



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

## Título

“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”.

Tesis previa a optar el grado de Licenciada en Jurisprudencia y título de Abogada.

**AUTORA:**

*Jenniffer Daniela Román Medina*

**DIRECTOR:**

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

Loja

Ecuador

2021

## CERTIFICACIÓN

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

### CERTIFICO

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por la señorita Jenniffer Daniela Román Medina, titulado: **“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”**, ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto de tesis legalmente aprobado, su ejecución se encuentra en un 100%, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 10 de abril de 2021



Firmado electrónicamente por:  
**ROLANDO JOHNATAN  
MACAS SARITAMA**

**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.**

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, Jenniffer Daniela Román Medina, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

**Firma:**  Firmado electrónicamente por:  
**JENNIFFER  
DANIELA ROMAN  
MEDINA**

**Cédula:** 1104335870

**Fecha:** Loja, 10 de abril del 2021

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA,  
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y  
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, Jenniffer Daniela Román Medina declaro ser autora de la tesis titulada: **“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”**, como requisito para optar al Grado de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 21 días del mes de julio de dos mil veintiuno, firma la autora.



Firmado electrónicamente por:  
**JENNIFFER  
DANIELA ROMAN  
MEDINA**

**Firma:**.....

**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

**Cédula N°:** 1104335870

**Dirección:** San Rafael, Av. Manuel Carrión Pinzano y Rafael Riofrio, Cantón Loja.

**Correo Electrónico:** jennifer.roman@unl.edu.ec; jdrm6484@gmail.com

**Teléfono Celular:** 0995986780 **Convencional:** 2723663

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Director de Tesis:** Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama, Mg. Sc.

**Tribunal de Grado:**

**Presidente:** Dr. Guilber René Hurtado Herrera, Mg. Sc.

**Vocal:** Dr. Cristian Ernesto Quiroz Castro, Mg. Sc

**Vocal:** Abg. Erika Annabell Yaguana Rodriguez, Mg. Sc.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo lo dedico en primer lugar a Dios, por darme paciencia y voluntad para desarrollar la investigación de mi tesis, como uno de los primeros méritos en mi vida académica y como requisito para ser una excelente profesional.

En segundo lugar a mi familia, quienes me han apoyado económica y moralmente, mi madre Myriam del Carmen Medina Pinta, mi hermana Karol Brigette Román Medina, a mis abuelos Nelva María Pinta y Miguel Ángel Medina, y a mis tíos Demóstenes Miguel Medina Pinta y Walter Patricio Medina Pinta.

Así mismo les dedico este trabajo a mis amigos que me han acompañado durante estos cinco años de carrera, con los cuales he compartido muchos momentos de regocijo y situaciones pintorescas, Karla Elizabeth Herrera Herrera, Edison Andrés Narváez Atarihuana, Christian Daniel Rivera Jiménez, María Gabriela Torres Jiménez y Joffre Steven Cabrera Castro.

Y finalmente a mi persona, por mantenerme fiel a un espíritu curioso, voraz de conocimiento y con muchas ganas de progresar en el infinito mundo del saber.

**La Autora**

## **AGRADECIMIENTO**

Al haber culminado satisfactoriamente la presente Tesis, dejo constancia de mi inmensa gratitud a la Universidad Nacional de Loja, y a los notables catedráticos universitarios que nos impartieron sus conocimientos en nuestra formación académica. De manera especial agradezco al Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc., ilustre maestro universitario, quien con su sabiduría, abnegación y profesionalismo dirigió la investigación social y jurídica de esta tesis, aportando en todo momento para la mejor realización del mismo.

A todas las personas que de una u otra forma han brindado su aporte para la realización de este trabajo, así como aquellos profesionales del Derecho que me han inspirado a través de su cátedra por medio de la impartición de sus asignaturas como el Dr. Jonathan Valdivieso, la Dra. Andrea Catalina Aguirre Bermeo, la Dra. Jackeline Susana Jaramillo y el Dr. James Augusto Chacón Guamo, quienes sembraron en mí bases sólidas en sus respectivas materias jurídicas, así como el amor y la ilusión por enseñar.

**La Autora**

## ESQUEMA DE CONTENIDOS

- I. Portada
- II. Certificación
- III. Autoría
- IV. Carta de Autorización
- V. Dedicatoria
- VI. Agradecimiento
- VII. Esquema de Contenidos
- 1. TÍTULO**
- 2. RESUMEN**
- 2.1. Abstract
- 3. INTRODUCCIÓN**
- 4. REVISIÓN DE LITERATURA**
- 4.1. Marco Conceptual**
- 4.1.1. Derecho de la Propiedad Intelectual
- 4.1.2. Derechos de autor
- 4.1.2.1 Derechos morales
- 4.1.2.2 Derechos patrimoniales
- 4.1.3 Derecho de transformación
- 4.1.4 Uso Justo
- 4.1.5 Obras derivadas
- 4.2. Marco Doctrinario**
- 4.2.1. Historia de los derechos de autor

- 4.2.1.1 Las facultades de los derechos morales
- 4.2.1.2 Los derechos de autor desde la perspectiva del sistema continental y del sistema anglosajón.
- 4.2.2. Reseña histórica del derecho de transformación
- 4.2.3 Características del derecho de transformación
- 4.2.4 Diferencia entre el derecho de transformación y el derecho de modificación
- 4.2.5. Test del “fair use”
- 4.2.6. Efecto de enfriamiento de la libertad de expresión, Chilling effects

### **4.3. Marco Jurídico**

- 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
- 4.3.2. Instrumentos Internacionales
  - 4.3.2.1 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
  - 4.3.2.2 Declaración Universal de Derechos Humanos
- 4.3.3. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.
- 4.3.4. Código Civil
- 4.3.5. Código Orgánico Integral Penal

### **4.4. Derecho Comparado**

- 4.4.1. Código de Propiedad Intelectual de España
- 4.4.2. Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos
- 4.4.3. Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

- 5.4. Materiales Utilizados
- 5.5. Métodos

5.6. Técnicas

5.7. Observación Documental

## **6. RESULTADOS**

6.4. Resultados de las Encuestas

6.5. Resultados de Entrevistas

6.6. Estudio de Casos

6.7. Análisis de Dos Estadísticos

## **7. DISCUSIÓN**

7.1. Verificación de los Objetivos

7.1.1. Objetivo General:

7.1.2. Objetivos Específicos:

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

## **8. CONCLUSIONES**

## **9. RECOMENDACIONES**

9.1. Proyecto de Reforma Legal

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS**

11.1. Cuestionario Encuestas y Entrevistas

11.2. Proyecto de Tesis Aprobado

11.3. Informes, solicitudes y fotografías

## **ÍNDICE**

## **1. TÍTULO**

“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”.

## 2. RESUMEN

La presente tesis de grado lleva por título: **“Implementación del derecho de transformación en el régimen de la propiedad intelectual amparado por la doctrina del uso justo para la explotación de obras derivadas”**, la necesidad de su ejecución surge debido al análisis realizado al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que enmarca la figura del uso justo.

La misma está incorporada en el párrafo segundo de limitaciones y excepciones de los derechos de autor, del cuerpo legal mencionado. El origen del uso justo proviene de una corriente anglosajona, denominada *fair use*, la cual permite reutilizar material con derechos de autor sin permiso del propietario original.

La implementación parcial del uso justo en la legislación ecuatoriana genera problemas, por extrapolar una figura proveniente de una corriente anglosajona a una corriente continental, que desnaturaliza la esencia original del *fair use*.

La doctrina del *fair use* se aplica con mayor recurrencia en la vía administrativa de las redes sociales, en plataformas como YouTube, Facebook, Twitch, las mismas que lesionan garantías constitucionales como el derecho al debido proceso. Por ello es preciso implementar una normativa sólida en la legislación ecuatoriana para afianzar el cumplimiento de garantías constitucionales básicas, que son inobservadas con recurrencia en los medios digitales.

La ausencia de una normativa complementaria a la figura del uso justo, impide una correcta aplicación de esta figura en un contexto práctico. Del mismo modo, la falta

de un análisis doctrinario y jurisprudencial, impide la aplicación del uso justo, por no existir criterios de los cuales se puedan afianzar los jueces ecuatorianos o autoridades pertinentes, para determinar si un contenido u obra está amparado por el uso justo. Lo que imposibilita que emitan decisiones motivadas.

En el desarrollo de la tesis se aplicaron materiales y métodos para elaborar la presente investigación, así mismo se realizó las entrevistas y encuestas a profesionales destacados del Derecho, como a generadores de contenido digitales consolidados, resultados que sirvieron para plantear un proyecto de reforma legal para garantizar que se respeten derechos constitucionales básicos a los creadores de contenido.

Por lo que la incorporación del derecho de transformación, como artículo innumerado en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en el Parágrafo Segundo de limitaciones y excepciones del autor, así como la sustitución del numeral 2 del artículo 211 ibídem, la sustitución del numeral 1 del artículo 212 ibídem, y por último la sustitución del artículo 105 ibídem, garantizarán que la figura de uso justo sea aplicada de manera adecuada en la legislación ecuatoriana respetando la esencia de la figura del “uso justo”, que determinará las pautas para que los jueces o autoridades competentes del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, pueden afianzar sus criterios al momento de verter decisiones motivadas, y simultáneamente se respeten los derechos al debido proceso, libertad de expresión e incluso el derecho a la educación, de los creadores digitales y de los usuarios, según sea el caso.

## **2.1. Abstract**

This degree thesis is entitled: "Implementation of the law of transformation in the intellectual property regime protected by the doctrine of fair use for the exploitation of derivative works", the need for its execution arises due to the analysis carried out to the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation, which frames the figure of fair use.

It is incorporated in the second paragraph of limitations and exceptions of copyright, of the aforementioned legal body. The origin of "uso justo" comes from an Anglo-Saxon trend, called "fair use", which allows the reuse of copyrighted material without the permission of the original owner.

The partial implementation of fair use in Ecuadorian legislation generates problems, by extrapolating a figure from an Anglo-Saxon current to a continental current, which denatures the original essence of fair use.

The fair use doctrine is applied more frequently in the administrative channels of social networks, on platforms such as YouTube, Facebook, Twitch that violate constitutional guarantees such as the right to due process. For this reason, it is necessary to implement solid regulations in the judicial system to ensure compliance with basic constitutional guarantees, which are frequently unobserved in digital media.

The absence of a complementary regulation to the figure of fair use prevents a correct application of this figure in a practical context. In the same way the lack of a doctrinal and jurisprudential analysis prevents the application of fair use, since there

are no criteria on which Ecuadorian judges can rely, to determine whether a content or work is protected by fair use. Which makes it impossible for them to issue reasoned judicial decisions.

In the development of the thesis, materials and methods were applied to elaborate the present investigation, likewise interviews and surveys were carried out with prominent professionals of the Law, as well as with consolidated digital content generators, results that served to propose a legal reform project to ensure that content creators' basic constitutional rights are respected.

Therefore, the incorporation of the right of transformation, as an unnumbered article in the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation, in the Second Paragraph of limitations and exceptions of the author, as well as the substitution of numeral 2 of article 211 *ibid*, the substitution of numeral 1 of article 212 *ibid*, and finally the substitution of article 105 *ibid*, will guarantee that the figure of fair use is properly applied in the judicial process, respecting the essence of the figure, which will determine the guidelines so Judges can strengthen their criteria when issuing reasoned judicial decisions, and simultaneously respect the rights to due process, freedom of expression and even the right to education, of digital creators and consumers as the case may be.

### 3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica titulado: **“Implementación del derecho de transformación en el régimen de la propiedad intelectual amparado por la doctrina del uso justo para la explotación de obras derivadas”**, tiene el origen de su problema en una esfera digital, concretamente en plataformas on-line cómo son las redes sociales mayoritariamente, aquellas empresas que permiten monetizar su trabajo a los creadores de contenido en línea. En gran medida se visibiliza que las creaciones en los medios digitales tienen una marcada influencia de otros contenidos ya existentes, como lo sostiene el renombrado escritor y orador canadiense Kirby Ferguson en su obra, “Todo es un remix”. Con el paso de los años, internet y sus plataformas se han convertido en el medio propicio para visibilizar y distribuir el contenido de cualquier persona, y de forma simultánea los propios consumidores de esas temáticas tienen la oportunidad de acoger ese contenido para realizar una nueva producción sobre la obra original existente, independientemente del formato. Al igual que los derechos de autor se gestaron por la necesidad de proteger a los autores originales y a sus respectivas obras, surgió una contracultura legal que protege a estos nuevos creadores de contenidos, que emplean material protegido con derechos de autor, al que realizan transformaciones y se consideran como nuevas obras. Este nuevo gremio, al igual que los autores iniciales, también merecen la protección de sus producciones, y es por ello que surge la doctrina del *fair use*. El problema se crea al intentar implantar esta doctrina bajo la denominación de uso justo en una la legislación ecuatoriana; puesto que su promulgación en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se la ha realizado

enmarcada en una normativa incompleta, que desnaturaliza la esencia del *fair use*. Lo que consecuentemente obstaculiza que la figura del uso justo, sea adecuadamente aplicada en la vía administrativa, a través del Servicio Nacional de Derechos de Autor, o en vía judicial en Ecuador.

La necesidad imperiosa de una reforma legal al cuerpo jurídico en materia de propiedad intelectual en Ecuador, es debido a que la vía administrativa de las plataformas digitales actúa de manera arbitraria, lesionando derechos constitucionales tanto a los creadores de contenido, como a los usuarios, que de forma indirecta también se podrían considerar como generadores de contenido.

En la presente tesis se verificaron un objetivo general que consiste en el siguiente: Desarrollar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado, respecto de la aplicación de uso justo, orientado al elemento de explotación de las obras derivadas, mediante la implementación del derecho a la transformación en la legislación ecuatoriana. Además se verificaron objetivos específicos que se detallan a continuación: primer objetivo específico: Establecer los parámetros específicos que se deben reformar en el Código de Ingenios respecto a la figura de uso justo, los cuales son los siguientes: 1. Implementación del derecho de transformación en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. 2. Considerar a las obras amparadas por el uso justo, como obras derivadas, para lo cual se reformará el concepto de “obras derivadas” vigente en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. 3. Reconocer con carácter de explotación (económico), a las obras amparadas por el uso justo; el segundo objetivo específico: Visibilizar una realidad digital y jurídica a los estudiantes y profesionales del derecho, mediante la difusión

de la presente investigación jurídica; y tercer objetivo específico: Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo.

Así mismo se ha contrastado la hipótesis que es la siguiente: La ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura del uso justo. Que a su vez, inobserva el elemento lucrativo en la legislación ecuatoriana, sobre las obras derivadas.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera, de la revisión de la literatura está conformada por un marco conceptual, en el que se desarrollan categorías sobre: Derecho de la Propiedad intelectual, Derechos de autor, Derechos morales; Derechos patrimoniales; Derecho de transformación; Uso Justo y Obras derivadas, en el marco doctrinario se analizan temáticas acerca de: Historia de los derechos de autor, Las facultades de los derechos morales, Los derechos de autor desde la perspectiva del sistema continental y del sistema anglosajón, Reseña histórica del derecho de transformación, Características del derecho de transformación, Diferencia entre el derecho de transformación y el derecho de modificación, Test de “fair use” y Efecto de enfriamiento de la libertad de expresión, Chilling effects; en el marco jurídico se procedió a interpretar y analizar normas jurídicas consagradas en la Constitución de la República del Ecuador, Instrumentos Internacionales como el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como normativa nacional, como es el Código Orgánico de la Economía Social de los

Conocimientos, Creatividad e Innovación, el Código Civil y el Código Orgánico Integral Penal, en el derecho comparado se procede a establecer semejanzas y diferencias de las normas jurídicas extranjeras las cuales son las siguientes: el Código de Propiedad Intelectual de España, Ley de Derechos de autor de Estados Unidos y la Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania.

Además conforman la presente tesis los materiales y métodos utilizados que sirvieron para la obtención de información, así mismo las cinco entrevistas, las 30 encuestas y los tres estudios de casos y el análisis de datos estadísticos sobre la temática, que contribuyeron con información veraz y oportuna para fundamentar la presente investigación de tesis, así mismo se verificaron objetivos, uno general y tres específicos, de igual forma se ha contrastado la hipótesis cuyos resultados ayudaron a fundamentar la propuesta de reforma legal. Presentado así el proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar derechos constitucionales básicos a los generadores de contenido, tales como el derecho a un debido proceso, que a su vez incluye una defensa oportuna, contando con el tiempo y los medios idóneos para elaborarla, así como la protección de otros derechos como la libertad de expresión y el derecho a la educación.

En la parte final del trabajo de investigación se expone las conclusiones y recomendaciones a las cuales se llega a determinar durante todo el desarrollo del trabajo, llegando así a la bibliografía en la cual se sustenta el trabajo de tesis. De igual manera en lo posterior se incorporan anexos, los cuales son los cuestionarios de las entrevistas y las encuestas aplicadas; y así como el proyecto legalmente aprobado. Finalizando con la incorporación del índice.

De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que se relaciona sobre la figura del uso justo en la legislación ecuatoriana en vía administrativa o judicial, para una correcta aplicación de la misma; esperando que el documento sirva de guía a los estudiantes y profesionales de Derecho como fuente de consulta poniendo a conocimiento del Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA**

### **4.1. Marco Conceptual**

#### **4.1.1. Derecho de Propiedad Intelectual**

“La propiedad intelectual queda claro que esta se divide en dos grandes áreas: la propiedad industrial y los derechos de autor.” (Solorio, 2010, p.2). El autor de la presente cita hace alusión a dos grandes grupos desde la apreciación del derecho de propiedad intelectual, las cuales son propiedad industrial y derechos de autor, sin embargo el primer término en diversas legislaciones se lo emplea indistintamente y a la par con el de propiedad intelectual. El autor Solorio, en su obra Derecho de la Propiedad Intelectual, menciona que la propiedad industrial se divide a su vez en otras figuras que merecen protección tales como las patentes y los derechos de marcas; así mismo la otra clasificación, derechos de autor contempla a los derechos morales y los derechos patrimoniales, que con el paso del tiempo su connotación ha ido sofisticándose de acuerdo a las exigencias de la sociedad en relación a las respectivas obras de sus autores.

“El término de propiedad intelectual es utilizado para englobar diversas doctrinas separadas entre sí.” (Fisher, 2003, p.1). El tratadista Fisher no realiza la misma categorización entre los términos propiedad intelectual, propiedad industrial y/o derechos de autor, contrariamente las subcategorizaciones que contempla Solorio las divide en tres grandes grupos iniciales, las cuales principalmente se refiere a la protección de los derechos de autor, patentes y las marcas.

Sin embargo Becerra Ramírez considera que “el concepto de *propiedad* no es del todo adecuado ni desde la perspectiva del derecho anglosajón ni desde la visión

romana o germánica”. (Becerra, 2004, p.59). La visión conceptualizada plantea un análisis al empleo de este término en ocasiones confuso o indistinto para referirse a diferentes términos, propiedad intelectual y propiedad industrial, que no significan necesariamente lo mismo, sin embargo el uso continuo a través del tiempo ha hecho que enmarque de esta manera, por lo que es relativamente complicado dejarlo de emplear en un marco jurídico.

Por ello Becerra Ramírez sugiere “simplemente suprimir la palabra propiedad y denominarlo derechos intelectuales o bien derechos de los creados, (...) derechos incorpóreos.” (Becerra, 2004, p.60). La idea del doctrinario, no es ajena a la realidad, para el uso correcto de los términos jurídicos según la naturaleza de su connotación, actualmente se emplean las otras denominaciones que menciona en el comentario, por lo cual más que suprimir es más viable barajar el término como otro sinónimo para referirse a un concepto extendido y entendido por muchos.

La obra “Propiedad Intelectual, reflexiones” establece diversas formas de propiedad intelectual determinadas en “cinco ramas de la protección de la propiedad intelectual, la protección técnica de derechos (patentes), la protección de diseños, marcas y nombres comerciales, derechos de autor (y derechos conexos)”. (Méndez, 2012, p.07). Estas manifestaciones suponen las áreas enmarcadas como protección de la propiedad intelectual, entremezclando confusamente la distinción entre el concepto de propiedad industrial, referente a las patentes, diseños y marcas; mientras que la propiedad intelectual se aboca por los derechos de autor y derechos conexos.

#### **4.1.2. Derechos de autor**

Los derechos de autor para el tratadista Cuadros Añazco son “la creación intelectual del autor que está exteriorizada.”(Cuadros, 2018, p.12). La materialización de una obra hace posible el reconocimiento de los derechos que el autor posee sobre la misma, los que nacen desde el momento en que la mencionada obra se externaliza, en este caso el concepto es mucho más genérico, dado que no especifica sobre qué objeto se reconoce la titularidad de autor de creación de la obra.

¿Qué implica el reconocimiento de los derechos de autor, a favor del titular respecto de su obra? El otorgamiento y adquisición de los derechos de autor a favor del creador, manifiesta sus beneficios mediante otros derechos conocidos como derechos exclusivos; los mismos que enmarcan la explotación, difusión y transformación de la obra en cuestión.

“El derecho de autor es concebido en dos grandes dimensiones, las cuales brindan diferentes privilegios, generan distintos tipos de prerrogativas a favor de los autores, y permiten a los autores controlar la producción de sus obras literarias o artísticas”. (Herrera, 2015, p.65). Estas dos grandes dimensiones a las que alude la tratadista, Luisa Herrera, son la contemplación que contienen a los derechos morales y los derechos patrimoniales. Es decir, que el reconocimiento de una obra a favor de su autor, automáticamente se ve beneficiado de los derechos morales y patrimoniales, producto de la externalización de la autoría de su obra.

Para David Rangel el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de las obras intelectuales exteriorizadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la

pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el casete, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación. (Rangel, 1998, p.10).

Los derechos de autor que se consignan a favor del creador de la obra, con la materialización de la misma, según el comentario indica muy acertadamente cuáles podrían ser los tipos de obras a considerarse parte de esta nueva creación para estar sujeta a los beneficios que se desprenden de los derechos reconocidos a los autores. Algunos de los casos, como casete, videocasete entre otros elementos suenan relativamente alejados de la era digital actual, pero hay que reconocer el gran aporte del tratadista, al pormenorizar una lista de las posibles obras a considerar amparadas por los derechos de autor.

Para Herrera Meza “el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas morales y pecuarias que poseen los creadores de una obra por el hecho mismo de haberla creado.” (Herrera, 1992, p.18). Esta definición con respecto a qué son los derechos de autor, sintetiza y enmarca en qué se dividen los mismos. En derechos morales y derechos patrimoniales, que los contemplan como elemento pecuniario. Enfatizando en la premisa, que para que se dé este reconocimiento se debe generar materialmente una obra por parte del autor.

Así mismo el derecho de autor se determina como el “poder jurídico que corresponde al creador intelectual para ejercer derechos de naturaleza moral y patrimonial respecto de sus obras, independientemente del género a que estas pertenezcan”. (Caballero, 2004, p.1). Aunque el reconocimiento entre la obra creada y el autor, se gesta desde el momento de la materialización de la obra, se requiere de

un reconocimiento formal, ante la autoridad competente, a fin de los efectos legales que se proyectan a mediano o largo plazo. Si una persona no ha registrado debidamente sus derechos de autor, para obtener los beneficios de que se devienen de ellos, como son los derechos morales y patrimoniales, y fenece antes de realizarlo, será más complicado corroborar que la obra en cuestión le corresponda, dado que los derechos de autor, a diferencia de la propiedad industrial como el registro de marcas o patentes, se lo debe hacer de manera personal, y no mediante terceros.

Sofía Rodríguez profundiza el concepto, el que lo determina como “En torno al contenido del derecho del autor se han establecido dos teorías, una denominada monista y otra conocida como dualista”. (Rodríguez,2004, p.34). La primera establece que los derechos morales y patrimoniales, que se devienen directamente de las prerrogativas del derecho de autor, son indivisibles, contrario a la teoría dualista que los separa en estos dos grupos, pero guardando una relación de interdependencia entre ambos, pero considerando las diferencias entre ellas.

El derecho de autor, además de tener un valor económico, tiene un elemento espiritual, por el simple hecho de su creación, del cual no se puede despojar; así que se puede traspasar sus derechos patrimoniales, conservando su esencia inherente del autor para con su obra. (Diez, 1991, p.265). Por lo que se concluye que los derechos morales son inherentes solamente al autor, y consecuentemente son inalienables e intransferibles, contrario a los derechos patrimoniales.

#### **4.1.2.1. Derechos morales**

En el libro el Manual del Derecho del Autor, Alfredo Vega Jaramillo cita a Delia Lipzyc de su obra el Derecho Moral del Autor, Naturaleza y Caracteres determinado, el cual recoge el concepto de derechos morales como: “El derecho moral es aquel que protege la personalidad del autor en relación a su obra y designa el conjunto de facultades destinadas a ese fin”. (Vega, 2010, p. 32). De los derechos de autor se desprenden dos subcategorías, los derechos morales y los derechos patrimoniales. Los derechos morales, constituyen un derecho personalísimo del autor, cuyo otorgamiento le reconoce determinadas facultades a su favor, por el hecho de ser el creador de su obra. La adquisición de dicho derecho, se gesta simultáneamente con la materialización de su producción. Los derechos morales tienen una serie de características propias a su naturaleza, las cuales se reconocen en el desarrollo de la presente investigación.

Los derechos morales buscan proteger la integridad de la obra y la conexión del autor con ella, no es menos cierto que a la vez sirven para afianzar sus intereses económicos frente a explotaciones ilícitas de terceros, por lo que la línea que separa ambos tipos de derechos no es tan clara. (Cornish, 2007, p.154).

Los derechos morales, se relacionan con los derechos patrimoniales, dado que se desprenden de la figura del derecho de autor; cuya finalidad es proteger la integridad de la obra, es decir, respetar la genuinidad de la misma; por otro lado también se afianza de la relación existente entre el creador de la respectiva obra y su autor. Y por último reafirma otro derecho, que es el derecho patrimonial, que constituye el percibir monetariamente los resultados sobre la producción en cuestión.

Los derechos morales como facultades y el derecho de autor como derecho más general, se encuentran ligados a la libertad de expresión. (Barrera. 2016, p.16). De los derechos de autor se desprenden los derechos morales y patrimoniales. Los derechos de morales son atribuciones que se otorgan, por el reconocimiento de derechos de autor, que constituyen cinco facultades, las cuales principalmente se trata del derecho de divulgación, derecho de retracto, el derecho al reconocimiento de la paternidad, derecho a la modificación y el derecho a la integridad, todos ellos con respeto a la obra.

Uchtenhagen señala “la noción del derecho moral se referiría a derechos que tienen el objeto de proteger la personalidad del ser humano respecto de la actividad del autor en obras literarias y artísticas”. (Uchtenhagen, 1990, p.16). Los derechos morales son personalísimos, es decir únicamente le pertenecen al autor, no se puede ceder, son inembargables e inalienables. Como lo define la legislación ecuatoriana en el artículo 118 del Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación.

Los derechos morales son “la facultad de hacer reconocer la personalidad del autor como creador, de dar a conocer su obra, de hacerla respetar, de defender su integridad en el fondo y la forma”. (Proaño, 2009, p.25). Esta definición alude a la relevancia de establecer la conexión entre la obra y su respectivo autor, ante la sociedad y la propia ley.

#### **4.1.2.2. Derechos patrimoniales**

Para otro tratadista los derechos patrimoniales son “un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros”. (Rengifo, 1996, p.157). Así como los derechos

morales reconocen la titularidad del autor sobre su obra, otorgándoles derechos exclusivos ya mencionados, los derechos patrimoniales otorgan al autor la facultad de obtener beneficio económico por su creación; o a su vez autorizar o no la explotación de su producción por parte de terceros.

Por otro lado, el reconocimiento de los derechos de autor, a favor de su creador, como lo indica el artículo 111 del Código de Ingenios, no forma parte de la sociedad conyugal, pero los beneficios producto de la explotación de la misma sí; por cuanto se puede concluir de ambas premisas lo siguiente: Los derechos de autor que contemplan los derechos morales y patrimoniales, tienen un alcance diferente, en los primeros son derechos personalísimos únicamente reconocidos al creador de la obra, cuyo reconocimiento no está contemplado dentro de una sociedad conyugal. Sin embargo, como lo menciona el artículo 111 *ibídem*, se entiende que los derechos patrimoniales, sí constituyen parte de la sociedad conyugal.

Otros doctrinarios, siguiendo la misma senda, no se despegan de la definición común, considerando los derechos patrimoniales lo que “posibilita que el autor efectúe la explotación de la obra o que autorice a otros a realizarla, que participe en ella y que obtenga un beneficio económico”. (Herrera, 1992, p.19). Herrera Meza, señala que los derechos patrimoniales se orientan a sacar rentabilidad de su obra, así como la facultad de decidir y autorizar sobre quién puede utilizar su obra. Sin embargo, en este punto medular, surge la confrontación entre los derechos exclusivos, enmarcados dentro de los derechos patrimoniales que se les otorga al autor; frente a la figura de uso justo que lo prevé el artículo 211 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, “uso justo: no constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de

una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte”. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 39). Por cuanto se gesta una confrontación normativa, que queda a criterio de la Autoridad judicial o administrativa resolver, desde su sana crítica.

Colombet al hacer referencia a los derechos patrimoniales indica: “el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra”. (Colombet, 1997, p.63). Claude Colombet, en su obra “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo” expresa de manera simple y sintetiza el objeto en esencia que persiguen los derechos patrimoniales, un provecho económico. Que por otro lado, el reconocerle los derechos patrimoniales al autor, lo faculta para autorizar quien o no puede explotar su obra.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen un contenido económico, es decir, que son susceptibles de ser reducidos a un equivalente en dinero mediante una valoración. Pues bien, dentro de los derechos patrimoniales existe hoy una neta separación entre derechos reales y derechos de crédito. (Derecho patrimonial romano, derechos reales, 2007, p.11).

La presente obra sigue la misma senda que los anteriores autores, en lo referente a la conceptualización de los derechos patrimoniales, cuyo objeto es el lucrativo, el

rédito que representa la explotación de la obra. A diferencia de las anteriores definiciones en esta se indica, una subclasificación de los derechos patrimoniales, agrupándolos en derechos patrimoniales reales y de crédito. Cuya diferencia radica, en las definiciones originales de los términos; los primeros definen la relación jurídica existente entre una persona y una cosa, mientras que los derechos de crédito, son aquellos derechos patrimoniales que sólo existen en las relaciones de ciertas personas entre sí.

Según la definición del diccionario jurídico de Henri Capitant conceptualiza al patrimonio como “el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica”. (Capitant, 2006, p.236). La concepción de la palabra patrimonio hace referencia a lo pecuniario, teniendo en consideración tanto los activos como los pasivos en la misma medida.

#### **4.1.3 Derecho de transformación**

“El derecho de transformación es de este modo, el derecho del autor a autorizar o prohibir la publicación o explotación de las transformaciones u otras alteraciones de su obra.” (Bullinger, 2009, p.366). Para el autor alemán Bullinger, indica que el derecho previo de autorización para transformar la obra, tiene un asunto de trasfondo, que no es propiamente otorgar el permiso para la modificación de la misma, sino más bien consentir el derecho de explotación producto de esa obra transformada. Haciendo hincapié en lo ya mencionado, los derechos patrimoniales, que se desprenden de los derechos de autor, a favor del titular del derecho por su producción, tienen la facultad de autorizar o no la explotación de su obra. Pero aquí a su vez, reviste al autor original de la obra derivada de la potestad para permitir o no la explotación de la nueva obra creada con parte de su obra.

Los tribunales norteamericanos, para reconocer el “uso transformador”, enfatizan la intención del demandado en la utilización de la obra preexistente. Es decir, la apreciación de un “uso justo” no vendrá determinada por el hecho de que se dé un cambio de formato o medio en relación a la obra utilizada. (Schwartz, 2006, p. 162).

En este caso el presente tratadista, se despegaba en parte de una concepción tal legalista, dejándolo a la interpretación y la sana crítica de los jueces, como evoca el enunciado que se desarrolla en los tribunales de Norteamérica, sus juzgadores se afianzan en el “*test de fair use*” para verter un veredicto. Mismo que la misma Corte Suprema de Estados Unidos, ha hecho con anterioridad un análisis minucioso sobre los cuatro parámetros que debe considerar el juzgador al momento de tomar su decisión de forma singularizada en cada caso.

La noción de “naturaleza transformadora”, conlleva que el uso no consentido de una obra por terceros sea lícito cuando ésta sea utilizada con una finalidad “transformadora”, diferente a la que tiene la obra preexistente, con independencia de que se produzca un acto de transformación en sentido jurídico. (REESE, 2013, p.105).

La definición de este concepto explica perfectamente la diferencia del elemento transformador de la obra, el uso justo es una excepción a solicitar autorización del autor de la obra legítima, si se considera que no se sustenta en la figura de uso justo, la obra en cuestión se tomaría como plagio.

El derecho de transformación es un derecho patrimonial que como tal puede ser enajenado, pero no obstante quedará siempre en la esfera del autor preexistente un

núcleo de facultades vinculadas a sus intereses personales (derechos morales) que no podrán asignarse al nuevo autor. (Altaba, 2017, p.34).

El autor reconoce la relación directa preexistente entre el derecho de transformación de una obra y el reconocimiento a su vez del derecho patrimonial, a diferencia de que los derechos morales son personalísimos, tanto el derecho de transformación y los derechos patrimoniales, si gozan de la facultad de poder ser transferidos.

#### **4.1.4. Uso justo**

En el plano sustantivo, el “uso justo” es una de las principales garantías del copyright contra el exceso de protección y de exclusión por parte de los autores, manteniendo así el equilibrio entre la explotación privada y el acceso público a la información y al conocimiento. El principio tiene su reflejo legal en el artículo 107 (USC) del Código de los Estados Unidos, que reconoce un límite a los derechos contenidos en la propia ley, permitiendo el uso de obras protegidas ajenas siempre que se haga con fines de crítica, comentario, información periodística, enseñanza o investigación, incluyendo en el sentido crítico el efecto paródico. (SCHWARTZ, 2006, p.163).

Esta definición refleja el empleo de la figura del uso justo, bajo una perspectiva limitante, si bien reconoce la utilización de contenido protegido por derechos de autor, lo hace siempre y cuando su finalidad sea grosso modo con matices informativos, pedagógicos e investigativos; eludiendo al igual que en la actual legislación ecuatoriana en el Código Orgánico de la Economía social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, la naturaleza comercial que se debería

reconocer como un elemento necesario, para estar a la vanguardia de la realidad actual.

El *fair use* va más allá en algunos casos que la doctrina del “uso honrado”, ya que su doctrina defiende la limitación del alcance del monopolio del derecho de autor, entendiéndose como una herramienta fundamental para garantizar el objetivo utilitario de enriquecimiento común del copyright. (Leval,1990, pp.1110 y 1135).

En un sentido internacional, se equipara al uso justo con el “uso honrado”, sin embargo la primera concepción pretende adquirir el reconocimiento de explotación, por la creación de la obra derivada de la original. Alejándose del criterio del amparo del uso justo, únicamente con objeto informativo o académico.

“El *fair use* es una doctrina que reza específicamente sobre el agotamiento de los derechos de autor” (Ortega, 2017, p.43). Más bien que por agotamiento, es una postura frente a los mencionados derechos de autor, no con el objeto de debilitar a los derechos de autor, sino como una modalidad adicional de responder a las exigencias imperantes a nuevas formas de contenidos, mediante la inspiración de obras ya existentes. Con el claro matiz, de que debe existir un valor agregado o transformación sustancial, para ser considerado como uso justo, puesto que de lo contrario se reduciría a un delito de plagio.

“Permite el uso de material protegido por el derecho de autor sin la autorización previa del titular del derecho”. (Palmer, 1990, p.27). El *fair use* se convierte en un mecanismo de defensa en contra de demandas en razón de infracciones por copiar obras que en principio han sido protegidas por el derecho de autor. Por cuanto da la

posibilidad del desarrollo de un litigio en este tema, desembocando en un criterio objetivo e imparcial, posterior a análisis, con parámetros como el test del *fair use*.

“El *fair use* (uso justo), en un principio fue elaborado por la doctrina judicial estadounidense como un límite al derecho de reproducción, se ha recogido de modo expreso en la *Copyright Act* como una limitación a todos los derechos exclusivos, contemplados en el mismo texto legal, como se evidencia en la Sección 107 .” (Roger, 2006, p.26).

El derecho de reproducción es una de las facultades de los derechos morales del autor, que le permite la decisión de escoger el medio de cómo reproducir su obra. El uso surge como una corriente, que pone un coto a los derechos absolutos del autor, en este caso la facultad del mismo a elegir cuál es el medio propicio para reproducir la obra de un tercero, donde aparezca algún contenido que le pertenezca, cuya obra esté amparada bajo la defensa del uso justo.

#### **4.1.5. Obras derivadas**

Para Rachel Gager-Shafran, considera lo siguiente con respecto de las obras derivadas: “Una obra consistente en revisiones editoriales, anotaciones, elaboraciones u otras modificaciones, las cuales en conjunto representan una obra de autor original, son una obra derivada”. (Gardner-Shafran, 2007, p.11). Gardner considera que las obras que han sido modificadas, son tomadas como obras derivadas y gozan de un autonomía, en relación a su obra primigenia.

“La obra derivada es en parte resultado de la utilización del esfuerzo creativo del autor de la obra transformada.” (Mayor, 2006, p.83). La obra derivada constituye el

resultado de los elementos transformativos respectivos, que a su vez estos elementos son matices claves, para que esa obra determinada pueda estar amparada por la figura del uso justo. Por ende se podría entender que toda obra, cobijada por la doctrina del *fair use*, debe considerarse una obra derivada, puesto que está revestida de uno o más elementos transformativos, en relación a la primera obra.

“La obra derivada es el fruto del esfuerzo intelectual de un nuevo autor diferente del de la obra preexistente”. (Altaba, 2017, p.443). La nueva obra reconocida como obra derivada es una creación diferente, a la obra original que se está transformando, dado que este criterio contrarresta en gran medida, la conclusión a través de premisas que una obra derivada, al estar revestida de elementos transformativos, constituyan uso justo.

La creatividad implícita de la interpretación como creadora de una obra derivada, que guardaría similitud con la relación entre el autor de un texto y el autor de su traducción. La diferencia radica en que la interpretación queda integrada en la obra interpretada y no puede separarse de ella, mientras que la obra derivada es independiente materialmente de la preexistente, tiene entidad propia y se dirige a un público distinto. (Desbois, 1978, p.2014).

Es importante destacar la distinción entre una obra interpretada y la obra derivada. La obra derivada genera una producción individualizada en relación a la obra original, mientras que las obras interpretadas quedan aunadas a la obra en la cual se inspiró.

Por otro lado, Galacho defiende que “no toda obra derivada procede de una transformación, si bien toda transformación generará una obra derivada”. (Galacho,

2014, p.79). El contenido del uso justo que persiga una finalidad comercial, debe destacar su carácter transformador de la obra que está empleando, y consecuentemente al transformar esa obra, resguardándose en un defensa de uso justo, la obra nueva generada bajo esta concepción doctrinaria se la consideraría como obra derivada. Por ende, todo contenido amparado por el uso justo, con una finalidad comercial, sería considerado legalmente como una obra derivada.

## **4.2. Marco Doctrinario**

### **4.2.1. Historia de los derechos de autor**

La propiedad intelectual se ha ido adaptando a través del tiempo, de forma conjunta a la evolución de la sociedad. El tratadista, Solorio en su obra “Derecho de la propiedad intelectual”, establece una clasificación general de la propiedad intelectual. La cual la divide en dos grandes áreas: la propiedad industrial y los derechos de autor.

La evolución histórica de los derechos de autor en el mundo ha seguido la senda de diversos avatares. La aparición de esta institución por primera vez se presta a debate, dado que diferentes autores ubican su inicio en distintos hechos históricos.

El derecho de autor aparece a través del tiempo por primera vez como una institución del derecho positivo en el siglo XIX, aunque algunos especialistas apuntan a que la consolidación de los derechos de autor de manera formal se materializa con la “Ley de la Reina Ana” y para otros doctrinarios como Weinstein, en su libro “Un desafío para la creación y el desarrollo” expresa que el

principal hito en que los derechos de autor tomaron forma y relevancia fue en la Convención de Berna de 1886.

Pero desde el siglo XVI en la época del renacimiento es “cuando comienza a cuajar la costumbre de incluir el nombre de los autores en las obras literarias y musicales”. (Vega, 2018, p,17).

Marie-Claude Dock reconoce lo siguiente, “pretender que el derecho de un autor sobre sus obras surgió repentinamente puede ser no solamente un error cronológico, sino también un hecho que induce a desconocer acontecimientos evidentes y testimonios irrecusables.” (Dock, 1974, p.126). Dicha idea la determina en una de sus obras titulada “Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria”. Si bien es cierto Dock no está desconociendo los dos hechos históricos mencionados, ni mucho menos desmerece su relevancia en la consolidación de la institución de los derechos de autor, lo que pretende demostrar es que la ausencia de textos legales enfocados a los derechos de autor, no constituyen que en las épocas de las sociedades ateniense o románica, no hubiera existido el derecho de autor. Para lo cual se afianza en varios acontecimientos que pueden dar fe de este hecho.

Un escritor y tratadista romano llamado Vitruvio realizó un concurso literario en la ciudad de Alejandría, cuyo juez fue Aristófanes, el mismo declaró como ganador al participante que el resto consideraba el menos apto para la victoria. Pero su elección estuvo justificada, dado que demostró que el resto de miembros del concurso habían copiado sus obras literarias de otras obras existentes, acarreándoles una condena por el delito de robo y la expulsión de la ciudad.

Del mismo modo se indica que Cicerón vendía sus obras a editoriales. En virtud de ambas premisas se puede presumir dos conclusiones, la primera: los derechos de autor en aquella época recaen sobre la sociedad aristócrata, y la segunda conclusión obedece a que dichas circunstancias marcaron un precedente que consolidarán el inicio del reconocimiento de los derechos de autor.

Una vez recorrido este período primigenio de la institución, en el siglo XVIII se constituyeron los derechos de autor de manera sólida, cuyo primer hecho histórico renombrado fue la “Ley de la Reina Ana” en Inglaterra (1710), en la que se reconocía un derecho exclusivo de reproducción sobre las obras de la época, que fundamentalmente se trataba de libros y pinturas. Por aquel entonces, los tribunales determinaron que la ley de derechos de autor, se aplicaba solamente a las cosas que los seres humanos pudieran leer sin ayuda de una máquina. Lo que actualmente es inverosímil, dado que gran parte del día a día gira en torno a los medios digitales.

Finalmente los derechos de autor terminan despuntando en el siglo XX, a la par que surge una corriente contrapuesta a ellos, denominada *fair use* en Estados Unidos, conceptualizada como “uso justo” en la legislación ecuatoriana y en otros países llamada “uso legítimo”, “uso razonable”, o como se la denomina en Alemania “uso libre”, (*Freie Benutzung*). Se advierte que esta figura de origen anglosajón tiene diversas designaciones, importantes al momento de establecer un derecho comparado. En la legislación ecuatoriana la figura del uso justo se incorpora bajo un sistema continental con la promulgación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, inscrito en el Registro Oficial el 9 de diciembre de 2016. Este hecho supuso que la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1998 que tenía la República del Ecuador se derogue.

El tercer momento relevante, que afianzó aún más el revestimiento a favor de los derechos de autor, se dio con la firma del primer tratado internacional, denominado el Convenio de Berna para la Protección de Obras literarias y Artísticas el 9 de septiembre de 1886. En un inicio este convenio ampara la protección de los autores y sus obras, siempre y cuando los autores pertenecieran a uno de los países partes. Lo que significó un proceso de convenciones transnacionales con las que se logró globalizar la protección internacional de los derechos de autor, dando como resultado una etapa para consolidar los principios de los derechos de autor, que garanticen el respeto de la propiedad intelectual.

Pero como ya se mencionó se presentó un limitante, dado que en un inicio el Convenio de Berna lo conformaban solamente diez países del continente europeo, paulatinamente se fueron integrando otras naciones. A la par el ámbito latinoamericano también se vio amparado por sus propios convenios tales como, el Tratado de Montevideo 1889, el mismo que fue ratificado por Uruguay, Paraguay, Argentina, Bolivia, y Perú. Y en cuanto al Convenio de Berna, Brasil fue el primero en firmar y ratificar en 1928, México lo firmó y ratificó en 1967 y finalmente entra en vigor en 1975.

#### **4.2.1.1 Las facultades de los derechos morales**

Los derechos morales como facultades y el derecho de autor como derecho más general, se encuentran ligados a la libertad de expresión. (Barrera. 2016, p.16). Los derechos morales son atribuciones que se otorgan, por el reconocimiento de derechos de autor, que constituyen cinco facultades, las cuales principalmente se trata del derecho de divulgación, derecho de retracto, el derecho al reconocimiento de la

paternidad, derecho a la modificación y el derecho a la integridad, todos ellos con respeto a la obra.

Los derechos morales, constituyen un derecho personalísimo del autor, cuyo otorgamiento le reconoce determinadas prerrogativas al autor, por el hecho de ser el creador de su obra.

En la obra “Los derechos morales de los creadores, características, ámbito y límites”, escrita por diversos autores, entre ellos Margarita Castilla establecen cuales son las facultades que revisten a los derechos morales:

Derecho de divulgación: implica hacer la obra accesible al público por primera vez, de tal modo que lo habitual es que se lesione el derecho a la integridad de la obra cuando esta ya esté divulgada, es decir, que ya han salido de la esfera interna del autor. “El efecto, a través de la divulgación el autor decide en qué forma quiere que su obra se distribuya al público, por lo que una vez tomada esa decisión, el derecho de integridad de la obra faculta para exigir el respeto a su obra tal y como ha quedado que sea conocida”. (Vendrell, 2017.p.294). Aunque la facultad para decidir sobre la divulgación no puede corresponder a la voluntad de un sujeto extraño a la creación de la difusión de la misma, existen determinadas excepciones, en que este criterio relativiza su naturaleza inalienable. Tal es el caso, que el autor Dumas, considera tres ocasiones donde se excepciona dicha facultad: cuando se trata de “obras cinematográficas y demás audiovisuales, en obras publicadas en periódicos o en revistas y por último en obras colectivas.” (Dumas, 1987, p.202).

El goce y el ejercicio de este derecho a la divulgación, Diego Espín lo considera como primario a otros derechos sustanciales como por ejemplo a la

intimidad, puesto que al externalizar su obra con el público, está sujeto a las críticas constructivas o contrario a ellas. (Espín, 1991, p.67).

Por último, existen posiciones que consideran que la facultad de divulgación del autor obstaculiza y/o reprime la difusión de ideas, determinando así que “los intereses generales deben estar por encima de los particulares”. (Vega, 1990, p. 121). Esta cita describe indirectamente la esencia de la figura del uso justo, que prima los intereses generales de la información, que prevalece al derecho exclusivo de los autores, sin embargo no intenta aplacar las facultades morales de estos, busca que los derechos morales y las nuevas formas de expresión de las personas, mediante la figura del uso justo, se complementen.

Derecho de reconocimiento de la paternidad: el derecho de paternidad, también llamado “derecho al nombre”, Delia Lipszyc lo define como el derecho que tiene el intérprete a que se reconozca su rol de creador de su propia obra, y que su nombre sea inherente a su interpretación.

La mayoría de legislaciones continentales recogen en su normativa en materia de propiedad intelectual, el derecho de reconocimiento de la paternidad, contemplada a su vez en la Convención de Roma (1961) y en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) en 1996; sin embargo en los países anglosajones, no lo contemplan explícitamente, aunque se deja entrever el reconocimiento de manera latente. El reconocimiento de este nombre, se efectuará de acuerdo a las disposiciones del ejecutante o intérprete, pudiendo si es el caso emplear un seudónimo, si así lo desea el autor.

Derecho a la modificación: esta facultad supone dos caras de la misma moneda, en conjunto con el derecho a la integridad. El derecho a la integridad consiste en la facultad del autor de no permitir alteraciones no consentidas de su obra, contrariamente al derecho de modificación que le permite efectuar cambios con respeto de los derechos adquiridos por terceros, sin vulnerar bienes de intereses culturales, modificaciones no sustanciales, que están sujetas a que la voluntad del autor a mejorar su obra estéticamente o actualizarla.

El derecho a la integridad de la obra es uno de los derechos más controvertidos de las facultades morales, puesto que este no puede abordarse aisladamente, ya que funciona conjuntamente con otros derechos morales como el de divulgación, modificación, paternidad y derecho de transformación. Remarcando que su fin es no permitir alteraciones de la obra que no hayan sido previamente autorizadas. Es por ello que el autor Joaquín Rams, en su libro “Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual”, concibe que el derecho a la integridad de la obra con la finalidad de que la obra siempre permaneciera vinculada al autor, aunque la misma fuese enajenada o se haya concedido derechos de explotación sobre esta.

Otra de las facultades morales del autor es el derecho de reproducción que consiste en la “decisión exclusiva y por un plazo determinado que posee el autor de una creación intelectual para autorizar a terceros, la reproducción total o parcial de su obra, o hacerlo personalmente, con el fin de ponerla al alcance del público y explotarla económicamente”. (Pereira, 2015, p.32). De la presente definición se deduce que la premisa de conceder la facultad de reproducir su obra, no se limita a autorizar quién puede reproducirla sino a obtener un beneficio económico por ello.

#### **4.2.1.2. Los derechos de autor desde la perspectiva del sistema continental y del sistema anglosajón.**

Para Marc Simón Altaba en su análisis titulado “El derecho de transformación en la Ley de Propiedad Intelectual española”, estima dos prismas bajo los cuales se observan los derechos de autor. Desde el sistema continental y el sistema anglosajón. Esto dependerá del lugar donde se desarrollen los asuntos orientados en materia de propiedad intelectual, y más concretamente enfocados a los derechos de autor. La corriente continental enmarca al derecho de autor con el objeto de proteger sus obras de terceras personas, los cuales son reconocidos de manera inherente por la ley desde el momento en que el autor materializa su producción intelectual. Es por ello, que en los países que se desprenden del derecho romano, adoptan medidas poco flexibles frente a la posible explotación de terceros de una obra reconocida por derechos de autor, limitando de manera rígida el no promover una evolución del concepto de derechos de autor, al no prever nuevas modalidades de explotación que se demandan actualmente, como sí lo hacen plataformas de los medios digitales, tales como Facebook, YouTube, Instagram entre otras.

Por otro lado, el sistema anglosajón considera que las obras son una herramienta de enriquecimiento tanto para el autor de la obra como para la sociedad. En este sentido, nos encontramos con limitaciones más flexibles en cuanto al uso de las obras.

Estas concepciones sobre la perspectiva continental y anglosajona, permite establecer la diferencia existente entre los derechos de autor y el copyright, caracterizado por los siguientes elementos:

El derecho de autor corresponde a una concepción jurídica de la teoría filosófica individualista, de derecho natural, en donde el derecho surge por la labor intelectual; en esa medida, la protección es automática al momento de la creación, y no se requieren formalidades para la existencia del derecho.

La protección que se otorga está limitada en el tiempo, y tiene como base la vida del autor y mínimo cincuenta años post mortem auctoris.

La diferencia entre el copyright y los derechos de autor, así mismo radica en que el copyright de corriente anglosajona tiende a privilegiar los intereses del mercado, mientras que el derecho de autor protege y favorece los intereses del autor en relación a su obra.

Por ello al momento de legislar sobre sus limitaciones dentro de los países que tienen este sistema continental, estamos frente a una normativa más rígida que no prevé mecanismos que barajen nuevas modalidades del derecho de explotación que demanda la sociedad actual.

#### **4.2.2. Reseña histórica del derecho de transformación**

Para Marc Simón Altaba en su análisis titulado “El derecho de transformación en la Ley de Propiedad Intelectual española”, establece que el derecho de transformación, al igual que todo derecho, ha sido sometido a diversas etapas cronológicas hasta alcanzar su concepción actual. El acto de transformación tiene su primer reconocimiento formal en el instrumento internacional, El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, que reconoce el derecho exclusivo del autor sobre las traducciones de sus obras.

Sin embargo desde el año 1823 la Ley de Calatrava, hacía alusión al derecho de transformación al considerar a los traductores, comentadores como autores de estas últimas obras, dado que reconocían que el resultado de su trabajo constituían nuevas creaciones que gozaban de protección, atribuyéndose así a estos últimos la calidad de autores, con lo que ostentaban al igual que los autores originales, la propiedad sobre estas creaciones. Así lo determina Héctor Ayllón en su obra “El derecho de transformación de las obras del espíritu”.

El primer país donde se puede concebir una visión del derecho de transformación de una obra fue Francia, aunque no de manera directa, dado que lo hizo mediante el reconocimiento de las facultades morales que le otorga la potestad de traducción, que determina quién puede ser competente para traducir su obra, evitando la deformación de esta.

Por ello en un inicio se pretendía que el Convenio que contempla a la traducción, se la tomase como una obra protegida, siempre y cuando la traducción hubiera sido previamente autorizada, también contemplaban el hecho de que aquellas obras que habían sido distorsionadas o que incluyeran adaptaciones explotadas sin autorización (uso justo) fueran consideradas como plagio.

Sin embargo la legislación francesa en materia de propiedad intelectual, instituyó un nuevo concepto denominado “buena imitación” para amparar a las obras que resultaron de un acto de transformación, y en la misma medida determinaron el concepto de “mala imitación” para considerar a las obras que solo se las podía considerar un plagio y no encajaban con la corriente de “buena imitación”.

En el instrumento internacional del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el artículo 12 se estableció en exclusiva el derecho a la transformación: Derecho de adaptación, arreglo y otra transformación: “Los autores de obras literarias, científicas o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras”.

Así, desde un origen estrechamente vinculado a los actos de traducción y, en menor medida, a los arreglos musicales, el derecho de transformación ha evolucionado para contemplar las diversas adaptaciones de los formatos artísticos como las adaptaciones cinematográficas, para finalmente dar cabida a los múltiples supuestos de transformación que ofrece la actual tecnología digital.

#### **4.2.3 Características del derecho de transformación**

Según Marc Simón Altaba en su análisis del derecho de transformación en la Código de Propiedad Intelectual española determina cual es la característica más relevante del derecho de transformación.

En primera medida, indica la estrecha relación que existe con los derechos de reproducción, distribución y derechos de explotación. Por lo que deduce acertadamente que el primer elemento del derecho de transformación, es el de patrimonialidad, comprendida como obtener un beneficio económico de esta obra.

Por lo que el derecho de transformación como tal, su único fin no es el de la transformación o modificación de una determinada obra, sino que hay un asunto de trasfondo, que constituye no meramente el cambio de la obra sino más bien la facultad de poder o no explotar la nueva obra. De tal manera que esta nueva creación goce de los derechos singularizados.

Es importante tener en consideración a las obras derivadas, tales como adaptaciones cinematográficas, traducciones, arreglos musicales para bandas sonoras o compendios literarios, dado que inciden significativamente en el desarrollo de la economía global y digital, en ámbitos tan dinámicos como es el entretenimiento.

Debido a este gran impacto en el desarrollo de la economía que se está generando de manera palpable, es necesaria una regulación en relación al proceso de creación y sus consecuencias, todo parte desde el derecho de transformación, figura inexistente en la legislación ecuatoriana en materia de propiedad intelectual.

#### **4.2.4 Diferencia entre el derecho de transformación y el derecho de modificación.**

Para autores como Rodríguez Tapia, en su obra “Comentario al Autor de 5 de enero de 1988 del Juez de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca aplicando la nueva Ley de Propiedad Intelectual”, establece una diferencia entre una obra “transformada” y una obra “modificada”. La obra transformada es la que produce una alteración de los elementos sustanciales que sufren una modificación y termina convirtiéndose en una creación nueva e independiente de la inicial; mientras que en la obra modificada, se produce un cambio en los elementos estéticos de la obra que implican originalidad, si bien la nueva obra derivada surgida sigue compartiendo una identidad en lo esencial con la obra, es decir que aún guarda relación con su obra preexistente.

Por otro lado, Galacho Abolafio, describe en su libro “La obra derivada musical”, que no toda obra derivada procede de una transformación, si bien toda transformación generará una obra. Es decir, que toda obra que haya sido sometida,

bajo el derecho de transformación, con nuevos elementos como traducción, adaptaciones, entre otro tipo de arreglos a la obra primigenia se debe considerar como una obra derivada. Sin embargo otros autores consideran que esta definición se manifiesta en un sentido más amplio, dado que las obras preexistentes no sufren transformación alguna, en el entendido de que la transformación debe versar sobre el aspecto formal de la obra. Con ello se consigue entonces una reducción de los supuestos casos de transformación, lo que beneficiaría a brindar una mayor seguridad jurídica para el autor cedente del derecho, pues sólo quedarían permitidas una serie de actuaciones sobre la obra explotada.

Bajo la doctrina alemana existe una misma distinción, extrapolarlo a dos figuras de esta legislación: “*Bearbeitungen*” y “*Umgestaltungen*”

El “*Bearbeitungen*” es el propio acto de transformación, mientras que el “*Umgestaltungen*” constituye aquellas modificaciones consideradas como escasos aportes creativos que no dan como resultado una obra derivada. Un ejemplo para esclarecer la diferencia sería el siguiente: si se toma la melodía sin modificar (o sin cambios sustanciales) de una obra y se incorpora a otra obra, se habla de “*Umgestaltung*”, pero si se le realizan cambios relevantes pero todavía permanece reconocible, se da un acto de “*Bearbeitung*”. Del mismo modo es preciso matizar que no se considerará como aportación creativa la simple eliminación de partes de una obra, un simple cambio de tamaño etc. A la vez se diferencia del supuesto de “*Freie Benutzung*” (uso libre denominado en Alemania) en que en este caso, se da únicamente una inspiración en obra ajena, creándose una obra independiente y no una nueva versión de la ya existente.

Por tanto según Ulmer se puede deducir que “*Umgestaltung*” es el concepto inicial del que la ley parte, definido como una creación posterior dependiente que contiene elementos esenciales de la obra anterior, cuya interpretación la realiza en su producción, mientras que las “*Bearbeitungen*” serían entonces el caso más común de estas creaciones posteriores dependientes, las cuales se darían cuando hubiera una adaptación en una forma artística distinta,, haciendo accesible la obra a otro tipo de audiencia.

#### **4.2.5. Test de fair use**

El “uso justo” aparece por primera vez en la jurisprudencia estadounidense en 1841, con el caso “Folsom v. Marsh”. La disputa se centraba en dos biografías sobre la vida de George Washington. El primer libro era una recopilación de doce volúmenes de casi siete mil páginas, la cual contenía comentarios del propio protagonista. La obra demandada era mucho más corta, tenía el estilo de una autobiografía dirigida al mercado de las bibliotecas escolares y usaba cartas seleccionadas del personaje para ilustrar su vida. El tribunal, en este caso examinó el uso justificado de material original, lo que constituye la base para la doctrina del “uso justo”, considerando que “la cuestión de la piratería, a menudo depende de un buen equilibrio de la utilización comparativa realizada de los materiales en una y otra obra, la naturaleza, el alcance y el valor de los materiales utilizados, el objeto de cada obra y el grado de presunción de que cada escritor ha recurrido a las mismas fuentes comunes de información, o de haber ejercido la misma diligencia habitual en la selección y disposición del material”.

Hace más de cuarenta años el Congreso de los Estados Unidos incluyó en sus estatutos las regulaciones vinculadas al uso justo o legítimo de obras protegidas.

En 1976 el Congreso de Estados Unidos adopta la doctrina del *fair use* en el artículo 17 del Código de Estados Unidos, en la Sección 107, la cual se refiere a las limitaciones de los derechos exclusivos. Así se establecieron cuatro factores fundamentales para que se pueda determinar si el empleo de una obra intelectual ajena está amparado por esta doctrina.

Para su valoración, deberán tenerse en cuenta estos cuatro criterios denominados “*test del fair use*”, siendo los siguientes:

1. El propósito y carácter del uso, análisis que debe considerar si tal uso es de naturaleza comercial o con propósitos educativos sin ánimo de lucro.
2. La naturaleza de la obra protegida.
3. La proporción utilizada, en términos de cantidad y calidad, y en relación con la totalidad de la obra.
4. El efecto de su uso en mercados potenciales o en el valor de la obra protegida. (17 US Code §107. *Limitations and exclusive rights, Fair Use*. 1947, p.S.P).

Los cuatro primeros parámetros a evaluar se encuentran enunciados en el artículo 211 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, de la legislación ecuatoriana, el primer punto determina la finalidad de la obra; si la defensa del uso justo es con un objeto comercial o con propósitos sin fines de lucro, en este segundo caso se considera a lo académico, investigativo o

informativo. Así, sujetándose a uno de estos fines, hay mayor probabilidad que un contenido sea considerado uso justo si el objeto es sin fines de lucro; sin embargo cuando persiguen una finalidad comercial la Corte Suprema de Estados Unidos, indica que en estos casos se debe reconocer un componente transformativo sustancial en la nueva obra generada; he aquí la importancia de determinar qué es el derecho de transformación para evaluar este fin monetario.

El segundo criterio que determina si el contenido en disputa está amparado debidamente bajo el uso justo, y no considerarlo como una infracción por derechos de autor, es la naturaleza de la obra. Según el desarrollo de los criterios doctrinales de la Corte Suprema de Estados Unidos, estima que las obras con un tinte real como lo son las biografías, tienen una mayor probabilidad de ser reconocidas como uso justo, frente al empleo de obras de ficción, como por ejemplo novelas literarias.

El tercer criterio es la cantidad de la obra empleada, de igual manera tras un análisis minucioso basado en casos concretos y aplicables, el criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos, nuevamente expresa su opinión al respecto; determinando que cuanto menos tiempo se use una obra sujeta a derechos de autor, mayor probabilidad existe de que se reconozca como *fair use*. Pero no necesariamente tiene que ser así, se puede emplear un fragmento muy corto, pero que represente el corazón de la obra y no sea considerado como uso justo, es por ello la importancia en que las autoridades competentes deban debidamente valorar cuando un contenido está infringiendo los derechos de autor, o están frente a una correcta defensa de uso justo.

Adicional a lo manifestado, existe una técnica denominada “defensa de minimis”, que se aplica generalmente en los casos en que la cantidad del material empleado es ínfima, que el tribunal lo pasa por alto, sin realizar necesariamente un análisis del *test del fair use*. Aunque hay que tener presente, que no todos los casos son iguales así que los criterios son discrecionales y consecuentemente pueden variar.

El último factor que se considera en la doctrina del *test del fair use*, el efecto de su uso en mercados potenciales o en el valor de la obra protegida, en este caso lo que se intenta evitar es socavar un mercado nuevo o potencial del autor original de la obra en cuestión, y que el empleo del uso justo no sea un limitante para ello. Por ejemplo en el caso *Rogers vs Koons*, un artista empleó las fotografías sin autorización del fotógrafo original para realizar esculturas de madera, a lo que el fotógrafo en cuestión demandó por una posible infracción por derechos de autor, el artista afianzó su defensa en el uso justo, indicando que el fotógrafo no habría considerado hacer esculturas. Particular que los jueces estuvieron en desacuerdo, haciendo hincapié en que existía un mercado potencial en el que el propietario de los derechos de autor podría rendir un rédito. Sin embargo, hay que tener en consideración que cada caso es subjetivo; en un contexto similar *Patrick Cariou vs Richard Prince*, el artista Richard Prince, tomó de fotografía de Patrick Cariou, realizando unas “modificaciones” para exponerlas en una galería de arte, y obteniendo un beneficio económico de esta actividad. De igual manera, Prince se amparó en la doctrina de uso justo, aunque en primera instancia el fallo no fue favorable para él, en segunda instancia el tribunal le dio la razón al artista, determinando que en efecto su arte estaba enmarcado en el uso justo.

Por lo expuesto, se observa que el desarrollo doctrinal del *test de fair use* por parte de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos es un referente para establecer lineamientos para que las autoridades competentes puedan conocer y resolver sobre la figura del uso justo, de forma adecuada.

#### **4.2.6. Efecto de enfriamiento de la libertad de expresión, Chilling effects**

La Fundación Carisma protege los derechos humanos en internet, y reacciona a la firma del tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, conocido en México como T- MEC (Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá), denominado en Estados Unidos como USMCA (United States-Mexico- Canada Agreement) y en Canadá como CUSMA (Accord Canada-États-Unis-Mexique) en cual incluye obligaciones de protección de derechos de autor y Copyright, para incentivar en principio a los creadores de contenido en internet.

La firma de este tratado representa un grave peligro para la libertad de expresión y tiene los siguientes problemas:

Implementa el sistema de notificación y retirada cuya medida constituye una censura previa, que obliga a los intermediarios de internet, es decir las plataformas digitales como son las redes sociales, a retirar los contenidos cuando se presenta cualquier queja por derecho de autor.

El proceso es el siguiente: el contenido es retirado por el intermediario sin que medie prueba alguna, sin que participe una autoridad competente en el ámbito administrativo o judicial, que evalúe y garantice el debido proceso, vulnerando al mismo tiempo el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Ley de Derechos de Autor de la Era Digital, DMCA (Digital Millennium Copyright Act) es una ley controversial cuyo objetivo consiste en dar de baja contenido pirateado. Si existe contenido pirateado, se puede enviar una carta con formato DMCA (aviso de baja, expresando que ese contenido determinado viola los derechos de autor, y consecuentemente se requiere que se dé de baja, a lo que el operador que puede ser YouTube, Facebook o cualquiera de los medios digitales que monetiza, se debe “cerciorar” que este reclamo sea legítimo, bajo pena de perjurio y procede a dar de baja el contenido). En teoría debería funcionar, sin embargo en la práctica la aplicabilidad se entorpece.

Teóricamente tienen como objetivo la defensa de derechos de autor, pero en la práctica genera una serie de violaciones a derechos humanos muy graves.

Mediante el mecanismo de censura ya mencionado de notificación y retirada, una persona puede censurar un contenido, simplemente alegando que el mismo vulnera derechos de autor, sin necesidad de presentar pruebas, por lo que se vulnera el derecho a un debido proceso ante la autoridad competente y además este proveedor de servicio en línea (YouTube, Facebook, Twitch), está obligado a bajar o quitar el contenido reclamado, ordenando una remoción. Lo que acarrea la ausencia de un aviso previo, materializando en una censura y un perjuicio para la persona o empresa que deja de percibir un beneficio económico con su contenido. A todo este proceso se lo conoce como “Efecto de enfriamiento de la libertad de expresión”, Chilling effects, dado que tienen la oportunidad de presentar una defensa, posterior a lo ocurrido. Es decir, puede accionar su derecho a la defensa cuando sus derechos han sido vulnerados. En los tres países, dicho fenómeno se presenta diferente: en México: se notifica y retira el contenido; en Canadá: notifican por dos veces y

facultan la opción de retirar el contenido. Y en Estados Unidos, la situación es arbitraria, no hay una guía clara.

### **4.3. Marco Jurídico.**

#### **4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.**

Art. 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.” (...) (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.8). El artículo número uno de la Ley Suprema, establece que Ecuador está constituido bajo la normativa de un Estado que se rige principalmente por la Constitución, el mismo que determina características concretas por estar revestido de dicha denominación. Constituye un Estado basado en derechos enmarcados y amparados por la Constitución de la República del país, cuyo fin es garantizar la justicia. Por lo mismo estamos amparados por un Estado de Derecho, contrario a un Estado enemigo, donde se respetan las garantías y derechos básicos que otorga la norma suprema.

Art. 22.- “Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 15). El presente artículo determina un precedente constitucional en materia de propiedad intelectual, reconocimiento del derecho de todo individuo a desarrollar su creatividad, de acuerdo a su perspectiva, y con la certeza de que el contenido que genere será protegido por lo que la ley lo faculta, como derechos de autor, que a su vez contempla los derechos morales y patrimoniales que les corresponde por la materialización de su obra.

Art. 22.-“Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.15). De manera expresa se reconoce que las creaciones de las personas, deben gozar de un reconocimiento, que proteja sus facultades morales y sus derechos patrimoniales, como fruto de sus obras, por lo que las creaciones generadas a partir de la figura del uso justo, deben estar amparadas por esta este precepto manifiesto.

Art. 25.- “Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.16). El reconocimiento en un marco constitucional afianza el derecho que tienen todas las personas a beneficiarse de los avances científicos, que a su vez se aúnan con la tecnología, para alcanzar ese progreso, así como el hecho de adquirir esos saberes ancestrales que forman parte de la historia y cultura de un territorio, para que no queden en el olvido. En ambos casos, bajo ningún tipo de discriminación se puede impedir el acceso a dicho conocimiento, por ningún factor.

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a

recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.27).

Al día de hoy, el conocimiento se ha descentralizado, lo que constituye que ya no solamente las clases pudientes pueden tener acceso a esta información; sino que gracias a la era digital la senda del conocimiento no tiene barreras de entrada ni mucho menos límites. Por lo por aquellos que tengan la necesidad o curiosidad de surcar por el mundo del saber, puede ejercer su derecho colectivo a mantener, proteger y desarrollar el conocimiento, que puede ser de diversa naturaleza, como científico, aquel que aluda al área de la tecnología, lo concerniente a los saberes ancestrales, y aquel que aluden a un ámbito práctico como medicina ancestrales, a fin de promover un conocimiento que se encuentra al alcance de todos aquellos interesados.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas lo siguiente:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.
15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.
  
19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.
  
23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrán dirigir peticiones a nombre del pueblo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.29).

La igualdad ante la justicia no debe depender de ninguna clase de factor, que incide en una determinada decisión judicial. Por ejemplo, el hecho de optar por una de las posibles vías, judicial o administrativa, no es decisivo para encontrar un criterio lo más apegado a la justicia y al mismo tiempo esté apegado al derecho.

El derecho mencionado, es sin duda clave e importante, dado que la libertad de externalizar la forma en que se concibe un determinado pensamiento, no siempre es posible en todo momento, o en todo territorio, puesto que pueden incidir factores como un régimen contrario a lo democrático y generar un sistema poco flexible con sus ciudadanos.

La propia constitución contempla la posibilidad de enmarcar modalidades laborales, que en ocasiones ni siquiera el mundo fáctico y presencial ha podido regular explícitamente, dado que el mundo y la era digital avanzan a una

velocidad vertiginosa. Privando de cierta manera a desarrollar una actividad laboral, que consecuentemente genera una actividad económica, como el caso de las actividades remuneradas que se gestan en la red.

El numeral 17 del artículo 66 brinda la oportunidad de poder optar libremente por una modalidad o fuente laboral de la elección predilecta de los interesados. Lo que constituye que si libremente una persona decide trabajar en los medios digitales, dicha alternativa fue de su decisión, sin embargo no está contemplado tácitamente como una modalidad de trabajo en el Código de Trabajo de Ecuador, por lo que el empleado no cuenta con las suficientes garantías que debe tener un trabajador formal.

Tras lo suscitado por la pandemia, aunado a una falta de conocimiento de cómo emplear responsable y adecuadamente la información sensible y personal subida en la red, la protección de estos datos peligrará, así que no solamente basta con gozar de un derecho que nos ampare teóricamente sobre el carácter de protección del que está revestido, sino que debemos tomar medidas adicionales por cuenta propia, a fin de evitar exponernos innecesariamente y prevenir a tiempo ser víctima de delitos en el área virtual .

Las personas gozan del derecho a presentar su inconformidad sobre un determinado tema ante la autoridad competente. Además de ello, como consecuencia de la petición de reclamo previa, es un deber que se emita una respuesta debidamente motivada. La misma que se podrá recurrir de ser el caso.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.  
(Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.34).

En todo proceso en instancia judicial o administrativa la constitución garantiza derechos básicos para todo individuo que se someta a la justicia. Las mismas radican

en brindar las garantías mínimas del sujeto frente a la tutela judicial efectiva que se está formalizando y consecuentemente materializando. Por un lado la autoridad competente, en vía administrativa o judicial, será la encargada de dar cumplimiento a la normativa de la legislación ecuatoriana, en relación a los derechos constitucionales y la materia de interés en el caso concreto.

La presunción de inocencia, quizás es uno de los principios más extendidos y conocidos en la sociedad, sin embargo la misma se ha encargado del detrimento constante del mencionado principio legal, dado que sin contar, ni siquiera con los medios de prueba suficiente, ni mucho menos con una resolución en firme o sentencia, socialmente a través de los medios digitales tiendan a ciertas personas de haber cometido delitos, configurándose un fenómeno denominado “funa”.

El término surge en Chile, pero se popularizó en los últimos tiempos por el reconocido videojuego “*Among us*”, donde se emplea la palabra “funar” para acusar a alguien, cuyo objeto del juego es eliminar a un participante, que se presume puede ser el impostor del juego. Lo curioso es que, sin mayor criterio que las versiones del resto de jugadores, la decisión final radica en la opinión de la mayoría, condenando así y sin pretenderlo a un inocente en alguna de las partidas.

Al extrapolar el mencionado ejemplo, al área jurídica la “funa” constituye un acto público, por cualquier medio, generando un agravio, camuflado mediante una denuncia social (funa), contra un sujeto que ha presuntamente ha cometido una acción reprochable. Por ello es que esta popular práctica lesiona la presunción de inocencia, puesto que jurídicamente una persona solamente debería responder

ante la comisión de un delito, cuando existe una resolución en firme o una sentencia ejecutoriada.

Así mismo, en los medios digitales la presunción de inocencia, se ve seriamente afectada en casos de propiedad intelectual.

El “efecto de enfriamiento de la libertad de expresión”, *chilling effects*, es un fenómeno que se origina en internet en los casos legales sustentados en vía administrativa en los medios sociales, que constituye la “oportunidad” de presentar una defensa, posterior a que la retirada de un contenido de la autoría de la persona que contradice la queja, por el cual le retiraron el material.

El efecto que se genera mediante una determinada plataforma digital, como YouTube, Facebook, Twitch, Instagram etc., este fenómeno se gesta como consecuencia del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, (T- MEC) el cual incluye obligaciones de protección de derechos de autor y Copyright, para incentivar a los generadores de contenido. La firma de este tratado representa un grave peligro para la libertad de expresión y presenta los siguientes problemas:

Al implementar el sistema de notificación y retirada cuya medida constituye una censura previa, que obliga a los intermediarios de internet, es decir a las plataformas digitales como son las redes sociales a retirar los contenidos cuando se presenta cualquier queja por derecho de autor, se afecta consecuentemente el derecho a la defensa del generador de contenido de ese material, debido a que se violenta directamente el artículo 76 numeral 7 literal b, dado que no cuenta con el tiempo, menos para preparar su defensa, puesto que directamente es censurado. Este mecanismo de censura, en los tres países se configura de forma diferente:

en México se notifica y retira el contenido; en Canadá: se notifica por dos ocasiones y se facultan la opción de retirar el contenido.

El proceso es el siguiente: el contenido es retirado por el intermediario sin que medie prueba alguna, sin que participe una autoridad competente en el ámbito administrativo o judicial, que garantice el debido proceso lesionando una nueva garantía básica de acuerdo al artículo 76 de la Constitución y sus respectivas garantías.

DMCA (Digital Millennium Copyright Act) es una ley controversial cuyo objetivo consiste en dar de baja contenido pirateado. Es decir, si existe contenido pirateado, se puede enviar una carta con formato DMCA (aviso de baja, expresando que ese contenido determinado viola los derechos de autor, y consecuentemente se requiere que se dé de baja en la plataforma donde se presentó el reclamo, teóricamente se deben “cerciorar” que este reclamo sea legítimo, bajo pena de perjurio y procede a dar de baja el contenido. Por lo que se vulnera el derecho de la presunción de inocencia establecido en el numeral 2 del artículo 76, el numeral 4 en lo referente a “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, dado que se carece de la observancia del trámite pertinente, así como que se desconoce ciertamente si la autoridad administrativa encargada de cerciorar el reclamo pertinente, es competente para hacerlo y consecuentemente imponer un sanción.

Mediante el mecanismo de censura ya mencionado, de notificación y retirada, una persona puede censurar un contenido, simplemente alegando que el mismo vulnera derechos de autor, sin necesidad de presentar pruebas, sin que medie un debido

proceso, antes la autoridad competente y éste proveedor de servicio en línea (YouTube, Facebook, Twitch), está obligado a bajar o quitar el contenido reclamado, ordenando una remoción. Lo que acarrea la ausencia de un aviso previo, materializando en una censura y vulnera en definitiva en gran medida el artículo 76 y sus respectivas garantías, acordes al problema.

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.100).

La Constitución de la República de Ecuador reconoce el amparo a la propiedad intelectual, siendo una manera de proteger la materialización de las obras de los autores, que provienen del intelecto de sus creaciones, en todo tipo de disciplinas, tales como la ciencia, tecnología y los saberes ancestrales, en lo referente al derecho de conocimientos colectivos. Del mismo modo, establece el derecho del derecho de propiedad intelectual sobre aquellos recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

Art. 385.- El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: 1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos. 2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. 3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de

vida y contribuyan a la realización del buen vivir. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 117).

El derecho de propiedad intelectual reconoce el acceso y la protección al conocimiento referente a la ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, cuya finalidad es propiciar la difusión de dicha información, con el objeto de promover la producción nacional, lo que consecuentemente generará una mejor en la calidad de vida de las personas, con que será posible cumplir con el derecho del Sumak Kawsay que prevé la Ley Suprema.

Art. 386.- El sistema comprenderá programas, políticas, recursos, acciones, e incorporará a instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, institutos de investigación públicos y particulares, empresas públicas y privadas, organismos no gubernamentales y personas naturales o jurídicas, en tanto realizan actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales. El Estado, a través del organismo competente, coordinará el sistema, establecerá los objetivos y políticas, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, con la participación de los actores que lo conforman. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 117).

El ámbito del sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales están contemplados por programas, políticas, acciones, que al mismo tiempo incorporarán a instituciones del Estado, unidades educativas como universidad y escuelas politécnicas, que potencien y continúen con el desarrollo de conocimiento, de conformidad al Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo y a través de los organismos competentes que coordinan y rigen el sistema nacional.

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado: 1. Facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo. 2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al Sumak Kawsay. 3. Asegurar la difusión y el acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos, el usufructo de sus descubrimientos y hallazgos en el marco de lo establecido en la Constitución y la Ley. 4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales. 5. Reconocer la condición de investigador de acuerdo con la Ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.117).

El Estado ecuatoriano tiene como responsabilidad cumplir con lo que prevé el presente articulado, como cumplir con los objetivos del régimen de desarrollo, que de acuerdo al artículo 276 del mismo cuerpo legal, persigue mejorar la calidad y esperanza de vida de la gente, para lo cual construirá un sistema económico justo, democrático, productivo y sostenible, el cual se basará en una distribución igualitaria del beneficio del desarrollo, promoviendo el trabajo digno.

La información constituye poder, dado que las personas que tienen acceso y asimilan este conocimiento, tienen fundamentos sólidos para contribuir a la realización del buen vivir, que prevé el cuerpo constitucional del país. El incentivar el conocimiento en las diversas disciplinas como tecnología, ciencia y saberes ancestrales, garantiza un desarrollo en los diferentes ámbitos nacionales, importantes para incentivar o activar la economía nacional, relevante para el avance de un país.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.127).

La norma suprema de todo país es su Constitución, y Ecuador no es la excepción. El precedente judicial e histórico, que sentó las bases para considerar este principio judicial, fue a partir del caso Marbury vs Madison, donde el juez Marshall presidente del Tribunal de la Corte Suprema de Estados Unidos, como trasfondo del asunto judicial, establece la supremacía de la Constitución por encima de otros cuerpos legales, precepto histórico que ha perdurado a lo largo del tiempo, y continuará de la misma manera. Así mismo el artículo menciona, que las disposiciones, mediante actos del poder judicial, deberán estar acorde a la normativa constitucional, de lo contrario indica que no surtirá efecto legal.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la

norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.127).

Según la pirámide de Kelsen, aunado al principio de supremacía de la Constitución, esta se halla en la cúspide de la misma, determinando un orden jerárquico de la normativa vigente en Ecuador. La presente normativa sirve de base para que el poder judicial pueda preponderar y tomar una decisión sobre un caso judicial que se ventile bajo su conocimiento, y sobre el cual debe determinar una resolución o una sentencia, según sea el asunto de la materia. Es un punto clave, para dirimir conceptos legales, sin desmerecer otros puntos como la competencia de la Autoridad respectiva para conocer o no sobre una causa y consecuentemente resolver sobre la misma.

#### **4.3.2. Instrumentos Internacionales**

##### **4.3.2.1 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas**

El Derecho de transformación históricamente fue contemplado formalmente de manera internacional por primera vez en el Convenio de Berna (1886), que enmarca la protección de obras literarias y artísticas, cuyo tipo de obras para la época eran las más recurrentes. Su finalidad inicial, fue brindar el reconocimiento al derecho exclusivo del autor, sobre las traducciones de sus obras.

La versión vigente del Convenio, revisado en la ciudad de París (Francia) en fecha 24 de julio de 1971 y enmendado en 1979, con respecto al derecho de

transformación establece las siguientes disposiciones, quedando de la siguiente manera:

Artículo 12: Derecho de adaptación, arreglo y otra transformación: “Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras”. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1979, p.10). Del mismo modo, contemplado qué tipo de elementos contempla el derecho de transformación, los cuales se pueden considerar a la adaptación, arreglo o cualquier tipo de cambio, se necesitará que el autor de cualquier clase de obra, ejerciendo su derecho exclusivo a autorizar dicho cambio, puede optar y conceder la autorización respectiva para que sea modificada. Así mismo al mencionar “otra transformación” da pie a que ese determinado cambio no tenga límite, sin embargo como previamente debe ser necesariamente autorizado por el autor de la obra, ese límite es definido.

## Artículo 2.- Obras protegidas

### 3. Obras derivadas:

“Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística”. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1979, p.4). Las obras derivadas son el resultado del empleo o inspiración de una obra preexistente, cuando la obra original ha sufrido cambios tales como la traducción de la misma, adaptaciones y demás transformaciones que puedan generar una nueva obra, distinta a la primigenia. El presente artículo, mediante el derecho de transformación reconoce la protección a

esta nueva obra resultante, denominada obra derivada, la cual gozará de los derechos de autor que le correspondan. Tales como los derechos morales y patrimoniales, inherentes a esta figura.

Artículo 8.- Derecho de traducción: “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original”. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1979, p.8). En caso del elemento transformativo, traducción de una obra, para convertirse en una obra derivada, se requerirá necesariamente de la autorización previa de autor de la misma, el cual tiene a favor por ser autor de su obra, el derecho exclusivo a decidir de qué manera le gustaría que modificada, lo que constituye a quién le otorga el derecho de que traduzca a la misma.

Artículo 14.- Derechos cinematográficos y derechos conexos:

“Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar:

La adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas;

La representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.

La adaptación, bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas queda sometida, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica, a la

autorización de los autores de las obras originales. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1979, p.11).

Un matiz importante es que la enmienda del Convenio de Berna, se lo realizó en 1979, por lo que el hecho de que contemple a las adaptaciones cinematográficas era viable por aquel entonces, y aunque hoy en día los cines no hayan desaparecido, es evidente que debido a la pandemia, estos lugares no pueden ser concurridos con normalidad, por lo que ha generado un detrimento en sus ganancias. Lo que ha potenciado el crecimiento en nuevas industrias como plataformas *streaming*, como Netflix, HBO entre otras. Un ejemplo muy práctico, es la adaptación de la obra literaria “The Queen's Gambit” convertida en una mini serie de Netflix denominada “Gambito de Dama” en español, cuya acogida entre los espectadores no ha dejado indiferente a nadie.

#### **4.3.2.2 Declaración Universal de Derechos Humanos**

El derecho de las personas a la protección de sus obras artísticas, literarias y científicas conlleva el reconocimiento de sus intereses morales y patrimoniales en estándares internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 27: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p.65).

Al igual que la Constitución de la República del Ecuador, en estándares internacionales como es el presente cuerpo legal, determina el reconocimiento de los

derechos que se desprenden de los derechos de autor, como son las facultades morales y materiales (patrimoniales) por la creación de sus obras. Por ende aquellas creaciones generadas a partir del uso justo, de igual manera es pertinente que se les atribuya a los creadores la condición de autores, como los que ostentan los autores originales.

#### **4.3.3. Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación.**

Artículo 105.- Obras derivadas: Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria, se protegen como obras derivadas las adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, otras transformaciones de una obra en la medida en que la obra derivada sea original y que haya contado con la autorización del titular de los derechos sobre la obra originaria. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 25).

Las obras derivadas son producto de la transformación de una obra primigenia, cuyos elementos característicos en la legislación ecuatoriana es que previamente hayan contado con la autorización del autor original. Indica que tipo de transformaciones debe experimentar la obra en principio de forma explícita, aunque finalmente da apertura a que se puede tratar de cualquier tipo de cambio.

El Artículo 118 del Código de Ingenios, referente a los derechos morales, establece lo siguiente:

Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor:

- a. Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra;
- c. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,
- d. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, 2016, p.27).

De igual manera, el mencionado cuerpo legal indica que los derechos morales están revestidos de las siguientes características: irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, indicando con ello los derechos que generan con dicho reconocimiento solamente pertenecen al autor, y solo se extinguen con la muerte del mismo. Sin embargo el análisis se realizará con la confrontación de la figura del uso justo y su aplicabilidad.

- a. Conservar la obra inédita y divulgarla: La conservación como tal de la obra original producto de su intelecto le pertenece plenamente al autor, así como su difusión.
- b. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra; este literal destaca implícitamente las

características propias de los derechos morales que el mismo artículo menciona en un inicio, irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, por el matiz de que quien consagre a su favor los derechos patrimoniales producto de su obra terminada, esté en el derecho de reivindicar la paternidad en cualquier momento que considere oportuno. La potestad de efectivizar su derecho de ser el caso, no prescribe.

c. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,

La figura del uso justo es una limitación a las facultades morales que posee el autor, en este caso la transformación se puede llevar a cabo sin la previa autorización del autor, a fin de crear una nueva obra.

Artículo 120 derechos exclusivos.: Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra: 1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; 2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; 3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; 4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, de las personas mencionadas en el artículo 126 o la Ley; 5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y, 6. La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 27).

A los autores de sus obras se les concede los derechos de autor, que nacen en el mismo momento que la crean, es decir, que los derechos de autor son inherentes a la creación de la persona que generó y materializó esa idea. Al reconocer estos derechos de autor, a su vez se benefician de los derechos morales y patrimoniales, enmarcado en los derechos patrimoniales la facultad de ciertos derechos exclusivos que tiene el autor sobre su obra.

Artículo 122.- Reproducción de una obra: “Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p.27). El derecho de reproducción es el más antiguo de todos los que integran la rama de la propiedad intelectual, puesto que su origen se remonta a los decretos revolucionarios franceses de los años 1791 a 1793. La reproducción de la obra comprende los derechos exclusivos cuya facultad recae en el autor a decidir cuál será el medio idóneo de acuerdo a la naturaleza de la obra, para fijarla con la finalidad de que pueda ser percibida, consumida, en un determinado formato. La reproducción es un derecho previo a la realización de actos de explotación, como la distribución y la comunicación pública según la naturaleza de la obra.

Artículo 124.- Distribución de la obra: Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte material, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, arrendamiento o alquiler. Se entiende por arrendamiento la puesta a disposición del original o copias de una obra para su uso por tiempo limitado a cambio del pago de un canon o precio.

Quedan excluidas del concepto de alquiler, para los fines de este artículo, la puesta a disposición con fines de exposición y las que se realicen para consulta in situ. No se considerará que exista arrendamiento de una obra cuando ésta no sea el objeto esencial del contrato. Así, el autor de una obra arquitectónica u obra de arte aplicada no puede oponerse a que el propietario arriende la construcción o cosa que incorpora la obra. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 28).

El derecho de distribución comprende un acto de explotación de la obra, es decir, del cual se obtiene un beneficio económico. Dicho derecho se orienta a determinar la manera, mediante la cual el material será entregado al público y mediante el cual se obtendrá esa remuneración monetaria. Por ejemplo la distribución de un adaptación literaria a una obra audiovisual, mediante el derecho de transformación, en concreto el ejemplo que ya se mencionó con anterioridad, el caso de la obra literaria “The Queen's Gambit” que se adaptó como una miniserie de Netflix llamada, Gambito de Dama, la plataforma mencionada gozaría del derecho de reproducción, puesto es el medio fijado para que el derecho de distribución, mediante el la suscripción mensual del plan distribuye el contenido del material audiovisual. Aunque no hay que obviar que previamente se habían vendido o cedido los derechos de autor, en el ámbito patrimonial, que el autor de la obra literaria original dio su debido consentimiento.

Artículo 211.- Uso justo: No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a

los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte.

Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores: 1. Los objetivos y la naturaleza del uso; 2. La naturaleza de la obra; 3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso; 4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y, 5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 39).

El uso justo es una figura que supone la excepción de los derechos exclusivos, propios de los derechos patrimoniales, que se desprenden del reconocimiento de los derechos de autor, siendo estos derechos exclusivos el derecho a la reproducción, el derecho a la distribución entre otros.

Para lo cual se tendrá en consideración cinco parámetros a fin de determinar si un contenido se enmarca como uso justo:

1. Los objetivos y la naturaleza del uso: actualmente la legislación ecuatoriana solamente contempla el reconocimiento del uso justo cuando el contenido persigue una finalidad pedagógica, investigativa o informativa, dejando un objeto comercial; finalidad del presente trabajo investigativo en que sea tomado en consideración.

Si el propósito es académico, investigativo o informativo la posibilidad de que el material empleado sea reconocido bajo la doctrina del uso justo es más alta. Para que

se reconozca el uso justo en un material que persigue obtener un beneficio lucrativo, la Suprema Corte de Estados Unidos, indica que se debe reconocer un componente transformativo en la nueva obra generada. Y ese elemento transformativo, debe estar enmarcado en la legislación en materia de propiedad intelectual, para que no se genere un vacío legal, en evaluar qué se considera como elemento transformativo o qué no, y que constituya como una nueva obra derivada.

Del mismo modo resulta poco viable la justificación que si un contenido educativo, no debería considerarse bajo una modalidad de explotación, dado que internet nos brinda la oportunidad de aunar ambas cosas. Como es el caso de los divulgadores de contenido en sus respectivas áreas.

El segundo criterio evalúa la naturaleza de la obra. De tal forma si la obra o contenido en disputa pertenece a hechos de la vida real, tiene más consistencia que sea tomado como un uso justo, contrario a si tiene una naturaleza de ficción que las posibilidades se reducen, pero el resultado es valorativo de la autoridad competente.

El tercer criterio a valorar es la cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso; la falta de un desarrollo doctrinal incide en índice en que las autoridades competentes no tengan directrices por las cuales direccionarse, para aplicar la figura del uso justo. Por ejemplo, explicar en relación a qué se valora la medición del contenido protegido por derechos de autor que se emplee.

El cuarto, el efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; en este caso se refiere a si al emplear la doctrina del uso justo está limitando con ello al

autor de la obra original, a que pueda explorar un mercado que potencialmente le pueda beneficiar. Como el caso Rogers vs Koons, con anterioridad descrito.

Por último, en la legislación ecuatoriana se agrega un último peldaño, el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales, la autoridad competente debe analizar la cantidad de derechos fundamentales que la tercera persona que está empleando el contenido sin autorización, está enmarcando, es decir, mientras más derechos fundamentales se detecten a favor del nuevo creador, como el derecho a la libertad de expresión, a la educación, información etc., tiene mayor margen de que se determine como un justo.

Artículo 212.- Actos que no requieren autorización para su uso: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. En este sentido, los siguientes actos no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna:

1. La inclusión en una obra propia de fragmentos breves de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, de carácter plástico, fotográfico, figurativo o similares, siempre que se trate de obras ya divulgadas, que su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el

fin que se persiga, y siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, y que en ningún caso constituya una explotación encubierta de la obra. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas.

4. La reproducción, traducción, distribución y comunicación pública con fines informativos de artículos, comentarios, fotografías, ilustraciones y obras similares sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la reserva de derechos;
5. La reproducción, traducción y comunicación pública con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general;
6. La reproducción, adaptación, distribución y comunicación pública con fines informativos de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones periodísticas, difundidas por cualquier medio o procedimiento, siempre que se indique su origen;
13. La sátira, pastiche o parodia de una obra divulgada, siempre que se ajuste a la reglas de estos géneros, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor o del artista intérprete o ejecutante, según el caso. En ningún caso esta utilización podrá constituir una explotación encubierta de la obra.
18. La traducción o adaptación de una obra con fines académicos en el curso de las actividades de una institución de educación, sin la posibilidad de que tal traducción o adaptación puedan ser distribuidas posteriormente;

20. La utilización de obras de artes plásticas con fines exclusivamente de anunciar la exposición pública o venta de las mismas;
21. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones realizada con fines de difusión de la cultura, siempre que no se cobre la entrada o haya un beneficio económico directo a favor del organizador;
24. La referencia o enlace de sitios en línea, u otras actividades lícitas similares, así como la reproducción y almacenamiento necesarios para el proceso de funcionamiento de un motor de búsqueda de la Internet siempre y cuando esto no implique violación de contenidos protegidos;
28. La ejecución o comunicación pública de obras con fines educativos y no lucrativos. No podrán hacer uso de esta excepción: a. Las entidades privadas con fines de lucro no consideradas microempresas; b. Las entidades privadas sin fines de lucro que tengan vínculo con una entidad privada con fin de lucro; y, c. Las entidades sin fines de lucro extranjeras;

Se entiende que existe fin de lucro siempre que se genere un beneficio económico directo o indirecto para quien usa la obra o para un tercero que facilita el uso de la misma; en este caso se observarán las reglas generales sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros previstas en este Código. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 32).

El uso justo que se enmarca comúnmente va quedando en desuso, dado que ya no solamente se lo debe contemplar con una finalidad en el ámbito educativo, investigativo e informativo, puesto que internet permite la posibilidad de rentabilizar el propio contenido que generamos en los medios digitales. Por cuanto

no deberían considerarse ideas contrapuestas, la figura del uso justo en un área pedagógica que genere un beneficio económico. Si bien es cierto, para que la nueva obra esté contemplado bajo el uso justo, deberá contener breves fragmentos de la obra original, para que ese determinado contenido audiovisual no incumpla estas políticas mencionadas, sin embargo en el caso de que un divulgador social en su respectiva área esté comentando, con una finalidad educativa, resulta frustrante el empleo de fragmentos tan cortos, puesto que su labor y remuneración se ve afectado y es comprensible que no se arriesgue a utilizar más contenido del que está permitido, pero la falta de flexibilidad en empleo del contenido limita la experiencia del usuario que requiere de ese material audiovisual para aprender e incluso parcialmente coarta su libertad de expresión.

Otra de las características para considerar un contenido de terceros cobijado por la figura del uso justo es con un fin informativo, en este caso lo ejemplifica muy bien los medios de comunicación tradicionales, como la televisión al tomar un vídeo de un tercero que grabó el contenido o un incluso de otras cadenas de televisión internacionales, indican cual es la fuente de donde extraen la información. Hay que tomar en consideración que los medios de comunicación convencionales de una u otra manera generan un beneficio monetario con su desempeño, por cuanto al igual que los medios digitales también están explotando ese contenido de terceros. Por lo que la legislación debería necesariamente prever al uso justo y sus obras nuevas con una finalidad de explotación, como una nueva modalidad de explotación, del que se obtenga un beneficio, y no únicamente sin fines de lucro.

El Código de Ingenios ampara las parodias bajo la doctrina del uso justo, en el artículo 212 n° 13, reconociendo la connotación humorística presente en cada

creación que transforma la obra original con este fin; evidentemente queda bajo la sana crítica del juez evaluar si en realidad se trata solamente con fines jocosos, y no se intenta perjudicar a la obra o al autor. En el caso de Enchufe Tv contra Televisa, el canal ecuatoriano (Enchufe Tv) realizó un sketch de una parodia del Chavo del 8, al inicio del vídeo subido a la plataforma de YouTube aparece: “El siguiente tráiler/tributo es un homenaje a uno de nuestros referentes de comedia más grandes”, (segundo 00.05 del vídeo), lo que omitiría su intención de perjudicar a la creación genuina del autor. Muy por lo contrario es una muestra de admiración a Roberto Gómez Bolaños, más conocido como Chespirito por ser el creador y protagonista de la entrañable obra en disputa.

#### **4.3.4. Código Civil**

El artículo 601 del Código Civil señala que “las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se registrará por leyes especiales”. (Código Civil, 2005, p.67).

El Código Civil ecuatoriano al igual que los otros cuerpos legales mencionados, guarda un espacio y reconocimiento en materia de propiedad intelectual, haciendo alusión directamente a las leyes especiales que rigen esta rama, para ser más concretos, al referirse a la actual Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

#### **4.3.5. Código Orgánico Integral Penal**

Artículo 190.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos.- La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la

transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La misma sanción se impondrá si la infracción se comete con inutilización de sistemas de alarma o guarda, descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptados, utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia, o violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.32).

El delito de estafa a través de los medios digitales se ha popularizado exponencialmente en el último tiempo, puesto que el mundo digital fue lo que permitió que las personas siguieran conectados; al igual que los beneficios son evidentes, las desventajas también son notorias. Por lo cual se debe desarrollar una cultura de seguridad virtual que en muchos de los casos, es un factor poco relevante para el común denominador. En la medida de lo posible se reduciría el porcentaje del número de personas que podrían ser víctimas de esta popular práctica, denominada phishing. Es importante que el régimen penal contemple una sanción para este tipo de conductas delictivas desarrolladas en la esfera digital.

Artículo 234.- Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones. El presente artículo del Código Orgánico Integral Penal determina el acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones: La persona que sin autorización acceda en todo o en parte a un sistema informático o sistema telemático o de telecomunicaciones o se

mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho, para explotar ilegítimamente el acceso logrado, modificar un portal web, desviar o redireccionar de tráfico de datos o voz u ofrecer servicios que estos sistemas proveen a terceros, sin pagarlos a los proveedores de servicios legítimos, será sancionada con la pena privativa de la libertad de tres a cinco años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.37).

Al igual que el Código de Ingenios regula y protege las creaciones de nuevas obras y les otorga derechos legalmente reconocidos a los productores de las mismas, la normativa sancionadora el Código Orgánico Integral Penal, establecerá una condena punitiva en casos en que no se respeten estas medidas claramente establecidas en el Código de Ingenios. El acceso no consentido a uno de los sistemas informáticos, telemáticos o de telecomunicaciones, sin la autorización correspondiente, constituye en un delito sancionado con pena de libertad desde tres a cinco años. Las afecciones que podrían causar mientras las personas sin autorización están dentro de uno de los sistemas mencionados son: para explotar ilegítimamente el acceso logrado, modificar un portal web, desviar o redireccionar de tráfico de datos o voz u ofrecer servicios que estos sistemas proveen a terceros, sin pagarlos a los proveedores de servicios legítimos.

#### **4.4. Derecho comparado**

##### **4.4.1. Código de propiedad Intelectual de España**

El Código de Propiedad Intelectual de España a diferencia el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimiento, Creatividad e Innovación de Ecuador,

contempla el Derecho de Transformación en el artículo 21, que reza de la siguiente forma:

Artículo 21.- Transformación: 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. (...)

2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderá al autor de esta última. (Código de Propiedad Intelectual, 2015, p. 25).

En este caso en un inicio el artículo establece lo que se puede considerar como una obra con elementos transformativos de manera específica, aunque al final del numeral 1; da apertura a considerar como transformación a cualquier tipo de modificación sobre la obra original, adicional de los que ya están enlistados en el propio artículo. Lo que supone que no establece limitación de las nuevas obras que tienen o toman como referencia a otra preexistente. Señala que la nueva obra gozará de independencia y autonomía frente a su obra primigenia, por lo cual estará amparada por los derechos de autor y respectivamente por derechos morales y patrimoniales que se le reconoce bajo una corriente continental, por consiguiente está facultado para beneficiarse de la explotación de su creación.

En el marco de la Propiedad Intelectual, en la legislación ecuatoriana no existe un precepto legal que regule el derecho de transformación, para evaluar qué es lo que se toma en consideración como elemento transformativo que arroje como resultado una nueva obra, así mismo surgen otras incertidumbres, como por ejemplo en qué porcentaje se debe aplicar dichos elementos transformativos para ser considerada

como una nueva producción protegible. Por lo que la ausencia del derecho de transformación impide una correcta aplicabilidad de la figura del uso justo establecido en el artículo 211 y 212 *ibídem*, si se persigue una finalidad comercial. Ya que para considerar la naturaleza de la obra con fines comerciales, según el criterio de la Suprema Corte de Estados Unidos, se debe tener presente el valor añadido a la nueva obra. Estas nuevas obras que consisten en cambios como una traducción, adaptación etc., están debidamente establecidas en el caso de la legislación española. El resultado de estas nuevas creaciones se denomina obras derivadas.

El Código de Propiedad Intelectual en España, indica en el artículo 11 sobre las obras derivadas: sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:

1. ° Las traducciones y adaptaciones.
  2. ° Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
  3. ° Los compendios, resúmenes y extractos.
  4. ° Los arreglos musicales.
  5. ° Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.
- (Código de Propiedad Intelectual, 2015, p. 21).

El artículo 105 del Código de Ingenios de Ecuador también contempla las obras derivadas, en la misma medida que el Código de Propiedad Intelectual español, ambas legislaciones consideran a las adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos como obras

derivadas. Sin embargo la legislación española no establece tácitamente que las mismas necesiten autorización del autor, contrario al Código de Ingenios de Ecuador, que sí lo indica explícitamente. Por lo que el resultado proveniente de la nueva creación, mediante el empleo del derecho de transformación, amparado por la regla de los tres pasos, el uso justo o denominado *fair use*, en la legislación española se puede considerar a estas producciones como obras derivadas. Por cuanto se le puede y debe reconocer sus propios derechos, al ser considerada como una obra independiente de la anterior. Lo que doctrinariamente no se puede materializar en la legislación ecuatoriana, puesto que el empleo de la figura del uso justo, en una nueva creación, que no necesita el permiso del autor no se le podría reconocer al resultado de esta operación como obra derivada, ya que se matiza que necesita una autorización previa del autor, y por el contrario desnaturaliza de la figura del *fair use*, cuya esencia es el empleo de material de terceros sin dicha autorización.

En el caso de España, la figura del uso justo no se contempla directamente, para lo cual se determina “la regla de los tres pasos”, la misma que enmarca el Convenio de Berna.

Las obras nuevas que resulten de la aplicación del uso justo, conocido en España como “la regla de los tres pasos” pueden constituirse como obras derivadas, dado que al igual que la doctrina del *fair use*, no requiere de la autorización de la obra inicial. Además bajo el directriz del análisis de la Suprema Corte de Estados Unidos, si la naturaleza del empleo del contenido amparado por el uso justo es con una finalidad comercial, se debe evaluar un valor agregado de la nueva obra, el mismo que se configura mediante el derecho de transformación, que está debidamente establecido en la legislación española, en el artículo 11 del Código de Propiedad

Intelectual. Por lo que se manifiesta una estrecha relación y coexistencia entre el derecho de transformación y la figura del uso justo, constituida en España como la “regla de los tres pasos”.

#### Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada.

1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 (derecho de reproducción) que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley.
2. (...) no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:
  - a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.
  - b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.
  - c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.
3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

- a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.
- b) Las bases de datos electrónicas.
- c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99.

Así mismo la “regla de los tres pasos” en la legislación española que equivale a la figura del uso justo en Ecuador establece tres criterios de evaluación en referencia a este tipo de material. Dicha regla de tres pasos de igual manera está contemplada en el Convenio de Berna y sirve para establecer un control sobre los propios límites de los derechos de autor.

La aplicación de la “regla de los tres pasos” puede servir para reducir la rigidez en la interpretación de los límites del derecho de autor, lo que tiene relevancia para el derecho de transformación, si consideramos que la incorporación material de elementos protegibles a una nueva obra producirá una obra derivada.

Se evitaría entonces que los autores se vieran obligados a modificar o mutilar su propia obra, o directamente dejar de usar el fragmento deseado, ante la amenaza de un litigio costoso y paralizante para la futura explotación de su propia obra. Las excepciones no deben ser interpretadas restrictivamente, sino de acuerdo a su objetivo y sentido.

La regla de los tres pasos se rige bajo los siguientes parámetros:

1. Por “casos especiales”, se debe entender aquellos supuestos que presenten una justificación razonable (la investigación, la conversación, la libertad de información o crítica).
2. En segundo lugar, el daño a la explotación de la obra deberá ser de suficiente entidad. No toda actividad será perjudicial, por lo que será necesario tener en cuenta el mercado donde la obra está siendo explotada por el autor preexistente, considerando igualmente los mercados más probables para una futura explotación, en atención a las previsibles novedades tecnológicas.
3. Por último, el respeto a los intereses del autor (o titular del derecho) deberán entenderse más allá de la esfera moral, pero siempre deberán probarse legítimos, no pudiendo utilizarse el argumento para evitar críticas a la obra o un normal acceso a ella.

En la legislación española la regla de los tres pasos se determina, debido a que no existe una mención expresa de la posibilidad del empleo de obras ajenas. Lo más cercano a ello son las excepciones al derecho de autor tasadas de forma expresa en el artículo 31 de su Código de Propiedad Intelectual, lo mismo que sucede en Ecuador, determinando los casos limitados contemplados bajo la figura equivalente del uso justo, y evitando o limitando la discrecionalidad para que los tribunales decidan. Aunque bajo otra perspectiva se podría considerar que el hecho de que el listado de excepciones sea cerrado y no abierto, puede evitar una excesiva permisividad que vaya en detrimento de las facultades del autor. La aplicación de la regla de los tres pasos puede servir para mitigar la flexibilidad en la interpretación de los límites del derecho de autor, lo que se vuelve importante para el derecho de

transformación, si se analiza que el empleo de material de elementos protegibles a una nueva obra producirá una obra derivada.

Ecuador contempla la figura del uso justo en el Código de Ingenios en el artículo 211 de la siguiente manera:

No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores:

1. Los objetivos y la naturaleza del uso;
2. La naturaleza de la obra;
3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;
4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y,
5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 39).

El artículo 211 establece los parámetros bajo los cuales se analiza y determina el uso justo explícitamente en el Código de Ingenios, sin tomar como fuente la doctrina, lo que sí ocurre en la legislación española, que consideran la regla de los tres pasos que no está contemplada expresamente en su legislación, pero toman el criterio de un instrumento internacional, como es el Convenio de Berna, que contemplando la

jerarquía de las leyes, proyectada en la pirámide de Kelsen está por encima de una ley interna, correspondiente al Código de Propiedad Intelectual de España.

Artículo 212.- Actos que no requieren autorización para su uso: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. En este sentido, los siguientes actos no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna:

1. La inclusión en una obra propia de fragmentos breves de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, de carácter plástico, fotográfico, figurativo o similares, siempre que se trate de obras ya divulgadas, que su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin que se persiga, y siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, y que en ningún caso constituya una explotación encubierta de la obra. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas.
4. La reproducción, traducción, distribución y comunicación pública con fines informativos de artículos, comentarios, fotografías, ilustraciones y obras similares sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, siempre que se

mencione la fuente y el nombre del autor, si el original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la reserva de derechos;

13. La sátira, pastiche o parodia de una obra divulgada, siempre que se ajuste a la reglas de estos géneros, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor o del artista intérprete o ejecutante, según el caso. En ningún caso esta utilización podrá constituir una explotación encubierta de la obra
18. La traducción o adaptación de una obra con fines académicos en el curso de las actividades de una institución de educación, sin la posibilidad de que tal traducción o adaptación puedan ser distribuidas posteriormente;
20. La utilización de obras de artes plásticas con fines exclusivamente de anunciar la exposición pública o venta de las mismas;
21. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones realizada con fines de difusión de la cultura, siempre que no se cobre la entrada o haya un beneficio económico directo a favor del organizador;
28. La ejecución o comunicación pública de obras con fines educativos y no lucrativos. No podrán hacer uso de esta excepción: a. Las entidades privadas con fines de lucro no consideradas microempresas; b. Las entidades privadas sin fines de lucro que tengan vínculo con una entidad privada con fin de lucro; y, c. Las entidades sin fines de lucro extranjeras; (Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e Innovación, 2016, p. 39).

Al igual que el Código de Propiedad Intelectual español, en su artículo 31 determina las excepciones al derecho de autor, traducida como un alcance jurídico de la figura del uso justo, el Código de Ingenios establece expresamente treinta casos que se consideran que limitan las facultades del autor, tutelado por la doctrina del *fair use*. Este precepto en ambas legislaciones limita la discrepancia y discrecionalidad en el análisis de los jueces frente a un caso concreto, desnaturalizando la esencia del uso justo, puesto que tanto los parámetros de la regla de los tres pasos en España, y los cinco factores que indica el artículo 211 del Código de Ingenios de Ecuador, limita absolutamente el desarrollo de nuevas creaciones, puesto que es imposible prever todos los casos posibles de uso justo, dado que la tecnología y sociedad se desarrolla exponencialmente en relación al derecho positivo.

#### **4.4.2. Ley de Derechos de autor de Estados Unidos (*Copyright Law of the United States*)**

En países como Estados Unidos, bajo el sistema de Copyright por el cual se manejan, se reconoce explícitamente el derecho exclusivo de transformación. El derecho del autor a traducir o dramatizar sus obras está en el artículo § 86 de la Ley de Derechos de autor de Estados Unidos. El derecho a la transformación debe requerir la autorización de la obra existente, sin embargo la era digital, ha hecho que se emplea gran cantidad de contenido virtual, sin la debida autorización y se ha implementado las modificaciones que el generador de la nueva obra ha considerado necesarias. (Copyright Law of the United States, 1988, p.19).

Por lo cual no todo material generado bajo estas circunstancias debería ser infraccionado, sino más bien flexibilizar el derecho de transformación a las exigencias que está demandado actualmente.

En el derecho de propiedad intelectual norteamericano, define a la obra derivada (*derivative work*) en el artículo 101 (USC) del Código de los Estados Unidos, como objeto de la transformación que consiste en: una obra basada en uno o más obras preexistentes, tales como una traducción, un arreglo musical, una dramatización, una ficción, una versión cinematográfica, una grabación sonora, una reproducción artística, un resumen, compendio, o cualquier otra forma en la cual una obra pudiera ser remodelada, transformada o adaptada. Una obra consistente en revisiones editoriales, anotaciones, elaboraciones u otras modificaciones, las cuales en conjunto representan una obra de autor original que constituye una obra derivada. (Copyright Law of the United States, 1988, p.22).

Al igual que la figura de obras derivadas en Ecuador, consideran como tales aquellas obras originales que han experimentado un elemento transformativo, tal como una traducción, resumen, compendio, aunque al final menciona y hace referencia, que se considerará como obra derivada a toda forma pudiera ser remodelada, sin embargo una diferencia visible con la legislación ecuatoriana es que contemplan en su articulado otros elementos transformativos de manera explícita, que en las obras derivadas de Ecuador no se contemplan en principio. Orientadas al ámbito musical y cinematográfico, esta premisa se puede deber a la ingesta considerable de oferta y demanda en estas grandes industrias que tiene Estados Unidos en comparación con la nación ecuatoriana.

La doctrina del *fair use*, denominada y traducida al español como el uso justo entre está contemplada en la sección 107 de la Ley del Derecho de Autor, título 17 del Código Legal de los Estados Unidos.

Sin perjuicio de las disposiciones de las secciones 106 y 107, el uso justo de un trabajo protegido por derechos de autor, incluido el uso por reproducción en copias o registros telefónicos o por cualquier otro medio especificado en esa sección, con fines tales como críticas, comentarios, informes de noticias, enseñanza (incluidas varias copias para uso en el aula), la beca o investigación no es una infracción de los derechos de autor. En la determinación si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo los factores para ser considerado incluirá:

1. El propósito y carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro;
2. La clase del derecho de autor de la obra;
3. La cantidad y consistencia de la porción utilizada en relación con el derecho de autor de la obra en su totalidad; y
4. El efecto de su uso sobre el mercado potencial o valor del derecho del autor de la obra. (Copyright Law of the United States, 1988, p.39).

Este análisis doctrinario realizado por la Suprema Corte de Estados Unidos, permite evaluar cuando una producción, obra o material está amparado por el *fair use*, cuya valoración obedece al análisis de cada caso de forma individualizada. El primer punto: el propósito y carácter de uso, determina con qué finalidad se está empleando el *fair use*, en la utilización de un contenido. Cuando el propósito es sin fines de lucro, como lo informativo, investigativo y formativo; y con un objeto comercial, para lo cual debe existir una transformación sustancial de la nueva obra.

Al igual que Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación también establece los cuatro primeros criterios para determinar si un caso está o no legitimado por la figura de uso justo, conocida en Estados Unidos como la Doctrina *fair use*. Así mismo es importante mencionar que los cuatro criterios mencionados, aunque su redacción no es idéntica en la legislación ecuatoriana y estadounidense, cada una de manera respectiva converge en la misma idea. Del mismo modo, es preciso destacar que los cuatro primeros criterios que tienen en común ambas legislaciones, están contempladas en las políticas de uso justo de la plataforma digital, YouTube.

La figura del uso justo concebido en Ecuador se diferencia de la mencionada legislación anglosajona en los siguientes puntos:

1. En el Código de Ingenios se contemplan cinco puntos a evaluar, siendo este último direccionado a fin de que los jueces o autoridades competentes evalúen la legitimidad o no del uso no autorizado de una obra en relación a los derechos fundamentales, conjuntamente que pueden estar lesionado en relación a la cantidad de derechos fundamentales que el tercero sin autorización está usando. Cuyo precepto no está contemplado en la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos.
2. Por otro lado, de manera genérica la Ley de Derechos de Autor, de Estados Unidos, indica que se puede considerar efectivamente uso justo, sin embargo en Ecuador se determina una lista expresa de treinta casos que se contemplan amparados por la presente figura. Limitando de tal manera futuras creaciones que puedan estar sujetas a los determinados criterios, pero no calcen con los casos

preestablecidos. Contrario a Estados Unidos, que da pie a que cada caso sea evaluado individualmente, a fin de una correcta aplicabilidad de la naturaleza de la doctrina del *fair use*.

Con ello se concluye que la legislación norteamericana no ofrece un catálogo de usos justos, sino un criterio para legitimación de la esta figura. Dejándolo a criterio de los jueces. Lo que les permitirá el análisis caso por caso, tomando en consideración los factores e intereses que deben equilibrarse en concreto. Por lo que se deduce que la doctrina del *fair use* bajo un sistema anglosajón tiene una mayor flexibilidad frente al uso justo de una corriente continental, como lo es la legislación ecuatoriana.

#### **4.4.3. Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania**

La Ley de derechos de autor y publicación de Alemania, (*Urheber-und Verlagsrecht - UrhG*), considera lo siguiente sobre el derecho de transformación: § 23 UrhG.- Derecho de transformación (*Bearbeitungen*): “Las traducciones y otras transformaciones que sean creaciones intelectuales personales del que transforman, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra transformada, obras protegidas de forma independiente”. (Ley de derechos de autor y publicación de Alemania, 1965, p.16). La transformación que experimenta la nueva obra, la reviste de matiz de independencia sobre la obra original, otorgando un derecho de autor autónomo e individualizado, lo que consecuentemente da como resultado el carácter de obra protegible.

De la comparación entre las legislaciones mencionadas con su respectivas normativas en materia de propiedad intelectual, se obtiene que el derecho de

transformación aunque este conceptualizado con puntos en los que convergen, y también otros en los que dirimen, se considera que el derecho de transformación para la creación de una nueva obra, pende de la autorización que otorgue el creador original sobre las modificaciones, forma de reproducción o distribución de la nueva creación; sin embargo el punto más relevante es que el derecho de transformación no versa en sí sobre la concesión de la autorización la transformación de la obra en cuestión, sino más bien en la explotación de esta. Por lo que el derecho de transformación más allá de tratarse de una regla que configure el alcance de protección de un contenido, su eje principal es el derecho de explotación, es decir, los beneficios económicos que se originan por ello.

El uso justo en Alemania es traducido como “uso libre” (*freie Benutzung*). En la Ley de derechos de autor y publicación de Alemania, se lo contempla así: § 24 UrhG.- Uso libre (*freie Benutzung*).- “Una obra independiente creada por el uso libre de la obra de otra persona puede ser publicada o explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada”. Se observa que el artículo contiene la excepción del uso de obras musicales preexistentes: El párrafo (1) “no se aplicará al uso de una obra musical en la que una melodía sea reconocible tomado de la obra y se utiliza como la base para un nuevo trabajo”. (Ley de derechos de autor y publicación de Alemania, 1965, p.16).

En primera medida, en Ecuador se denomina a la figura como uso justo en el Código de Ingenios, y en la legislación alemana se determina como “uso libre” en su Ley de Derechos de autor, esta figura bajo la legislación alemana se puede matizar bajo las siguientes características: 1. Una creación independiente; 2. Puede

ser publicada; 3. Explotada. Todo ello sin el consentimiento del autor de la obra que se emplea.

Tanto en el Código de Ingenios de Ecuador, como en la Ley de Derechos de autor de Alemania, respetan y contemplan en sus artículos respectivos la naturaleza de la doctrina del *fair use*. Las diferencias entre ambas legislaciones se contemplan así:

La legislación alemana, reconoce expresamente la facultad de explotar las obras amparadas por el “uso libre”, lo que abiertamente el Código de Ingenios limita la facultad de que exista un fin de lucro como finalidad de la creación de estas obras, puesto que el material empleado bajo el uso justo en Ecuador, debe necesariamente orientarse con fines de investigación, de información y en un ámbito pedagógico; cuyos parámetros deberán estar enmarcados en uno de los treinta casos que prevé el artículo 212 del Código de Ingenios.

Por otro lado Alemania no faculta un listado de casos que pueden o no considerarse amparados por el uso libre, lo que sí sucede en Ecuador, por lo que gesta un mayor grado de creatividad a los creadores de nuevas obras, no limitando o ajustando sus resultados a determinadas pautas, para que puedan ver sus obras protegidas.

En cambio, en el uso libre se pierde esta conexión y se presenta una nueva obra con un contenido esencialmente nuevo e independiente.

Por cuanto se puede concluir que en la legislación alemana se reconoce expresamente el derecho a explotar la obra transformada, cuando cumpla los parámetros de que ambas obras sean notoriamente diferenciables, dando la facultad de que los generadores de las nuevas obras, se puedan beneficiar de su trabajo y al mismo tiempo proteger el mismo.

## 5. MATERIALES Y MÉTODOS

### 5.1. Materiales Utilizados.

Los materiales que empleé en el desarrollo del presente trabajo de investigación, que me permitieron conducir la tesis de grado afianzándome en fuentes bibliográficas son las siguientes:

Obras, Leyes, Manuales, Diccionarios, Ensayos, Revistas Jurídicas, obras Científicas y Páginas web que atañen al ámbito legal, debidamente citadas de conformidad con las normas APA.

Entre otros materiales se encuentran:

Computadora, teléfono celular, retroproyector, cuaderno de apuntes, conexión a internet, impresora, hojas de papel bond, fotocopias, anillados, impresión de los borradores de tesis y empastados de la misma, obras entre otros elementos.

### 5.2. Métodos

En el proceso de investigación Socio – Jurídico, se aplicó los siguientes métodos:

**Método Científico:** es una metodología cuya finalidad es la obtención de nuevos conocimientos en lo concerniente a un tema o una problemática a la cual se pretende brindar una solución; en mi investigación este método fue aplicado en la lectura analítica de obras jurídicas científicas, para la elaboración del Marco Conceptual y del Marco Doctrinario debidamente citados.

**Método Inductivo:** Bajo este método, establecí las premisas de los elementos destacables de mi tema de tesis, para establecer en retrospectiva la evolución histórica del derecho de transformación, en materia de propiedad intelectual, partiendo desde una concepción histórica y desde una perspectiva internacional, para indicar las diferentes concepciones entre los países, para observar la manera en que se aplica dicha figura, puesto que mi fin es plantear una la reforma al Código de Ingenio, para implementar el derecho de transformación, en el amparo de una correcta aplicación de la figura del uso junto. El referido método lo usé para estructurar el marco de literatura.

**Método Deductivo:** Este método tiene el matiz característico que se origina desde una visión o premisa generalista que lo conduce a una premisa concreta o particular, lo apliqué en la investigación de la tesis al enmarcar el desarrollo histórico y jurídico del derecho de transformación, desde tratados internacionales hasta concepciones legales de países particulares. Así como establecer cuáles son las características que revisten a esta figura, para barajar la posibilidad de contemplar la implementación del derecho de transformación en la legislación ecuatoriana. El método fue aplicado en la Revisión de Literatura.

**Método Analítico:** Utilizado al momento de realizar el análisis de cada uno de los conceptos que abordé en el Marco Teórico, posterior a la cita del autor, realicé el respectivo comentario, de igual manera lo apliqué en los resultados de las encuestas y entrevistas.

**Método Exegético:** este método fue aplicado al momento de analizar las normas jurídicas utilizadas para la fundamentación legal de mi trabajo de investigación,

siendo las siguientes: la Constitución de la República del Ecuador, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artística, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código de Ingenio); Código Orgánico Integral Penal y Código Civil.

**Método Hermenéutico:** Este método tiene como objeto interpretar textos jurídicos para brindar una mayor comprensión del mismo, este lo aplique de forma particular en la interpretación de las normas jurídicas, desarrollado del Marco Jurídico, en que se procede a realizar la interpretación de las leyes ecuatorianas en materia de propiedad intelectual, mediante el Código de Ingenios.

**Método Mayéutica:** este método que proviene del filósofo Sócrates, consiste en plantear una serie de interrogantes a fin de que sea la persona, el que genera las ideas sobre un tema, es decir, la obtención de información, Este método particularmente se aplicó en las encuestas y entrevistas para la obtención de información necesaria para la investigación.

**Método Comparativo:** Este Método fue utilizado en mi trabajo de investigación en el desarrollo del Derecho Comparado, en que se cotejó la manera en cómo se aplica el derecho de transformación, el uso justo y el resultado de ambas en la Ley de Propiedad Intelectual de España, Ley de Derechos de autor de Estados Unidos y La Ley de Derecho de autor en Alemania; de los cuales se obtuvo semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos mencionados.

**Método Estadístico:** Este método se empleó en la determinación de los datos obtenidos de las técnicas de entrevistas y encuestas. Los cuales pueden ser

cuantitativos y cualitativos, la tabulación de los resultados se miden en cuadros estadísticos o gráficos que los indiquen.

**Método Sintético:** trata de resumir una temática amplia, y reducir sus ideas a las partes más relevantes del tema o problemática jurídica. El presente método se aplica a lo largo de la estructuración de la tesis, mediante el parafraseo de ideas en el Marco Doctrinario, o al momento de emitir un comentario como parte de nuestra perspectivas sobre el tema.

**Método Histórico:** concretamente el presente método es usado al momento de analizar cómo han evolucionado a través del tiempo las figuras que conforman mi tema, principalmente lo enfoqué en la reseña histórica de los derechos de autor y la reseña histórica del derecho de transformación, que se aborda en el Marco Doctrinario.

### **5.3. Técnicas.**

**Encuesta:** Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Desarrollado al momento de aplicar las 50 encuestas a los ciudadanos y abogados en libre ejercicio que tienen conocimiento sobre la problemática planteada.

**Entrevista:** Consiste en un diálogo flexible entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos determinados y relevantes sobre de la problemática de estudio de mi tesis, se aplicó a 5 profesionales especializados y conocedores de la problemática.

#### **5.4. Observación Documental.**

A través de la observación documental se realizó el estudio de casos que se han presentado en la sociedad en lo que concierne a la figura de uso justo, en materia de propiedad intelectual en el Ecuador.

De los resultados de la investigación expuestos en las tablas, gráficos y en forma discursiva con deducciones, con sus correspondientes interpretaciones de las cuales se derivan su análisis de los criterios y datos específicos, que tienen la finalidad de estructurar la revisión de literatura, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para originar a las respectivas conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución de la problemática planteada.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de las Encuestas

La presente técnica de encuesta fue aplicada a una muestra de 30 profesionales del derecho de la ciudad de Loja y Quito, a través de un cuestionario de cinco preguntas, resultado que a continuación se procede a detallar:

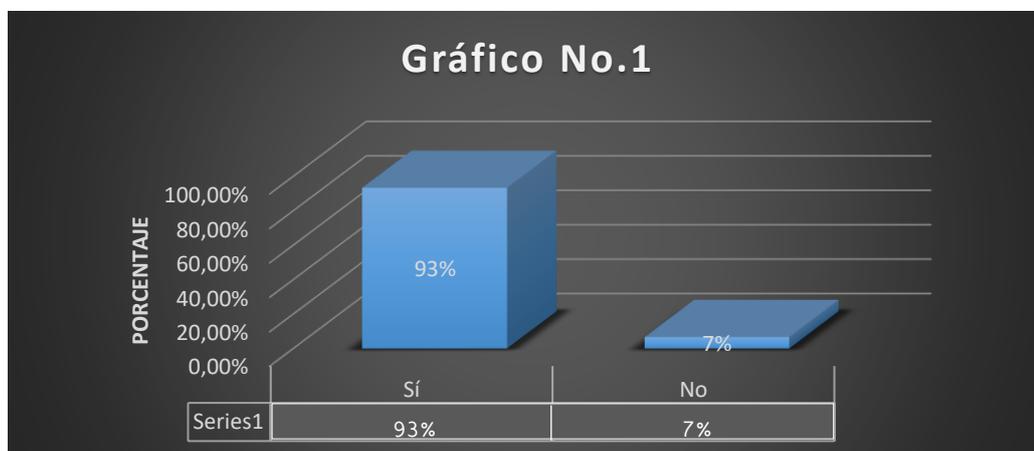
**Primera pregunta:** ¿Está de acuerdo usted, que se vulneran garantías constitucionales concernientes al debido proceso en las plataformas digitales, cuando emplean la figura del uso justo?

**Cuadro Estadístico No 1**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Sí	28	93%
No	2	7%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Loja y Quito  
**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

### Representación Gráfica



## **Interpretación**

En la presente pregunta de los 30 encuestados, 28 profesionales que representan el 93% respondieron que sí existe vulneración de derechos constitucionales en vía digital en general. Por lo que consideran oportuno implementar el derecho de transformación para una mejor interpretación y aplicación de la figura del uso justo en vía judicial en la legislación ecuatoriana. Gestando un criterio uniforme entre lo que se puede considerar o no como elemento transformativo de una obra, en relación a la naturaleza de la misma. Mientras que las dos personas que corresponden al 7% señalan que no, porque el uso justo es una figura complicada de aplicar, y la normativa vigente, en el régimen de Propiedad Intelectual en Ecuador es la adecuada; así como el otro criterio indica que no es necesario una normativa sólida en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, por el desuso de la figura en la legislación ecuatoriana, por ende constituye letra muerta.

## **Análisis**

Respecto a la presente pregunta, comparto la opinión de la mayoría de los encuestados, en general las plataformas digitales vulneran derechos constitucionales como los son el debido proceso, el derecho a la defensa, produciendo con ello el efecto de enfriamiento a la libertad de expresión, y aún más susceptible de que se produzcan estas vulneración a estos y otros derechos, con respecto a cada caso, cuando los creadores de contenido se amparan en el fair use o uso justo; que una figura mucho más controvertida. Los encuestados son conscientes que al estar imposibilitados de realizar reformas en las plataformas digitales, se orientan a plantear un cambio en la normativa ecuatoriana, estableciendo el amparo y solidez de

la figura del uso justo en vía administrativa presencial, que sería la SENADI o vía judicial, independientes de la esfera digital. Para lo cual expresan estar a favor con la incorporación del derecho de transformación en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para que la mencionada figura tenga forma y un mayor grado de aplicabilidad, garantizando que los generadores de contenido tengan una vía más controlable y apegada a la constitución que respete sus derechos como ciudadanos.

Por el contrario, estoy en desacuerdo con la minoría que manifestó que no es necesario la implementación del derecho de transformación, complementaria a la figura de uso justo, puesto que la falta de aplicación de la misma en el ámbito práctico se debe a la falta de normativa sólida que imposibilita que aplique la figura de uso justo. Lo cual considero que el mismo desuso de la figura, se corresponde a la ausencia de normativa pertinente que hace que no sea puesta en consideración.

**Segunda pregunta:** ¿Considera que el uso justo se aplica en la misma medida, si está en consideración de un juez en vía judicial, que si queda un caso a colación en vía administrativa de los medios digitales?

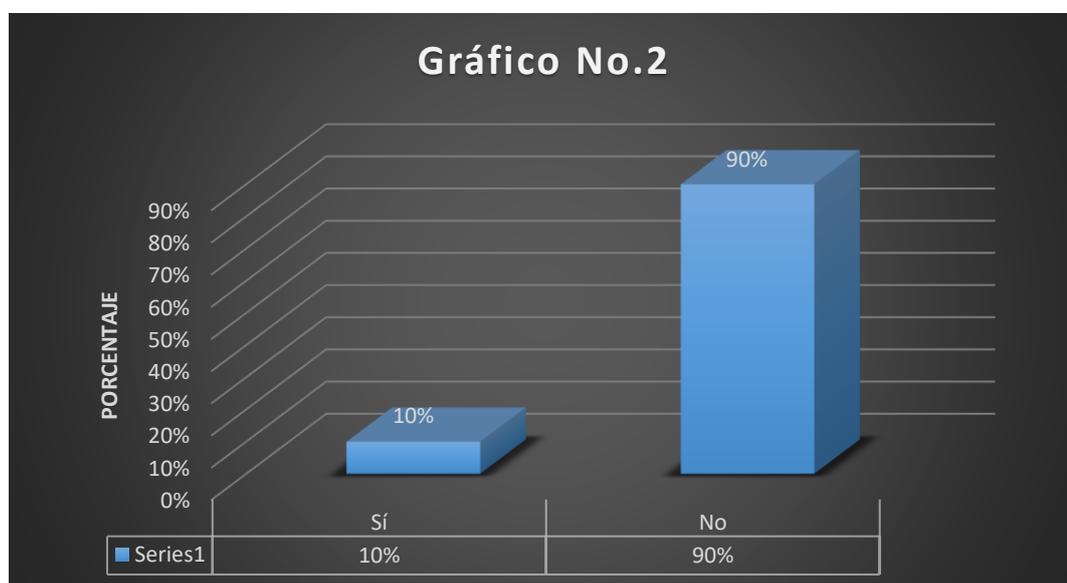
**Cuadro Estadístico No 2**

<b>Indicadores</b>	<b>Variables</b>	<b>Porcentaje</b>
Sí	3	10%
No	27	90%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Loja y Quito

**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

## Representación Gráfica



### Interpretación

En la presente pregunta de los 30 encuestados, 3 profesionales que representan el 10% respondieron que sí, dado que bajo sus respectivos criterios consideran que en vía judicial y en vía administrativa en un marco presencial no existe distinción o vulneración de derechos entre ambas vías, lo cual debería aplicarse de la misma forma en un espectro digital. Los criterios continúan en la misma senda, consideran que no se vulnera de forma absoluta el debido proceso, dado que la persona puede ejercer su derecho a la defensa y recurrir la decisión de la plataforma en cuestión, a través del mismo medio; aunque las mismas personas que vertieron este criterio tienen presente que el ejercicio a la defensa se realiza con efecto de tardío para manifestar su libertad de expresión (*chilling effect*). Mientras que 27 personas que corresponden al 90% señalan que no, pues evidencian una notable vulneración de derechos elementales, como el derecho al debido proceso, que consecuentemente desencadena una lesión a otros derechos derivados como lo es la presentación de

una defensa oportuna, una desigualdad de armas procesales, el que no se medie prueba alguna para interponer una reclamación sobre si ese contenido infringe o no los derechos de autor de terceras personas; así como la autoridad para conocer y resolver este contenido no tiene la competencia para dar de baja un contenido, el mismo que solo debería ser posible hacerlo con una orden judicial.

### **Análisis**

Respecto a esta pregunta, comparto la opinión del más del cincuenta por ciento de los encuestados, al no estar de acuerdo que en las respectivas vías administrativas y en una esfera judicial, un caso de fair use o uso justo, no se sustenta ni sustentaría de la misma forma. En primer lugar por la evidente vulneración de derechos humanos y procesales, tales como al debido proceso. La Constitución de la República del Ecuador indica en que todo proceso en el que se garantice derechos y obligaciones, asegurará el derecho al debido proceso, que su vez garantizará el derecho a la defensa, *“nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”*. (Art. 76.7.a. CRE); el derecho a contar *“con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”*. (Art. 76.7.b. CRE); a *“ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”* (Art. 76.7.c. CRE); así como *“presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”* (Art. 76.7.h. CRE); lo que consecuentemente vulnera al mismo tiempo el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 75 CRE) así como a la seguridad jurídica (Art. 82 CRE). Además de todas las vulneraciones mencionadas, las personas o los algoritmos que conocen y resuelven los casos no tienen la competencia para dar de baja un contenido, sin que medie

orden judicial. Lo que no sucede en las plataformas digitales en sede administrativa. Por otro lado no estoy de acuerdo con los encuestados restante, los mismos que manifestaron que están equiparadas la vía administrativa en los medios digitales, y la vía administrativa de forma presencial, lo cual justifico mi desacuerdo en el incumplimiento de la normativa constitucional básica es evidente, al lesionar directamente derechos al debido proceso y demás derecho up supra, que rebaten su conclusión.

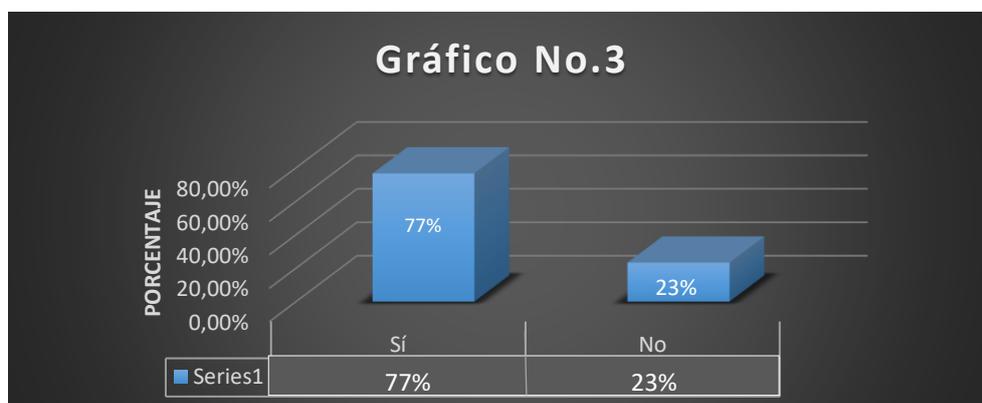
**Tercera pregunta:** ¿Considera que en vía administrativa en las plataformas digitales se vulneran garantías básicas del derecho, como el debido proceso de los generadores de contenido digitales?

**Cuadro Estadístico No. 3**

Indicadores	Variables	Porcentaje
Sí	23	77%
No	7	23%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Loja y Quito  
**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

**Representación Gráfica**



## **Interpretación**

En la presente pregunta del muestreo a 30 profesionales, 23 personas que representan el 77% respondieron que sí, dado que consideran que hay una evidente vulneración a garantías constitucionales básicas como el debido proceso. Lo que consecuentemente a su vez enmarca otras garantías o derechos fundamentales, contemplados de la misma manera en la Carta Suprema, como el derecho a una defensa oportuna, puesto que al vulnerarla de la misma manera no se determina un tiempo oportuno para que la parte afectada (al presunto infractor) no cuenta con el tiempo necesario para preparar su defensa técnica, o reunir los medios probatorios necesarios que harán posible efectivizar su derecho a contradecir y poder ejercer su defensa. Mientras que 7 personas que representan el 23% del resto de los encuestados no consideran que exista una vulneración al debido proceso en una vía administrativa en los medios digitales, ya sea por un desconocimiento expreso en algunos casos, así como que aceptar las políticas de uso y condiciones de este tipo de plataformas, las personas quedan sujetas a cualquier tipo de medidas que tomen al respecto, omitiendo con ello su derecho a recurrir a una determinada decisión.

## **Análisis**

Respecto a esta pregunta, comparto la opinión de la mayoría de los encuestados que claramente evidencian la vulneración del derecho al debido proceso, determinado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Del mismo cuerpo legal, el Art. 76.7.a. establece que *“nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”*. Lo cual genera al mismo tiempo la indefensión a la tutela judicial efectiva, indicada en el art. 75 de la CRE; el derecho a *“contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su*

*defensa*”, Art. 76.7.b. *ibidem*; “*presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*”, Art. 76.7.h. de la Constitución de la República del Ecuador. Todos estos artículos mencionados son violentados con recurrencia en los medios digitales, en sede administrativa. Generando de esta manera una lesión directa a la seguridad jurídica, establecida en el artículo 82 de la norma suprema. Por otro lado no estoy de acuerdo con la minoría de los encuestados, los cuales manifestaron que no existe una vulneración al debido proceso, en la presente tesitura jurídica, sin embargo su justificación no es totalmente sólida, puesto que se basan en el desconocimiento de dicha circunstancia en la era digital, así como que al aceptar los términos y condiciones de estas plataformas se pierde todo derecho a rebatir jurídicamente las decisiones adoptadas por las mismas, reforzando el imperio y monopolio de este tipo de sitios webs.

**Cuarta pregunta:** ¿Cuáles de los siguientes casos considera usted que está amparado por el uso justo?

**Cuadro Estadístico No. 4**

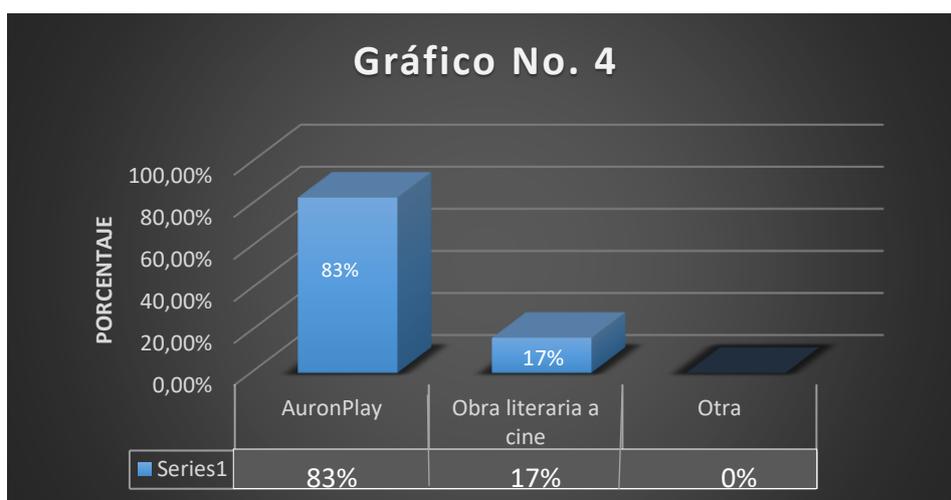
<b>Indicadores</b>	<b>Variables</b>	<b>Porcentaje</b>
Vídeo reacción (AuronPlay)	25	83%
Adaptación de obra literaria al cine	5	17%

Otra	0	0%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Loja y Quito

**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

### Representación Gráfica



### Interpretación

En la presente pregunta del muestreo a 30 profesionales, 25 personas que representan el 83% del total, respondieron que consideran que un contenido amparado por el uso justo es el AuronPlay, frente a un 17% que corresponden a cinco personas encuestas, que toman en consideración que una obra literaria adaptada o transformada a una nueva obra cinematográfica está amparada por la figura de uso justo. Por último en cuanto la en la variable “otra” ninguna persona contestó una respuesta adicional, por cuanto corresponde al 0% del total del número de encuestados.

### Análisis

En la presente pregunta, la respuesta correcta más de la mitad de los encuestados consideró el caso de los vídeos reacciones de AuronPlay, como el caso práctico que se ampara generalmente bajo la figura del uso justo. La explicación obedece a que en el youtuber AuronPlay toma sin autorización fragmentos de uno o varios contenidos digitales sujetos a derechos de autor, y los va comentado por separado. Amparándose así a la esencia de la naturaleza de la figura del uso justo. No toma como tal una vídeo original y lo reproduce en su totalidad, puesto que podría constituir una infracción a los derechos de autor de un tercero o la persona que se considere que se le está vulnerando el mismo. En este caso concreto, el youtuber se limita verter su opinión de ciertos fragmentos, cuyo valor agregado es el criterio verbal que emite al respecto; así mismo es relevante resaltar que a través del tiempo que este persona lleva en la plataforma mencionada, el tiempo en que proyecta un fragmento con derechos de terceros, ha reducido significativamente, a pocos segundos, según sea el caso, con un promedio de quince a veinte segundos, el cual va alternando con su opinión a cámara. Así mismo una minoría de los encuestados contestaron como una contenido amparado por el uso justo la adaptación de una obra literaria a una obra cinematográfica, la confusión es entendible, sin embargo necesariamente requieren de la autorización previa del autor o de los autores correspondientes, puesto que este tipo de casos no están amparados por el *fair use*, puesto que “copian” la obra original pero en un formato diferente.

**Quinta pregunta:** ¿Considera usted necesario elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo?

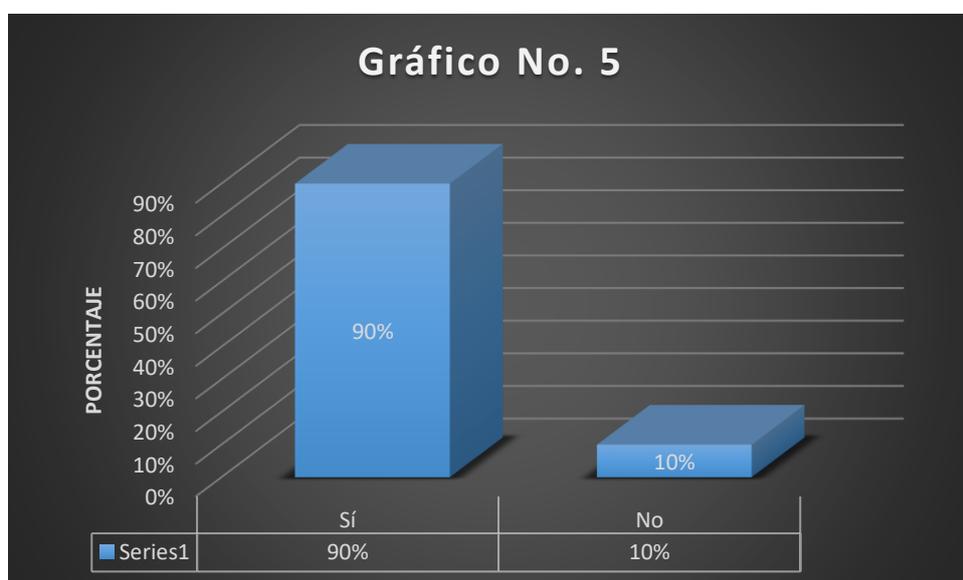
**Cuadro Estadístico No. 5**

<b>Indicadores</b>	<b>Variabes</b>	<b>Porcentaje</b>
Sí	27	90%
No	3	10%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Loja y Quito

**Autora:** Jenniffer Daniela Román Medina

### **Representación Gráfica**



### **Interpretación**

En la presente pregunta, 27 de los encuestados que representan el 90% del muestreo total respondieron que sí, a la interrogante de elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo. Puesto que consideran que es una manera de direccionar más concretamente a los legisladores, en caso de que el generador de contenido, se encuentre frente a una vulneración de sus derechos en vía

administrativa. Al menos con la certeza de que en vía judicial o en sede administrativa en Ecuador se contará con una normativa sólida que vele por sus derechos como creador de contenido digital. Porque de esta manera se reconocería los derechos a los generadores de contenido en una esfera desvinculada e independiente de la vía administrativa de las plataformas virtuales. Por otro lado, contrario a que se presente un proyecto de reforma legislativa, con respecto al tema, 3 personas que representa el 10% del muestreo restante de las 30 personas iniciales, manifiestan no ver necesario dicha reforma, ya que consideran que la figura en cuestión no tiene un carácter práctico, así como se versa innecesaria puesto que cuenta con 4 de los cinco criterios que determinó la Corte Suprema de EEUU, ajustado a los 30 casos expresos.

### **Análisis**

Respecto a la presente pregunta, comparto la opinión de la mayoría de los encuestados del muestreo total. Estoy de acuerdo con su criterio puesto que de esta manera, se puede establecer una opinión uniforme y sólida con respecto a la figura de uso justo en la legislación ecuatoriana. Dado que por su naturaleza tiene una controversia práctica. Por el contrario, estoy en desacuerdo con menos de la mitad de los encuestados, quienes manifiestan que no es necesario un proyecto de reforma legislativa, lo que particularmente discrepo puesto que el efectivizar haría posible que el empleo de la figura del uso justo sea más frecuente entre los profesionales del derecho, porque contaría con una normativa sólida y eficaz para ser aplicada debidamente.

## 6.2. Resultados de las Entrevistas

La técnica de la entrevista se aplicó a cinco profesionales, entre ellos, abogados en materia de propiedad intelectual de Colombia, Uruguay, personas que protegen los derechos humanos en internet y generadores de contenido consolidados en sus áreas; en un cuestionario de cinco preguntas, obteniendo los siguientes resultados:

**Primera pregunta:** ¿Está de acuerdo usted, que se vulneren garantías constitucionales concernientes al debido proceso en las plataformas digitales, cuando emplean la figura del uso justo?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Estoy de acuerdo en que se vulneran garantías constitucionales en los mecanismos que se han diseñado para exonerar la responsabilidad de intermediarios en las plataformas, particularmente el de Notice and the Download, que utiliza la mayoría de las plataformas o las plataformas norteamericanas. No siempre es así, Chile por ejemplo tiene un mecanismo de generación de responsabilidad de intermediarios que es constitucional, lo que pasa es que no hay plataformas chilenas. (...)

En Colombia se trató de implementar un Proyecto de Ley que incorporaba el TLC (Tratado de Libre Comercio) y copiaba la DMCA (Digital Millennium Copyright Act) de Estados Unidos y la razón por la que no pasó, fue porque se declaró inconstitucional, dado que se veía que podía ser un riesgo a la libertad de expresión. En lo que se llamó en su momento la “Ley Llera”.

**Segundo Entrevistado:** Ese es el principal problema de las plataformas digitales, que pertenecen a Estados Unidos, vulneran el debido proceso, la libertad de expresión, van contra todas las garantías de derechos humanos, porque ponen a una persona particular para hacer de juez (como persona competente para conocer y resolver sobre los casos que se impugna en vía administrativa). Y la legislación modelo que se puede usar, es el Código Civil de Internet, que tiene el sistema que se llama “Orden judicial y dada de baja”, no se da de baja nada sin orden judicial, a ver puede ser que se dé de baja, para que el administrador de la plataforma no sea responsable de lo que hacen sus usuarios, lo que tiene que hacer es cuando reciba una orden judicial es dar de baja el contenido respectivo. En Estados Unidos si no das de baja el contenido estas empresas como Google, Facebook, se convierten en corresponsables junto con el usuario contra quien se presenta la queja o reclamo.

Un ejemplo para ilustrar sería: cuando un docente está transmitiendo una clase en vivo; en Uruguay hay un centro cultural que transmite muchas clases en directo sobre cine, es decir, cineastas enseñando historia del cine están efectuando un acto educativo y mostrando fragmentos, eso entra sin lugar a dudas dentro del “*fair use*” y de acuerdo a los términos y condiciones de YouTube eso es legal. La cuestión es que les banean, les cortan igual las transmisiones ¿Por qué? Porque no se están respetando las reglas de YouTube. ¿Por qué no se está aplicando realmente? Porque hay algoritmos como Content ID que hace una interpretación de uso justo muy restringida, entonces en realidad en el país en que se está transmitiendo con fines educativos, no están amparados incluso se podría declarar ilegal en su país, y además las normas que rigen internamente en las plataformas ni siquiera se están cumpliendo, es decir, no tienen garantías en su país y tampoco no tienen ni las

garantías de lo que le dijo la plataforma, “vas a poder usar el contenido con fines educativos”.

**Tercer Entrevistado:** Sí estoy de acuerdo que se vulneran derechos constitucionales, y hablemos de cada país, porque considero que las plataformas digitales pasando por los generadores de contenido y la legislación de cada país, procede de forma arbitraria cuando uno está creando contenido. Sin previo aviso, por ejemplo como administrador de una fanpage en Facebook, se da cuenta que el contenido que uno publicó dejó de estar disponible. Y uno se pregunta, ¿qué pasó con mi vídeo? No me notificaron, no me avisaron previamente, simplemente de forma unilateral la red social en cuestión decide que el vídeo sea eliminado.

**Repregunta:** ¿En qué plataforma concretamente ha subido contenido?

**Respuesta:** Me ha pasado con Facebook, he subido vídeos con diferentes temáticas educativos, parodias, humor o recopilaciones (unión de varios vídeos), al subir el contenido, estamos al pendiente de las estadísticas, (el número de personas que nos visualizan), y a uno lo toma por sorpresa cuando se da cuenta que un vídeo ya no está en “circulación”. ¿Qué pasó, por qué? No me explican, no le dicen a uno, venga usted infringió tal normal, son muy pocas las excepciones que sí, hay distintas clases de advertencias, pero la mayoría de veces no es así.

**Contra pregunta:** Además de la lesión de derechos constitucionales, uno de los mayores perjuicios es que se deja de percibir ese factor económico, que lesiona la actividad laboral de una persona que su actividad principal es crear contenido digital, y recibir un sueldo de estas plataformas.

**Respuesta:** Sí totalmente, gracias a las plataformas es posible monetizar, hace unos años atrás era impensable, porque uno simplemente era consumidor. Ahora los generadores de contenido como bailarines, influencers, viven de su contenido, se debe centrar en qué gusta y se vuelva viral. Cuando se empieza a percibir ese recurso, una persona ya cuenta con ese elemento, se motiva y dice el próximo vídeo va a ser mejor. Invierte para mejorar su producción, una mejor cámara, aro de luz, un micrófono, una computadora mejorada, y de pronto vulnerando los derechos de los generadores, empiezan a bajar los vídeos, y uno se desmotiva, deja de percibir ese recurso, pierde el dinero invertido y deja de percibir esa fuente de ingreso. Y lo que es peor, cuando te sancionan en plataformas como Facebook, esa sanción puede durar un mes hasta un tiempo indeterminado, se genera un perjuicio en el tema de los ingresos importante. Por tanto el generador de contenido queda desamparado.

**Cuarto Entrevistado:** Considero que el problema se centra en que muchas personas ajenas al mundo jurídico desconocen el derecho en un plano práctico y común, ignoran cuáles son sus derechos básicos amparados en un marco constitucional. No tienen conocimiento sobre cómo funciona o debería funcionar el debido proceso, entonces cuando el algoritmo de la redes sociales elimina su contenido que se puede amparar en la figura del fair use (uso justo) o incluso propio, lo único que ven es que en los mejores de los casos si está ganando dinero con su contenido, están lesionando directamente este factor. Sin ser conscientes que la lesividad de que les vulneren el derecho al debido proceso, derecho a la educación, a la libertad de expresión, a la tutela judicial es mucho más grave, que la infracción que pudo o no cometer. Sin embargo si establecen un requerimiento y es atendido a su favor, se olvidan del tema, y probablemente para esas personas no haya esa vulneración porque finalmente les

solucionaron, pero esa no es la manera adecuada. Por otro lado, no están exentos de que la plataforma en cuestión les vuelva a hacer lo mismo con otros contenidos o incluso con el mismo tema, que en su momento fue solucionado. Y tanto los usuarios como los generadores de contenido no son conscientes. Pero hago referencia a micro generadores, porque los grandes, ya tienen un despacho jurídico detrás que los asesora en estos asuntos. Por tanto si hay vulneración de derechos constitucionales, y muchas veces las personas no son conscientes de ello.

**Quinto Entrevistado:** Sí, pero depende a quien se le vulneran dichos derechos constitucionales. Hay que tener presente que los filtros de las diferentes redes sociales son por dos motivos, principalmente para proteger la obra de terceros, y segundo, si el medio en cuestión tiene habilitada la opción de pagar a sus generadores de contenido. No es lo mismo que la plataforma te baje un vídeo en Facebook, (si tienes la opción de monetizar activada), que te lo elimine de Instagram, aunque ambas redes sociales pertenecen a una misma empresa, a día de hoy, Facebook paga a los creadores e Instagram solamente tiene la opción demo de monetizar, por el momento solo en países como Estados Unidos. Entonces, a la persona que le eliminan el vídeo sin previa autorización le va importar mucho más que se lo hayan bajado de la plataforma donde le pagan que de aquella en la que no lo hacen. Además si la otra parte que interpuso la queja contra la persona que a la que le están eliminando el contenido en cuestión (vídeo, artículo, post), le está plagiando absolutamente el contenido, cuando antes la protejan como creadora de la obra, verá garantizado sus derechos constitucionales, como la protección de sus propias producciones.

**Comentario de la autora:** Con respecto a las respuestas de los entrevistados, la mayoría manifiestan que efectivamente existe una vulneración de derechos constitucionales en los medios digitales, que se materializa cuando los intermediarios, es decir, las plataformas digitales de manera directa y evidente vulneran el derechos constitucionales como el debido proceso, que al mismo tiempo contemplan otros derechos como la defensa que se ven consecuentemente afectados. Además se puede extraer que no son los únicos derechos constitucionales lesionados, también se vulnera el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la educación, a la tutela judicial efectiva y consecuentemente todo ello desestabiliza el derecho a la seguridad jurídica. Del mismo modo se estableció un considerando relevante, que es que la vulneración a los mencionados derechos, no solamente son producto del resultado de contenido amparado por el uso justo, sino de cualquier tipo de contenido subido a estas plataformas sociales puede producir dichas vulneraciones constitucionales tanto a los usuarios como a los propios creadores de contenido en el ámbito digital. Así, se evidencia que no se debe focalizar a que solamente estas grandes plataformas norteamericanas velen por los derechos básicos de un Estado de Derecho, sino que las legislaciones de nuestros respectivos países, particularmente latinoamericanos como Chile, y/o Colombia, también tratan de edificar garantías constitucionales básicas en sus legislaciones, para que se respete el debido proceso en las plataformas digitales.

**Segunda pregunta:** ¿Considera necesario que se reconozca el carácter de explotación legítima de las obras creadas bajo la figura del uso justo, en Ecuador?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** En principio no nos hemos centrado en un tema económico, más bien nosotros trabajamos mucho con el tema de Derechos humanos. Por ejemplo si un candidato alterno, sube su discurso y se lo “tumban”, el efecto es: “Estoy en elecciones”, y no es lo mismo que suba el material hoy a que lo suban dentro de ocho días de campaña, sobre todo si me bloquean la cuenta y demás. También si un periodista está hablando de un partido de fútbol y no le permiten transmitir su contenido y se lo suben ocho días después, ya no sirve, ya pasó el partido. (...) No hay un debido proceso, se asume que cualquier uso de contenido protegido es violatorio al derecho de autor, cuando hay usos permitidos. No se está equilibrando los otros derechos, con el derecho de autor.

**Segundo Entrevistado:** Gratuidad no es lo mismo que uso no comercial, se puede cobrar por un material y no tener fines de lucro, porque lo que estás haciendo es generando sustentabilidad del proyecto, simplemente cobrando los gastos administrativos o el papel, (si no generas una ganancia no hay fines de lucro). Hay países que van más allá, y lo expresan tácitamente en sus normativas “sin fines de lucro y sin ningún tipo de cobro”.

Sí, hay casos que hay que valor el concepto de libertad de expresión, los youtubers que viven de sus videos reacciones, desde mi punto de vista, según la naturaleza del uso, si es un vilipendio, escarnio público, si el uso es ofensivo para mí no se debería cobrar por ello. Realmente es un tema cultural. De acuerdo a las circunstancias, no es directo y lineal el tema del uso lucrativo, puedes hacer uso lucrativo de una obra y que sea uso justo. El caso de Google Books, es lucrativo indirectamente, cómo funciona el modelo de negocio de google, con la recopilación de datos, se está lucrando sí, está digitalizando masivamente todos los libros de la humanidad sin

permiso, sí. En Europa lo declararon ilegal, en Estados Unidos es legal, pasó los criterios de uso justo. Es una excepción a favor de google y de nadie más, porque nadie puede sostener ese proyecto económicamente. El uso justo es caso a caso. Puede haber una video reacción que sea uso justo, y puede que otro no lo sea. Pero sin las redes sociales pagan por vídeos que empleen el uso justo, la normativa del país en cuestión en este caso Ecuador, también debería estar acorde.

**Tercer Entrevistado:** Sí, aquí hago una llamado a nuestros legisladores, porque sabemos que las leyes nacionales no las cambia un alcalde municipal, entonces se debería deliberar el tema de la figura del uso justo y poner un coto a esta plataformas, si se están beneficiando económicamente de los generadores y consumidores de nuestro país, también respeten las garantías constitucionales de los generadores de contenido, y entonces legislemos al respecto con una normativa, para que tanto las redes sociales sepan que hay un control de acuerdo a una normas internas en cada país. Y nosotros como generadores de contenido, también tener una guía que nos oriente por ejemplo, podemos utilizar un fragmento de 20 segundos de una película o serie de Netflix, después de que empleó este material doy una retroalimentación o explicación, posterior a ello puedo utilizar otros 15 o 20 segundos. Que uno tenga una guía específica para no infringir las normas comunitarias de las redes sociales, y acogernos bajo esta figura me parece muy interesante.

**Cuarto Entrevistado:** Bueno es relativo, la figura del uso justo en las redes sociales funciona de una manera muy diferente a una legislación como la ecuatoriana. Por ejemplo, en las políticas del fair use de YouTube, lo que intentan determinar es qué un material se puede considerar o no como uso justo, pero se da por agregado que la obra en cuestión va generar una rentabilidad para el creador de contenido.

Es el caso de Jaime Altozano, un chico español que enseña música empleando en gran medida la figura de uso justo con una finalidad educativa. Uno de sus vídeos que encaja a la perfección es “¿Por qué la música de Harry Potter suena tan mágica?” Emplea la melodía original de la película, aunque interpretada por él (valor transformativo), enseña música y con su actividad la plataforma le paga dinero.

Recordemos que el fair use o uso justo puede ser empleada con fines educativos (tomar fragmentos, etc). Por ejemplo, si un youtuber ecuatoriano, hiciera lo mismo que Jaime Altozano, y en el caso de que la plataforma le eliminase o desmonetiza un vídeo, y en vía administrativa le hicieran caso omiso, el chico ecuatoriano al presentar y ampararse por el uso justo en vía judicial, se ampararía bajo la normativa de nuestro país. Entonces las excepciones del uso justo en Ecuador le van a permitir utilizar ese contenido, y en caso de ganar el juicio a YouTube se debería subir el vídeo a la plataforma, pero sí se rigen por la normativa ecuatoriana cuando se emplea el uso justo con fines educativos, no se debe generar ningún tipo de lucro; por cuanto la plataforma no estaría obligado a remunerar al generador de contenido, porque recordemos que nos estaríamos rigiendo por la normativa ecuatoriana, en todos los aspectos y no de manera parcial. ¿Es contradictorio no? La experiencia tanto del consumidor como del creador se ve afectada. Lo que se debería establecer es que los contenidos amparados por el fair use o uso justo en Ecuador, se reconozcan con fines comerciales, y amparadas como obras derivadas, puesto que así gozarán de los beneficios de los derechos de autor, derechos morales y patrimoniales.

**Quinto Entrevistado:** Considero que al ser una figura demasiado controvertida, sus consecuencias o efectos, también deben ser relativos, aplicados a cada caso. Se debería dar apertura a que se reconozca el elemento lucrativo, una premisa expresa

pero al mismo tiempo relativa, si se analiza cada una de las obras. Y que quede a criterio del juez, primero y lo más importante, si ese contenido, servicio o producción está amparada por la figura del uso justo, y si merece que se reconozca ese factor económico. Hay canales de YouTube, que se dedican a vivir de desprestigiar a otras personas, y aunque la plataforma les pueda pagar, lesiona directamente derechos como al buen nombre, a su integridad.

**Comentario de la autora:** La primera entrevistada que es la directora de la Fundación Karisma, cuya organización sin ánimo de lucro se encarga de proteger los derechos humanos en internet, no está negando que no se reconozca el carácter lucrativo de las obra derivadas, producto del uso justo, simplemente que el enfoque general de su actividad se basa en proteger en mayor medidas derechos como la libertad de expresión, defienden al mismo tiempo ese matiz pecuniario presente, al ser ellos mismos los autores de su propio contenido, al igual que si se amparan en la figura de uso justo. Por otro lado, es importante aclarar que en plataformas como Facebook, según uno de los primero ejemplos que la entrevistada mencionó, en lo referente a los candidatos electorales que aspiren a ostentar un determinado puesto público, el contenido aunque sea propio no puede ser rentabilizado en las redes sociales, por la naturaleza del contenido de acuerdo a las políticas internas de la plataforma. Del mismo modo se hace una distinción entre gratuidad no es lo mismo que uso no comercial, se puede cobrar por un material y no tener fines de lucro, porque lo que estás haciendo es generando sustentabilidad del proyecto, simplemente cobrando los gastos administrativos. Existen opiniones entre los que consideran que el carácter lucrativo o ganancial de esta actividad debe ser relativo a la evaluación de

cada caso, efectivamente, primero reconocer como contenido amparado por el uso justo y adicional que persiga un fin comercial.

**Tercera pregunta:** ¿Considera usted que la ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura de uso justo?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Hoy en día el volumen y la cantidad de contenido, ya nos obliga a decir que quizás la solución sea que todo lo tiene que revisar un juez es ilógica, porque nuestros sistemas judiciales tampoco están basados en eso (...) los cambios pueden ser, orientados a que el titular que interpone la queja ante la plataforma, sea sancionado. Hoy en día si se realiza una queja por un contenido y al final se demuestra que fue un uso justo o que tenían permiso, y solamente la persona empresa que interpuso la queda dice “Ay perdón y fuera” y tiene sufre mayor repercusión. Creo que si por ejemplo se impusieran multas por hacer un mal uso de esta medida, eso podría tener un desincentivo para la parte titular que presenta la determinada queja. (...)

La moderación de contenido es necesaria, puesto que hay razones para hacer moderación del mismo. Bloquean contenido por derechos de autor, pero no los bloquean cuando hay violencia, discurso de odio.

**Segundo Entrevistado:** La cuestión es que el uso justo no es uso ilimitado, hay distintos criterios bien aplicados son una buena guía para determinar qué es o no uso justo. No es lo mismo decir voy a enseñar cine y proyectar una película completa de Quentin Tarantino para enseñar pastiche en el cine (pastiche se lo define como la

mezcla de varias obras de arte con el fin de crear una nueva y original). Para enseñar pastiche en el cine, que es el cine de Tarantino, hay que mostrar fragmentos de cine Werther, y de otros géneros, pero fragmentos, no necesitas exhibir toda, hacerlo es un abuso.

Para consolidar la figura del uso justo, muchas veces lo que se necesita es que se aplique en casos concretos y que haya sentencia.

En Israel no tienen un sistema como el de Estados Unidos, tienen un sistema híbrido. Lograron sacar muchos casos prácticos y guías para las personas siguiendo las sentencias, porque se empezó a usar, estaban como Ecuador al principio, pero hay una comisión de seguimiento que está continuamente tomando nota de todas las presuntas infracciones por derechos de autor y de todos los casos, y genera diferentes directrices como: guía de fair use en la educación, guía de fair use en tecnología de algoritmo, la cuestión es quién tiene la autoridad para hacer esas guías. Las comisiones de seguimiento deberían de existir, el SENADI debería tener un rol, establecido expresamente en la ley de tener un rol de operativización del concepto.

Los jueces cuando apliquen los casos, van a tener que aprender muchísimo de como se ha tratado en el mundo y entender que hay diferentes criterios, ya existen países que van haciendo este razonamiento en base a este tipo de norma, traerlas a las sentencias. Traigamos el uso no consuntivo, los usos transformativos (traer fragmentos de fair use).

**Tercer Entrevistado:** Claro que sí, en un caso particular en medio de la pandemia, el confinamiento social que vivimos, en este tema de la reinención muchos DJ'S empezaron a hacer Facebook Live con música, hubo unos que no tuvieron problema

y de algún modo se sostuvieron, pero hubo otros, que inmediatamente le cortaban las transmisiones o se las silenciaron y uno entiende que hay que respetar los derechos de autor, pero en dónde se determina qué puedo o no hacer, puedo usarlo un minuto, dos minutos o no lo puedo usar. En cuanto a la transformación que haya una normativa clara del tema, por ejemplo Juanes, mi interpretación con mi guitarra, la camisa negra, uno es la interpretación original que tiene unos desniveles y cosas específicas que reconoce el algoritmo, por ejemplo determina que esa canción es de Universal Music, esta no la puedes usar te sancionamos, al momento que hago una interpretación con mi guitarra, le estoy dando un elemento transformativo ¿lo puedo o no lo puedo hacer? (...) Me parece sumamente importante que existan esas pautas para saber que se puede entender como transformación..

**Cuarto Entrevistado:** Lo veo necesario pero no solo en vía judicial, incluso en los medios digitales en definir qué es lo que se puede hacer o no. Y más aún en una figura que presenta tantas dificultades o criterios sobre un mismo caso.

**Quinto Entrevistado:** Se puede desarrollar doctrina en la cual los jueces se puedan amparar, pero que no necesariamente conste de manera expresa en el Código de Ingenios, si no que sea como una guía, para que los jueces se puedan direccionar. De lo contrario considero que podría interponer como ponerle ataduras a la libertad.

**Comentario de la autora:** La primera entrevista opina más bien de las consecuencias que trae el interponer un reclamo en vía administrativa, por parte de un titular acusando a otra persona de presunto infractor. Indica que se debería sancionar a las personas que hacen un mal uso de esta herramienta, la realidad es que según el DMCA, el mecanismo mediante el cual se presenta los reclamos, tienen la

facultad de retiro de contenido, deben previamente corroborar la veracidad de la afirmación de la persona que está interponiendo la determinada queja. Y teóricamente si comprueban que no existe una razón para retirar y censurar el contenido, se debería infraccionar a la persona que interpuso el reclamo. Quizás la medida debería ir orientada, que verdaderamente se efectivice dicha infracción en contra de la persona que intentó causar al generador de contenido un perjuicio.

Hay un grave problema en plataformas como Facebook, que a día de hoy aún deben definir mejor sus políticas en cuanto al derecho de autor. Puesto que si una persona usa algún tipo de material, libre de derecho de autor, de páginas públicas, ya sea música, imágenes, vídeos; cualquier persona que tenga más de cien mil seguidores, tiene la opción habilitada de proteger su contenido a través de una herramienta de la plataforma denominada “Right Manager”, que al registrar tu propio contenido con una música de dominio libre, inmediatamente, cualquier persona que use esa instrumental, aunque su contenido sea otro completamente diferente debe eliminar el contenido porque está tomando el contenido de otra persona, cuando no le pertenece. Simplemente lo registra y perjudica a todas las personas que puedan llegar a emplear contenido en el dominio libre, y no es problema de la persona en cuestión sino de las políticas de las plataformas.

Se debería interponer directrices, en vía administrativa y judicial para definir qué es lo que se puede hacer o no al emplear el uso justo, y una solución sería la incorporación del derecho de transformación en Código de Ingenios, y al mismo tiempo tener el apoyo de criterios doctrinarios.

**Cuarta pregunta:** ¿Cree usted necesario la “implementación del derecho de transformación en el régimen de la propiedad intelectual amparado por la doctrina del uso justo para la explotación de obras derivadas?”

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** No tengo familiarización con el tema.

**Segundo Entrevistado:** Hay un autor chino que hace un análisis de cómo debería operar el uso justo “Transplantating fair use” Trasplantando el fair use, no se puede trasplantar una norma de un marco anglosajón, a países con normativa europeo, continental que no tienen ese rol de los jueces, pero hay estrategias, y hay países que han seguido estas estrategias.

Todo lo que se plantee como excepción en diez años va a ser caduco, no va servir, vamos a surgir nuevos usos, las creaciones del derecho humano. El uso justo es una válvula de escape. Además de los 30 casos exceptuados en el 212 y en los siguientes, debería existir la normativa que deba ser interpretado al estilo uso justo americano, en el sentido de que pueda generar nuevas posibilidades de usos exceptuados, no estoy de acuerdo con las listas cerradas. (Minuto de la entrevista 29:10).

Los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales no obligan, te apuntan a explicar qué es un uso transformativo, o cómo podría operar en la ley para determinados casos un uso transformativo, suma y muchísimo, y es lo que se está necesitando, criterios que expliquen cómo funcionan estos cinco pasos del art. 211 del Código de Ingenios.

**Tercer Entrevistado:** Totalmente, de paso en todo los países. Los países desarrollados son ultra estrictos con el tema de derechos de autor, en una ocasión

hablaba con un colombiano que estaba en Estados Unidos, “Aquí es impensable la aplicación Ares, cuando existía, donde se descargaba contenido música, vídeos”. Hay una necesidad que los países latinoamericanos, en el ámbito legislativo, normen este asunto, porque de lo contrario como generadores de contenido estamos desamparados. La red social nos baja los videos, y entonces a quien demandamos, a quién le hacemos la reclamación (cuando estas plataformas nos ignoran). Además el tema de las reclamaciones, ante Facebook es muy tardío, lesionando directamente el derecho de petición, que deben responder en un tiempo determinado. Por cuanto sí necesitamos una implementación encaminada a orientarnos, como el derecho de transformación.

**Cuarto Entrevistado:** Sí porque sería una directriz para que el juzgador pueda direccionarse de mejor manera, si no llegase a funcionar se lo deroga, pero ya estamos en la peor situación que la figura no se emplea por falta de uso, o de una incompleta normativa.

**Quinto Entrevistado:** Considero que se debe desarrollar como un concepto doctrinario, porque puede indicar un limitante para muchos de los casos de fair use, que no necesariamente deben ser en vía digital o expresamente señalados en la ley, en el artículo 213 del Código de Ingenios establece otros actos comprendidos del fair use, es decir que no solamente ampara a los contemplados en el artículo 212, sino que también enmarcará en razón y finalidad de la limitación o excepción.

**Comentario de la autora:** La incorporación de un derecho que defina qué se puede o no entender por transformación, apunta a orientar de una mejor manera al juzgador que puede o no considerar cuales son los elementos transformativos cuando su fin es

comercial, o cuando el autor aunque lo apunte con un tamiz educativo, requiera sacar rédito de su labor. Por cuanto el explicar qué es un uso transformativo puede garantizar en primera medida que la figura se emplee de una manera adecuada, también determinar si esa producción está enmarcada como uso justo, y como tercer punto puede estar amparada por el fair use, pero no necesariamente reconocerle ese fin comercial. Es decir para ser considerada como una obra transformada, como un fin comercial, del que se pueda beneficiar el nuevo creador.

Por cuanto tener unas pautas definidas de manera expresa en la normativa, además de orientar a los jueces, va a ser posible aplicar la ley y no solamente focalizar como un punto doctrinario para que las autoridades judiciales lo puedan interpretar a su manera.

**Quinta pregunta:** ¿Qué alternativas de solución daría usted frente al problema planteado para garantizar el derecho debido proceso y consecuentemente a la seguridad jurídica en los medios digitales en vía administrativa?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Chile adoptó estándares de derechos humanos, después de Chile ningún otro país porque Estados Unidos impone o hace una presión muy fuerte en cuanto al Tratados del Libre Comercio. Chile fue uno de los primeros en firmar El Tratado de Libre Comercio, lo que le permitió hacer el mecanismo que implementó, después de eso Estados Unidos cerró esa opción en la forma de redacción de los Tratados y sin embargo países como Canadá y Australia lograron mecanismos que eran más cumplidores de estándares Internacionales de Derechos Humanos, donde había mejores mecanismos de defensa al debido proceso.

**Segundo Entrevistado:** Por la vía contractual, la solución absoluta, no viene por el lado de crear criterios sobre el uso transformativo, previo tiene que ver, si tu país te defiende al momento que firmes contrato con las determinadas plataformas, Facebook, Google, con Twitter, y te dice no puedes renunciar a hacer un juicio en tu país.

El Código Civil de internet de Brasil, defiende a sus ciudadanos, a un youtuber brasileño le dieron de baja un vídeo por hacer una parodia, (contemplada dentro del uso justo), YouTube le banearon y le rechazó su impugnación en vía administrativa, lo que hace el 99% de la gente es dejarlo ahí.

Él no lo hizo, sabiendo que existe una norma en su país, el código civil de internet lo habilita a que la jurisdicción, que el caso sea conocido y resuelto en su país, y por las leyes de su país, y le ganó el juicio a YouTube, y le tuvieron que subir el vídeo a la plataforma de YouTube. Porque la ley de su país lo protegía, no sólo con la excepción de la parodia, sino que además lo protegía dándole la posibilidad de que él hubiera firmado un contrato con YouTube, y renunciaba a que el tribunal y la ley aplicables a los conflictos sea el Estados Unidos, eso no valdría, son cláusulas nulas. Esta premisa sería previa e importante.

**Tercer Entrevistado:** Por parte de las redes sociales sugiero la implementación de pautas para determinar cuando estamos infringiendo los derechos de autor. Por ejemplo, en una Fanpage publiqué el vídeo de las dos hermanas que apagan la vela y muchas páginas lo hacían. Cuando yo lo subí, Facebook me sancionó, y me dijo “Este vídeo genera odio y bullying”, muy extrañamente veo que el mismo vídeo está publicado en miles de páginas más, y me pareció injusto. ¿Por qué me está

sancionando a mí, por qué no sancionan al resto de páginas? Nuevamente quedé desamparado como creador de contenido. Una infracción constituye la baja y el alcance de nuestro contenido.

**Cuarto Entrevistado:** Primero que las personas sean conocedoras de sus derechos en un campo práctico, por lo cual puedan identificar qué derechos se les pueda estar vulnerando en una vía digital. Que se denuncie este tipo de abusos, para hacer eco a fin de visibilizar esta vulneración de derechos.

**Quinto Entrevistado:** Considero necesario que sea el propio estado en financiar este tipo de procesos, contra la administración de estas redes sociales, para que de esta manera crear más casos prácticos, y se generen muchas más consecuencias positivas. Incentivar la propiedad intelectual en el ámbito jurídico virtual, que las personas que generen contenido al igual que estén amparados también puedan pagar sus impuestos, crear esa cultura tributaria con las nuevas necesidades que existen.

**Comentario de la autora:** El primer apunte para solucionar esta vulneración de derechos en los medios digitales, es garantizar que Ecuador tenga la jurisdicción para conocer este tipo de casos, que en un inicio se sustentan en vía administrativa, tal como sucedió con el caso del youtuber brasileño. De tal manera que los países latinoamericanos, desarrollen mecanismos que garanticen el debido proceso en los medios digitales que de manera arbitraria las plataformas desvitalizan de forma demasiado rígida. Los medios digitales deberían de ser muchísimo más precisos con una guía expresa de cual es material que permiten albergar en sus plataformas, y que sea cumplido para todos, y no se reduzca a una cuestión de algoritmo o redes

neuronales, regular que se garanticen derechos humanos como la libertad de expresión, de crear nuevas obras etc.

### **6.3. Estudios de Casos**

En el presente estudio de casos se analizan e interpretan problemas jurídicos relacionados a la figura del Uso Justo en el Régimen de Propiedad Intelectual, para el reconocimiento de carácter de explotación de las obras derivadas; para lo cual se procede a analizar tres casos:

#### **Caso No. 1**

##### **1. Datos Referenciales:**

Noticias del año 2014 de la cadena Gamavisión

Actor: **Televisa**

Demandado: **Enchufe Tv (Ecuador)**

Juzgado: Vía administrativa de YouTube

Fecha: 2014

##### **2. Antecedentes:**

El viernes 11 de julio de 2014, Enchufetv, un canal ecuatoriano de YouTube, subió un skech titulado el “Chico del Barril” como parodia a la serie “El Chavo del 8”. El mismo fue censurado por YouTube, mediante la vía administrativa de la presente plataforma, debido a un pedido de la cadena Televisa; presuntamente por violentar la propiedad intelectual de Roberto Gómez Bolaños (el creador del chavo del 8).

El sketch humorístico fue retirado de la plataforma por un período aproximado de cinco horas, hasta que los directivos de Televisa aceptaron que esta parodia fue un tributo al creador Roberto Gómez Bolaños. Tributo que de manera expresa, se contempla como un descargo de responsabilidad legal al inicio de la producción audiovisual en el segundo 00.05, en el que se manifiesta lo siguiente: “El siguiente tráiler/tributo es un homenaje a uno de nuestros referentes de comedia más grandes”.

El uso justo constituye una defensa ante una posible infracción por derechos de autor, para que una parodia sea considerada legal y consecuentemente amparada por esta figura se debe considerar el artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación:

“Artículo 212.- Actos que no requieren autorización para su uso. -

13. La sátira, pastiche o ***parodia*** de una obra divulgada, siempre que se ajuste a la regla de estos géneros, ***mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor*** o del artista intérprete o ejecutante, según el caso. En ningún caso esta utilización podrá constituir una explotación encubierta de la obra.”

Por lo tanto para que la parodia sea legal deberá cumplir dos condiciones claves.

1. Que no haya una confusión entre la obra original y la parodia.
2. No se afecte a la reputación del autor, ni al decoro de la obra.

En el presente caso, no se genera una confusión entre el Chavo del 8 y el Chico del Barril, dado que la producción de Enchufe Tv trabaja con su propio elenco de

actores, que si bien asemejan la indumentaria, son perfectamente diferenciables ambas obras.

Así mismo con el sketch no pretendió afectar en ninguna medida la reputación del autor o decoro de la serie original, El Chavo del 8. Lo que fue evidente desde el primer momento, en la parodia se ve el siguiente mensaje: “El siguiente tráiler/tributo es un homenaje a uno de nuestros referentes de comedia más grandes”.

Por esta parte, en los créditos del sketch de Enchufe Tv, manifiesta “El siguiente tráiler/tributo es un homenaje a uno de nuestros referentes de comedia más grandes”, (segundo 00.05 del vídeo), lo que omitiría su intención de perjudicar a la creación genuina del autor. Muy por lo contrario es una muestra de admiración a Roberto Gómez Bolaños, más conocido como Chespirito creador y protagonista de la entrañable obra en disputa.

### **3. Resolución:**

Los tribunales han hecho excepciones en este factor en el caso de algunas parodias. Donde se encuentra enmarcado de forma precisa el ejemplo planteado. No existe menoscabo en el interés de la parte actora y sus obras son perfectamente diferenciables.

El caso en cuestión se resolvió por vía administrativa en la plataforma de YouTube, de manera extrajudicial, por lo que la demanda no continuó. La parte actora, Televisa, reconoció el matiz humorístico y de buena fe de la parte demandada, Enchufe Tv.

### **4. Comentario:**

En primera medida se evidencia la vulneración de derechos constitucionales en vía administrativa en la plataforma de YouTube. Tales como el debido proceso, un derecho a la defensa oportuna, censura a la libertad de expresión. Puesto que Televisa simplemente al enviar una carta con formato DMCA, determina el aviso de baja, expresando la parodia el Chico del Barril viola los derechos de autor de Roberto Gómez Bolaños, y consecuentemente se requiere a YouTube que se lo de baja, lo cual ocurrió por cinco horas. Generando un detrimento en el factor económico, de la empresa Enchufetv, puesto que el tiempo que el contenido es retirado de la plataforma no les permite monetizar.

¿La demanda de Televisa contra Enchufe TV fue procedente?

Como segunda medida, si la presente controversia fue resuelta de forma extrajudicial, no únicamente porque Televisa reconociese el matiz humorístico de la misma, sino más bien porque evaluaron objetivamente que la parodia en cuestión estaba amparada en derecho, por cuanto el fallo de la disputa podría finalmente haber favorecido a Enchufe Tv.

El caso de la parodia, es una de las excepciones más destacables en la configuración del uso justo, puesto que no se toma un contenido de terceros sino que el formato de la parodia consiste en imitar a la obra en cuestión, bajo un matiz humorístico con su propio elenco y diálogos.

Por tanto, EnchufeTv no infringe derechos de autor porque han actuado dentro del margen legal, y si la acción hubiese procedido en su contra, personalmente considero que con una cualificada defensa técnica dicha acción sería improcedente, o con un fallo a favor del canal ecuatoriano.

*El Chavo del 8 (versión original)*



*El Chico del barril (parodia)*



## Caso No. 2

### 1. Datos Referenciales:

Documento PDF: Concluye controversial caso de derechos de autor en el mundo del arte contemporáneo

Actor: P.C (fotógrafo)

Demandado: R.P (artista)

Corte de Apelaciones: Distrito de Nueva York

Fecha: 2008

### 2. Antecedentes:

En 2008 el fotógrafo francés P.C demandó al artista plástico R.P. por la presunta infracción de derechos de autor al utilizar sus fotografías como base de la obra plástica “Canal Zone”. La demanda también se entabló contra el dueño de la galería de arte “the Gagosian” encargada de la exhibición de la obra de P.C y de la edición de un catálogo sobre la exposición en el que se incluían las obras de P.C. La colección en cuestión está compuesta por una serie de 30 collages en los que se transformaron las imágenes al incorporar elementos como máscaras de gas, guitarras, manos y figuras geométricas pintadas sobre las imágenes originales que se

publicaron en el año 2000 en el libro “Yes, Rasta”. El demandado no solicitó por ningún medio el permiso del fotógrafo para hacer uso de las imágenes. Las fotografías fueron capturadas por P.C. durante los 6 años en los que vivió en Jamaica junto a los rastafaris; del libro “Yes, Rasta” se publicaron 7000 copias de las que se vendieron 5.791 en el año 2010, lo que a P.C. le reportó una ganancia \$8,000 dólares.

Por su parte R.P. es un artista renombrado en el mundo del arte contemporáneo. Desde los años 70’s su trabajo se ha caracterizado por la utilización en collages de fotografías realizadas por otros artistas que representan contextos diferentes al original. En el año 2008 R.P. compró tres copias del libro “Yes, Rasta” e integró la imágenes a su obra sin comunicarse por ningún medio con P.C., quien por dicho motivo instauró el 30 de diciembre de 2008 una demanda contra R.P. y a Lawrence Gagosian por infracción de derechos de autor; en la contestación de la demanda ambos sostuvieron que la conducta de R.P. estaba enmarcada dentro del estándar legal del “uso justo” y que por ende no se produjo una infracción de los derechos de P.C.



*P.C (Fotógrafo)*

*R.P (Artista)*

### **3. Resolución:**

En el año 2011 la juez de Distrito de Nueva York Deborah A. Batts, concluyó en primera instancia, que para que una transformación sea calificada como un “uso justo”, debe hacer un comentario sobre la obra original, y R.P no tuvo la intención de comentar sobre P.C o sus fotografías cuando se apropió de ellas, por lo anterior rechazó las excepciones, pues consideró que se trataba de un plagio dado que no había transformación sustancial, que pudiera justificar el amparo del uso justo.

Por ello se ordenó la destrucción de la totalidad de las obras que no se vendieron y del catálogo de la exposición “Canal Zone”. Además se lo condenó a que entregase todas las pinturas originales, las copias del libro editado con motivo de la exposición a la parte actora, así como que informe a quienes hayan comprado las obras que éstas violan los derechos del autor original y que por tanto no se podían comercializar.

En Segunda Instancia se determinó que la interpretación de la juez Batts se basó en una interpretación errada de la doctrina del “uso justo”, y dentro de las

consideraciones del fallo de apelación, el juez Pierre sostuvo que el propósito de los derechos de autor es “promover el progreso de la ciencia y de las artes”, continuó explicando que “el derecho de autor no es un derecho natural. Inevitable que confiere a los autores la propiedad absoluta de sus creaciones. Este derecho está diseñado para estimular la actividad y el progreso en las artes”.

La resolución del juicio de apelación fue a favor de R.P, el Tribunal consideró que la mayoría de sus obras presentaban una estética totalmente diferente a las obras, fotografías, de P.C. Además en la sentencia se reconoció que R.P era un reconocido artista de la corriente de Andy Warhol’s más conocido por su obra “Gold Marilyn Monroe”.



*Gold Marilyn Monroe*

#### **4. Comentario:**

El sistema de limitaciones y excepciones también proporciona lineamientos para identificar posibles infracciones por derechos de autores, al enmarcarlas en su mayoría en el concepto de “uso justo” o “prácticas comerciales leales”, criterios reiterados por la Corte de Apelaciones para segunda instancia en el caso P.C vs R.P.

En el presente caso se estableció que el fin principal de la ley de derechos de autor es “promover el progreso de la ciencia y de las artes”. Así mismo, otro criterio relevante es evaluar si el uso justo, agrega valor al trabajo original al incorporar información, estéticas, perspectivas y comprensiones nuevas. Dichos elementos son los que la doctrina del uso justo pretende proteger para enriquecer a la sociedad, por lo cual para que la obra derivada o transformativa se encuentre dentro del “uso justo”, la Ley no impone como requisito que en ella se haga referencia a la obra original o a su autor.

De igual manera se puede evidenciar la falta de un criterio uniforme y contrapuesto en las dos instancias, lo que evidencia que la implementación del derecho de transformación en la legislación, pueden puntualizar en qué medida se debe evaluar qué se considera como elementos transformativos de la nueva obra, en relación al formato de la producción en disputa.

### **Caso No. 3**

#### **1. Datos Referenciales:**

Juicio No: 629/2007 (RJ 2007\3650).

Actor: CEDRO

Demandado: Cámara Oficial de Comercio e Industria

Juzgado: Sala del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de España

Fecha: 8 junio de 2007

#### **2. Antecedentes:**

La “regla de los tres pasos” ha sido analizada por el Tribunal Supremo, en un caso en el que CEDRO, la entidad de gestión de derechos de autor para obras literarias, interpuso una demanda contra la Cámara Oficial de Comercio e Industria por haber reproducido mediante fotocopias obras cuyos derechos de autor administraba dicha entidad, sin la preceptiva autorización para utilizarlas. La parte demandada adujo que las copias realizadas tenían un fin de soporte a la docencia (artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual).

#### Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada

2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

- a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.
- b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.
- c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

Siendo utilizadas exclusivamente en la biblioteca y en los centros de documentación y de formación con los que cuenta la institución. El tribunal cita la “regla de los tres pasos” para valorar que el acceso libre de cualquier usuario a las máquinas

fotocopiadoras quedaba fuera de los límites al derecho de autor que alegaron los demandados:

### **3. Resolución:**

“Se trata de un establecimiento abierto al público que distribuye las copias mediante precio y ello es suficiente para que dichas copias no sean consideradas para uso privado del copista, y por ende, sea precisa la autorización del titular del derecho para su reproducción tal y como establece el artículo 10”.

Artículo 10. Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiendo entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

### **4. Comentario:**

La figura del uso justo, contemplada en la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en España equivale a la regla de los tres pasos en el Código de Propiedad Intelectual de España.

El presente caso CEDRO vs Cámara Oficial de Comercio e Industria (España), CEDRO, como una entidad de gestión de derechos de autor para obras literarias, interpuso una demanda contra la Cámara Oficial de Comercio e Industria por haber

reproducido mediante fotocopias obras cuyos derechos de autor administraba CEDRO; sin la debida autorización para utilizarlas. La parte demandada adujo que las copias realizadas tenían un fin de soporte a la docencia, sin embargo el artículo 32 de nº 2 literal c) “Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio”. Considero en este caso que la parte demanda pretendió erróneamente ampararse en la doctrina del *fair use*, puesto que las obras de cualquier naturaleza o formato se pueden emplear cuando uno de sus fines sean académicos, sin embargo no por ello hay que desestimar la esencia de la figura del uso justo, su elemento transformativo para que sea empleado como fines lucrativos.

Sin embargo, además de los elementos que se han evaluado para concluir si un caso está amparado en el uso justo, se manifiesta el siguiente proceso con los mismos matices para ejemplificar cómo el contexto es relevante al momento de aplicar los factores del *fair use*.

La Universidad de Nueva Delhi, fue demandada por una editorial inglesa porque sus estudiantes sacaban copias de varios libros de dicha editorial, las copias privadas parciales o las copias con fines de estudio no estaban prevista como excepción. Sin embargo el Tribunal indicó que en este caso particularmente, estaría amparado por el uso justo, motivando su decisión en que los estudiantes de las universidades públicas de la India no tienen otra forma para acceder a los materiales académicos. Distinguiendo la copia de fragmentos de la obra para estudiar, a la copia del libro completo, porque si fuera el caso necesariamente lo tendrían que comprar.

Esto en España o en Estados Unidos no se aplica, porque el poder adquisitivo de las personas es diferente, por cuanto se concluye que el contexto incide en gran medida.

Por eso los criterios no tienen por qué dar los mismos resultados en todos los países.

Por lo que se concluye que primero hay que pasar por el tamiz de las excepciones listadas, y posterior analizar los criterios del uso justo. En el caso de España, en lo referente a las copias existen excepciones de copias parciales para la educación, el fin debe ser educativo, puro y exclusivamente sin fines de lucro, de lo contrario ya no sería considerado como uso justo. Así mismo es importante matizar, que no es lo mismo que la fotocopidora esté dentro de una Universidad que se le cobra el valor de la hoja por los costos y los gastos administrativos, a que sea un negocio orientado para sacar un beneficio económico.

#### **6.4. Análisis de Datos Estadísticos**

Para el desarrollo del presente sistema se ha procedido a obtener información del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) en referencia a los procedimientos administrativos desarrollados en la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, relativos a la figura del uso, en los años 2019 y 2020 respectivamente.

<b>PROCESOS ADMINISTRATIVOS SUSTENTADO A NIVEL LOCAL O NACIONAL, CONFORME LA FIGURA DEL USO JUSTO</b>	
<b>Año 2019</b>	<b>Año 2020</b>
<b>0</b>	<b>0</b>

**Fuente:** Servicio Nacional de Derechos - SENADI  
**Autor:** Ramiro Rodríguez Medina MSc.

### **Análisis de la autora:**

En respuesta al oficio presentado ante el Servicio Nacional de Derechos de Autor con fecha 22 de febrero manifiestan lo siguiente:

*“...Atendiendo el particular de la consulta cúpleme informar que la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI- a través de la Unidad de Observancia ha corroborado que no se han sustentado –a nivel local o nacional- procedimientos administrativos de observancia negativa o acciones interpuestas, en las que se alegue como pretensión la aplicación de las limitaciones y excepciones establecidas en los artículos 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCCI”.*

El presidente Lenín Moreno transformó al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), otorgándole nuevas responsabilidades y promoviendo la defensa de los derechos intelectuales, mediante el Decreto 356, el 3 de abril del 2018.

El SENADI, entre otras atribuciones tiene la de garantizar la adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCCI) y actuar en coordinación con las dependencias competentes en la negociación de tratados y otros instrumentos internacionales en materias relativas a propiedad intelectual y conocimientos tradicionales, de los cuales Ecuador es parte.

Por cuanto en una esfera presencial en vía administrativa, la institución competente para conocer los casos que se sustentan en los medios digitales, es el SENADI. Que tras los datos estadísticos proporcionados manifiesta la falta de aplicación de la figura de uso justo y la poca familiaridad entre el gremio jurídico, y los creadores de contenido en un marco jurídico presencial, bajo la legislación ecuatoriana en régimen de la propiedad intelectual.

Del mismo modo para el desarrollo del presente sistema se procedió a obtener información del Consejo de la Judicatura de Loja en referencia a los procedimientos judiciales enmarcados en la figura del uso, en los años 2019 y 2020 respectivamente.

<b>PROCESOS JUDICIALES SUSTENTADO A NIVEL LOCAL O NACIONAL, CONFORME LA FIGURA DEL USO JUSTO</b>
<b>Febrero Año 2021</b>
<b>0</b>

**Fuente:** Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

**Autora:** Ing. María Fernanda Dávila T.

En respuesta al oficio presentado ante el Consejo de la Judicatura de Loja con fecha 22 de febrero respondieron lo siguiente:

*Al respecto, la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, mediante Memorando-CJ-DNEJEJ-2021-0275-M, indica lo siguiente de atención de lo solicitado: "... Se realizó las consultas en las bases de datos de los registros administrativos contenidos en el Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) con la base a febrero 2021 y se determinó que no existe una variable*

*dentro de SATJE, que permita identificar lo solicitado, debido a que los registros, están a nivel de delitos, más no de derechos ni de doctrina...”*

La información obtenida por parte del Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, no se corresponde en su totalidad a lo solicitado en el oficio presentado ante el Consejo de la Judicatura, puesto que el resultado solamente abarca la información del mes de febrero del año 2021, sin embargo manifiesta a favor del desarrollo del presente proyecto que no se ha sustentado casos en vía judicial relacionados con la figura del uso justo. Lo que nuevamente manifiesta la falta de conocimiento de la figura en un prisma físico y judicial, así como la imposibilidad de aplicarla porque su desnaturalización en relación al fair use.

Así mismo se evidencia que un elemento clave para un progreso es la creatividad, que sin la aplicación debida de un uso justo, no sería posible la parodia, la crítica, comentarios, para crear nuevos contenidos.

## 7. DISCUSIÓN

### 7.1. Verificación de Objetivos

En el presente subtema se procede a analizar y a sintetizar los objetivos planteados en el proyecto de tesis legalmente aprobado, existiendo un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación son verificados.

#### 7.1.1. Objetivo General

El objetivo general que consta en el proyecto de tesis es el siguiente:

**“Desarrollar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado, respecto de la aplicación de uso justo, orientado al elemento de explotación de las obras derivadas, mediante la implementación del derecho a la transformación en la legislación ecuatoriana”.**

El presente objetivo se verifica con el desarrollo de la revisión de literatura ubicada en el punto cuatro de la tesis, en el cual se realiza un estudio conceptual determinado en el marco conceptual en el que se aborda las siguientes temáticas: Derecho de Propiedad Intelectual; Derechos de autor; Derechos morales; Derechos patrimoniales, Derecho de transformación; Uso justo y Obras derivadas; así mismo se desarrolló un estudio de las teorías y principios en el marco doctrinario analizando los siguientes temas: Historia de los derechos de autor; Las facultades de los derechos morales; Los derechos de autor desde la perspectiva del sistema continental y del sistema anglosajón; Reseña histórica del derecho de transformación; Características del derecho de transformación; Diferencia entre el derecho de transformación y el derecho de modificación; Test del *fair use* y Efecto de

enfriamiento de la libertad de expresión (*Chilling effects*); además se elaboró un estudio de las normas legales en el marco jurídico en el que se analizó e interpretó la Constitución de la República del Ecuador, a su vez se abordó el siguiente Instrumento Internacional: El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; La Declaración Universal de Derechos Humanos; así como los siguientes cuerpos legales nacionales: El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el Código Civil y el Código Orgánico Integral Penal; finalmente se desarrolló un estudio comparado analizando y estableciendo semejanzas y diferencias de la figura del uso justo en materia de la propiedad intelectual de las siguientes leyes: Código de Propiedad Intelectual de España; Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos (*Copyright Law of the United States*) y la Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania (*Urheber-und Verlagsrecht*). De esta manera queda demostrada la verificación del objetivo general.

#### **7.1.2. Objetivos Específicos.**

El primer objetivo se verifica de la siguiente manera: **“Establecer los parámetros específicos que se deben reformar en el Código de Ingenios respecto a la figura de uso justo”**.

Los parámetros específicos a reformar en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se desarrollaron a través de las preguntas planteadas con las técnicas de la encuesta y la entrevista, siendo los siguientes:

1. Implementación del derecho de transformación en el Código de Ingenios.

2. Considerar a las obras amparadas por el uso justo, como obras derivadas, para lo cual se reformará el concepto de “obras derivadas” vigente en el Código de Ingenios.
3. Reconocer con carácter de explotación (económico), a las obras amparadas por el uso justo.

Se procede a verificar este objetivo en referencia al primer parámetro a reformar “Implementación del derecho de transformación en el Código de Ingenios”; con la pregunta número cuatro de la entrevista: *¿Cree usted necesario la “implementación del derecho de transformación en el régimen de la propiedad intelectual amparado por la doctrina del uso justo para la explotación de obras derivadas?”*. A lo que las respuestas más representativas son las siguientes:

“Los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales no obligan, te apuntan a explicar qué es un uso transformativo, o cómo podría operar en la ley para determinados casos un uso transformativo, suma y muchísimo; y es lo que se está necesitando, criterios que expliquen cómo funcionan estos cinco pasos del artículo 211 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”.

“La incorporación de un derecho que defina qué se entiende por transformación, apunta a orientar de una mejor manera al juzgador que puede considerar cuales son los elementos transformativos cuando su fin es comercial, o cuando el autor aunque lo apunte con un tamiz educativo requiera sacar rédito de su labor”.

De igual manera, se verificó el primer parámetro a reformar: **“Implementación del Derecho de transformación en el Código de Ingenios”**, mediante el estudio del derecho comparado de la legislación española, a través su Código de Propiedad Intelectual, que define al derecho de transformación en el Artículo 21: *Transformación. 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. (...) 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderá al autor de esta última. (Código de Propiedad Intelectual, 2015, p.25).*

Con ello se determina que la nueva obra gozará de independencia y autonomía frente a su obra primigenia, por lo cual estará amparada por los derechos de autor y consecuentemente gozará de los derechos morales y patrimoniales que le corresponden, por consiguiente está facultado para beneficiarse de la explotación de su creación.

Un tercer medio para verificar el primer parámetro del presente objetivo específico es el caso n°1 analizado: Enchufetv vs Televisa, puesto que refleja la importancia del desarrollo minucioso de una normativa. El artículo 212 en el numeral 13 reconoce a las parodias como un acto que no requiere autorización para emplearlas sin autorización, no se limita a mencionar en qué casos procede, además agrega dos condicionantes para evaluar si un material constituye una parodia. En el presente caso se pretende que se reconozca a la figura del uso justo con una finalidad comercial, y para ello se valora que dicha obra haya experimentado una transformación sustancial, es por ello menester incorporar el derecho de

transformación que explique a los jueces y autoridades competentes a que hace alusión una transformación.

Para la verificación del segundo parámetro a reformar: “**Considerar a las obras amparadas por el uso justo, como obras derivadas, para lo cual se reformará el concepto de “obras derivadas” vigente en el Código de Ingenios**”, se lo realizó mediante el estudio del derecho comparado con El Código de Propiedad Intelectual de España, el cual determina en el artículo 11, que las obras derivadas son: *sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1. ° Las traducciones y adaptaciones. 2. ° Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3. ° Los compendios, resúmenes y extractos. 4. ° Los arreglos musicales. 5. ° Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.* (Código de Propiedad Intelectual, 2015, p. 21).

A diferencia de la legislación ecuatoriana, no indica que las obras derivadas requieran de la autorización previa del autor, puesto que de esta manera actualmente las obras transformadas amparadas por el uso justo, no gozan de protección intelectual; de ahí se deviene la relevancia de reformar el concepto de obras derivadas en el Código Orgánico de la Economía Social, de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Por cuanto se le puede y debe reconocer sus propios derechos a las obras creadas con fines lucrativos.

Así mismo se logró verificar el segundo parámetro mediante el estudio de derecho comparado con la legislación estadounidense, con la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos (Copyright Law of the United States), el artículo 101, define a la obras derivadas (*derivative work*), como objeto de la transformación que consiste en

una obra basada en uno o más obras preexistentes, tales como una traducción, un arreglo musical, una dramatización, una ficción, una versión cinematográfica, una grabación sonora, una reproducción artística, un resumen, compendio, o cualquier otra forma en la cual una obra pudiera ser remodelada, transformada o adaptada.

Una obra consistente en revisiones editoriales, anotaciones, elaboraciones u otras modificaciones, las cuales en conjunto representan una obra de autor original, son una obra derivada. (Copyright Law of the United States, 1988, p.22).

En relación al parámetro número tres **“Reconocer con carácter de explotación (económico), a las obras amparadas por el uso justo”**, se procede a verificar con la técnica de la entrevista con la pregunta número dos: *“¿Considera necesario que se reconozca el carácter de explotación legítima de las obras creadas bajo la figura del uso justo, en Ecuador?”*

Las respuestas de la presente interrogante se determinaron de la siguiente forma: El uso justo es caso a caso. Puede haber un vídeo que constituya un uso justo, y puede que otro no lo sea. Pero si las redes sociales pagan por los vídeos o contenido que emplea el uso justo, la normativa de Ecuador debería estar acorde a la plataforma en disputa. Las políticas del *fair use* de YouTube, permiten que los youtubers impartan su conocimiento a modo de enseñanza. Por ejemplo, el español Jaime Altozano, enseña música empleando en gran medida la figura de uso justo con una finalidad educativa. En uno de sus vídeos *“¿Por qué la música de Harry Potter suena tan mágica?”*, replica la melodía original de la película mencionada, interpretada por él (valor agregado) y por esta actividad la plataforma lo retribuye económicamente.

Si extrapolamos el mismo ejemplo con algún creador digital ecuatoriano, que tiene como actividad económica lo que le deviene de su trabajo en estas plataformas, y si la misma eliminase uno de sus vídeos o lo desmonetiza generaría un detrimento directo en su patrimonio. En vía administrativa las plataformas carecen de garantías constitucionales básicas, por ello es necesario que la persona ecuatoriana presente su defensa del caso amparado en la figura del uso justo bajo la legislación ecuatoriana. Sin embargo se encuentra con un problema, el mismo se gesta al momento en que Ecuador solamente reconoce el uso justo con fines educativos, más no lucrativos. Por cuanto el creador de contenido queda desprotegido tanto por la plataforma en cuestión, como por la legislación ecuatoriana.

Por ello dos de los parámetros a reformar en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación es: la implementación del derecho de transformación, que las obras debidamente reconocidas como uso justo gocen del carácter de ser explotadas económicamente y a su vez sean consideradas como obras derivadas, para que las mismas gocen de protección.

Del mismo modo, la verificación del tercer parámetro de lo obtuvo con el estudio del derecho comparado de la legislación alemana, según la Ley de Derechos de Autor de este país: El uso justo en Alemania es traducido como “uso libre” (*freie Benutzung*). En su Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania 24, “*freie Benutzung*”, al uso libre, se lo considera como “Una obra independiente creada por el uso libre de la obra de otra persona puede ser publicada o explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada”. (Ley de derechos de autor y publicación de Alemania, 1965, p.16).

Para finalizar se verificó este tercer parámetro con el análisis del Caso N°2 P.C (fotógrafo) vs R.P (artista), el demandado que en este caso es el artista arma su defensa amparado en el uso justo frente a una posible infracción por derechos de autor, cuya naturaleza con la que emplea el uso justo no posee una finalidad educativa, investigativa o informativa, sino meramente lucrativa. En segunda instancia se reconoció que su material está enmarcado en el uso justo, y al perseguir una finalidad comercial, se evalúa la transformación sustancial de la nueva obra que bajo el criterio del juez determinó que tiene los suficientes elementos transformativos para reconocerlo como una nueva obra, amparado en el uso justo, y revestido de un objeto comercial.

Por cuanto se puede concluir que en la legislación alemana se reconoce expresamente el derecho a explotar la obra transformada, siempre y cuando cumpla los parámetros de que ambas obras sean notoriamente diferenciables, dando la facultad de que los generadores de las nuevas obras, se puedan beneficiar de su trabajo y al mismo tiempo proteger el mismo.

El segundo objetivo se verifica de la siguiente manera: **“Visibilizar una realidad digital y jurídica a los estudiantes y profesionales del derecho, mediante la difusión de la presente investigación jurídica”**

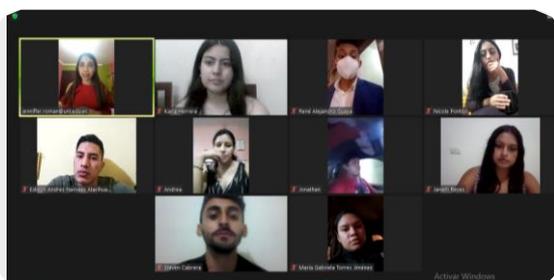
El segundo objetivo específico se procedió a verificar mediante una reunión a través de la plataforma digital zoom, mediante la cual se convocó abiertamente a estudiantes y profesionales del derecho, con el objeto de verificar el presente objetivo específico.

En reunión se estructuró y abordó los temas en el siguiente orden:

*¿Qué es el uso justo? La figura del uso justo en la legislación ecuatoriana; El reconocimiento del uso justo con una finalidad comercial; La incorporación del derecho de transformación en materia de propiedad intelectual; ¿Qué son las obras derivadas?; ¿Por qué las obras amparadas por el uso justo deberían gozar de protección intelectual?*

Mismas temáticas que se han desarrollado debidamente en el presente trabajo de investigación jurídica. Como conclusión de la dinámica, mediante la técnica de preguntas directas a los participantes de la reunión, la mayoría de los participantes de la reunión reconocieron desconocer de la existencia de la figura del uso justo de forma general, así como ignoraban que Ecuador contase con dicha figura en materia de propiedad intelectual.

*Imagen N°1 de la Reunión por Zoom*



*Imagen N°2 de la Reunión por Zoom*

Así mismo el segundo objetivo específico se verifica mediante la aplicación de la técnica de encuesta a través de la pregunta cuatro: *¿Cuáles de los siguientes casos considera usted que está amparado por el uso justo? Siendo las posibles alternativas las siguientes?:*

- a. AuronPlay
- b. Adaptación de obras literarias al cine
- c. Otras.

Con la presente técnica, se pretendió que los encuestados identifiquen cuando una obra puede estar enmarcada bajo el empleo de la figura del uso justo, como una forma de visibilizar el reconocimiento y familiarización con las obras enmarcadas en esta figura.

Más de la mitad de los encuestados correctamente consideraron que los vídeos reacciones del youtuber AuronPlay corresponden a esta figura. Mientras que una minoría de los encuestados contestaron como contenido amparado por el uso justo la adaptación de una obra literaria a una obra cinematográfica, en este caso se requiere de la autorización previa del autor correspondiente, puesto que no está amparados por el *fair use*, dado que “copian” la obra original pero en un formato diferente.

Mediante el empleo del análisis datos estadísticos debidamente proporcionados por las respectivas instituciones públicas, se procedió a verificar el segundo objetivo específico, a través de los datos estadísticos obtenidos por El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) en referencia a los casos sustentados en vía administrativa a nivel local y nacional en los años 2019 y 2020 enmarcados en la figura del uso justo; así como los requeridos al Consejo de la Judicatura, mediante la

Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial; en esta ocasión casos sustentado en vía judicial, de igual manera enmarcados en la figura del uso justo. El análisis de los datos proporcionados por ambas instituciones converge en que no se han sustentado en ninguna de las vías respectivas en ningún caso de defensa por infracción de derechos de autor, amparados en la figura del uso justo en Ecuador. Lo cual demuestra la falta de aplicabilidad de esta figura, cuyos factores pueden variar o incluso aunarse, al desconocimiento y/o incongruencia en la normativa vigente para una correcta aplicación de la figura del uso justo.

De la misma manera, para verificación del presente objetivo específico, se pone en consideración una de las respuestas concretas a una de las entrevistadas, que tiene un amplio conocimiento de la figura del uso justo, quien manifestó en una de las contrapreguntas lo siguiente: *“En ningún país de Latinoamérica, inclusive Ecuador que hoy tiene la figura del uso justo, existe ningún tipo de práctica o de aproximación a través de la experiencia, sentencias, tribunales, materiales como para poder analizarla en contexto. Cuando haces entrevistas a juristas latinoamericanos, van a hablar desde un punto de vista muy teórico, de lo que han leído y con respecto a cómo está funcionando en otros países”*. Lo cual refuerza la ausencia de la práctica real de esta figura en la legislación ecuatoriana, azuzada por una falta de familiaridad en un terreno pragmático.

El tercer objetivo se verifica de la siguiente manera: **“Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo”**.

Se procede a verificar este objetivo con la aplicación de las técnicas de la encuesta y entrevista respectivamente. En primer lugar se verifica con la técnica de encuesta,

con la pregunta número cinco *¿Considera usted necesario elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo?*. Los encuestados manifestaron estar de acuerdo en establecer un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en miras de la implementación del derecho de transformación, a fin de obtener un criterio uniforme y sólido con respecto a la figura del uso justo en la legislación ecuatoriana. Así como el reconocimiento de que las obras amparadas bajo el uso justo, sean consideradas como obras derivadas, y a su vez se las reconozca con un carácter de explotación de las mismas.

Y por último a través de la primera pregunta de la técnica de la entrevista, se verificó el presente objetivo, dado que se manifiesta la vulneración de derechos constitucionales a los generadores de contenido digital, que afianza el hecho de elaborar un Proyecto de Reforma al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La cual versa así: *“¿Está de acuerdo usted, que se vulneren garantías constitucionales concernientes al debido proceso en las plataformas digitales, cuando emplean la figura del uso justo?”*

La mayoría manifiestan que efectivamente existe una vulneración de derechos constitucionales en los medios digitales, que se materializa cuando los mediadores, que son las plataformas digitales de manera directa y evidente, vulneran derechos constitucionales como el debido proceso, que al mismo tiempo contemplan otros derechos como el derecho a la defensa que se ven consecuentemente afectados. Además se deviene de ello la lesión de otros derechos vulnerados como el derecho a

la libertad de expresión, el derecho a la educación, a la tutela judicial efectiva y consecuentemente todo ello desestabiliza el derecho a la seguridad jurídica.

## **7.2. Contrastación de la Hipótesis.**

La hipótesis que consta en el proyecto de tesis legalmente aprobado es la siguiente:

**“La ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura de uso justo. Que a su vez, inobserva el elemento lucrativo en la legislación ecuatoriana, sobre las obras derivadas”.**

La ausencia del derecho de transformación no permite que el legislador tenga pautas para orientarse en saber que se puede considerar como carácter transformativo, cuando el amparado del uso justo persigue un fin lucrativo, para que una obra sea enmarcada como obra derivada, y goce de los beneficios de los derechos de autor.

Se procede a contrastar la hipótesis con la aplicación de la de la técnica de la entrevista, mediante la pregunta número tres: *“¿Considera usted que la ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura de uso justo?”*

La mayoría de los entrevistados están de acuerdo que es necesario que el derecho de transformación esté consagrado como un derecho expreso en el régimen de la propiedad intelectual, se vertieron las siguientes respuestas puntuales: “La moderación de contenido es necesaria, bloquean contenido por derechos de autor, pero no cuando hay violencia, discursos de odio etc.” (...)

“Claro que sí, en medio de la pandemia, en la reinvención muchos DJ’S empezaron a transmitir en Facebook Live sus mezclas, hubo unos que no tuvieron problema y de algún modo se sostuvieron, pero a otros inmediatamente les cortaban las transmisiones o se las silenciaron; se debe respetar los derechos de autor, pero en dónde se determina qué puedo o no hacer, ¿puedo usarlo un minuto, dos minutos o no lo puedo usar? (...) Me parece sumamente importante que existan esas pautas para saber qué se entiende como transformación”.

“Se debería interponer directrices, en vía administrativa y judicial para definir qué es lo que se puede hacer o no al emplear el uso justo, y una solución sería la incorporación del derecho de transformación en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, y al mismo tiempo tener el apoyo de criterios doctrinarios”.

Por último, se procedió a verificar el tercer objetivo específico, mediante el estudio del derecho comparado de la legislación de Estados Unidos, mediante **Ley Derechos de Autor de Estados Unidos (Copyright Law of the United States)** la doctrina del *fair use*, denominada y traducida al español como el “uso justo” contemplada en la sección 107 ibídem, título 17 del Código de los Estados Unidos; el cual establece cinco criterios doctrinales para la aplicación del *fair use*:

*(...) En la determinación si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo los factores para ser considerado incluirá:*

- 1. El propósito y carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro;*
- 2. La clase del derecho de autor de la obra;*

3. *La cantidad y consistencia de la porción utilizada en relación con el derecho de autor de la obra en su totalidad; y*
4. *El efecto de su uso sobre el mercado potencial o valor del derecho del autor de la obra. (Copyright Law of the United States, 1988, p.39).*

Este análisis doctrinario realizado por la Suprema Corte de Estados Unidos, permite evaluar cuando una producción, obra o material está amparado por el *fair use*, cuya valoración obedece al análisis de cada caso de forma individualizada. El primer punto: el propósito y carácter de uso, determina con qué finalidad se está empleando el *fair use*, que puede ser sin fines de lucro o comercial. Cuando el propósito es sin fines de lucro, hay un mayor porcentaje que los jueces consideren que el contenido es *fair use*, contrariamente cuando su carácter es comercial, se debe comprobar en qué medida la obra ha sido transformada, y en qué grado se le da ese valor agregado para ser considerada como una nueva obra independiente de la preexistente. Por lo tanto es pertinente entender qué se considera como derecho transformativo, según la naturaleza de la obra conflicto.

### **7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal.**

La figura del uso justo en la legislación ecuatoriana tiene un marco normativo incompleto, puesto que impide una adecuada aplicación de esta figura en el país, a través del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) o en sede judicial en Ecuador. Una de las medidas a incorporar es el derecho de transformación, el mismo que servirá para que los juzgadores o autoridades competentes puedan evaluar la medida en que se considera cómo elementos transformativos, cuando se reconozca que la figura del uso justo persiga con una finalidad comercial. De esta

manera, tendrá congruencia con el uso justo que se promulga en los medios digitales, en beneficio de los creadores de contenido que se amparan en ella, cuando su fin sea comercial, para explotar la obra a su favor. Para ello se debe incorporar el derecho de transformación, el que tiene un reconocimiento internacional por primera vez en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). El primer país que lo implementó fue Francia, estableciendo un término doctrinario como “buena imitación” para amparar las obras transformadas y “mala imitación” aquellas que constituían plagio. La característica de la transformación, no solamente se centra en el derecho de modificar una obra, sino en obtener un beneficio económico de la misma.

Uno de los derechos lesionados en los medios digitales con recurrencia, es el derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Por cuanto es primordial que los casos amparados bajo la figura del uso justo, se sustenten fuera del área administrativa de las plataformas digitales, y se realice en la vía administrativa y/o judicial en Ecuador. Para lo cual, se debe contar con una normativa sólida y aplicable, para que la figura del uso justo sea empleada adecuadamente. Por cuanto para que surta los efectos esperados, es necesario el reconocimiento comercial que persigue el uso justo, y para ello se deberá incorporar el derecho de transformación en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, a fin de evaluar qué se considera como elementos transformativos, requisito indispensable cuando se persiga un fin lucrativo con la nueva creación, que se ampara su defensa en un uso justo.

Con los resultados obtenidos del derecho comparado entre la legislación española, estadounidense y alemana se obtiene que cuentan con la incorporación del derecho

de transformación en su respectivo régimen de propiedad intelectual, derecho inexistente actualmente en la legislación ecuatoriana. Así mismo, las tres legislaciones contemplan a las obras derivadas como nuevas producciones, en cuyo proceso emplearon obras de terceros, que finalmente son consideradas como obras nuevas, que gozan de independencia, sin autorización del autor de la obra u obras primigenias anteriores. Lo que consecuentemente gozarán de los beneficios de los derechos de autor, como las facultades morales y los derechos patrimoniales. Contrariamente a la legislación ecuatoriana, que no puede reconocer a las obras amparadas por el uso justo como obras derivadas, dado que mencionan que es necesario la autorización de los autores, para otorgarles este carácter, contraponiendo la naturaleza del uso justo, que se afianza precisamente en el empleo de contenido de terceros sin la autorización de los autores de los que utilizan fragmentos de su contenido.

Existe una grave vulneración de los derechos constitucionales en la esfera digital con mayor hincapié a los generadores de contenido y en menor medida a los usuarios de dichas plataformas. Aún más cuando se sustentan casos de uso justo en la vía administrativa de estas plataformas. Por lo que la normativa que enmarca el uso justo en el ámbito administrativo y judicial de Ecuador, debe contar con una normativa sólida que permita la correcta aplicación de la figura, generando sentencias y doctrina que promuevan su aplicación, y al mismo tiempo se proteja a los generadores de contenido con garantías constitucionales mínimas apegadas a derecho. En la caucásica analizada, en el caso de Televisa vs Enchufetv, la controversia legal se enmarca en que si la parodia era legal, lo que se evidenció no solo por ser una excepción para el empleo del uso justo, sino de los dos criterios a

considerar para evaluar si la parodia está amparada por el uso justo. En la misma medida en que ambos criterios le sirven a los juzgadores para determinar si una parodia es uso justo, se debería extrapolar la misma esencia al derecho de transformación, en el sentido de que se establezca qué es transformar una obra para sacarle rédito, con el objeto de que los jueces puedan verter una mejor decisión y así mismo motivar dichas decisiones judiciales. Así como los resultados de los análisis obtenidos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales y del Consejo de la Judicatura, se aprecia que no hay aplicación de esta figura en el ámbito pragmático, azuzado por el desconocimiento y/o la ausencia de normativa que impide que sea adecuadamente aplicada.

Por lo expuesto se evidencia la necesidad de reformar el Art. 105 obras derivadas del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que permitirá que las obras amparadas por el uso justo puedan tener la protección singularizada por sus obras. De la misma manera se propone la incorporación del derecho de transformación, como un artículo innumerado, en el párrafo segundo de las limitaciones y excepciones (del autor), para determinar qué es lo que se entiende por transformación, necesario cuando la finalidad del contenido de uso justo sea comercial. Y por último que se reforme el numeral 2 del artículo 211, con respecto a los objetivos y la naturaleza del uso justo, incluyendo si es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro.

## 8. CONCLUSIONES

Una vez desarrollado la revisión de literatura y la investigación de campo se procede a las siguientes conclusiones:

1. En las plataformas digitales como YouTube, Facebook e Instagram, se vulneran derechos constitucionales tales como las garantías al debido proceso, el derecho a la libertad de expresión y a la educación.
2. Ecuador actualmente reconoce a la figura del uso justo con una finalidad académica, investigativa o informativa, inobservando la naturaleza comercial, presente en la legislación de Estados Unidos, España y Alemania.
3. De acuerdo al estudio del derecho comparado entre España, Alemania y Estados Unidos y sus respectivos códigos en materia de propiedad intelectual, se contempla el reconocimiento del Derecho de Transformación en sus respectivas legislaciones.
4. El derecho de transformación en España, Alemania y Estados Unidos genera obras nuevas cuya autoría es independiente de su predecesora, y se puede explotar económicamente.
5. En el Ecuador las creaciones amparadas en el uso justo no gozan de protección intelectual, lo que lesiona el artículo 22 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
6. Las obras creadas bajo la figura del uso justo en el Ecuador deberían considerarse como obras derivadas, puesto que se tratan de obras transformadas, reconocidas así por la doctrina.
7. Mediante las técnicas de encuestas, entrevistas, reuniones telemáticas con el presente trabajo investigativo se logró visibilizar la figura del uso justo entre

estudiantes y profesionales del derecho, quienes en mayor medida desconocían de esta figura.

8. De los resultados de los datos estadísticos obtenidos de las instituciones del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) y del Consejo de la Judicatura, se concluye que la figura del uso justo en Ecuador no es aplicada en vía administrativa, mediante el SENADI ni en vía judicial mediante acciones legales.
9. De los resultados de las entrevistas y encuestas, se observa que existe la necesidad de reformar el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, con la implementación de la figura del derecho de transformación, a fin que se reconozca la naturaleza comercial del uso justo en Ecuador.

## 9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se estima procedente exponer en la presente tesis son las siguientes:

1. Sugiero al Estado ecuatoriano velar por la seguridad jurídica en materia de Propiedad Intelectual, en los casos que se sustenten en la vía administrativa de los medios digitales. A fin de que se prosiga los casos en vía administrativa y judicial bajo la legislación ecuatoriana, para garantizar los derechos constitucionales como el debido proceso y la libertad de expresión.
2. Propongo a la Asamblea Nacional reformar el Código de Ingenios en su parte pertinente, el numeral 1 del artículo 211, para que se reconozca al uso justo con una finalidad comercial, adicional a las que actualmente se contemplan.
3. Propongo a la Asamblea Nacional la incorporación del derecho de transformación en el Código de Ingenios, el cual será vital para que los jueces o autoridades administrativas de la SENADI, posean directrices para determinar qué es transformar, cuando un contenido se ampare en el uso justo con una finalidad comercial.
4. Sugiero a los Jueces en materia de Propiedad Intelectual que al emplear la doctrina desarrollada, se declaren sentencias que a su vez genere jurisprudencia aplicable en materia del uso justo.
5. Propongo al SENADI, proteger a las obras creadas bajo el uso justo que tengan una finalidad comercial para estar acorde a lo que determinan los artículos 22 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos respectivamente.

6. Propongo a la Asamblea Nacional la reforma del artículo 105 en su parte pertinente, para que se establezca un nuevo concepto de las obras derivadas, que tome en consideración el contenido creado bajo la figura del uso justo, dado que también se deben considerar como obras derivadas.
7. Sugiero al Servicio Nacional de Derechos de la Propiedad Intelectual que conforme comisiones de seguimiento, revestido de la potestad de generar regulaciones específicas que ejemplifiquen cómo funciona el uso justo, con casos prácticos, por ejemplo una guía del uso justo en el ámbito académico, tecnológico etc.
8. Recomiendo a las Facultades de Derecho de las Universidades de Ecuador implementar en la malla curricular, en la asignatura de la Propiedad Intelectual, el conocimiento doctrinario y práctico sobre la figura del uso justo, así como hacer hincapié en su importancia en la actualidad.
9. Propongo a la Asamblea Nacional de Ecuador, el presente proyecto de reforma legal para que sea aprobado a fin de que garantice los derechos constitucionales de los generadores de contenido, implementando el derecho de transformación, teniendo como finalidad que se observe el objeto comercial de la figura del uso justo y que las obras creadas bajo este precepto, sean consideradas como obras derivadas y gocen de la debida protección intelectual.

## 9.1. Proyecto de Reforma legal

### REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### ASAMBLEA NACIONAL

#### CONSIDERANDO

**Que:** el Art.22 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

**Que:** el numeral 1 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 2.- Presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada 3.- (...) que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

**Que:** el literal a) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador determina que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala que se debe contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

**Que:** el Art. 12 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas señala que los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.

**Que:** el Art. 105 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, determina en referencia de las obras derivadas que sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria, se protegen como obras derivadas las adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, otras transformaciones de una obra en la medida en que la obra derivada sea original y que haya contado con la autorización del titular de los derechos sobre la obra originaria.

**Que:** el numeral 1 del Art. 211 Código Orgánico de la Economía social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación con respecto al uso justo establece que los objetivos y la naturaleza del uso; que el numeral 2 del Art. 211 ibídem indica la naturaleza de la obra; que el numeral 3 del Art. 211 ibídem determina la cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso; el numeral 4 del Art. 211 ibídem señala que el efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y, el numeral 5 del Art. 211 ibídem indica el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.

**Que:** que el numeral 13 del Art. 212 del Código Orgánico de la Economía social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación establece que sátira, pastiche o

parodia de una obra divulgada, siempre que se ajuste a la reglas de estos géneros, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor o del artista intérprete o ejecutante, según el caso. En ningún caso esta utilización podrá constituir una explotación encubierta de la obra.

**Que:** la ausencia del derecho de transformación en materia de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana, impide que se reconozca el objeto comercial del uso justo, puesto que solo se lo empela con fines docentes o de investigación. Que al mismo tiempo mina la creatividad del creador, al no reconocer protección por su creación como obra derivada.

El uso de las atribuciones que le confiere el numeral el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional resuelve expedir la siguiente:

## **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN.**

**Art. 1.** Sustitúyase el artículo 105 por el siguiente:

*“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales, se protegen como obras derivadas las adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, así como cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”.*

**Art. 2.** En el Párrafo Segundo de las limitaciones y excepciones, incorpórese un artículo innumerado que dirá:

*“Art.... Derecho de transformación:*

- 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*
- 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderá al autor de esta última. .*

**Art. 2.** Sustitúyase el numeral 2 del artículo 211, por el siguiente:

*“Los objetivos y la naturaleza del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro”.*

**Artículo Único:** Quedan derogadas las normas jurídicas que se opongan a esta reforma legal.

**Disposición Final:** La presente Ley reformativa entrará en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones en la Asamblea Nacional, en el Distrito Metropolitano de la ciudad de San Francisco de Quito, a los dos días del mes de marzo del año 2021.

f. ....

f. ....

**Presidente de la Asamblea Nacional**

**Secretario**

## 10. BIBLIOGRAFÍA

### Obras Jurídicas

1. ALTABA, Marc. (2017). El Derecho De Transformación en La Ley De Propiedad Intelectual Española. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, España.
2. AYLLÓN, Héctor. (2014). El derecho de transformación de las obras del espíritu. Editorial Reus, S.A. Madrid, España.
3. BARRERA, Senead. (2016). Derecho moral de integridad de la obra: análisis a su infracción. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
4. BECERRA, Manuel (2004). La propiedad intelectual en transformación. Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Estudios jurídicos, Núm. 72. México, D. F
5. BULLINGER, Wandtke. (2009). Comentarios prácticos sobre derechos de autor. Editorial Beck Verlag. Múnich, Alemania.
6. CABALLERO, Luis. (2004). Derechos de autor, para autores. Librería, S.A. México DF, México.
7. CAPITANT, Henri. (2006). Vocabulario Jurídico. Editorial: Ediciones Depalma. Santiago, Chile.
8. CASTILLA, Margarita. (2003). En torno a los derechos morales de los creadores, características, ámbito y límites. Editorial Reus S.A. Madrid, España.
9. COLOMBET, Claude. (1997). Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Press. Madrid, España.
10. CORNISH, William. (2007). Propiedad intelectual: patentes, derechos de autor, marcas registradas y derechos conexos. Editorial Sweet & Maxwell. Londres, Reino Unido.

11. CUADROS, Alfredo. (2016). Propiedad Intelectual Pop, donde la Cultura Jurídica y la Geek se fusionan. Editorial Bebookness. España.
12. DESBOIS, Henri. (1978). Derechos de autor en Francia. Editorial Dalloz. París, Francia.
13. DIEZ, Luis. (1991). Sistema de Derecho Civil, volumen III. Editorial Tecnos. Madrid, España.
14. DOCK, Marie. (1974). Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria. Revista Internacional de Derechos de Autor. Francia.
15. DUMAS, Roland. (1987). Propiedad literaria y artística. Presses universitaires de France (Imprentas universitarias de Francia). Francia.
16. ESPÍN, Diego. (1991). Las facultades del derecho moral de los autores y artistas. Editorial Civistas. Madrid, España.
17. MUNZER, Stephen. (2000). Ensayos Nuevos en la Teoría Legal y Política de Propiedad. Prensa de la Universidad de Cambridge. Reino Unido.
18. GALACHO, Antonio. (2014). La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor. Editorial Aranzadi. Navarra, España.
19. GADER-SHAFRAN, Rachel. (2007). Diccionario de Derecho de Propiedad Intelectual. Prensa de la Revista de Derecho. Nueva York, Estados Unidos.
20. HERRERA, Humberto. (1992). Iniciación al Derecho de Autor. Editorial Limusa, S.A. México.
21. HERRERA, Luisa. (2015). La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital. Revista la Propiedad Inmaterial No.29. Bogotá-Colombia.
22. LEVAL, Pierre. (1990). Hacia un estándar de uso justo. Revista de leyes de Harvard. Cambridge, Estados Unidos.
23. LIPSZYC, Delia. (1993). Derechos de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/Cerlalc/Zavalía. Buenos Aires, Argentina.

24. MAYOR, María. (2006). La obra cinematográfica derivada de otra obra cinematográfica: remakes, segundas o sucesivas partes y otros supuestos. Revista Aranzadi de derecho patrimonial.
25. MÉNDEZ, Ricardo. (2012). Propiedad intelectual, reflexiones. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
26. OHLY, Ansgar. (2014). Derechos de autor en el mundo digital. Editorial Beck Verlag. Múnich-Alemania.
27. PALMER, Tom. (1990). ¿Están las patentes y los derechos de autor moralmente justificados? La filosofía de los derechos de propiedad y los objetos ideales. Revista de Leyes y Políticas Públicas de Harvard. Estados Unidos.
28. PEREIRA, Hugo. Los derechos morales y patrimoniales del autor de obra literaria en la Legislación Ecuatoriana. Edición Universidad de los Dos Hemisferios. Quito, Ecuador.
29. PROAÑO, Marco. (2009). El Derecho de Autor con referencia especial a la Legislación Ecuatoriana. Editorial Fray Jodoco Ricke. Quito, Ecuador.
30. RANGEL, David. (1998). Derecho Intelectual. Editorial McGraw Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México
31. RAMS, Joaquín. (2010). Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual. Editorial Reus, S.A. Madrid, España.
32. REESE, Anthony. (2008). Transformación y derecho laboral derivado. Revista de Derecho y Artes de Columbia, vol. 31, No. 4. Columbia, Estados Unidos.
33. RENGIFO, Ernesto. (1996). El moderno derecho de autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
34. RODRÍGUEZ, Sofía. (2004). La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

35. ROGEL, Carlos. (2006). Los límites del derecho de autor. Editorial Reus, S.A. Madrid, España.
36. SOLORIO, Oscar (2010). Derecho de Propiedad Intelectual. Oxford University Press México. Ciudad de México, México.
37. STIM, Richard. (2019). Obtener permiso, uso y concesión de licencias de materiales protegidos por derechos de autor en línea y fuera de línea. Nolo, séptima edición. Estados Unidos.
38. UCHTENHAGEN, Ulrich. (1990). La importancia económica del derecho de autor, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT), Ed. Ministerio de Cultura, Año III, No. 27. Buenos Aires, Argentina.
39. VEGA, Alfredo. (2010). Manual del Derecho del Autor. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Unidad Administrativa especial del Ministerio del Interior y de Justicia. Bogotá, Colombia.
40. VEGA, José. (1990). Derecho de Autor. Editorial Tecnos. Madrid, España.
41. VEGA, José. (2018). El plagio como infracción de los derechos de autor. Editorial Reus, S.A. Madrid, España.
42. VENDRELL, Carles. (2017). Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Tirant Lo Blanch. Valencia, España.
43. TACTUK, Aurora . (2009). El derecho de transformación, Especial referencia a la parodia Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. España.
44. Weinstein José.(2004). Derecho de autor, un desafío para la creación y el desarrollo. Editorial Lom. Santiago, Chile.

**Leyes:**

45. Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París - Francia.
46. CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial Suplemento 46 FECHA: 24 de junio de 2005 (2016). Ediciones Legales. Quito Ecuador.

47. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, Registro Oficial 899 De 9 de diciembre de 2016. Ediciones Legales. Quito – Ecuador.
48. CÓDIGO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2015.
49. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449 De 20-Oct.-2008 (2015). Ediciones Legales. Quito – Ecuador.
50. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886
51. Código de los Estados Unidos, describe la ley de derechos de autor de los Estados Unidos. §107. Limitaciones de los derechos exclusivos: uso justo, 1947.
52. Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania. (*Urheber-und Verlagsrecht*) 1901.
53. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

**Linkografía:**

54. Instituto Autor. (2017) ¿Qué son obras derivadas? Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/corp-ayudaP2.aspx?i=300>
55. YouTube About (2005). ¿Qué es el uso justo? Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <https://www.youtube.com/intl/es-419/about/copyright/fair-use>
56. YouTube About (2005). Derechos de autor en YouTube. Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <https://www.youtube.com/intl/es-419/about/copyright/#support-and-troubleshooting>
57. Repositorio U Chile (2016) Derecho moral de la integridad de la obra. Recuperado el 4 de enero de 2021, a partir de:

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144393/Derecho-moral-de-integridad-de-la-obra-an%C3%A1lisis-a-su-infracci%C3%B3n-spot-publicitario-y-otros-casos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

58. YouTube (2014). Enchufe Tv y el chavo del ocho. Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <https://www.youtube.com/watch?v=dqEeIpVeBvM>

59. Propintel (2011). Concluye controversial caso de derechos de autor en el mundo del arte contemporáneo. Recuperado el 4 de enero de 2021 <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>

60. REESE, Anthony. (2008). Transformación y derecho laboral derivado. Recuperado el 21 de mayo de 2021 <https://ssrn.com/abstract=2071439>

61. Copyright and fair use Stanford.(2005). <https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/>

## 11. ANEXOS

### 11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas



**Universidad Nacional de Loja**  
**Facultad Jurídica Social y Administrativa**  
**Carrera de Derecho**

Distinguido profesional del Derecho.-

De manera respetuosa solicito, se designe contestar las siguientes preguntas, de esta entrevista que versa sobre el título: **“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”**, resultados que servirán para la culminación de la investigación jurídica.

De antemano agradezco su colaboración:

#### **Cuestionario**

1. ¿Está de acuerdo usted, que se vulneren garantías constitucionales concernientes al debido proceso en las plataformas digitales, cuando emplean la figura del uso justo?
2. ¿Considera necesario que se reconozca el carácter de explotación legítima de las obras creadas bajo la figura del uso justo, en Ecuador?
3. ¿Considera usted que la ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura de uso justo?
4. ¿Cree usted necesario la “implementación del derecho de transformación en el régimen de la propiedad intelectual amparado por la doctrina del uso justo para la explotación de obras derivadas (transformadas)”?
5. ¿Qué alternativas de solución daría usted frente al problema planteado para garantizar el derecho debido proceso y consecuentemente a la seguridad jurídica en los medios digitales en vía administrativa?

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**



**Universidad Nacional de Loja**  
**Facultad Jurídica Social y Administrativa**  
**Carrera de Derecho**

Distinguido profesional del Derecho.-

De manera respetuosa solicito, se designe contestar las siguientes preguntas, de esta encuesta que versa sobre el título: **“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”**, resultados que servirán para la culminación de la investigación jurídica.

***Nota:** El uso justo es una figura en materia de propiedad intelectual, que permite reutilizar material protegido por derechos de autor, sin autorización previa.*

De antemano agradezco su colaboración:

**Cuestionario**

1.- ¿Considera usted, que la legislación nacional debe regular en qué medida se debe transformar una obra preexistente, para estar amparada por la doctrina de Uso Justo?

SI ( )

NO ( )

**PORQUE**.....  
.....  
.....  
.....

2.- ¿Considera que el uso justo se aplica en la misma medida, ya sea en vía administrativa o en vía judicial, ante un juez ante contiendas digitales en materia de propiedad intelectual?

SI ( )

NO ( )

**PORQUE**.....  
.....  
.....  
.....

3.- ¿Considera que en vía administrativa de las plataformas digitales se vulneran garantías básicas del derecho, como el debido proceso de los generadores de contenido digitales?

**SI ( )**

**NO ( )**

**PORQUE**.....  
.....  
.....  
.....

4.- ¿Cuáles de los siguientes casos considera usted que está amparado por el uso justo?

a.- Vídeo reacción (Caso AuronPlay ) ( )

b.- La adaptación de una obra literaria a una obra cinematográfica ( )

c.- Otras: .....

5.- ¿Considera usted necesario elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código de Ingenios), para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo?

**SI ( )**

**NO ( )**

**PORQUE**.....  
.....  
.....  
.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

## 11. 2. Proyecto de reforma aprobado



# UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

**“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”.**

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Grado de Licenciada en Jurisprudencia y Título de Abogada

**AUTORA:**

Jennifer Daniela Román Medina

**LOJA – ECUADOR**

**2019 – 2020**

**1. TEMA:**

**“IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL AMPARADO POR LA DOCTRINA DEL USO JUSTO PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS DERIVADAS”.**

## **2. PROBLEMÁTICA**

Ecuador reconoce el derecho a la propiedad intelectual en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 322. En el cual prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. A su vez prohíbe la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

En el artículo 22 de la Ley Suprema prevé que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

En la misma línea jurídica, el Código Civil en el artículo 601, referente a la propiedad intelectual, indica que las producciones de talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Cuya propiedad se registrará por leyes especiales.

Esta disposición legal está acorde a ley especial destinada a la protección del derecho de la propiedad intelectual en el país. El Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Este cuerpo legal incorporó en su promulgación la figura anglosajona “fire use” traducida en español como “uso justo”. En otras legislaciones adopta la denominación de uso “legítimo” o uso “razonable”.

Esta doctrina legal, originaria del derecho anglosajón, permite reutilizar material con derechos de autor sin permiso del propietario. Y desde la propia concepción de

la misma se origina una confusión referente a cuál será el material con derechos de autor reconocido como uso justo.

El 9 de diciembre de 2016 se promulgó El Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, también conocido como Código de Ingenios en Ecuador, cuya aparición a su vez abolió la Ley de Propiedad Intelectual que regía en el país desde 1998.

Esta nueva codificación que apunta a la protección de la creatividad del ser humano, mediante la materialización de su intelecto e ideas; implementó una figura proveniente del “Common Law”, llamada Uso Justo, en una legislación de corriente continental como lo es la legislación ecuatoriana. La adaptación parcial de una figura anglosajona en una legislación de corriente continental, constituye una falta de entendimiento y consecuentemente de una aplicabilidad adecuada en un contexto pragmático.

Se la señala explícitamente en dos de los artículos de todo el Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Correspondientes a los artículos 211 y 212 *ibídem*.

Para considerar que un material con derechos de autor, utilizado por un tercero esté amparado por la teoría del uso justo, el artículo 211 nos indica cinco parámetros que el juez debe tomar en cuenta al momento de emitir un criterio.

- 1. Los objetivos y la naturaleza del uso.*
- 2. La naturaleza de la obra.*
- 3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto.*

*4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra.*

*5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.*

Los primeros cuatro están contemplados tanto en el artículo en la Ley de Derechos de autor o artículo 17 sección 107 de normativa estadounidense, así como en las políticas de uso justo que tiene la plataforma de vídeos “YouTube”. De lo cual se desprende que esta doctrina no solamente rige en vía judicial, sino también en una vía administrativa, tales como las plataformas de los medios digitales como lo son YouTube, Facebook, Twitch, Instagram entre otras.

Por cuanto se debería agregar y tener presente dentro de la normativa vigente, este nuevo paradigma y perspectiva de la doctrina de uso justo, extrapolado a los medios digitales, que actualmente su utilización es demasiado recurrente, a fin de que se cubran los vacíos legales existentes y deje de imperar la arbitrariedad administrativa, de estas plataformas virtuales.

No basta con la implementación de este novedoso prisma, en aras de adaptarnos a las exigencias de la nueva era. Una de las primeras reformas que se deberá incorporar es un análisis doctrinario y programático de la simple mención de estos cinco criterios, establecido en el artículo 211 del Código de Ingenios. Dado que no profundiza ni destaca nada en concreto en la legislación ecuatoriana. Según el análisis jurídico que hace la Corte Suprema de los Estado Unidos, acerca de los primeros 4 elementos, que los denomina “test de fair use”, se obtienen lo siguiente:

En el primer caso “los objetivos y la naturaleza del uso” que ellos lo señalan como “Propósito y carácter del uso”, indican que la naturaleza o finalidad del

contenido tomado sin autorización del autor, puede ser comercial o educativo. Aunque el artículo 212 *ibídem* indique 30 casos de aplicabilidad de esta figura, no señala explícitamente la viabilidad de esta en los medios digitales, y la mayoría de los casos que aborda en el mencionado artículo son con finalidades informativas o académicas. Obviando el matiz lucrativo, que sí toma en consideración la Suprema Corte estadounidense, que es importante tener presente, dado que la figura se desprende de la doctrina inglesa, y su aplicabilidad debería ser de forma holística y no parcial.

Generalmente del análisis de este primer elemento se determina que si su fin es académico es más probable que la figura del uso justo ampare a ese contenido. Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que se emplea esta figura, persiguen un fin de explotar la obra, lo que disminuye la posibilidad que el contenido de terceros pueda ampararse en este paradigma legal. Esto no supondría un problema, si no fuera por el hecho de que hay personas que se benefician de ello y otras tantas, aplicando los mismos criterios de uso, no son favorecidas por dicha doctrina, sobre todo en un contexto digital. Generando así una inestabilidad a la seguridad jurídica.

Cuando el propósito de la nueva obra derivada es explotar la misma de forma lucrativa, se añade un elemento adicional a evaluar, y es el valor agregado que da el generador de contenido a esa obra. También denominado elemento transformativo de la misma.

¿Cuándo se considera valor agregado a la obra con derechos de autor? ¿Qué elementos son considerados transformativos de la misma? ¿Acoplar voz en

off? ¿Agregar subtítulos? ¿Alterar o cambiar la música? ¿Qué persona aparece en escena? ¿Por cuánto tiempo? ¿Comentar el vídeo, de qué modo? ¿Quiénes son las autoridades competentes en vía administrativa para evaluar este tipo de parámetros? Si bien es cierto en instancia judicial, se tiene el criterio de juez, del cual se presupone está revestido de una formación pertinente en la materia. Pero en los medios digitales, ¿quién es el encargado de “evaluar” los intereses tanto del propietario original del material, como quien intenta implementar esta figura a su favor?

Código de Propiedad Intelectual española reconoce el derecho de transformación, además lo hace desde una perspectiva en relación con la creación de nuevas obras intelectuales o derivadas. El artículo 21 de la Código de Propiedad Intelectual indica: “La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”.

De este modo se puede evidenciar la falta de normativa complementaria, que garantice la aplicabilidad correcta de la figura del uso justo en la legislación ecuatoriana. Dado que solamente el artículo 212 al enlistar los treinta casos en los que el contenido se ve amparado por uso justo únicamente los orienta con fines educativos o informativos. Obviando abiertamente una necesidad real, cómo es un interés monetario.

Estas y muchas más interrogantes, son las que mantienen a los creadores de obras derivadas pendientes de un hilo, y en una constante vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

Es muy importante establecer explícitamente qué constituye ese valor añadido de la obra para que no se considere un plagio y esta esté contemplada como uso justo. Puesto que al no existir un criterio uniforme, y consolidado se presta a que el personal administrativo de las redes sociales, pueda actuar de forma arbitraria, eliminado el contenido o el canal del contenido que se sube a la plataforma. Ocasionando con ello, un perjuicio al generador de la obra derivada, afectando su fuente laboral y consecuentemente su derecho al trabajo, como empleado privado de la plataforma respectiva.

En un proceso tanto judicial como administrativo el “demandado” deberá demostrar que está doctrina de origen anglosajón lo ampara, y de la misma manera, la carga de la prueba recaerá en él, a fin de poder corroborar su postura.

Consecuentemente la omisión de aplicabilidad de forma correcta del uso justo en los medios digitales, lesiona los derechos a la seguridad jurídica, consagrada en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador. Así como el derecho al debido proceso, en este caso en vía administrativa, que afecta por consiguiente a garantías básicas como que las autoridades administrativas no garanticen el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, de forma pertinente.

Otra de las garantías constitucionales lesionadas, es que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Nuevamente la seguridad jurídica tambalea dado que no se sigue un debido proceso para consignar la falta de aplicabilidad de la doctrina de uso

justo en la evaluación de empleo de material con derechos de autor, puesto que las sanciones administrativas, que pueden ser desde la eliminación del contenido presuntamente infractor así como del canal desde que se difunde, lo pueden infraccionar o eliminar sin previa notificación, vulnerado el derecho al debido proceso y afectando consecuentemente el derecho a la defensa; y contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la misma.

Por todo lo señalado con anterioridad, este trabajo investigativo, además de intentar establecer un marco teórico, busca tener una utilidad práctica en relación con las controversias sobre la creación y posterior explotación de una obra derivada.

### 3. JUSTIFICACIÓN

El Uso Justo es una figura proveniente del Derecho anglosajón, incorporada a finales de 2016 en materia de propiedad intelectual con la promulgación del Código de Ingenios; el cual se alinea con los parámetros señalados en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que enmarca la pertinencia de un estudio investigativo, a fin de optar al Grado de Licenciada en Jurisprudencia, que me habilita para obtener el Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

El Derecho evoluciona y se transforma según las necesidades y exigencias de las personas, tras lo suscitado con la Pandemia del COVID-19, el Derecho Digital ha revistiendo aún más de una cobertura importante, en relación a años anteriores.

El Derecho Digital no está exento de la aplicabilidad de la propiedad intelectual, conforme a ello, al momento de analizar la autoría y explotación de una obra derivada de otra original en los medios digitales, los juristas ecuatorianos se pueden amparar en esta figura denominada uso justo; contemplada el Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Sin embargo, la misma presenta inconvenientes en su adecuada aplicabilidad, dado que carece de un derecho complementario que sí lo contienen otras legislaciones como la española, que al igual que Ecuador han incorporado la doctrina del “fair use”. El derecho de transformación, que establecería los parámetros a considerar como elementos modificadores o transformativos de la nueva obra, en relación a la original. Así mismo, los dos únicos enfoques que ampara el Código de

Ingenios vigente de Ecuador, son el informativo y el académico, excluyendo la finalidad de explotación de la obra. Generando con ello un vacío legal, vulnerando los intereses de las personas que se pudieran ver amparados por el uso justo con una connotación lucrativa. Las diversas razones para plantear la reforma de la sección del Código de Ingenios referente al uso justo, se desprenden de la incorporación del uso justo, de naturaleza anglosajona, en la implementación parcial de una corriente continental, como la legislación ecuatoriana, desembocando en la desvirtualización de la esencia original de doctrina del “fair use”.

La realización del presente trabajo es factible, porque cuenta con fuentes bibliográficas, documentales, orientación metodológica, y estudios en materia de propiedad intelectual y demás recursos que viabilizan su desarrollo.

Por esta serie de razones se justifica la elaboración del presente Trabajo de Investigación Jurídica que buscan servir de precedente como fuente de consulta para los interesados del derecho y como presentación de un proyecto de ley que reforme, las consideraciones observadas con anterioridad.

#### **4. OBJETIVOS:**

##### **4.1.OBJETIVO GENERAL**

Desarrollar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado, respecto de la aplicación de uso justo, orientado al elemento de explotación de las obras derivadas, mediante la implementación del derecho a la transformación en la legislación ecuatoriana.

##### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Establecer los parámetros específicos que se deben reformar en el Código de Ingenios respecto a la figura de uso justo:
  - 1.1. Implementación del derecho de transformación en el Código de Ingenios.
  - 1.2. Considerar a las obras amparadas por el uso justo, como obras derivadas, para lo cual se reformará el concepto de “obras derivadas” vigente en el Código de Ingenios.
  - 1.3. Reconocer con carácter de explotación (económico), a las obras amparadas por el uso justo.
2. Visibilizar una realidad digital y jurídica a los estudiantes y profesionales del derecho, mediante la difusión de la presente investigación jurídica.
3. Elaborar un proyecto de reforma al Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, para garantizar los derechos de los generadores de contenido en los medios digitales amparados en el uso justo.

## **5. HIPÓTESIS**

La ausencia del derecho de transformación, así como la falta de un análisis doctrinario y jurisprudencial del artículo 211 en el Código de Ingenios, impide una correcta aplicabilidad de la figura de uso justo. Que a su vez, inobserva el elemento lucrativo en la legislación ecuatoriana, sobre las obras derivadas.

## **6. MARCO CONCEPTUAL**

### **6.1. Derecho de Propiedad Intelectual**

“La propiedad intelectual queda claro que esta se divide en dos grandes áreas: la propiedad industrial y los derechos de autor.” (Solorio, 2010, p.2). El autor de la presente cita hace alusión a dos grandes grupos desde la apreciación del derecho de propiedad intelectual, las cuales son propiedad industrial y derechos de autor, sin embargo el primer término en diversas legislaciones se lo emplea indistintamente y a la par con el de “propiedad intelectual.” El autor Solorio, en su obra “Derecho de la Propiedad Intelectual,” menciona que la propiedad industrial se divide a su vez en otras figuras que merecen protección tales como las patentes y los derechos de marcas; así mismo la otra clasificación, derechos de autor contempla a los derechos morales y los derechos patrimoniales, que a medida del tiempo su connotación ha ido sofisticándose de acuerdo a las exigencias de la sociedad en relación a las respectivas obras de sus autores.

“El término de propiedad intelectual es utilizado para englobar diversas doctrinas separadas entre sí.” (Fisher, 2003, p.1) El tratadista Fisher no realiza la misma categorización entre los términos propiedad intelectual, propiedad industrial y/o derechos de autor, contrariamente las subcategorizaciones que contempla Solorio las divide en tres grandes grupos iniciales, las cuales principalmente se refiere a la protección de los derechos de autor, patentes y las marcas.

Sin embargo Becerra Ramírez considera que “el concepto de “propiedad” no es del todo adecuado ni desde la perspectiva del derecho anglosajón ni desde la visión romana o germánica.” (Becerra, 2004, p.59) La visión conceptualizada plantea un

análisis al empleo de este término en ocasiones confuso o indistinto para referirse a diferentes términos, propiedad intelectual y propiedad industrial, que no significan necesariamente lo mismo, sin embargo el uso continuo a través del tiempo ha hecho que enmarque de esta manera, por lo que es relativamente complicado dejarlo de emplear en un marco jurídico.

Por ello Becerra Ramírez sugiere “simplemente suprimir la palabra propiedad y denominarlo derechos intelectuales o bien derechos de los creados”... “derechos incorpóreos” (Becerra, 2004, p.60) La idea del doctrinario, no es ajena a la realidad, para el uso correcto de los términos jurídicos según la naturaleza de su connotación, actualmente se emplean las otras denominaciones que menciona en el comentario, por lo cual más que suprimir es más viable simplemente barajar el término como otro sinónimo para referirse a un concepto extendido y entendido por muchos.

## **6.2. Derechos de autor**

Los derechos de autor para el tratadista Cuadros Añazco son “la creación intelectual del autor que está exteriorizada.”(Cuadros, 2018, p.12). La materialización de una obra hace posible el reconocimiento de los derechos que el autor posee sobre la misma, los que nacen desde el momento en que la mencionada obra se externaliza, en este caso el concepto es mucho más genérico, dado que no especifica sobre qué objeto se reconoce la titularidad de autor de creación de la obra.

¿Qué implica el reconocimiento de los derechos de autor, a favor del titular respecto de su obra? El otorgamiento y adquisición de los derechos de autor a favor

del creador, manifiesta sus beneficios mediante otros derechos conocidos como derechos exclusivos; los mismos que enmarcan la explotación, difusión y transformación de la obra en cuestión.

“El derecho de autor es concebido en dos grandes dimensiones, las cuales brindan diferentes privilegios, generan distintos tipos de prerrogativas a favor de los autores, y permiten a los autores controlar la producción de sus obras literarias o artísticas”. (Herrera, 2015, p.65). Estas dos grandes dimensiones a las que alude la tratadista, Luisa Herrera, son la contemplación que contienen a los derechos morales y los derechos patrimoniales. Es decir, que el reconocimiento de una obra a favor de su autor, automáticamente se ve beneficiario de los derechos morales y patrimoniales, producto de la externalización de la autoría de su obra.

Para David Rangel el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de las obras intelectuales exteriorizadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el casete, el videocasete y por cualquier otro medio de comunicación. (Rangel, 1991, p.88).

Los derechos de autor que se consignan a favor del creador de la obra, con la materialización de la misma, según el comentario indica muy acertadamente cuáles podrían ser los tipos de obras a considerarse parte de esta nueva creación para estar sujeta a los beneficios que se desprenden de los derechos reconocidos a los autores. Algunos de los casos, como casete, videocasete entre otros elementos suenan relativamente alejados de la era digital actual, pero hay que reconocer el gran apunte

del tratadista, al pormenorizar una lista de las posibles obras a considerar amparadas por los derechos de autor.

Para Herrera Meza “el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas morales y pecuarias que poseen los creadores de una obra por el hecho mismo de haberla creado.” (Herrera, 1992, p.18) Esta definición con respecto a qué son los derechos de autor, sintetiza y enmarca en qué se dividen los mismos. En derechos morales y derechos patrimoniales, que los contemplan como el elemento pecuniario. Enfatizando en la premisa, que para que se dé este reconocimiento se debe generar materialmente una obra por parte del autor.

#### **6.2.1. Derechos morales**

En el libro el Manual del Derecho del Autor, Alfredo Vega Jaramillo cita a Delia Lipzyc de su obra el Derecho Moral del Autor, Naturaleza y Caracteres determinado, el cual recoge el concepto de derechos morales como: “El derecho moral es aquel que protege la personalidad del autor en relación a su obra y designa el conjunto de facultades destinadas a ese fin”. (Vega, 2010, p.32). De los derechos de autor se desprenden dos subcategorías, los derechos morales y los derechos patrimoniales. Los derechos morales, constituyen un derecho personalísimo del autor, cuyo otorgamiento le reconoce determinadas facultades a su favor, por el hecho de ser el creador de su obra. La adquisición de dicho derecho, se gesta simultáneamente con la materialización de su producción. Los derechos morales tienen una serie de características propias a su naturaleza, las cuales se reconocen en el desarrollo de la presente investigación.

Los derechos morales buscan proteger la integridad de la obra y la conexión del autor con ella, no es menos cierto que a la vez sirven para afianzar sus intereses económicos frente a explotaciones ilícitas de terceros, por lo que la línea que separa ambos tipos de derechos no es tan clara. (CORNISH, 2007, p.154).

Los derechos morales, se relacionan con los derechos patrimoniales, dado que se desprenden de la figura del derecho de autor; cuya finalidad es proteger la integridad de la obra, es decir, respetar la genuinidad de la misma; por otro lado también guarda la afianza de la relación existente entre el creador de la respectiva obra y su autor. Y por último reafirma otro derecho, que es el derecho patrimonial, que constituye el percibir monetariamente los resultados sobre la producción en cuestión.

Los derechos morales como facultades y el derecho de autor como derecho más general, se encuentran ligados a la libertad de expresión. (Barrera. 2016, p.16). De los derechos de autor se desprenden los derechos morales y patrimoniales. Los derechos de morales son atribuciones que se otorgan, por el reconocimiento de derechos de autor, que constituyen cinco facultades, las cuales principalmente se trata del derecho de divulgación, derecho de retracto, el derecho al reconocimiento de la paternidad, derecho a la modificación y el derecho a la integridad, todos ellos con respeto a la obra.

Uchtenhagen señala que “la noción derecho moral se referiría a derechos que tienen el objeto de proteger la personalidad del ser humano respecto de la actividad del autor en obras literarias y artísticas.” (Uchtenhagen, 1990, p.16). Los derechos morales son personalísimos, es decir únicamente le pertenecen al autor, no se puede ceder, son inembargables e inalienables. Como lo define la legislación ecuatoriana en

el artículo 118 del Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación.

### **6.2.2. Derechos patrimoniales**

Para otro tratadista los derechos patrimoniales son “un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros” (Rengifo, 1997, p. 157). Así como los derechos morales reconocen la titularidad del autor sobre su obra, otorgándoles derechos exclusivos ya mencionados, los derechos patrimoniales otorgan al autor la facultad de obtener beneficio económico por su creación; o a su vez autorizar o no la explotación de su producción por parte de terceros.

Por otro lado, el reconocimiento de los derechos de autor, a favor de su creador, como lo indica el artículo 111 del Código de Ingenios, no forma parte de la sociedad conyugal, pero los beneficios producto de la explotación de la misma sí; por cuanto se puede concluir de ambas premisas lo siguiente:

Los derechos de autor que contemplan los derechos morales y patrimoniales, tienen un alcance diferente, en los primeros son derechos personalísimos únicamente reconocidos al creador de la obra, cuyo reconocimiento no está contemplado dentro de una sociedad conyugal. Sin embargo, como lo menciona el artículo 111 ibídem, se entiende que los derechos patrimoniales, sí constituyen parte de la sociedad conyugal.

Otros doctrinarios, siguiendo la misma senda, no se despegan de la definición común considerando los derechos patrimoniales como lo que “posibilita que el

autor efectúe la explotación de la obra o que autorice a otros a realizarla, que participe en ella y que obtenga un beneficio económico.” (Herrera, 1992, p.19). Herrera Meza, continuando con el mismo criterio como lo abordan otros tratadistas, señala que los derechos patrimoniales se orientan a sacar rentabilidad de su obra, así como la facultad de decidir y autorizar sobre quién puede utilizar su obra. Sin embargo, en este punto medular, surge la confrontación entre los derechos exclusivos, enmarcados dentro de los derechos patrimoniales que se les otorga al autor; frente a la figura de uso justo que la prevé el artículo 211 del Código de Ingenios, “uso justo.- No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injusticia cado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecua a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte”. Por cuanto se genera una confrontación normativa, que queda a criterio de la Autoridad judicial o administrativa resolver, desde su sana crítica.

Colombet al hacer referencia a los derechos patrimoniales indica que “el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra” (Colombet, 1997, p.63), Claude Colombet, en su obra “Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo” expresa de manera simple y sintetiza el objeto en esencia que persiguen los derechos patrimoniales, un provecho económico. Que por otro lado, el reconocerle los derechos patrimoniales al autor, lo faculta para autorizar quien o no explotar su obra.

Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen un contenido económico, es decir, que son susceptibles de ser reducidos a un equivalente en dinero mediante una valoración. Pues bien, dentro de los derechos patrimoniales existe hoy una neta separación entre derechos reales y derechos de crédito. (Derecho patrimonial romano, derechos reales, 2007, p.11)

La presente obra sigue la misma senda que los anteriores autores, en lo referente a la conceptualización de los derechos patrimoniales, cuyo objeto es el lucrativo, el rédito que representa la explotación de la obra. A diferencia de las anteriores definiciones indica, una subclasificación de los derechos patrimoniales, agrupándolos en derechos patrimoniales reales y de crédito. Cuya diferencia radica, en las definiciones originales de los términos; los primeros definen la relación jurídica existente entre una persona y una cosa, mientras que los derechos de crédito, son aquellos derechos patrimoniales que sólo existen en las relaciones de ciertas personas entre sí.

### **6.3.Derecho de transformación**

“El derecho de transformación es de este modo, el derecho del autor a autorizar o prohibir la publicación o explotación de las transformaciones u otras alteraciones de su obra.” (Bullinger, 2009, p.366) Para el autor alemán Bullinger, indica que el derecho previo de autorización para transformar la obra, tiene un asunto de trasfondo, que no es propiamente otorgar el permiso para la modificación de la misma, sino más bien consentir el derecho de explotación producto de esa obra transformada. Haciendo hincapié en lo ya mencionado, los derechos patrimoniales, que se desprenden de los derechos de autor, a favor del titular del derecho por su

producción, tienen la facultad de autorizar o no la explotación de su obra. Pero aquí a su vez, lo enfoca que reviste al autor original de la obra derivada, de la potestad para permitir o no la explotación de la nueva obra creada con parte de su obra.

Los tribunales norteamericanos, para reconocer el “uso transformador”, enfatizan la intención del demandado en la utilización de la obra preexistente. Es decir, la apreciación de un “uso justo” no vendrá determinada por el hecho de que se dé un cambio de formato o medio en relación a la obra utilizada. (SCHWARTZ, E., 2006, p. 162) En este caso el presente tratadista, se despega en parte de una concepción tal legalista, dejándolo a la interpretación y la sana crítica de los jueces, como evoca el enunciado que se desarrolla en los tribunales de Norteamérica, sus juzgadores se afianzar el “test de use fair” para verter un veredicto. Mismo que la misma Corte Suprema de Estados Unidos, ha hecho con anterioridad un análisis minucioso sobre los cuatro parámetros debe considerar el juzgador al momento de tomar su decisión sobre una de las partes.

La noción de “transformative nature”, conlleva que el uso no consentido de una obra por terceros sea lícito cuando ésta sea utilizada con una finalidad “transformadora”, diferente a la que tiene la obra preexistente, con independencia de que se produzca un acto de transformación en sentido jurídico. (REESE, 2013, p.105).

La definición de este concepto explica perfectamente la diferencia del elemento transformador de la obra, el uso justo es una excepción a solicitar autorización del autor de la obra legítima, lo cual no se consideraría plagio, sino que es un hecho lícito. Lo cual es una gran diferencia, el contextualizar amparado o no por la doctrina

de uso justo, puesto que si no se considera protegida por esta, se podría estar frente a un delito de plagio en términos del derecho penal.

El derecho de transformación es un derecho patrimonial que como tal puede ser enajenado, pero no obstante quedará siempre en la esfera del autor preexistente un núcleo de facultades vinculadas a sus intereses personales (derechos morales) que no podrán asignarse al nuevo autor. (Altaba, 2017, p.34)

El autor reconoce la relación directa preexistente entre el derecho de transformación de una obra y el reconocimiento a su vez del derecho patrimonial, a diferencia de que los derechos morales son personalísimos, tanto el derecho de transformación y los derechos patrimoniales, si gozan de la facultad de poder ser enajenados.

#### **6.4. Uso justo**

En el plano sustantivo, el “uso justo” es una de las principales garantías del copyright contra el exceso de protección y de exclusión por parte de los autores, manteniendo así el equilibrio entre la explotación privada y el acceso público a la información y al conocimiento. El principio tiene su reflejo legal en el artículo 107 (USC) del Código de los Estados Unidos, se reconoce un límite a los derechos contenidos en la propia ley, permitiendo el uso de obras protegidas ajenas siempre que se haga con fines de crítica, comentario, información periodística, enseñanza o investigación, incluyendo en el sentido crítico el efecto paródico. (SCHWARTZ, 2006, p.163).

Esta definición refleja el empleo de la figura del uso justo, bajo una perspectiva limitante, si bien reconoce la utilización de contenido protegido por derechos de autor, lo hace siempre y cuando su finalidad sea grosso modo con matices informativos, pedagógicos e investigativos; eludiendo al igual que en la actual legislación ecuatoriana en el Código Orgánico de la Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación, el objeto lucrativo que se debería reconocer como un elemento necesario, para la confrontación de realidades actuales.

“Fair Use” va más allá en algunos casos que la doctrina del “uso honrado”, ya que su doctrina defiende la limitación del alcance del monopolio del derecho de autor, entendiéndose como una herramienta fundamental para garantizar el objetivo utilitario de enriquecimiento común del copyright. (Leval, 1990, pp.1110 y 1135).

En un sentido internacional, se equipara al uso justo con el “uso honrado”, sin embargo la primera concepción pretende adquirir el reconocimiento de explotación, por la creación de la obra derivada de la original. Alejándose del criterio del amparo del uso justo, únicamente con objeto informativo o académico.

“El fair use es una doctrina que reza específicamente sobre el agotamiento de los derechos de autor.” (Ortega, 2017, p.43) Más bien que por agotamiento, es una contra postura frente a los mencionados derechos de autor, pero no con el objeto de debilitar su doctrina, sino como una modalidad adicional de responder a las exigencias imperantes a nuevas formas de contenidos, mediante la aspiración de obras ya existentes. Con el claro matiz, de que debe existir un valor agregado, puesto que de lo contrario se reduciría a un delito de plagio.

“Ella permite el uso de material protegido por el derecho de autor sin la autorización previa del titular del derecho.” (Soler, 2014, p. 162). El fair use se convierte en un mecanismo de defensa en contra de demandas en razón de infracciones por copiar obras que en principio han sido protegidas por el derecho de autor. Por cuanto da la posibilidad del desarrollo de un litigio en este tema, desembocando en un criterio objetivo e imparcial, posterior a análisis, con parámetros como el test del “use fair”.

### **6.5. Obras derivadas**

En el derecho de propiedad intelectual norteamericano, se define a la obra derivada (*derivative work*) en el artículo 101 (USC) del Código de los Estados Unidos, como objeto de la transformación que consiste en “una obra basada en uno o más obras preexistentes, tales como una traducción, un arreglo musical, una dramatización, una ficción, una versión cinematográfica, una grabación sonora, una reproducción artística, un resumen, compendio, o cualquier otra forma en la cual una obra pudiera ser remodelada, transformada o adaptada. (Shafran, 2007, p. 11).

La creación de una nueva obra, por la inspiración o empleo de material de terceros sin que constituya una violación a los derechos de autor, o conduzca a una conducta tipificada penalmente, como es el delito de plagio. El resultado de la unión entre el derecho de transformación, amparados por el uso justo en la legislación ecuatoriana, desemboca en una obra derivada.

“La obra derivada es en parte resultado de la utilización del esfuerzo creativo del autor de la obra transformada.” (Hoyo, 2006, p.83). La obra derivada constituye el resultado de los elementos transformativos respectivos, que a su vez estos elementos

son matices claves, para que esa obra determinada pueda estar amparada por la figura del uso justo. Por ende se podría entender que toda obra, cobijada por la doctrina del use fair, deba considerarse una obra derivada, puesto que está revestida de uno o más elementos transformativos, en relación a la primera obra.

La obra derivada es fruto del esfuerzo intelectual de un nuevo autor diferente del de la obra preexistente, el cual no interviene en ningún momento en el proceso creativo de la transformación, aunque, como ya hemos visto, nada parece impedir su participación. (Altaba, 2017, p.443). La nueva obra, reconocida como obra derivada es una creación diferente, a la obra original que se está transformando, dado que este criterio contrarresta en gran medida, la conclusión a través de premisas que una obra derivada, al estar revestida de elementos transformativos, constituyan uso justo.

La diferencia radica en que la interpretación queda integrada en la obra interpretada y no puede separarse de ella, mientras que la obra derivada es independiente materialmente de la preexistente, tiene entidad propia y se dirige a un público distinto. (Altaba, 2017, p.444). Es importante destacar la distinción entre obra interpretada y obra derivada. La obra derivada genera una producción individualizada en relación a la obra original, mientras que las obras interpretadas en cierto punto quedan aunadas a aquella obra en la que se inspiró.

## **7. METODOLOGÍA.**

### **7.1. Métodos.**

En el proceso de investigación socio - jurídico se aplicará los siguientes métodos:

**Método Científico:** Entendido como el camino a seguir para encontrar la verdad, que son los procesos metodológicos, que parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, para establecer los caracteres generales y específicos. Proceso sistemático y razonado que se sigue para la obtención de la verdad en el ámbito de la ciencia, poniendo a prueba la hipótesis científica.

**Método Inductivo:** Es un proceso sistemático a través del cual se parte del estudio del hecho y fenómenos que ocurre en la naturaleza, la sociedad para luego llegar a las generalizaciones, es decir es un método que partiendo de una proposición particular infiere una afirmación de extensión universal; razonamiento que va de lo particular a lo general.

**Método Deductivo:** Sigue un método analítico el cual se presenta mediante conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales de los que se extraen las conclusiones, parte de lo general a lo específico, constituyéndose en un acto mental a través del cual el hombre estructura un nuevo conocimiento a base de la verdad en que el silogismo es su instrumento de expresión.

**Método Analítico:** Este método implica el análisis, separación de un todo en sus partes y elementos constitutivos. Se apoya en que para entender un fenómeno es necesario descomponerlo en sus partes, con esto permite observar las causas, naturaleza y efectos para comprender la esencia de lo estudiado, permitiendo conocer

más de la problemática planteada con el que se puede explicar, hacer analogías, y establecer nuevas teorías.

**Método Exegético:** Es el estudio de las normas jurídicas buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador. Constituyéndose en el elemento que ayuda a establecer el significado y alcance de las normas jurídicas que forman parte de un ordenamiento jurídico.

**Método Hermenéutico:** En general es un método que tiene como fin la interpretación de textos poco claros. La hermenéutica jurídica tiene como finalidad la interpretación de textos jurídicos, presentando los principios para comprender su verdadero significado, siendo por tanto la interpretación del espíritu de la ley.

**Método Mayéutica:** Es un método de investigación que somete el asunto estudiado a constantes interrogaciones hasta esclarecer la verdad, por ende presupone que la verdad se encuentra oculta en la mente de la persona y a través de la aplicación de este método el propio individuo desarrolla nuevos conceptos a partir de sus respuestas.

**Método comparativo:** Es un método de análisis y permite contrastar dos realidades legales en Derecho Comparado, en que se da el estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes, permitiendo contrastar dos realidades legales y obtener un posible acercamiento a una norma que está prestando aspectos trascendentales en otro país.

**Método estadístico:** El método estadístico consiste en una secuencia de procedimientos para el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de la

investigación. Dicho manejo de datos tiene por propósito la comprobación, en una parte de la realidad, de una o varias consecuencias verificables deducidas de la hipótesis general de la investigación.

Este método consiste en unir sistemáticamente los elementos heterogéneos de un fenómeno con el fin de reencontrar la individualidad de la cosa observada.

## **7.2. Procedimientos y Técnicas.**

**Técnicas de acopio teórico documental:** Que sirven para la recolección bibliográfica, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas.

**Técnicas de acopio empírico:** También conocidas como técnicas de campo.

**Observación documental:** Estudio de documentos que aportaran a la investigación.

**Encuesta:** Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Que en este caso será la aplicación de 30 encuestas.

**Entrevista:** consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio se realizará a 5 personas especialistas conocedoras de la problemática.

**Herramientas:** Grabadora, cuaderno de apuntes, retroproyector, fichas.

**Materiales:** Libros, diccionarios jurídicos, manuales, leyes.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos

concretos, que sirven para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

### **7.3 Esquema Provisional del Informe Final.**

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, en actual vigencia que señala: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; Introducción, Revisión de literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que en éste acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio-jurídica propuesta, conforme la siguiente lógica:

#### **Acopio teórico:**

- a) Marco conceptual: Derecho de la Propiedad Intelectual, derechos de autor, derechos morales, derechos patrimoniales, copyright, uso justo, obras derivadas, derecho de transformación, explotación de una obra, reproducción y plagio.
- b) Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.
- c) Criterios Doctrinarios: Consulta de autores nacionales y extranjeros referentes a la problemática propuesta.

**Acopio empírico;**

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas.
- b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

Síntesis de la investigación jurídica;

- a) Indicadores de verificación de los objetivos.
- b) Contrastación de las hipótesis.
- c) Concreción de los fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.
- d) Deducción de conclusiones.
- e) El planteamiento de las recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de la reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

## 8. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES Año-2020 - 2021	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio
Elaboración del proyecto de investigación.	X							
Aprobación del Proyecto de Investigación.	X							
Revisión de Literatura.	x							
Elaboración del Marco Doctrinario, Jurídico.	x	X						
Resultados de Investigación.			X					
Tabulación de Datos, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis.			X					
Recomendaciones y conclusiones, propuesta de reforma.			X					
Entrega de los Borradores de la Tesis, revisión y corrección.			x					
Elaboración informe final.			x	x				
Trámites de Aptitud Legal.					x			
Designación del Tribunal.						x		
Sesión Reservada.							x	
Sustentación de Tesis.								x
Grado Oral por materias.								x

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

### 9.1. Recursos Humanos.

Director de tesis: Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

Entrevistados: 5 conocedores de la problemática.

Encuestados: 30 personas seleccionadas por muestreo.

Ponente del Proyecto: Jenniffer Daniela Román Medina

### 9.2. Recursos Materiales.

<b>Materiales</b>	<b>Valor</b>
Trámites Administrativos.	\$100,00
Materiales de oficina.	\$ 100,00
Bibliografía. (Libros, códigos, etc.)	\$100,00
Herramientas Informáticas.	\$100,00
Internet	\$ 100,00
Elaboración del Proyecto.	\$ 200,00
Reproducción de ejemplares del borrador.	\$ 100,00
Reproducción de tesis.	\$ 100,00
Transporte.	\$50,00
Imprevistos.	\$ 100,00
Total.	\$ 1150,00

### **9.3. Financiamiento:**

El presupuesto de los gastos que ocasionan la presente investigación, asciende a mil ciento cincuenta dólares americanos, los que serán cancelados con recursos propios del postulante.

## 10. BIBLIOGRAFÍA.

### Obras Jurídicas

- CUADROS AÑAZCO, Alfredo. Propiedad Intelectual Pop, Donde la Cultura Jurídica y la Geek se Fusionan, Editorial Bebookness, 2018.
- HERRERA SIERRA. La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital. Revista la Propiedad Inmaterial No. 29. Bogotá-Colombia, 2015.
- VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual del Derecho del Autor. Bogotá-Colombia, 2010.
- HERRERA MEZA, Humberto. Iniciación al Derecho de Autor. Editorial LIMUSA, México, 1992.
- COLOMBET, Claude. Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Editorial CSIC Press. París-Francia, 1997.
- TERÁN CONTRERAS, Juan Manuel. Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la propiedad intelectual. México, 1999.
- OHLY, A., Urheberrecht in der digitalen Welt, Beck, München, 2014.
- LEVAL, Pierre., “Toward a Fair Use Standard” 1990.
- REESE,Anthony. *Transformativeness and the Derivative Work Right*, Editorial Colum. J.L.2008.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

### **Leyes:**

- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, Registro Oficial 899 De 9 de diciembre de 2016. Ediciones Legales. Quito – Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449 De 20-Oct.-2008 (2015). Ediciones Legales. Quito – Ecuador.
- CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial Suplemento 46 FECHA: 24 de junio de 2005 (2016). Ediciones Legales. Quito Ecuador.
- CÓDIGO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 2015.
- 17 US Code §107. Limitations and exclusive rights, 1947
- Ley Alemana de Derecho de Autor, 1901
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886

### **Lincografías**

- YouTube About (2005). ¿Qué es el uso justo? Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <https://www.youtube.com/intl/es-419/about/copyright/fair-use/>
- YouTube About (2005). Derechos de autor en YouTube. Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <https://www.youtube.com/intl/es-419/about/copyright/#support-and-troubleshooting>
- Instituto Autor. (2017) ¿Qué son obras derivadas? Recuperado 2 de noviembre de 2020, a partir de: <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/corp-ayudaP2.aspx?i=300>

## **11.4. Informes, solicitudes y fotografías**

### **11.4.1. Informe del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales**

**Oficio Nro. SENADI-DNDA-MA-2021-0001-OF**  
**Quito, D.M., 09 de marzo de 2021**

**Asunto:** En atención a la consulta realizada por la señorita Jenniffer Daniela Román Medina el 22 de febrero de 2021.

Señorita  
Jenniffer Daniela Román Medina

De mi consideración:

Reciba un cordial y atento saludo de parte de quienes conformamos el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales –SENADI-. En atención al correo electrónico de 22 de febrero de 2021, emitido por la señorita Jenniffer Daniela Román Medina, en el que se establece:

(...)

En virtud de lo antedicho y atendiendo el particular de la consulta cúmpleme informar que la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI- a través de la Unidad de Observancia ha corroborado que no se han sustentado –a nivel local o nacional- procedimientos administrativos de observancia negativa o acciones interpuestas, en las que el actor alegue como pretensión la aplicación de las limitaciones y excepciones establecidas en los artículos 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – COESCCI-.

Particular que informo para los fines pertinentes.

Ramiro Rodríguez Medina MSc.  
**DIRECTOR NACIONAL DE DERECHO  
DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

#### 11.4.2. Informe del Consejo de la Judicatura



#### Informe del Consejo de la Judicatura

Oficio-DP11-2021-0291-OF

TR: DP11-EXT-2021-00302

Loja, jueves 11 de marzo de 2021

**Asunto:** ATENCIÓN REQUERIMIENTO TR: DP11-EXT-2021-00302

Jenniffer Daniela Roman Medina

**PARTICULAR**

De mi consideración:

En atención a su requerimiento ingresado en Trámite: **DP11-EXT-2021-00302**, en el cual solicita lo siguiente:

*“...Se sirva proporcionarme la información sobre el dato estadístico acerca de cuántos procesos judiciales se han sustentado a nivel local o nacional, bajo la figura del uso justo, en los años 2019 y 2020; (Art.211 del Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación)”*

*Expresamente manifiesto que la información que se me proporcione será utilizada exclusivamente con fines académicos...”*

Al respecto, la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, mediante **Memorando-CJ-DNEJEJ-2021-0275-M**, indica lo siguiente de atención de lo solicitado:

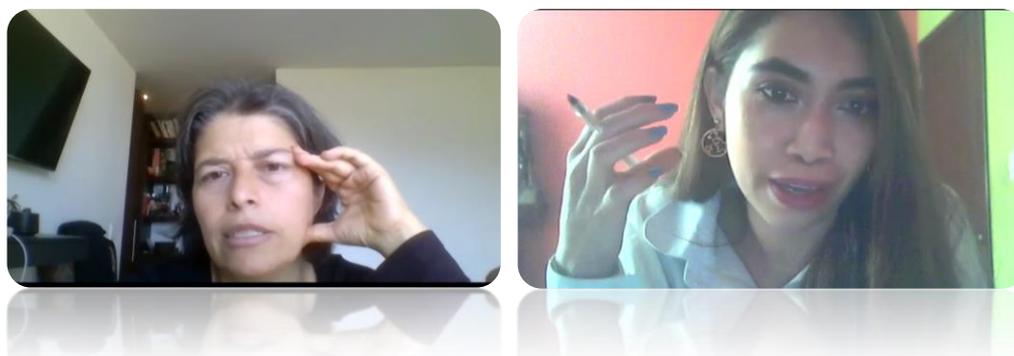
*“...Se realizó las consultas en las bases de datos de los registros administrativos contenidos en el Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) con la base a febrero 2021 y se determinó que no existe una variable dentro de SATJE, que permita identificar lo solicitado, debido a que los registros, están a nivel de delitos, más no de derechos ni de doctrina...”*

Es todo lo que se puede informar al respecto, en atención a lo solicitado.

Atentamente,

Mgs. Dolores Mabel Yamunaque Parra  
**Directora Provincial**  
**Dirección Provincial de Loja**

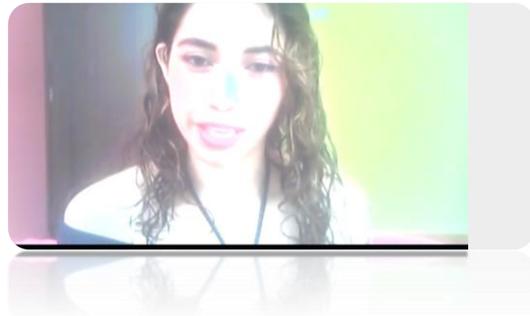
### 11.1.3. Fotografías de las entrevistas



*1ª Entrevista: Directora de la Fundación Karisma (Protección de los Derechos humanos en internet).*



*2ª Entrevista: Abogada y docente de la Universidad de la República Uruguay.*



**3ª Entrevista: Docente, empresario y creador de contenido digital desde hace cuatro años.**

**11.1.4. Evidencias de la verificación del segundo objetivo específico de la presente investigación jurídica, mediante la plataforma zoom.**

*Imagen N°1 de la Reunión por Zoom*



*Imagen N°2 de la Reunión por Zoom*

CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ESQUEMA DE CONTENIDOS	vii
TÍTULO	1
RESUMEN	2
Abstract	4
INTRODUCCIÓN	6
REVISIÓN DE LITERATURA	11
Marco conceptual	11
Derecho de Propiedad Intelectual	11
Derechos de autor	12
Derechos morales	15
Derechos patrimoniales	17
Derecho de transformación	20
Uso justo	22
Obras derivadas	24
Marco doctrinario	26
Historia de los derechos de autor	26
Las facultades de los derechos morales	29
Los derechos de autor desde la perspectiva del sistema continental y del sistema anglosajón	33
Reseña histórica del derecho de transformación	34
Características del derecho de transformación	36
Diferencia entre el derecho de transformación y el derecho de modificación	37
Test del “fair use”	39
Efecto de enfriamiento de la libertad de expresión, Chilling effects	43
Marco Jurídico	45
Constitución de la República del Ecuador	45
Instrumentos Internacionales	58
Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas	51
Declaración Universal de Derechos Humanos	61
Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación	62

Código Civil	73
Código Orgánico Integral Penal	73
Derecho comparado	75
Código de Propiedad Intelectual de España	75
Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos	85
Ley de derechos de autor y publicación, de Alemania	89
MATERIALES Y MÉTODOS	92
Materiales Utilizados	92
Métodos	92
Técnicas.	95
Observación Documental	96
RESULTADO	97
Resultados de las Encuestas	97
Resultados de las Entrevistas	109
Estudios de Casos	128
Análisis de Datos Estadísticos	140
DISCUSIÓN	144
Verificación de los objetivos	144
Objetivo General	144
Objetivo Específico	145
Contrastación de hipótesis	156
Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal	158
CONCLUSIONES	162
RECOMENDACIONES	164
Proyecto de reforma legal	166
BIBLIOGRAFÍA	170
ANEXOS	176
Cuestionarios de encuestas y entrevistas	176
Proyecto de reforma	179
Informes, solicitudes y fotografías	215
ÍNDICE	