventual infracción al *copyright* en un tratado legal, lord Chancellor Hardwicke estableció unos criterios claros para determinar la existencia de un *fair abridgment*. En todo caso, en este periodo los jueces ingleses también se enfrentaron a casos en los que la discusión no se centraba en un *abridgment* sino en otros usos de una obra protegida. Así, en el caso *Cary vs. Kearsley*, 4 Esp. 168 (1803) se ha visto un antecedente del *fair use* cuando lord Ellenborough, al decidir sobre la utilización de información contenida en un libro sobre caminos y carreteras en la escritura de otro libro sobre un tema similar, consideró que ello podía hacerse para la promoción de la ciencia: “That part of a work of one author is found in another, is not itself piracy, or sufficient to support an action; a man may fairly adopt part of the work of another; he may so make use of another’s labours for the promotion of science, and the benefit of the public... While I shall think myself bound to secure in every man the enjoyment of his copyright, one must not put manacles on science”.

el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores y a los inventores el derecho exclusivo, por plazos limitados, sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.⁹ De la lectura de la norma, y bajo la perspectiva utilitarista que caracteriza este sistema jurídico, se ha inferido que los constituyentes estadounidenses confirieron al Congreso el poder para promover el progreso de la ciencia (fin),¹⁰ al tiempo que señalaron el mecanismo que sería utilizado para tal efecto, es decir, la garantía de los derechos exclusivos de autores e inventores por un plazo cierto (medio).¹¹ Esta interpretación ha sido recurrente en cierto sector de la doctrina, y particularmente utilizada para justificar el uso de obras protegidas en actividades educativas y de investigación.¹²

En ejercicio del poder otorgado por la Constitución, el Congreso estadounidense promulgó leyes de *copyright* (Copyright Acts) desde 1790. Sin embargo, las limitaciones al *copyright* en general, y el *fair use* en particular, no fueron objeto de regulación legal sino hasta el momento en que fue expedida la Copyright Act de 1976. En realidad, como se mencionara arriba, el sistema estadounidense de limitaciones al *copyright*, con el *fair use* a la cabeza, fue edificado sobre la interpretación judicial de los estatutos correspondientes. Aunque los jueces ingleses de los siglos XVII y XVIII formularon unos principios iniciales sobre las limitaciones al *copyright*, fue

⁹ Traducción propia. Artículo (*section*) 8 de la primera parte. Nótese además que el autor de la primera enmienda (donde se consagra la libertad de expresión) y de la cláusula de *copyright* en la Constitución fue James Madison quien, al referirse a la misma, afirmó que “the public good fully coincides in both cases [autores e inventores] with the claims of individuals”, proponiendo entonces la necesidad de compaginar estos dos intereses. Cfr. Patry, *op. cit.*, p. 575, y Seltzer, Leon, *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act*, Cambridge, Harvard Press, 1978, p. 10.

¹⁰ Davies sostiene que el término *science* (ciencia) equivalía a *knowledge* (conocimiento) o *learning* (aprendizaje, educación) en la forma como lo mencionaba el Estatuto de la reina Ana: Davies, *op. cit.*, p. 5. En el mismo sentido, Walterscheid, citando a Seidel, a Cohen y a Johnson, afirma que en el siglo XVIII el término *science* tenía ese equivalente: Walterscheid, Edward C., *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, Buffalo, N. Y., William S. Hein & Co., 2002, pp. 125 y 126.

¹¹ Cfr. Seltzer, *op. cit.*, p. 8. El autor resume los elementos centrales de la norma referida así: 1) el propósito del *copyright* es beneficiar a la sociedad, 2) el mecanismo para conseguir este propósito es económico, 3) el instrumento de la sociedad para lograr este propósito es el autor.

¹² Una obra representativa de esta interpretación es Patterson, L. Ray y Lindberg, Stanley, *The Nature of Copyright - A Law of User's Rights*, Georgia University Press, 1991.

un juez estadounidense, el juez Joseph Story, quien en el caso *Folsom vs. Marsh*¹³ consolidó por primera vez los principios y reglas enunciados en las decisiones inglesas, y enunció los fundamentos de la doctrina del *fair use* sobre los que habrían de cimentarse las futuras decisiones y leyes en esta materia.¹⁴

La doctrina inicialmente planteada en *Folsom* continuó siendo desarrollada por los tribunales en los años posteriores, perfilándose de esa manera cuatro criterios o factores en los que debía sustentarse el *fair use* de una obra protegida. Estos factores fueron finalmente incluidos en el artículo (*section*) 107 de la Copyright Act de 1976, en donde se expresa que puede hacerse un uso leal (*fair use*) de una obra, para propósitos tales como crítica, comentario, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para el uso en el aula de clase), academia o investigación, sin que tal uso implique la infracción al *copyright*. Para determinar si un uso en particular es justo, honrado o leal (*fair*), se deben evaluar los siguientes

¹³ *Folsom vs. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (núm. 4,901). Este caso se debatió a partir de la demanda del señor Jared Sparks (legítimo propietario de las cartas públicas y privadas de presidente George Washington, y quien había escrito una voluminosa obra a partir de ellas) contra el reverendo Charles Upham, quien había publicado *The Life of Washington in the Form of an Autobiography*, obra que tenía una extensión de 866 páginas y la cual estaba destinada principalmente a niños de colegio, con propósitos educativos. Sparks alegó que Upham había copiado literalmente 388 páginas de su obra, correspondientes principalmente a las cartas de Washington. Para resolver el caso, el juez Story propuso los criterios que debían ser tenidos en cuenta cuando se evaluara un *fair use* respecto de una obra anterior y falló a favor del demandante. La razón principal para establecer la responsabilidad del demandado descansó en que no se evidenciaba que Upham hubiera ejercido una real y sustancial labor intelectual al incorporar a la suya partes de la obra de Sparks, sino que, en realidad, parecía el resultado de “un uso elemental de las tijeras” (“a facile use of scissors”).

¹⁴ *Cfr.* Patry, *op. cit.*, p. 3. El autor afirma, además, que fue tal la relevancia de la doctrina recogida por el juez Story que los tribunales ingleses la usaron con posterioridad en sus propias decisiones. Cita, como ejemplo, *Scott vs. Stanford*, L. R. 3 Eq. 718, 722 (1867). Sin embargo, Reese afirma que, aunque hoy en día recordamos el caso *Folsom* por haber delineado el alcance del *fair use* y de las limitaciones que implicaba, lo que en realidad representó en su momento fue una expansión significativa de la protección que otorgaba el *copyright* a la obra de un autor: Reese, R. Anthony, “The Story of *Folsom vs. Marsh*: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses”, en Ginsburg, Jane C. y Cooper Dreyfuss, Rochelle (eds.), *Intellectual Property Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2006 (259-297), p. 260.

factores:¹⁵ 1) El propósito y el carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educativos sin ánimo de lucro; 2) La naturaleza de la obra protegida; 3) La cantidad y sustancialidad de la porción usada respecto de la obra protegida en su totalidad; y 4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida. Los criterios del *fair use* han sido interpretados y explicados, conjunta y separadamente, por la jurisprudencia estadounidense que, paso a paso, ha ido construyendo un juicio de razonabilidad similar a aquel utilizado para resolver aparentes conflictos entre otros derechos de rango fundamental.¹⁶

III. LA DOCTRINA DEL *FAIR USE* Y LOS PRECEDENTES RELACIONADOS CON ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DE INVESTIGACIÓN

En *Folsom*, el juez Story había advertido que la propiedad intelectual, especialmente el *copyright*, podía calificarse como la “metafísica del derecho”, aludiendo a lo complicado que resultaba categorizar esta propiedad de características intangibles. En este mismo sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense coinciden en afirmar que el *fair use* es el aspecto “más problemático en todo el régimen de *copyright*”.¹⁷ Estas dos afirmaciones ilustran las enormes dificultades con las que se enfrenta todo aquel que esté interesado en dilucidar los elementos del *fair use* aplicables a una situación particular, como serían, en este caso, las limitaciones relacionadas con la educación y la investigación.

Aunque se hubiera podido pensar que la codificación de los factores del *fair use* en la ley de *copyright* de 1976 ayudaría a clarificar esta situación, lo cierto es que ello no ha sido así, como tampoco han ayudado las decisiones

¹⁵ En la tercera parte de este trabajo se explicará con mayor detalle el alcance de cada uno de los criterios.

¹⁶ Es importante anotar que, distinto a lo que tradicionalmente se afirma por parte de doctrinantes en nuestro sistema de derecho de autor, el *fair use* no es la única excepción establecida en el *copyright* estadounidense. Además de esta defensa, la Copyright Act trae un listado detallado de otras excepciones aplicables en los artículos 108 a 110, 117, 120 y 121. Adicionalmente, la TEACH Act de 2002 prevé algunas excepciones adicionales para el desarrollo de actividades educativas a distancia, incluyendo aquellas realizadas mediante el aprovechamiento de redes electrónicas.

¹⁷ “The most troublesome in the whole law of copyright”. Frase originalmente expresada en el fallo *Dellar vs. Samuel Goldwyn, Inc.* (1939), y replicada en numerosos fallos y escritos académicos.

judiciales que se han emitido desde que fuera emitida dicha ley. Por el contrario, para algunos ha sido tal la falta de consistencia en las decisiones de los tribunales sobre la aplicación de los factores del *fair use*, que el grado de predictibilidad es ínfimo.¹⁸ Precisamente por la confusión existente sobre este particular, vale la pena hacer una revisión de la doctrina del *fair use* respecto de los usos educacionales y de investigación, tratando de esclarecer los motivos por los cuales esta defensa no ha sido siempre exitosa en los casos relacionados con estos temas académicos.¹⁹

Después de Folsom, el primer caso relevante en el que se alegó *fair use* con propósitos educativos fue *MacMillan Co. vs. King* (1914),²⁰ donde la Corte rechazó la defensa de *fair use* presentada por un profesor que copió porciones sustanciales de un popular libro de texto de economía para que fueran usadas por sus estudiantes.²¹ En su decisión, la Corte determinó que las guías eran “copias” u “otras versiones de la obra” de acuerdo con el significado dado por la Copyright Act de 1909, por lo que consideró que había infracción al *copyright* en la medida que se habían reproducido,

¹⁸ Sobre el particular, véase, por ejemplo, las opiniones de Samuelson, Pamela, “Unbundling Fair Uses”, *Law and Technology Scholarship*, Berkeley Center for Law and Technology, UC Berkeley, 2009, p. 2; Nimmer, David, “‘Fairest of Them All’ and Other Fairy Tales of Fair Use”, 66 *Law & Contemp. Probs.*, 2003, 263, p. 280; Leval, Pierre, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 5, marzo de 1990, p. 1105; Goldstein, Paul, “Fair Use in Context”, 31 *Columbia Journal of Law & Arts* 433, 2008, p. 434.

¹⁹ En palabras de Goldstein, observar la forma como los distintos factores interactúan de manera que podamos ser testigos, al menos por un momento, del funcionamiento real del *copyright*, tal como veríamos el funcionamiento interno de un reloj: Goldstein, *op. cit.*, p. 434.

²⁰ *MacMillan Co. vs. King*, 223 F. 862 (D. Mass. 1914).

²¹ El caso se refiere al conflicto que se presentó entre dos profesores: el demandante, un profesor de economía y autor del libro *Principles of economics*, y el demandado, profesor y tutor de varias asignaturas, entre ellas economía. En sus clases, el demandado recomendaba a sus alumnos que adquirieran el libro del demandante. Sin embargo, en sus tutorías, el demandado solía preparar guías de estudio que reproducían apartes del libro del demandante y cuyo propósito era que fueran utilizadas individualmente por cada uno de sus pupilos. Aunque el demandado no vendía ni alquilaba las guías, sí cobraba una suma por cada una de las tutorías, sin considerar si el pupilo utilizaba o no las guías mencionadas. En su defensa, el demandado alegó que el uso que daba a la obra del demandante estaba dentro de la licencia y consentimiento implícito que para tal uso daba el autor al distribuir sus libros, y que la utilización de determinadas obras para la explicación de los temas contenidos en ellas era una práctica acostumbrada entre los profesores, por lo que no consideraba que existiese violación al *copyright*.

sin autorización del titular, porciones sustanciales de la obra, lo que redundó en perjuicio del demandante. La Corte desestimó el argumento del demandado, según el cual su obra no perjudicaba las ventas de la obra original y aquél relacionado con la costumbre de todos los educadores de utilizar las obras de manera similar. En particular, la Corte rechazó la idea de que los profesores detenten un estatus especial, bajo la doctrina del *fair use*, que les permita usar, a su antojo y sin ninguna limitación, cualquier obra protegida por el *copyright*.²² En este caso, la naturaleza de la obra (un texto cuyo mercado estaba concentrado únicamente en el área educacional) y el carácter sustancial de la reproducción, le restaron peso a los alegados propósitos educacionales y sin ánimo de lucro del demandado.²³

La defensa de *fair use* fue igualmente desestimada en la decisión *Wihitol vs. Crow* (1962),²⁴ en donde se debatió el caso de un profesor de música que realizó un arreglo novedoso a un himno religioso sin la autorización del autor de la versión original.²⁵ En una primera instancia, la Corte de Distrito

²² La Corte se declaró “unable to believe that the defendant’s use of the outlines is any the less infringement of the copyright because he is a teacher, because he uses them in teaching the contents of the book, because he might lecture upon the contents of the book without infringing, or because his pupils might have taken their own notes of his lectures without infringing”. Al referirse al caso *MacMillan*, algunos autores consideran que la Corte quiso dejar claro que un aspirante a autor debe ser realmente un autor o crítico. Para ellos, el objetivo final de la propiedad intelectual es el progreso de la ciencia y del conocimiento, y consideran que esto no se puede obtener si el demandado no crea un nuevo trabajo o genera un nuevo comentario sobre el original. *Cf.* Patry, *op. cit.*, pp. 53 y 54. Precisamente, en este sentido, y haciendo alusión a este caso, recalca Aull que existe una fuerte presunción sobre el hecho que los educadores merecen un estatus o trato especial en el *copyright*. En su opinión, ni los tradicionales ni los modernos casos resueltos reconocen una excepción basada en el estatus docente de la persona que hace uso de la obra, y afirma que la difusión de esta presunción hace que se cree cierta frustración entre los educadores cuando observan lo caras que pueden ser las licencias para acceder a las obras: Ashley Aull, L., “The Costs of Privilege: Defining Price in the Market for Educational *Copyright* Use”, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 9(2), (2008) 573-606, p. 579.

²³ Miller y Davis, *op. cit.*, p. 359.

²⁴ *Wihitol vs. Crow* 309 F.2d 777 (8th Cir. 1962).

²⁵ El demandado era el director del departamento vocal de un colegio en Iowa y también director del coro de una iglesia metodista en la misma ciudad. El demandante era el compositor del himno “My God and I” que había sido ampliamente difundido y cantado en escuelas e iglesias similares a aquellas con las cuales estaba vinculado el demandado. Sin permiso del demandante, Crow efectuó un nuevo arreglo musical al himno y realizó cuarenta y ocho copias del mismo, distribuyéndolas entre sus estudiantes y dirigidos en los coros de la escuela y la iglesia. En su defensa, Crow alegó que había hecho este arreglo,

consideró que existía *fair use* bajo el argumento de que el demandado había actuado sin la intención de causar daño (*innocent intent*). Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechazó esta consideración y revirtió el fallo en favor del demandante. Entre otros argumentos, la Corte consideró que no se podía afirmar la existencia de *fair use* por la mera ausencia de la intención de infringir por parte del infractor, dado que lo fundamental era determinar si se constataban los criterios definidos judicialmente para establecer si el uso era justo, lo cual no era posible verificar en dicho caso.

Sin embargo, en el caso *Williams & Wilkins vs. United States* (1973)²⁶ se sostuvo que el propósito educativo de las actividades del demandado (reproducción y distribución masiva de revistas científicas de medicina) sumado a la total falta de ánimo de lucro era suficiente para desestimar el interés del titular y establecer una defensa de *fair use*. Este caso ha sido ampliamente criticado porque, a pesar de que en una primera instancia se determinó que no existía *fair use*²⁷ —en desarrollo de la línea jurisprudencial

sin ánimo de lucro, para el fomento de la educación musical y el avance de la apreciación musical de todos sus estudiantes y coros relacionados. Sin embargo, durante el juicio se pudo establecer que Crow había escrito al productor del demandante informándole de su nuevo arreglo musical y preguntándole si estaba interesado en el mismo. El demandante, no sin razón, entendió que Crow buscaba venderle una versión no autorizada de su propia obra. *Cf.* Patry, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

²⁶ *Williams & Wilkins vs. United States*, 487 F.2d 1345, 1359 (Ct. Cl. 1973) reafirmado por el voto dividido de la Corte en 420 U. S. 376 (1975).

²⁷ El demandante era una compañía dedicada a la publicación de revistas médicas especializadas, que demandó a dos instituciones gubernamentales (National Institutes for Health —NIH— y National Library of Medicine —NLM—), agencias del Departamento de Salud, por infracción a su *copyright* al hacer fotocopias sin autorización de artículos de las revistas que publicaba. De acuerdo con lo probado en el juicio, en 1969 el NIH hizo fotocopias de 93 mil artículos, copias que fueron distribuidas, sin costo, a su personal. Por su parte, la NLM respondió a 120 mil solicitudes (la mayoría de ellas provenientes de compañías farmacéuticas privadas) fotocopando y enviando copias de los artículos a los solicitantes. El demandado, entre otros muchos argumentos, alegó *fair use*. En una primera instancia, el comisionado negó la defensa de *fair use* manifestando que las fotocopias afectaban el mercado potencial del demandante. Aunque el demandado alegó que el demandante no había probado perjuicios, este último pudo demostrar que por lo menos dos suscriptores habían cancelado o cambiado su suscripción porque tenían a su disposición el recurso de las fotocopias. Los demandados alegaron que el copiado era simplemente extensión de lo que ya habían hecho a mano para propósitos de investigación, y que su uso era a favor del interés público. El comisionado rechazó este argumento porque, afirmó, no existían precedentes en los que se declarara que la copia manuscrita constituyera *fair use*. Sobre la cuestión del interés público, contestó que los ingresos recibidos por las revistas

creada hasta ese momento—, una corte federal (la *Court of Claims*) reversó la decisión inicial, en un fallo dividido, partiendo de argumentos que se separaban de la doctrina del *fair use* que había sido construida judicialmente hasta la fecha.²⁸ Por ejemplo, sobre el tema del interés público, la Corte insinuó que el *copyright* no favorecía directamente el progreso de la ciencia y que este sistema de protección perdía importancia cuando se confrontaba con el interés público. Sobre el fondo del asunto, la misma Corte resumió su posición en tres puntos: a) Consideró que el demandante no había demostrado que estaba siendo perjudicado por la conducta del demandado, b) Manifestó su convencimiento de que la medicina y la investigación en medicina se verían seriamente afectados si se determinaba que esto era una infracción, y c) Expresó que el problema de compaginar los intereses de la ciencia con aquellos de los editores y autores requería de la intervención del Congreso, pero, entretanto, la Corte señaló que no podía correr el riesgo de que se perjudicara la ciencia y la medicina. La Corte afirmó, repetidamente, que el demandante no había probado que el uso hubiera sido *unfair*, aunque la jurisprudencia hasta ese momento consideraba que le correspondía al demandado la carga de la prueba del *fair use*, al tratarse de una excepción (*affirmative defense*). En 1976, al establecer unos lineamientos para la reprografía en desarrollo de la ley de *copyright*, el Congreso manifestó su desacuerdo con el *holding* de Williams & Wilkins en lo atinente al *fair use*.²⁹

El precedente de Williams & Wilkins fue utilizado como argumento de defensa en el caso *Encyclopaedia Britannica vs. Crooks* (1978),³⁰ que se decidió en una época en la que los principios del *copyright* y del *fair use*

eran compartidos por el demandante con las sociedades médicas para los cuales eran publicados las revistas, por lo que eran ingresos en beneficio de la profesión médica y, en últimas, redundaban en beneficio público. A partir de estas consideraciones, el comisionado consideró que se había cometido una infracción contra el *copyright*, en línea con la doctrina de *fair use* que se había desarrollado hasta el momento en los casos antes estudiados.

²⁸ *Cf.* Patry, *op. cit.*, pp. 204-210. El autor critica ampliamente esta decisión, afirmando que los jueces que conformaban la mayoría del tribunal sabían cuál era el resultado que querían obtener, aunque el mismo fuera contrario el derecho vigente para entonces. Para Patry, la mayoría “por puros propósitos retóricos” puso frente a frente el interés público respecto al deseo del demandante del máximo rendimiento económico. Presentados así los intereses en conflicto, el resultado era obvio.

²⁹ Standler, Ronald B., Williams & Wilkins vs. U. S., annotated appellate opinion, with critical analysis (2008), en <http://www.rbs2.com/wv2.pdf> (disponible el 17 de marzo de 2011).

³⁰ *Encyclopaedia Britannica vs. Crooks* 447 F. Supp. 243 (1978).

comenzaron a ser analizados a luz de los nuevos desarrollos tecnológicos.³¹ En particular, la Corte tuvo que decidir si la práctica de una entidad gubernamental del sector educativo de grabar, copiar y distribuir programas educativos de un tercero constituía *fair use* o no.³² Aunque el demandado presentó el caso *Williams & Wilkins* como un precedente que sustentaba un supuesto *fair use*, la Corte hizo distinciones entre los dos casos, porque consideró que en el que se debatía se estaba reproduciendo la totalidad de las obras (cada video), porque el efecto sobre el mercado era importante y porque consideraba que el demandado podía haber evitado los perjuicios alegados mediante un acuerdo de licencia con los demandantes. En su decisión, la Corte consideró que las actividades del demandado amenazaban con destruir o afectar gravemente el mercado para películas educativas, mientras que a los demandantes se les privaba de ingresos por licenciamiento. Para la Corte, el alcance de las actividades del demandado era difícil de conciliar con su alegato de *fair use*, ya que no se trataba del caso aislado de un profesor copiando material protegido para usarlo en el salón de clase, sino de un sofisticado proyecto para reproducir videos a gran escala.³³

³¹ Por ejemplo, en el sonado caso *Betamax*, en el que se debatió si con esta videogradora de Sony se estaba infringiendo *copyright*: *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, 464 U. S. 417 (1984).

³² En este caso, el demandante era una compañía dedicada a producir, adquirir y licenciar películas y programas educativos. Entretanto, el demandado era una corporación de derecho público y sin ánimo de lucro que proveía servicios educacionales a las escuelas públicas. El demandado adquirió un equipo de grabación por un valor aproximado de medio millón de dólares con el fin de grabar y proveer a las escuelas públicas videocasetes con programas educativos. Para esto, el demandado grababa una copia maestra de cualquier programa con valor educativo que se difundiera por la televisión abierta. Un catálogo de estos videos era compilado y distribuido a profesores de los distintos distritos escolares, junto con instrucciones de cómo ordenar copias. Cuando se ordenaba un video, el demandado reproducía la copia maestra en un casete provisto por la escuela que solicitaba el video. En muchos casos, estos casetes eran devueltos por las escuelas después de haber utilizado el contenido, para que fueran borrados y en su lugar se grabaran nuevos videos solicitados. Se pudo establecer que, en el año precedente a la demanda, el demandado había copiado y distribuido por lo menos diez mil videocasetes. El demandado admitió que había copiado las obras sin autorización, pero alegó que lo había hecho en ejercicio del *fair use*.

³³ Sin embargo, la Corte nunca estudió a fondo el caso del profesor aislado, para determinar si en tal evento sí se presentaría *fair use*. *Cfr.* Patry, *op. cit.*, pp. 234-238.

En una revisión de este caso,³⁴ la Corte ordenó una medida cautelar y allí analizó detenidamente lo relacionado con la defensa de *fair use* alegada por el demandado. En particular, la Corte examinó la admisibilidad del *fair use* —a la luz de los cuatro factores— con relación al componente educativo, de la siguiente manera: a) Las instituciones educativas no van a celebrar acuerdos de licencia con los titulares de *copyright* si las obras pueden ser fácilmente copiadas o grabadas; b) El efecto acumulativo de la copia hecha por el demandado sería eliminar del mercado las ventas del demandante relacionadas con videocasetes copiados; c) Aunque los ingresos del demandante se mantuvieran, la actividad de copiado afectaría adversamente el mercado para ventas y licencias de la obra; d) La actividad de copiado genera un efecto adverso en el mercado; e) El demandante no debería ser forzado a incrementar las tarifas cobradas a las programadoras educativas o explorar mercados alternativos, sólo para permitir al demandado un *fair use* gratis.³⁵

Al examinar los distintos factores de *fair use*, en particular el de la naturaleza y el propósito del uso de las obras, la Corte determinó que, aunque el uso del demandado era claramente educacional y sin ánimo de lucro, los antecedentes legislativos de la sección 107 de la Copyright Act permitían inferir que tal propósito no era determinante para afirmar que se tratara de *fair use*, y que los otros factores de *fair use* debían ser igualmente valorados. Por otro lado, la Corte recordó que la doctrina del *fair use* está fundamentada en la razonabilidad, y que la grabación masiva y sistemática no era razonable aun a la luz de nobles propósitos educativos. En sentir de la Corte, el sistema del demandado era contrario a los propósitos del legislador previstos en la sección 107, por cuanto la falta de pago del demandado al titular, resultaría en un menor acceso a obras protegidas, ya que los titulares de la obra dejarían de licenciarla a los programadores de televisión para evitar su grabación y distribución no autorizada.

En relación con el tercer factor, la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra como un todo, la Corte rechazó la afirmación del demandante en el sentido de que copiar una obra completa nunca sería *fair use*, pero aclaró que, ya que el *fair use* está basado en la razonabilidad,

³⁴ 542 F. Supp. 1156 (W. D. N. Y. 1982).

³⁵ Incluso, llamó la atención de la Corte que el demandado hubiera suministrado las grabaciones, a cambio de un precio, a una institución que no estaba afiliada y, también, por lo menos en una ocasión, a una entidad no educativa con ánimo de lucro.

una copia sustancial y literal muchas veces es determinante para excluir un eventual *fair use* de la obra. Como el demandado no sólo había copiado obras enteras sino que, además, las había guardado hasta por diez años, este factor, sopesado con los demás definidos jurisprudencialmente, llevó a la Corte a rechazar la defensa de *fair use* propuesta por el demandado.³⁶

En una última revisión del caso,³⁷ la Corte examinó la conducta del demandado a la luz del cuarto factor, es decir, “el efecto del uso en el mercado potencial o el valor de la obra”, y encontró que, ya que el negocio del demandante consistía precisamente en la suscripción de acuerdos de licencia con instituciones educativas, la práctica del demandado afectaba las ventas del demandante e implicaba un perjuicio en el mercado potencial de las obras de este último.

Mientras el caso *Crooks* era decidido y revisado, el panorama jurídico del *fair use* educacional se vio alterado por la entrada en vigor (en 1978) de la Copyright Act de 1976 —que le otorgó categoría legal al *fair use* y a sus cuatro criterios de evaluación— y por la publicación de los lineamientos de reprografía de 1976.³⁸ Precisamente, una de las primeras decisiones atinentes al *fair use* educativo después de haber entrado en vigor la nueva Copyright Act fue la de *Marcus vs. Rowley* (1983),³⁹ en donde la Corte rechazó la defensa de *fair use* educacional sin ánimo de lucro.⁴⁰ En su fallo, la Corte consideró que, respecto del propósito y el carácter del uso, estaba probado el hecho de que la demandada había usado la obra de la demandante para propósitos educacionales sin ánimo de lucro. Sin embargo, la Corte

³⁶ *Cfr.* Patry, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

³⁷ 558 F. Supp. 1247 (W.D.N.Y. 1983).

³⁸ Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-for-Profit Educational Institutions with respect to Books and Periodicals, Cámara de Representantes de los EUA, marzo de 1976.

³⁹ *Marcus vs. Rowley* 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983).

⁴⁰ La demandante era autora del libro *Cake Decorating Made Easy*, obra dirigida y vendida a sus estudiantes del curso de pastelería y decoración. Por su parte, la demandada, una profesora en el mismo distrito escolar de la demandante, atendió una de las clases y compró una copia del libro. Tiempo después, la demandada preparó un folleto denominado *Cake Decorating Learning Activity Package*. La demandada no recibió ingreso alguno por su folleto, ya que lo entregaba a sus estudiantes sin ningún costo. La demandante supo del folleto de la demandada después de que uno de sus estudiantes se negó a comprar su libro alegando que se trataba de un plagio del folleto de la demandada. En realidad, once de las veinticuatro páginas del folleto habían sido copiadas de la obra de la demandante.

afirmó que este propósito educacional sin ánimo de lucro no convertía automáticamente el uso en *fair use* y, citando el caso MacMillan, manifestó que una infracción no deja de tener ese carácter simplemente porque quien la cometa tenga la calidad de profesor. La Corte recordó además que, en los lineamientos de reprografía, la Cámara de Representantes había señalado que los libros de texto y otro material dirigido primordialmente al mercado escolar es menos susceptible de reproducción para clase que otro material distribuido al público en general.⁴¹ En este caso, la obra protegida estaba primordialmente dirigida al mercado escolar y, al tener la demandada el mismo propósito con su folleto, se constituía en un indicio grave en contra del *fair use*. Al examinar el factor de “la cantidad y la sustancialidad de la porción utilizada”, la corte reafirmó que la copia sistemática de obras protegidas excluye de entrada la posibilidad de probar un *fair use*.⁴²

El análisis de los factores y la decisión final en el caso *Marcus* contrasta con la que se dio en el caso *Penelope vs. Brown*,⁴³ en donde se consideró que constituía *fair use* la incorporación de ejemplos de oraciones de un libro de gramática inglesa dentro de un manual para jóvenes escritores. En su fallo, la Corte estimó que el uso que la demandada había dado a las frases de la demandante había ido más allá de una simple reproducción literal, transformándolas, haciéndolas productivas y ubicándolas en un contexto distinto de la obra original. Igualmente, la Corte tuvo en cuenta que los fragmentos utilizados correspondían a una obra que desarrollaba más hechos y conceptos generales que elaboraciones de ficción, menos susceptibles de ser copiadas. Finalmente, además de evaluar la porción utilizada, que calificó de reducida, la Corte determinó que no se podía evidenciar un efecto adverso en el mercado, dado que no era probable que un potencial comprador viera la obra de la demandada como sustituta de aquella de la demandante.⁴⁴

⁴¹ En estos lineamientos se exigía la verificación de una prueba triple: brevedad y espontaneidad, la proscripción de un eventual efecto acumulativo y la inclusión de una noticia de *copyright*.

⁴² Para la Corte, la copia hecha por la demandada era un claro ejemplo de reproducción sustancial, tanto cualitativa como cuantitativamente, y criticó que la demandada no haya hecho uso de “fair exercise of a mental operation”. *Cfr.* Patry, *op. cit.*, pp. 212-214.

⁴³ *Penelope vs. Brown*, 792 F. Supp. 132 (D. Mass. 1992).

⁴⁴ *Cfr.* Crews, Kenneth D., *Copyright Law for Librarians and Educators*, 2a. ed., Chicago, American Library Association, 2006, p. 54.

En la década de los ochenta, el creciente uso de las fotocopiadoras, especialmente en el ámbito educativo, originó múltiples demandas de las editoriales de textos educativos en contra de todos aquellos que favorecían o lucraban con el negocio de los paquetes de lecturas (*coursepacks*). En el caso Addison-Wesley Publishing Co. vs. New York University (1983),⁴⁵ nueve editoriales demandaron a la Universidad de Nueva York (NYU), a nueve de sus profesores y al centro de fotocopiado de dicha institución, alegando que estos eran responsables de seleccionar, compilar, distribuir y favorecer la reproducción no autorizada de obras publicadas por las demandantes como, por ejemplo, en la distribución de paquetes de lecturas. Sin embargo, el caso no fue finalmente decidido por la Corte (privándonos del correspondiente precedente), como quiera que fuere, ese mismo año los demandantes lograron conciliar con la Universidad y los profesores, al acordar unas estrictas políticas de fotocopiado⁴⁶ y el compromiso de sujetarse a los lineamientos de reprografía de 1976. Aunque de este caso no emanó precedente judicial alguno, sí influyó en la políticas de fotocopiado que adoptaron posteriormente las universidades estadounidenses, que buscaron seguir los parámetros de exigencia previstos en las políticas de NYU.⁴⁷

En el caso Association of American Medical Colleges vs. Mikaelian,⁴⁸ los demandados fueron acusados de reproducir las preguntas de un examen de admisión para escuelas de medicina —MCAT— en un facsímile que se entregaba a aquellos que tomaban un curso de preparación para dicho test. Los demandados alegaron *fair use*, pero la Corte determinó que ellos tenían la carga de probar que habían desarrollado alguna de las actividades de la sección 107 de la Copyright Act, y que no lo habían hecho. Los demandados alegaron que ellos desarrollaban actividades de enseñanza,

⁴⁵ Addison-Wesley Publishing Co. vs. New York University, 544 (S.D.N.Y. 1983).

⁴⁶ Estas políticas siguen en vigencia y pueden consultarse en la página oficial de la Universidad: <http://www.nyu.edu/content/dam/nyu/compliance/documents/photocopying.pdf> (disponible el 7 de diciembre de 2010).

⁴⁷ Se han criticado las condiciones bajo las cuales se concilió este caso, en cuanto NYU adoptó una políticas de fotocopiado mucho más estrictas que las previstas en los lineamientos de reprografía de 1976. Véase Kasunic, Robert, “Fair Use and the Educator’s Right to Photocopy Copyrighted Material for Classroom Use”, *The Journal of College and University Law*, vol. 19, núm. 3, invierno de 1993, p. 285.

⁴⁸ Association of American Medical Colleges vs. Mikaelian, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983).

pero la Corte consideró que no era suficiente esta mera afirmación para probar el *fair use*. Adicionalmente, la Corte encontró que la obra protegida estaba siendo utilizada para propósitos comerciales, con ánimo de lucro. Sobre el tercer factor de *fair use*, este se consideró en contra del demandado porque cerca del 90% de su obra era copia de la obra del demandante. Lo relevante de este caso es que, no obstante haberse probado propósitos educativos, se desestimó la defensa de *fair use* porque las actividades se realizaron con ánimo de lucro y porque la nueva obra era, en su mayoría, una reproducción de los exámenes originales.⁴⁹

Uno de los casos más relevantes en materia de fotocopiado fue el de *Basic Books, Inc. vs. Kinko's Graphics Corp.*,⁵⁰ en el que una editorial de libros de texto demandó a una cadena de centros de copiado que se promocionaba como la editorial de los profesores (*Professor Publishing*). *Kinko's* conformaba, usualmente por solicitud de profesores, paquetes de lecturas (*coursepacks*) que incluían capítulos de los libros de la demandante y los vendía a los estudiantes, bajo el argumento de ahorrarles tiempo y dinero a unos y otros. En su defensa, la demandada alegó *fair use*, pero la Corte lo rechazó por considerar que el servicio que *Kinko's* prestaba a estudiantes y profesores estaba caracterizado por el ánimo de lucro, porque la cantidad reproducida era excesiva (entre el 5% y el 25% de cada una de las obras incluidas en los paquetes), y porque se pudo determinar que estas reproducciones afectaban, adversa y directamente, el mercado de los libros

⁴⁹ Por esta misma época, se debatieron los primeros casos relacionados con centros de fotocopiado, dentro de los que encontramos: *Basic Books, Inc. vs. Gnomon Corp.* (1980) y *Harper & Row, Publishers, Inc. vs. Tycos Copy Service, Inc.* (1980). El resultado en estos dos casos fue un *consent judgement* (un fallo consentido por las partes en una especie de transacción o conciliación) en el que el centro de copiado quedaba sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones para poder hacer fotocopias de obras. La mayoría de estas condiciones estaban referidas a los lineamientos de reprografía de 1976. Asimismo, en el caso *Harper & Row vs. American Cyanamid* (1982) se decidió por primera vez una demanda en contra de una empresa por el fotocopiado adelantado internamente. En este último caso, se logró un acuerdo para terminar el caso, bajo el cual el demandado debía registrarse como usuario con el Copyright Clearance Center y pagar las tarifas correspondientes. Para un detallado recuento de los casos iniciales que involucraron el fotocopiado de obras en los Estados Unidos, véase Tepper, Laurie C., "Copyright Law and Library Photocopying: An Historical Survey", *Law Library Journal*, 1992, vol. 84, pp. 341-363.

⁵⁰ *Basic Books, Inc. vs. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp.1522 (S.D.N.Y. 1991).

de texto, dado que los compradores potenciales de tales obras dejarían de adquirirlas por contar con una alternativa más económica.⁵¹

En un caso similar, Princeton University Press *vs.* Michigan Document Services, Inc.,⁵² la Corte falló también en contra del demandado, un centro de copiado que preparaba y vendía paquetes de lecturas con fragmentos de libros de la entidad demandante. Ante el alegato de *fair use* por parte del demandado, la Corte reaccionó afirmando que el servicio que éste prestaba consistía exclusivamente en reproducción no autorizada con un evidente ánimo de lucro. En este caso, como en Kinko's, el segundo factor de *fair use* favoreció al demandado al considerarse que las obras reproducidas no eran de ficción y que las nuevas obras generadas (los paquetes de lecturas) tenían el carácter de originales, en tanto era evidente el trabajo de selección y compilación. Sin embargo, la Corte le dio la mayor importancia al cuarto factor, al considerar que se estaba afectando el mercado de las obras reproducidas, cuando ya era posible, y relativamente fácil, obtener licencias de parte de los titulares antes de su reproducción.⁵³

La defensa de *fair use* ha sido igualmente invocada en procesos relacionados con actividades de fotocopiado de empresas privadas. El caso más relevante en este grupo es el de American Geophysical Union *vs.* Texaco Inc.,⁵⁴ en el que se negó que existiera *fair use* del demandado, por fotocopiar artículos científicos de los demandantes, justificado por alegados propósitos de investigación. Factores importantes para esta determinación fueron el carácter comercial de la empresa usuario (Texaco), así como de su investigación (cuyo fin último, como el de cualquier otra *corporation*, era generar nuevos productos y mejorar sus utilidades). Igualmente, en la

⁵¹ En este caso, el único criterio que la Corte halló a favor del demandado para probar *fair use* fue el segundo, en consideración a que las obras reproducidas no eran de ficción, sino de aquellas exponentes de hechos o conocimientos objetivos, tales como historia y sociología.

⁵² Princeton University Press *vs.* Michigan Document Services, Inc., 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996).

⁵³ Este caso fue particularmente debatido al interior de la Corte, por lo que la decisión final fue apoyada por ocho de los trece jueces, en tanto que estuvieron en desacuerdo los otros cinco integrantes de la sala. Al respecto, Crews afirma que si jueces expertos en la materia no logran ponerse de acuerdo, no nos debe sorprender que los educadores y bibliotecarios tengan también diversos puntos de vista sobre la forma como se debe interpretar el *fair use* en casos específicos. Crews, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴ American Geophysical Union *vs.* Texaco, Inc., 60 F.3d 913 (2d Cir. 1995).

decisión de la Corte influyó el hecho de que existiera la facilidad de obtener una licencia con el Copyright Clearance Center (CCC) por parte del demandado. El fallo fue confirmado en apelación, con un solo salvamento de voto en el que se consideraba que sí prosperaba la defensa de *fair use*, porque las fotocopias buscaban satisfacer necesidades de información de los investigadores.⁵⁵

Finalmente, en uno de los casos más recientes relacionados con actividades educativas, el de *A.V. vs. iParadigms, LLC* (2009),⁵⁶ los demandantes (la mayoría de ellos, menores de edad) alegaron que el demandado, operador de Turnitin, un servicio que pretende evitar el plagio en trabajos escolares, había infringido su *copyright* porque había archivado sus ensayos y trabajos escolares, sin el permiso de los titulares.⁵⁷ El demandado alegó que su reproducción era *fair use*. La Corte, siguiendo la doctrina creada en el caso *Campbell*,⁵⁸ sostuvo que *iParadigms* había hecho un uso altamente “transformativo” de los trabajos reproducidos. Para la Corte, los estudiantes escribieron inicialmente sus trabajos con propósitos educativos y de evaluación, mientras que Turnitin los usó para examinarlos y determinar si había plagio, algo que la misma Corte calificó como un “beneficio público sustancial”. Para la Corte, entre más “transformativo” sea el uso, menor será la importancia que tendrán los otros factores de *fair use*. Adicionalmente, la Corte consideró que la naturaleza de las obras protegidas no era importante en este caso porque Turnitin no las usó por su valor creativo. Afirmó que el incentivo de los demandantes para seguir creando no se había disminuido por la inclusión de sus trabajos en la base de datos. En desarrollo del proceso se pudo establecer que, aunque Turnitin había utilizado los trabajos en su totalidad, ellos habían servido exclusivamente para realizar una revisión limitada de los mismos,

⁵⁵ *Cfr.* Salvamento de voto del juez Jacobs. Buena parte de la decisión mayoritaria estuvo sustentada en el caso *Campbell*, en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos había desarrollado el criterio del “uso transformativo” como elemento de interpretación de los factores de *fair use*: véase *Campbell vs. Acuff-Rose Music*, 510 U. S. 569 (1994).

⁵⁶ *A. V. et al. vs. iParadigms, LLC*, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

⁵⁷ A los estudiantes de algunos colegios suscritos a Turnitin, se les pidió que enviaran electrónicamente sus trabajos escritos a Turnitin. El servicio compara los trabajos entregados con una gran base de datos que contiene también trabajos previamente entregados, buscando determinar si existe alguna clase de plagio. El servicio retiene copias de los trabajos de los estudiantes para hacer futuras comparaciones.

⁵⁸ *Campbell vs. Acuff-Rose Music*, 510 U. S. 569 (1994).

por lo que sólo podían ser vistos por unas pocas personas en situaciones determinadas. Finalmente, no se presentó evidencia de que Turnitin haya afectado la comerciabilidad de los trabajos de los demandantes, afirmando la Corte que, de hecho, Turnitin había protegido la comerciabilidad de los trabajos previniendo su plagio. En conclusión, la Corte determinó que estaba probada la defensa de *fair use*, y falló a favor de los demandados.

IV. LA RAZONABILIDAD DETRÁS DE LOS CRITERIOS DE *FAIR USE* Y LA CALIFICACIÓN DE LO EDUCATIVO E INVESTIGATIVO COMO “*FAIR*”

Tanto los antecedentes históricos como la forma como se encuentra redactada la sección 107 de la Copyright Act nos pueden llevar a presumir que todo uso educativo, investigativo o por parte de un docente, es siempre un *fair use*. En efecto, aquel loable fin de promoción del conocimiento y de la ciencia mencionado en el Estatuto de la Reina Ana y en la cláusula de propiedad intelectual de la Constitución de los Estados Unidos, parece verse fielmente reflejado en las palabras que definen el uso leal de una obra, como excepción a los derechos de los titulares. En particular, observamos que, dentro de los propósitos que expresamente se consignan en el encabezamiento de la norma, se encuentran aquellos relacionados con la enseñanza, la academia o la investigación, y que, en el primero de los criterios, se propone como ejemplo el uso educativo sin ánimo de lucro. Sin embargo, la calificación de un uso educativo como *fair use* carece de la obviedad que se nos muestra a primera vista. Basta con revisar los razonamientos y opiniones de los jueces estadounidenses en los pocos casos en los que se ha debatido un *fair use* académico, para inferir que lo educativo y lo investigativo no es, *ipso facto*, “*fair*”. A partir de los casos estudiados en las páginas anteriores, buscaremos lograr un mejor entendimiento de cada uno de los cuatro criterios del *fair use*, tal como han sido interpretados en situaciones particulares que involucran actividades educativas.

1. *Primer criterio: propósito y carácter del uso*

Con este primer factor se pretende auscultar el por qué y el para qué del uso. No se trata, sin embargo, de que un determinado propósito o carácter califique, *per se*, como *fair use*. Es más, los usos que la misma norma menciona

como ejemplo, la explotación comercial y las actividades educativas sin ánimo de lucro, no se han considerado como determinantes de este criterio ni, mucho menos, de *fair use*. Sin embargo, es claro que el legislador quiso llamar la atención sobre el beneficio económico o social que se estaría buscando con el uso de la obra. Y aunque el carácter comercial del uso se constituye en un elemento de consideración para juzgar este criterio en contra del usuario, también es cierto que si este carácter es sopesado con otros propósitos, como la crítica o el comentario, puede finalmente perder importancia en la definición del uso como no leal.⁵⁹

La falta de ánimo de lucro no fue suficiente para probar *fair use* en algunos casos que se discutieron con anterioridad a la consagración legal de la figura en la Copyright Act de 1976. Así, no fue determinante en el caso MacMillan en donde un profesor reprodujo, y entregó sin costo a sus pupilos, aportes de un libro de texto escrito por otro profesor. Tampoco se tuvo en cuenta la falta de ánimo de lucro en el caso Withol, aunque en este caso sí existían indicios del interés económico del profesor que hizo una nueva versión de un himno protegido. El hecho de que la entidad que grababa y distribuía videos educacionales transmitidos por la televisión abierta tuviera un carácter público y sin ánimo de lucro, no fue concluyente del *fair use* que se alegó como defensa en el caso Crooks. Finalmente, la constatación de un uso educacional sin ánimo de lucro no bastó para que una profesora, que había incluido en su obra porciones importantes del libro de enseñanza de decoración de otra docente, se eximiera de responsabilidad en el caso Marcus.

Pero es indudable que el interés por lucrar sí fue un elemento definitivo en otros casos, posteriores a la expedición de la Copyright Act de 1976, en los que se negó la existencia de un *fair use*. Esto fue particularmente evidente en el caso de Mikaelian, en donde se pudo demostrar que el demandado lucraba con las pruebas de admisión que había copiado y

⁵⁹ Véase, por ejemplo, lo afirmado por la Corte en el caso Napster: “A commercial use weighs against a finding of fair use but is not conclusive on the issue”. A&M Records, Inc. vs. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Igualmente, en el caso Campbell, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró este criterio a favor de los usuarios, a pesar de haberse lucrado con la adaptación al *rap* de la canción “Oh! Pretty Woman”. La Corte consideró que, aunque el uso había sido comercial, también eran evidentes propósitos tales como crítica o parodia, que podían considerarse a favor del *fair use*: Campbell vs. Acuff-Rose Music, 510 U. S. 569 (1994).

que utilizaba en los cursos de preparación para la presentación de dichos exámenes. También se tuvo en cuenta el ánimo de lucro que caracteriza a los centros de fotocopiado en la producción y venta de paquetes de lecturas (*coursepacks*), para interpretar este criterio en su contra en los casos de Kinko's y Princeton. En fin, a pesar de sus alegatos en sentido contrario, la Corte determinó que el uso de Texaco no era “*fair*” en tanto que sus actividades de investigación, para las cuales fotocopiaba artículos de revistas científicas, tenían como último efecto y propósito crear nuevos productos y utilidades que incrementaran los ingresos de esta compañía multinacional.

En todo caso, también es posible identificar casos en los que la ausencia de interés económico directo permitió que los usos demandados fueran calificados como leales. En este apartado podemos identificar el caso Williams & Wilkins, en el que la Corte tomó en consideración la falta de ánimo de lucro del organismo demandado y de las actividades realizadas para afirmar, erróneamente en concepto de muchos, la existencia de *fair use* en el fotocopiado sistemático de artículos científicos utilizados en labores de investigación de entidades gubernamentales. Igualmente, podemos incluir en esta categoría el caso Penélope, en el que la Corte consideró mínimo el carácter comercial del uso de pequeños fragmentos (ejemplos de frases) del libro de gramática que había escrito la parte demandante y reproducido en unas pocas páginas de la obra de la demandada, dirigida a orientar personas interesadas en convertirse en escritores de ficción.

Sin embargo, el carácter comercial no es el único elemento mencionado expresamente dentro del primero de los criterios de *fair use*. El otro, de interés para nuestro estudio, es precisamente el que hace referencia al uso de la obra protegida en actividades educativas. En todos los casos estudiados en este escrito los demandados argumentaron el carácter educativo de sus acciones y, en algunos de ellos, como en MacMillan, Withol y Marcus, su calidad de profesores. Sobre el particular, es importante resaltar que la Corte consideró, en estos tres casos, que el estatus de profesor no convierte todas sus utilidades en *fair use* ni le otorga automáticamente permiso abierto para usar la obra sin consideración de su titular.

2. Segundo criterio: naturaleza de la obra protegida

Aunque dentro de los objetivos de la doctrina del *fair use* se encuentra el fomento de la educación, lo cierto es que el carácter educativo de la obra

protegida puede constituirse en un elemento en contra del *fair use*. Esta paradoja, es decir, que existan pocas probabilidades de que se reconozca como *fair use* la utilización de un texto educativo protegido, tiene su razón de ser en la interacción de este criterio con el enunciado en cuarto lugar, es decir, con el efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida, como veremos adelante. Ejemplos de casos en los que se negó *fair use* en razón de la naturaleza educativa de la obra protegida los encontramos en MacMillan y Marcus, principalmente.

Sin embargo, al tratar este criterio debemos referirnos también a un factor que es generalmente evaluado por los jueces al momento de determinar si existe *fair use* en un determinado caso. Este factor busca identificar si el objeto protegido es una obra de ficción o si es, por el contrario, documental o basada en hechos reales. En el *copyright*, como también sucede en el sistema latino de derecho de autor, se protege la expresión o forma de una idea y no la idea en sí misma o las ideas subyacentes en una determinada expresión. Por lo anterior, se ha considerado que existe una mayor factibilidad jurídica de reproducir obras que recogen hechos y conocimientos objetivos, valiéndose del *fair use*, que hacer lo mismo respecto de obras de ficción, donde el elemento expresivo es mayor y difícilmente inescindible de las ideas que se quieren transmitir.

En este sentido, las obras que suelen utilizarse en actividades educativas y de investigación, exponentes en mayor medida de las “ciencias” —básicas, sociales, etcétera— y, por lo tanto, compuestas de hechos no ficticios, son especialmente susceptibles de *fair use*, más que lo son otras de naturaleza más artística. Lo anterior no ha sido óbice para que se haya negado *fair use* en casos en los que las obras reproducidas eran eminentemente científicas: MacMillan (economía), Mikaelian (medicina), Kinko’s (textos universitarios), Princeton (textos universitarios) y Texaco (geología). En todos estos precedentes encontramos que la Corte desestimó el carácter científico de la obra protegida, porque su reproducción literal implicaba al mismo tiempo la duplicación del elemento expresivo autoral.

Solamente en los casos Williams & Wilkins (medicina) —controvertido como se anotó arriba— y Penelope (gramática) fue indicativo de *fair use* el carácter científico y fáctico de la obra protegida. En suma, se observa que, mientras que en otros ámbitos la naturaleza científica o educativa de la obra puede favorecer un alegato de *fair use*, en el contexto de la educación, esa misma naturaleza puede convertirse en un indicio en su contra, máxime

si no se han hecho esfuerzos para reproducir exclusivamente los hechos y las ideas contenidas en la obra, antes que las expresiones originales usadas para transmitir tales elementos fácticos y conceptuales.

3. *Tercer criterio: cantidad y sustancialidad de la porción utilizada respecto de la obra protegida como un todo*

La valoración de este criterio tiende a ser compleja, aunque su enunciado parezca simple. Si bien la reproducción de un pequeño fragmento tiene mayores posibilidades de ser considerado *fair use* que la copia de una obra completa o de un alto porcentaje de ella, la estimación que se haga sobre esta utilización debe extenderse a juicios cualitativos además de los meramente cuantitativos. En otras palabras, el tercer criterio nos invita a evaluar no solamente la cantidad (*amount*) de la parte utilizada, sino también a apreciar la calidad de esa parte (*substantiality*) porque, aunque exigua, puede representar el “corazón” de la obra. Nuevamente, este criterio adquiere especial relevancia cuando se le conjuga con el más pragmático del efecto del uso en el mercado, mencionado en cuarto lugar, como se estudiará en las próximas páginas.

En lo que tiene que ver con los casos estudiados, podemos resaltar algunas reflexiones de los jueces respecto de la interpretación de este criterio. En el caso MacMillan, la Corte consideró sustancial la reproducción de fragmentos de la obra protegida en guías de clase, la mayoría de ellas en forma manuscrita. Para la Corte, la suma de los distintos fragmentos y la importancia de ellos en el contexto de la obra permitían inferir la sustancialidad de la porción utilizada. En relación con qué se entiende por una obra completa, los jueces han calificado como tal cada uno de los capítulos de una serie televisiva en el caso Crooks, y a los artículos científicos incluidos en una revista, en el caso Texaco. Entretanto, en el caso Marcus, la incorporación de once páginas de la obra protegida en las veinticuatro que componían el folleto de decoración de tortas de la demandante, llevaron a la Corte a concluir que se había reproducido sustancialmente la primera obra.

Una mención especial merece el caso Mikaelian, por cuanto se ha criticado que en el cálculo de la porción reproducida se haya tomado como base la obra infractora (ejemplo de examen de admisión de medicina) y no la obra protegida (examen de admisión de medicina). A partir de este

elemento de tasación, los jueces llegaron a la conclusión de que el noventa por ciento de la obra infractora había sido copiada de la obra protegida. Sin embargo, no se determinó con claridad qué porcentaje de la obra protegida había sido vertido en la obra infractora.

En suma, tal como sucede en otros sistemas jurídicos autorales, la indeterminación de límites concretos a las porciones de una obra que pueden ser reproducidas sin autorización del titular, ha implicado una valoración subjetiva *ad casum* por parte de los jueces llamados a tomar decisiones en litigios en los que se alega *fair use*. Y difícilmente podría ocurrir de otra manera, considerando la diversa naturaleza y extensión de las obras que pueden ser reproducidas: un límite en páginas o en porcentajes puede coincidir perfectamente con el tamaño de una obra “completa”, como un artículo o un videoclip incorporado en un disco con antologías musicales. En la evaluación que de este factor hagan tanto los jueces como los usuarios interesados en reproducir una obra se requiere, quizás en mayor medida que respecto de los otros factores, una alta dosis de sentido común.

4. Efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha calificado a este criterio como el más importante de los que componen la doctrina del *fair use*,⁶⁰ visión que es consistente con aquella que considera a la propiedad intelectual como un problema de economía y mercado.⁶¹ Y aunque en la jurisprudencia se ha dejado claro que los distintos criterios del *fair use* deben ser conjuntamente sopesados,⁶² algunos autores sugieren que, aún siendo favorables los tres primeros, un concepto desfavorable respecto del cuarto factor debería ser suficiente para denegar la defensa de *fair use* en un caso determinado.⁶³ Lo

⁶⁰ *Cfr.* Harper & Row vs. Nation Enterprises, 471 U. S. 539 (1985).

⁶¹ Sobre el particular, véase, por ejemplo: Landes, William M. y Posner, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003; Gordon, Wendy J., “Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Beta-max Case and its Predecessors”, *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982, pp. 1600-1657; Ashley Aull, L., *op. cit.*; Pérez Gómez Tétré, Ana María, “El análisis económico del derecho de autor y del *copyright*, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado”, *La propiedad inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, núm. 10-11, 2006-2007, pp. 3-22.

⁶² *Cfr.* Campbell vs. Acuff-Rose Music, 510 U. S. 569 (1994).

⁶³ Véase, por ejemplo, Ashley Aull, L., *op. cit.*

cierto es que la mayoría de los litigios relacionados con usos no autorizados de obras protegidas se derivan del interés que tienen los titulares de que no se les afecte su mercado potencial, o de que se les resarzan los perjuicios causados por los efectos adversos en un mercado actualmente explotable.

En este cuarto criterio se evidencia la interacción de los distintos factores que componen el *fair use* y de qué manera cada uno de ellos puede influir en los restantes. Así, se observa que, respecto del primer factor, mientras más transformativo sea el uso, existirá menos probabilidad de que se esté afectando el mercado original.⁶⁴ En otras palabras, si el nuevo uso transforma la obra original, es más probable que su mercado objetivo sea distinto al buscado por la obra protegida, por lo que el efecto en este último mercado será mínimo o nulo. Por otro lado, si el propósito, tal como lo indaga el primer criterio, está relacionado con la docencia o la investigación sin ánimo de lucro, puede ser difícil de probar que dicho uso tuvo un efecto adverso sobre el mercado. Sin embargo, si el uso tiene fines comerciales o con ánimo de lucro, el juez contará con más elementos para concluir que se afectó adversamente el mercado de la obra protegida.⁶⁵

Aunque en menor medida, el segundo criterio también está relacionado con el que se viene analizando. En efecto, si el nuevo uso (alegado como *fair use*) tiene igual o similar naturaleza al de la obra original, existirá una mayor probabilidad de que el uso tenga un efecto adverso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida. Así, por ejemplo, es más factible que se considere justo el uso de una obra cinematográfica como ilustración en una actividad de enseñanza, a que se califique como *fair use* la exhibición del filme para recaudar fondos para una obra de beneficencia. En este último caso, a pesar de los loables fines perseguidos, con la exhibición de la película se estaría compitiendo en el mismo mercado de la obra original (mercado de entretenimiento), mientras que en el primero, la obra se utilizaría más como un objeto de aprendizaje que como una obra para el entretenimiento, característica de su naturaleza.

Es más cierta la influencia del tercer criterio en la determinación del efecto sobre el mercado y sobre el valor de la obra protegida. Como se anotó arriba, entre mayor o más sustancial sea la porción utilizada de la obra protegida, existirán menos probabilidades de probar un *fair use* en el

⁶⁴ Cfr. *Campbell vs. Acuff-Rose Music*, 510 U. S. 569 (1994).

⁶⁵ Cfr. *Harper & Row vs. Nation Enterprises*, 471 U. S. 539 (1985); Crews, *op. cit.*, p. 50.

caso particular. Esto obedece, en último término, a la presunción de que un potencial usuario de la obra protegida dejará de pagar por ella, si en el mercado consigue un buen sustituto, quizás gratis o a un menor costo. Una obra sustituta de la protegida podrá ser el resultado de haber reproducido, o bien un porcentaje importante de la obra original, o bien el “corazón” de dicha obra. Como se afirmó en el salvamento de voto del caso *Betamax*, quien alega *fair use* debe demostrar que con su uso no ha impedido que el titular reclame compensación de cualquier otra persona o grupo que hubiera querido pagar por disfrutar de la obra protegida.⁶⁶

En los casos que se han venido estudiando, relacionados con actividades educativas y de investigación, también se puede constatar cómo la verificación del cuarto criterio ha correspondido a su interacción con los demás factores. Así, en el primero de los precedentes revisados, *MacMillan*, a pesar de que no se probó ánimo de lucro en la elaboración de guías de tutoría que reproducían un libro de texto de economía, la naturaleza educativa de la obra original (segundo criterio) y el carácter sustancial de la reproducción (tercer criterio) llevaron a la Corte a concluir que se estaba afectando el mercado potencial del libro, como quiera que los estudiantes que recibían guías seguramente se abstendrían de adquirir la obra original. La Corte arribó a esta conclusión, pese a que el demandado alegó y probó que en sus clases recomendaba ampliamente la compra de la obra.

Las distintas decisiones en el caso *Crooks* estuvieron sustentadas en la confluencia del carácter didáctico y la sustancialidad de la reproducción de videos educativos que determinaban un efecto adverso en el mercado de las obras, aunque el primer criterio de *fair use* se considerara a favor de la demandada por ser ésta una entidad sin ánimo de lucro que prestaba servicios con claros fines pedagógicos. En efecto, las mayores usuarias de los videos que grababa y reproducía la demandada fueron precisamente las escuelas públicas, que constituían uno de los principales segmentos del mercado que pretendía explotar la empresa demandante. En este caso, la Corte criticó la manera sistemática como copiaban y distribuían las obras protegidas y llamó la atención sobre las licencias que las escuelas habían dejado de adquirir, como consecuencia de la conducta de la demandada.

⁶⁶ *Cfr.* salvamento de voto del juez Blackmun en *Sony Corp. vs. Universal City Studios*, 464 U. S. 417 (1984); Ashley Aull, L., *op. cit.*, p. 598.

El que la obra que reproducía partes de la creación protegida estuviera llamada a competir en el mismo mercado, fue un factor decisivo para que en el caso Marcus, no obstante haberse probado un uso educacional sin ánimo de lucro, se desestimara la defensa de *fair use* propuesta por la autora de un folleto didáctico sobre decoración de tortas que incorporaba porciones sustanciales de una obra que buscaba satisfacer las mismas necesidades educativas. De hecho, como se mencionó arriba en la explicación de este caso, la Corte puso de presente que en los lineamientos de reprografía se había señalado que los libros de texto y otro material dirigido especialmente al mercado educativo era menos susceptible de reproducción para fines pedagógicos que otro material distribuido al público en general, dado que el material reproducido entraría a competir directamente con la obra protegida y desincentivaría a los potenciales compradores de la obra original.

Los efectos adversos en el mercado fueron determinantes para negar la defensa de *fair use* propuesta por los demandados en los casos de Kinko's y Princeton University Press, relacionados con paquetes de lecturas que compilaban fragmentos de libros texto. Las respectivas cortes consideraron que el segundo criterio operaba a favor de los centros de fotocopiado demandados, porque las obras reproducidas (libros de texto) no eran de ficción sino de ciencias u otros conocimientos considerados como objetivos. Sin embargo, se llegó a establecer que tanto el ánimo de lucro que caracterizaba sus actividades (primer criterio) como la cantidad y sustancialidad de las porciones reproducidas (segundo criterio) redundaban en un efecto adverso en el mercado de textos educativos, dado que un número significativo de potenciales compradores se abstendría de adquirir las obras originales, por la facilidad y bajo costo con la que podían obtener los paquetes referidos. Estos efectos hubieran podido minimizarse, según la Corte en el caso de Princeton University Press, obteniendo las correspondientes licencias de los titulares.

Precisamente, la cada vez mayor oferta de licencias para realizar actividades de fotocopiado llevó a la Corte, en el caso Texaco, a negar la defensa de *fair use* presentada. En concepto de los jueces que conformaban la mayoría, no era suficiente que el demandado contara ya con una suscripción para recibir las revistas científicas del demandante, sino que requería, además, solicitar autorización y pagar el correspondiente valor al demandante, siempre que quisiese obtener copias adicionales de los artículos

usados como fuente de investigación. Nuevamente, el ánimo de lucro que identificaba al demandado y el hecho de que reprodujeran obras completas (cada artículo se calificó como tal) influyeron para que consolidara la idea de un efecto adverso en el mercado de revistas científicas, y para que se desestimara el alegato de unos fines de investigación superiores. Sin embargo, la Corte dejó expresamente consignado que la conducta sancionable era la reproducción sistemática y que, por lo tanto, su precedente no debería extenderse a investigadores individuales que necesitaran copiar obras para sus propias necesidades investigativas.

Finalmente, el efecto en el mercado también fue determinante en la decisión del caso *Penélope*, aunque, contrario a lo sucedido con los precedentes estudiados en los párrafos anteriores, su análisis favoreció la existencia de *fair use*. Justamente, la Corte consideró que no se podía identificar un efecto adverso en el mercado, dado que no era probable que un potencial comprador viera el manual para escritores de la demandada como sustituta del libro de gramática inglesa de la demandante. A esa conclusión arribó la Corte, tras constatar que los otros tres criterios también soportaban la defensa de *fair use* porque se había transformado la obra original, porque la obra protegida desarrollaba asuntos que eran más susceptibles de ser usados por terceros y porque la porción utilizada era mínima.

V. CONCLUSIÓN

A partir de la interpretación de las normas germinales de *copyright* y de los criterios de *fair use*, persiste la idea, en un sector de la doctrina y en el imaginario colectivo actual, de que el uso académico de una obra protegida es totalmente libre, en la medida que tal uso reporta amplios beneficios a la sociedad. Sin embargo, los casos resueltos por los tribunales estadounidenses controvierten esta suposición y muestran insuficiente la calificación de un uso como educativo o investigativo para justificar su excepción de los derechos del titular. Adicionalmente, el que ese uso carezca de ánimo de lucro, como sucede con buena parte de las actividades que realizan los docentes, no basta para que sea admisible la defensa de *fair use*.

Por otro lado, aunque el propósito del uso sea educativo, este mismo carácter puede ser óbice para que se le reconozca como *fair use* cuando la nueva utilización genere un efecto adverso en el mercado de la primera

obra. En este sentido, se puede observar que el cuarto criterio de *fair use* —el que analiza el efecto del uso en mercado— sobresale sobre los demás, coincidiendo con el real interés de los demandantes en los casos en los que se alega la violación de *copyright*: la determinación del propósito del uso, de la naturaleza de la obra protegida y de la porción utilizada, sólo será importante en la medida en que esos elementos impacten negativamente la comercialización de la obra en cuestión. No es de extrañar, entonces, que se haya desestimado el alegato de *fair use* en todos aquellos casos en los que se evidenció un efecto adverso en el mercado (educativo o investigativo), mientras que se declaró probada esta defensa en las controversias donde no fue posible constatar dicha afectación comercial.

En definitiva, la mención de la doctrina del *fair use* como paradigma de una institución jurídica que favorece, amplia y automáticamente, la libre utilización de obras para propósitos educativos e investigativos, debe ser reevaluada a la luz de los precedentes judiciales que, en su conjunto, han dado mayor importancia a los criterios pragmáticos de la economía y el mercado, que a aquellos románticos de la educación y el conocimiento.