

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicación de la Doctrina del *Fair Use* en la Legislación
Ecuatoriana**

*Análisis de los artículos 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía
Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*

Valentina Carrasco Terán

Directora: Sophia Espinosa Coloma

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de
Abogada

Quito, 21 de diciembre de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La aplicación de la Doctrina del Fair Use en la Legislación Ecuatoriana”

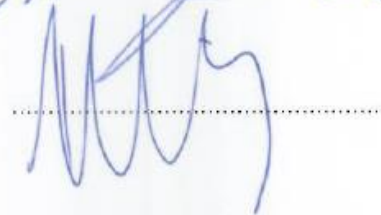
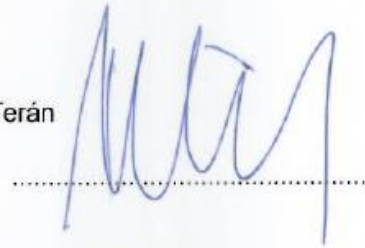
Valentina Carrasco Terán

Dra. Sophia Espinosa
Directora del Trabajo de Titulación

Dra. María de los Ángeles Lombeyda
Lectora del Trabajo de Titulación

Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO DE TITULACIÓN

**TESINA/TITULO: La aplicación de la Doctrina del *Fair Use* en la Legislación Ecuatoriana
*Análisis de los artículos 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los
Conocimientos, la Creatividad y la Innovación***

ALUMNO: Valentina Carrasco Terán

EVALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado.
El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (Código Ingenios), a pesar de ser consistente con los ADPIC, trae algunos cambios al sistema de propiedad intelectual del Ecuador. Dentro de esos cambios podemos notar la introducción de figuras de otros sistemas como es el caso de la doctrina del *Fair Use*, la cual tiene su origen en el derecho anglosajón. Esta doctrina trata sobre las limitaciones a los derechos de autor y establece, de conformidad con el 17 US State Code en la Sección 107, que para determinar si el uso de un trabajo en un caso concreto está protegido por el *fair use*, se deben verificar los siguientes cuatro parámetros¹, conocidos también como el *test del fair use*:
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 protegida².

Por tanto, considerando que esta figura ha sido incorporada a la normativa ecuatoriana, es importante determinar si su inclusión ha sido realizada de manera apropiada, con el objetivo de que la norma sea aplicada de manera adecuada. Por tanto, el problema presentado es relevante.

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.
La hipótesis planteada por la estudiante es que "la figura ha sido traída a la legislación ecuatoriana de una manera que no logrará obtener los objetivos para los cuales esta ha

¹ 17 US Code §107. Limitations and exclusive rights: Fair Use.

² *Ibid.*

sido creada. En el art. 211 del Código Ingenios, se establece de manera correcta la doctrina del *fair use*, sin embargo en el art. 212 del mismo cuerpo legal se prescribe una lista taxativa de excepciones que desnaturalizan la doctrina y dejan sin sentido al artículo anterior.” La hipótesis es trascendental, pues saca a la luz la problemática y contradicción que trae el art. 212 al incorporar una lista taxativa, que no solo se aparta de la esencia del *fair use* – en donde cada caso debe ser analizado de manera individual- sino que va más allá de los usos honrados contemplados por la normativa Andina. Consecuentemente, la hipótesis es trascendente.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material empleado es suficiente y pertinente. La estudiante ha realizado una profunda investigación y de calidad. Ha utilizado, doctrina, papers, jurisprudencia, con el fin de tener los argumentos suficientes para probar su hipótesis. Por tanto, la investigación constituye un aporte al Derecho.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).
Esta es una investigación bien concebida, con contenido argumentativo relevante y de calidad. La estudiante, plantea los conceptos y doctrinas claves. Asimismo, realiza un análisis adecuado y bien planteado sobre la problemática, encontrando una perspectiva argumentativa interesante para abordar y solucionar el tema.

FIRMA DIRECTOR:



SOPHIA ESPINOSA COLOMA, J.S.D.

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del Estudiante: _____

Nombre: Valentina Carrasco Terán

Código: 00107547

Cédula de Identidad: 1714083738

Lugar y fecha: Quito, 21 de diciembre de 2017

Agradecimientos:

*A mis padres por el ejemplo, amor e incondicionalidad,
a mis hermanos por ser los mejores compañeros de vida,
a mi abuelo por su compañía en cada momento,
a mis amigos por el apoyo,
a mis profesores por sus conocimientos y dedicación.*

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio sobre la incorporación de la figura del *fair use* dentro del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, como una limitación al derecho de autor. Sobre la base del análisis respecto de las distintas formas de limitar los derechos de autor, se destaca que existen dos mecanismos principales para limitar el uso no autorizado de una obra. Estos provienen del sistema continental y del sistema anglosajón. El *fair use* es una figura desarrollada por el sistema anglosajón que, del análisis de la legislación, jurisprudencia y doctrina, es aplicable en Ecuador. Sin embargo, esta figura se encuentra desnaturalizada por la vigencia, simultánea, del mecanismo proveniente del sistema continental en el mismo cuerpo legal.

ABSTRACT

This thesis studies the incorporation of the fair use doctrine in the Ecuadorian code named “Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”. Base on the analysis of the different ways to limit Copyright, two different mechanisms stand out. These come from the Civil Law and Common Law systems. The fair use doctrine was developed under the Common Law system and base on the analysis of the law, jurisprudence, and doctrine this is a figure that may be incorporated under de Ecuadorian law. However, this figure is distorted by the existence of the Civil Law mechanism in the same code.

Tabla de contenidos

I. Abreviaturas.....	x
II. Introducción.....	1
III. Desarrollo.....	4
1 Capítulo I: El Derecho de Autor.....	4
1.1 Objeto de protección de los derechos de autor.....	5
1.2 Dimensiones del derecho de autor.....	7
1.2.1 Derecho Moral.....	8
1.2.2 Derecho Patrimonial.....	9
1.2.2.1 Características del derecho patrimonial.....	10
1.2.2.2 Derechos exclusivos provenientes del derecho patrimonial.....	10
1.2.2.3 Agotamiento del derecho patrimonial.....	12
1.3 Análisis de derecho comparado sobre el derecho de autor.....	16
1.3.1 Sistema Continental.....	16
1.3.2 Sistema Anglosajón.....	17
2 Capítulo II: La Doctrina del <i>Fair Use</i>.....	21
2.1 Razón de las limitaciones del derecho de autor.....	21
2.2 El <i>Fair Use</i>.....	22
2.2.1 Parámetros del <i>Fair Use</i>	28
2.2.1.1 Parámetro 1: El propósito y carácter del uso.....	28
2.2.1.2 Parámetro 2: la naturaleza de la obra con derechos de autor.....	32
2.2.1.3 Parámetro 3: la cantidad y la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto.....	34
2.2.1.4 Parámetro 4: el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor.....	36
3 Capítulo III: La Doctrina del <i>Fair Use</i> Dentro de la Legislación Ecuatoriana.....	39
3.1 Antecedentes del Código Ingenios.....	39
3.1.1 Ausencia de un marco normativo consistente.....	40
3.1.2 Existencia de la Ley de Propiedad Intelectual.....	40
3.2 Limitaciones en la normativa ecuatoriana antes del Código Ingenios.....	41
3.2.1 Ley de Propiedad Intelectual.....	41
3.2.2 Decisión 351.....	42
3.2.2.1 Existencia de la Normativa Andina.....	42
3.2.2.2 Limitaciones a los derechos de autor establecidas por la Decisión 351.....	44
3.3 Incorporación de la figura del <i>fair use</i> en el Código Ingenios.....	46
3.3.1 Artículo 211 Código Ingenios.....	47
3.3.1.1 Concordancia del <i>fair use</i> con los “usos honrados” de la Decisión 351.....	48
3.3.1.2 Aportes del <i>fair use</i> al derecho y sociedad ecuatoriana.....	50
3.3.2 Artículo 212 del Código Ingenios.....	52
3.3.2.1 Desnaturalización del <i>fair use</i> por el artículo 212 del Código Ingenios.....	52
3.3.2.2 Desvinculación con la Decisión 351.....	53
3.3.2.3 Exacerbación del positivismo.....	55
IV. Conclusiones.....	57
V. Bibliografía.....	61

I. Abreviaturas

Abreviatura	Explicación
Art./ Arts.	Artículo/ Artículos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
Código Ingenios	Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.
Constitución	Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
Decisión 351	Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Decisión No. 351 del 17 de diciembre de 1993. Lima, Perú.
Ley de PI	Ley de Propiedad Intelectual
Normativa Andina	Régimen Común de la Comunidad Andina de Naciones.
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
Países Miembros	Países suscriptores del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena).

II. Introducción

El 9 de diciembre de 2016 se adoptó el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (Código Ingenios). Uno de los principales objetivos de este cuerpo legal es implementar reglas respecto de las relaciones entre los distintos actores sociales, para lograr satisfacer en mayor medida las necesidades de las personas y la naturaleza, mediante la modificación radical de los paradigmas existentes. Es así que su objeto está previsto en su art. 1, donde se menciona que se busca normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales con la finalidad de establecer un marco legal en el que se estructure la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación.

Si bien la implementación de este Código tiene una gran carga política, es un cuerpo normativo vigente en el Ecuador. Su vigencia implicó la derogación de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley de PI). Es así que dentro del Código Ingenios se establecen figuras que se preveían dentro de la Ley de PI, pero también se adoptaron nuevas figuras que además de ser novedosas, tienen su fuente en el sistema anglosajón.

Uno de los temas fundamentales codificados dentro del Código Ingenios es el derecho de autor. El derecho de autor tiene dos dimensiones. Por un lado, existen los derechos morales, los cuales contienen reglas que guardan relación con la paternidad de la obra; y por otro lado, encontramos los derechos patrimoniales, cuya razón de ser recae en el rédito económico que nace a favor del autor por la creación de una obra. Sin embargo, el derecho de autor no es absoluto pues dentro de las legislaciones que se encargan de regular esta área del derecho, se establecen limitaciones y excepciones al mismo. Por ejemplo, una de estas limitaciones es la que recae sobre un tercero para hacer uso de una obra sin la autorización del autor.

Alrededor del mundo, se establecen sistemas que restringen el uso no autorizado de una obra. Existen las licencias obligatorias, las cuales no son objeto de estudio en este trabajo. Y existen los usos libres y gratuitos, tema que será abordado en este trabajo de titulación. Estos usos han sido regulados de maneras distintas por los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*. El primero, también llamado sistema continental, impone listas de los casos que no requieren de autorización de un tercero. Por otro lado, el sistema anglosajón ha desarrollado la figura del *fair use*, la cual está recogida por el 17 US State Code en la sección 107, donde se refiere a *limitations on exclusive rights*. Es así que por

medio de esta figura, la Corte entra a analizar caso por caso la posibilidad de que una persona haga uso o se aproveche libremente de una creación del intelecto humano, sin la necesidad de la autorización del creador. Para esto, analiza si los parámetros que han sido previamente establecidos por la doctrina son o no aplicables al caso concreto.

Dentro del Código Ingenios, se introdujo por primera vez la figura del *fair use* al sistema ecuatoriano en el art. 211. Este a su vez, guarda concordancia con lo establecido por la Normativa Andina, promueve de manera novedosa la creación de nuevas obras, dinamiza el derecho ecuatoriano y promueve el conocimiento dentro de la sociedad.

Si bien el Código Ingenios, por un lado, incorpora esta figura al sistema ecuatoriano, simultáneamente introduce una lista taxativa de casos en los que un tercero puede hacer uso de las obras sin autorización del titular. En este sentido, nos encontramos frente a dos formas de abordar un mismo tipo de limitación al derecho de autor que son completamente opuestas.

Ante esta situación, el objetivo del presente trabajo es contestar la siguiente interrogante: *¿La doctrina del fair use anglosajón está correctamente planteada dentro del Código de Ingenios?* El problema surge por la existencia de los arts. 211 y 212 dentro del Código.

La postura frente al problema jurídico planteado es que la figura ha sido traída a la legislación ecuatoriana de una manera que no logrará cumplir los objetivos para los cuales esta ha sido creada. En el art. 211 del Código Ingenios, se establece de manera correcta la doctrina del *fair use*, sin embargo en el art. 212 del mismo cuerpo legal se prescribe una lista taxativa de excepciones que desnaturalizan la doctrina y dejan sin sentido al artículo anterior. En este sentido, la desnaturalización de la figura afecta a la seguridad jurídica y a la administración de justicia pues, el momento en el que se presente un conflicto en cuanto al uso sin autorización de una obra, no se tendrá claridad sobre cual artículo deberá ser aplicado por el juez.

Para llegar a esta conclusión fue necesario abordar tres temas principales que serán expuestos a continuación y para los cuales se aplicó una metodología de investigación que pone en diálogo a la legislación ecuatoriana con doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

El primer capítulo de este trabajo aborda los elementos principales del derecho de autor (1). Para esto, se realizó una breve revisión de los elementos y conceptos de la

propiedad intelectual, los elementos y dimensiones del derecho de autor, y finalmente se realizó un análisis al derecho de autor en Ecuador desde el derecho comparado.

El segundo capítulo presenta la doctrina del *fair use* (2). En este sentido, se explica la razón de ser de las limitaciones al derecho de autor, se realiza un análisis del *test* establecido por esta doctrina y una revisión de cada uno de los parámetros que sirven para determinar la legitimidad o no del uso no autorizado por un tercero, y cómo estos parámetros han sido aplicados dentro de la jurisprudencia del derecho anglosajón.

En el tercer capítulo se realiza un análisis a fondo de la adopción del *fair use* en la legislación ecuatoriana (3). Para esto, se realiza un análisis de las limitaciones al derecho de autor aplicables en el Ecuador, a partir del art. 211 del Código Ingenios, que consagra la figura objeto de este trabajo, y la consecuente desnaturalización de la misma que surge como consecuencia del art. 212.

Finalmente, es importante señalar que el objetivo de este trabajo es analizar el efecto que tiene la aplicación del Código Ingenios frente a los casos de uso no autorizado de una obra, particularmente cuando lo establecido por la Normativa Andina no sea suficiente. Recordemos que la Normativa Andina tiene aplicación directa en Ecuador y dentro de la jerarquía de aplicación de las normas, se encuentra antes que cualquier ley interna de los Países Miembros.

III. Desarrollo

1 Capítulo I: El Derecho de Autor

El derecho de autor es una rama de la propiedad intelectual, la cual se entiende, en términos generales, como toda creación del intelecto humano¹. Los derechos de propiedad intelectual “protegen los intereses de los creadores al ofrecerles prerrogativas en relación con sus creaciones”². En este sentido, ha sido denominada por varias organizaciones y expertos alrededor del mundo como el área jurídica que se encarga de “la protección de lo que se conoce como activos intangibles o bienes inmateriales, es decir aquellas cosas que, a pesar de no tener una expresión corporal concreta, bien comprenden valor para su dueño o titular”³. Asimismo, La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), define a la propiedad intelectual como aquella que “permite al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación”⁴. Adicionalmente, la OMPI afirma que a través de esta área del derecho se brinda protección a los bienes inmateriales y a los intereses de los creadores pues, es el medio a través del cual se les ofrece prerrogativas con relación a sus creaciones⁵. La propiedad intelectual se encuentra reconocida por el art. 322 de la Constitución de la República del Ecuador (Constitución), al mencionar que “se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley”⁶. Es así que, en el Ecuador, el Código Ingenios es el encargado de regular esta área del derecho.

La propiedad intelectual contiene dos categorías jurídicas diferentes: la propiedad industrial, la cual se encarga de proteger las invenciones e innovaciones con aplicación

¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Publicación de la OMPI No. 909, p. 3.

² *Ibíd.*

³ Alfredo Cuadros Añazco. *Propiedad Intelectual Pop, Donde la Cultura Jurídica y la Geek se Fusionan*. Barcelona: Bebooknezz, 2016, p. 11.

⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* Publicación de la OMPI, p. 3.

⁵ Organización Mundial a la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. *Óp. cit.*, p. 4.

⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 322. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

en la industria, es decir, patentes, modelos de utilidad, signos distintivos, etc.⁷; y el derecho de autor, sobre el cual trata el presente trabajo.

El derecho de autor se encarga de proteger las obras literarias, artísticas y científicas. Este ha sido definido como “el conjunto de prerrogativas morales y pecuniarias que poseen los creadores de una obra por el hecho mismo de haberla creado”⁸. El derecho de autor protege a los autores, a sus obras y regula las formas en que una obra puede ser explotada, ya sea esta por el propio autor o por terceros⁹. Loredo Hill al definir conceptualmente al derecho de autor, establece que:

es un conjunto de normas de derecho social que tutelan los atributos morales y patrimoniales del autor y las facultades que de estos se derivan, que rigen la actividad creadora de los autores y artistas, aplicando sus efectos en beneficio de los titulares de los derechos conexos¹⁰.

El derecho de autor pertenece al mundo de las ideas y creaciones que han sido reconocidas por los Estados. El estudio de los derechos de autor contiene una serie de aristas que deben ser mencionadas para alcanzar el objetivo de este trabajo. Es así que, para profundizar sobre este tema, a lo largo de este capítulo se mencionará el objeto de protección del derecho de autor (1.1), a continuación se hará un análisis de sus dimensiones (1.2), y finalmente, se examinarán las visiones respecto del derecho de autor mediante el derecho comparado (1.3).

1.1 Objeto de protección de los derechos de autor

La OMPI establece que el derecho de autor se utiliza para “describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas”¹¹. Una obra, a los ojos del derecho de autor es “la creación intelectual del autor que está exteriorizada”¹². El momento en el que una obra existe, el derecho de autor toma relevancia práctica. En este sentido, protege a las obras y a los creadores o autores de las mismas.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Herrera Meza, Humberto Javier. *Iniciación al Derecho de Autor*. Mexico: Limusa, 1992, p.18

⁹ *Id.*, p.20

¹⁰ Adolfo Loredo Hill. *Nuevo Derecho Autoral*. México: n.a., p. 88

¹¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derecho Conexos*. *Óp. cit.*, p. 7.

¹² Alfredo Cuadros Añazco. *Propiedad Intelectual Pop, Donde la Cultura Jurídica y la Geek se Fusionan*. *Óp. cit.*, p. 12.

El goce y ejercicio del derecho de autor, en principio no está subordinado a ninguna formalidad, pues estos reciben la protección del ordenamiento jurídico por el hecho de ser creaciones del intelecto humano¹³. Sin embargo, el derecho de autor se encuentra regulado y es aplicado conforme a la legislación del país en el que se reclama la protección¹⁴. Tal y como lo establece el art. 1 del Convenio de Berna: “[L]os países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”¹⁵. En la mayor parte de legislaciones, los Estados introducen una enumeración de las obras que gozan de la protección brindada por el derecho de autor. Es así que la OMPI ha establecido que “las obras que se prestan a la protección por derecho de autor van desde los libros, la música, la pintura, la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, los anuncios publicitarios, los mapas y los dibujos técnicos”¹⁶. En este punto se debe entender que este tipo de enumeraciones son ejemplificativas pues en cualquier momento nuevas modalidades o formas de crear obras pueden nacer y estas deberán ser igualmente protegidas por el derecho de autor. Por otro lado, el Convenio de Berna, no establece propiamente una lista de obras o de tipos de obras que son protegidas por el derecho de autor, sino que establece parámetros generales para proteger una obra. Siguiendo esta estructura solo una obra que calce dentro de los parámetros quedará protegida por el derecho de autor. Según el Convenio de Berna, quedan por tanto protegidos:

1. Los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no.
2. Los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de la Unión.
3. Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio¹⁷.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886. Artículo 3.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.

Es importante establecer que el derecho de autor protege “solo la forma de expresión de las ideas y no las ideas mismas¹⁸”, pues es necesario que esta idea se materialice de alguna forma para que sea objeto de protección. La CAN, mediante la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decisión 351), establece que:

queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial¹⁹

Varias son las razones que justifican la protección sobre las obras mencionadas las cuales serán analizadas a profanidad más adelante²⁰. Sin embargo, la razón más objetiva y práctica la encontramos con Cuadros Añazco, cuando este menciona que: “así como cualquier profesional tiene derecho a vivir del ejercicio de su profesión o actividad, un autor tiene derecho de vivir de los frutos que le dan sus obras ya sea por la existencia propiamente dicha o por la explotación de la misma”²¹. Por todo lo expuesto es que el titular de los derechos de propiedad de las obras tiene la posibilidad de accionar contra aquellas personas que infringen su derecho al hacer uso de sus obras sin sujetarse a los mecanismos establecidos por la ley²².

1.2 Dimensiones del derecho de autor

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 artísticas²³. Estas dimensiones se dividen en el derecho moral (1.2.1) y el derecho patrimonial (1.2.2).

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ La Comunidad Andina de Naciones. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 7. Decisión No. 351 del 17 de diciembre de 1993. Lima, Perú.

²⁰ Alfredo Cuadros Añazco. *Propiedad Intelectual Pop, Donde la Cultura Jurídica y la Geek se Fusionan*. Óp. cit., p. 12.

²¹ *Ibíd.*

²² La Comunidad Andina de Naciones. *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Óp. cit., Art. 8: se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.

²³ Martha Cecilia Zapata Rendón. *Derechos de Autor y Licencia Creativa*. Bogotá.

1.2.1 Derecho Moral

El derecho moral se refiere exclusivamente a la protección de la personalidad del autor con relación a su obra. Este derecho es irrenunciable e inalienable pues el autor de una obra jamás dejara de serlo²⁴. Por esta razón ha recibido diferentes denominaciones como por ejemplo derechos personales, derechos extrapatrimoniales, derecho de paternidad intelectual o derecho al respeto²⁵. Este tiene como fuente la personalidad del autor y está integrado por los siguientes elementos:

el derecho a decidir la divulgación de la obra, de exigir que se respete su condición de creador, de cuidar la integridad de su creación, de retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones, de retirarla de circulación y de oposición a que se le atribuya una obra no propia²⁶.

El derecho moral cobra gran relevancia por el hecho de que una obra jamás podrá ser de una persona diferente a su creador, razón por la cual ha sido llamada por algunos expertos como “derecho de la paternidad intelectual”.

Esta dimensión del derecho de autor se encuentra reconocida por varios cuerpos normativos internacionales y nacionales. Es así como el art. 6 bis número 1 de la Convención de Berna establece el alcance de los derechos morales al decir que:

(...) el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación²⁷.

Asimismo, el art. 11 de la Decisión 351, al hablar sobre los derechos morales, establece que:

el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) conservar la obra inédita o divulgarla; b) reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor²⁸.

Por otro lado, el Código Ingenios establece que los derechos morales contienen el carácter de irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles y menciona los

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Adolfo Loredo Hill. *Nuevo Derecho Autoral. Óp. cit.*, p. 272.

²⁶ Herrera Meza, Humberto Javier. *Iniciación al Derecho de Autor. Óp. cit.*, p.19.

²⁷ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.

²⁸ La Comunidad Andina de Naciones. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 7. Decisión No. 351 del 17 de diciembre de 1993. Lima, Perú.

derechos específicos que nacen de estas características. Así su art. 118 reza que los autores gozan de los siguientes derechos en relación con el derecho de 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 corresponda²⁹.

Es importante mencionar que dentro de los cuerpos legales que hemos mencionado, se establece que los derechos reconocidos en virtud del derecho moral se mantienen hasta después de la muerte del autor. Es así que la letra d del art. 11 de la Decisión 351, establece que:

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

El plazo de protección de los derechos reconocidos, según el Capítulo VI de la Decisión en mención, es de cincuenta años después de la muerte del autor. Sin embargo, los Países Miembros, pueden otorgar un plazo mayor de la protección de los derechos mencionados.

1.2.2 Derecho Patrimonial

El derecho patrimonial, se refiere a aquello 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”³⁰, es decir, son aquellos que, concretamente se derivan del uso y explotación pecuniaria que corresponde al autor o a cualquier persona que cuente con una licencia otorgada por el autor³¹. Colombet al referirse a los derechos patrimoniales establece que “el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra”³², por esto, los derechos patrimoniales son aquellos que permiten

²⁹ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. Artículo 118. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

³⁰ Herrera Meza, Humberto Javier. *Iniciación al Derecho de Autor*. Óp. cit., p.19.

³¹ Adolfo Loredó Hill. *Nuevo Derecho Autoral*. Óp. cit., p. 272.

³² Claude, Colombet. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. París: Unesco/ Cindoc, 1997, p. 63.

que el titular obtenga retribuciones económicas y no meramente morales. Para estudiar a profundidad los derechos patrimoniales, se enunciarán sus características (1.2.2.1), los derechos exclusivos que nacen de este (1.2.2.2), y, finalmente, se reflexionará sobre su agotamiento (1.2.2.3).

1.2.2.1 Características del derecho patrimonial

El derecho patrimonial sobre el derecho de autor contiene cuatro características principales. En primer lugar, es un derecho exclusivo de modo que “solamente el autor – o su derechohabiente– puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de su obra y ese derecho es oponible *erga omnes*, a menos que una norma expresa o una cláusula contractual disponga lo contrario”³³. En segundo lugar, es un derecho de contenido ilimitado, es decir, no sometido a *numerus causas* pues, ante la imposibilidad de prever las modalidades de explotación que surgen por los avances tecnológicos, se tiende a reconocer al autor el derecho de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento³⁴. En tercer lugar, es un derecho donde las modalidades de explotación son independientes entre sí³⁵. Finalmente, el derecho patrimonial no es un derecho absoluto pues se le han impuesto ciertas limitaciones que serán estudiadas en su oportunidad³⁶.

1.2.2.2 Derechos exclusivos provenientes del derecho patrimonial

Los derechos que nacen de los derechos patrimoniales se regulan en varios cuerpos legales alrededor del mundo. La Decisión 351 se refiere a los derechos patrimoniales en su art. 13, el mismo que establece lo siguiente:

el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: la reproducción, la comunicación pública, la distribución pública

³³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Asunción: 2005, p. 2.

³⁴ Delia, Lipszyc. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Unesco/ Cerlalc/ Zavalía, 1993, p. 176.

³⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. *Óp. cit.*, p. 3.

³⁶ *Ibíd.*

de ejemplares o copias, la importación, la traducción, adaptación, arreglo O transformación de la obra^{37,38}.

De la misma manera, el art. 120 del Código Ingenios, establece que son derechos exclusivos reconocidos a favor del autor o su derechohabiente, los siguientes:

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 elija³⁹.

De igual manera, estos cuerpos legales establecen las herramientas con las que cuentan los autores para “autorizar o prohibir” determinadas acciones que terceros puedan ejecutar con respecto a las obras existentes⁴⁰. Las acciones que se destacan dentro de las legislaciones sobre la materia son las acciones con las que los autores de una obra cuentan para hacer valer su derecho contra terceros. En este sentido los derechos patrimoniales pueden cederse, venderse o transferirse pues por su naturaleza estos pueden ser cuantificables en dinero. Con base en esto un autor puede desprenderse de sus derechos patrimoniales y una tercera persona puede adquirir cuantos derechos patrimoniales esté autorizada a tener por el autor o por la ley. En este sentido se dice que:

el autor tiene los derechos de explotación de su obra, de cualquier forma y por cualquier medio. Estos derechos incluyen su facultad de autorizar su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Una obra no puede ser explotada sin su autorización, salvo en determinados casos previstos en la ley⁴¹.

³⁷ La Comunidad Andina de Naciones. *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Artículo 13. Decisión No. 351 del 17 de diciembre de 1993. Lima, Perú.

³⁸ En los artículos precedentes de la Decisión 351, se encuentran especificados cada uno de estos actos y cómo deben ser aplicados en virtud de la aplicación de los derecho de autor.

³⁹ Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. Artículo 120. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

⁴⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derecho Conexos*. *Óp. cit.*, p. 8.

⁴¹ Universidad Autónoma de Barcelona.
<http://www.uab.cat/servlet/Satellite?c=Page&cid=1345650367270&pagename=BibUAB%2FPa ge%2FTemplatePlanaBibUAB> (acceso: 25/06/2017).

Es así que en primera instancia corresponde al autor el derecho de gozar de estos derechos exclusivos. Sin embargo, un tercero puede hacer uso de estos derechos ya sea por una autorización del autor que puede o no ser remunerada, por la obtención de una licencia obligatoria (ambas, situaciones que no son objeto de estudio de este trabajo), o por casos específicos que la ley prevé como las limitaciones al derecho de autor⁴².

1.2.2.3 Agotamiento del derecho patrimonial

La normativa del derecho de autor patrimonial prevé también su agotamiento. Existen dos mecanismos que hacen del derecho patrimonial un derecho que no es absoluto: el tiempo y los parámetros legales.

Las normas aplicables a la práctica del derecho de autor prescriben el tiempo con el que dispone un autor para explotar su obra. En este sentido, tal y como se mencionó para los derechos morales, la Decisión 351 establece que estos no serán inferiores a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Por otro lado, el Código Ingenios al referirse a la duración de los derechos patrimoniales, establece que “la duración de la protección de los derechos patrimoniales comprende toda la vida del autor y setenta años después de su muerte⁴³”. Es así que, una vez cumplido este plazo, la obra forma parte del dominio público. Esta es la situación en que:

quedan las obras literatas, artísticas o científicas cuando vence el plazo de protección de los derechos económicos o de explotación. Una obra que se encuentra en dominio público puede ser explotada libremente, pero debemos respetar la autoría y la integridad⁴⁴.

Es decir, si bien una vez que se cumple el plazo de protección de los derechos patrimoniales estos pasan a formar parte del dominio público, el derecho de autoría subsiste.

El tiempo no es el único elemento apto para limitar el derecho patrimonial. La normativa sobre la materia ha establecido situaciones en las que un tercero puede sobrepasar las protecciones dadas a los autores, aun cuando estos están vivos. Estas son

⁴² Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera. *Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual*. Sindicatura, 2006, p. 5.

⁴³ Artículo 201. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. Artículo 120. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

⁴⁴ *Ibíd.*

conocidas como las limitaciones del derecho de autor. Estas situaciones no ponen a la obra dentro del dominio público, sino que otorgan derechos a terceros sobre esta.

Como hemos visto, el derecho de autor no tiene una naturaleza exclusivamente patrimonial o económica, pues coexiste con el derecho moral⁴⁵. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 15 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 27 número 2, prescriben que 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. A su vez, estas también reconocen el derecho que tiene cualquier persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten⁴⁶.

En este sentido, nos encontramos frente a dos intereses contrapuestos: aquel que tiene el autor de una obra a recibir una protección sobre sus creaciones y aquel que tienen el resto de las personas de usar libremente dichas creaciones. Una serie de doctrinarios comparten el siguiente criterio sobre estas limitaciones al decir que:

determinar si el uso es realmente permitido, dependerá del propósito y carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o con fines educativos no lucrativos; la naturaleza de la obra protegida; la cantidad o sustancia de la parte o porción de la obra utilizada y el efecto del uso sobre el mercado de la obra protegida⁴⁷.

El derecho de autor tiene ciertas limitaciones que recaen en el derecho patrimonial, las cuales existen para beneficiar a las demás personas en cuanto a su dimensión económica. Ambos derechos han sido reconocidos por varias legislaciones y es por esta razón que se dice que “debe primar un equilibrio legal entre los intereses de los autores y titulares de los Derechos de Autor y los derechos del público en general a ser informado”⁴⁸. Por esta razón, las normas sobre el Derecho de Autor siempre vienen de la mano de limitaciones específicas para su ejercicio. La OMPI ha establecido que:

⁴⁵ Davis Feliz Álvarez Amézquita, Oscar Eduardo Salazar y Julio César Padilla Herrera. *Teoría de la Propiedad Intelectual*. Civilizar, 2015, p. 67.

⁴⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. *Óp. cit.*, p. 3.

⁴⁷ Davis Feliz Álvarez Amézquita, Oscar Eduardo Salazar y Julio César Padilla Herrera. *Teoría de la Propiedad Intelectual*. *Óp. cit.*, p. 68.

⁴⁸ Francisco Gómez. *El Plagio Intelectual*. *Revista Propiedad Intelectual*. Año V. No. 8 y 9. Merida, p. 11.

con el fin de mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de los titulares del derecho y los usuarios de contenidos protegidos, las leyes sobre derecho de autor permiten ciertas limitaciones respecto de los derechos patrimoniales, es decir, en los casos en los que las obras protegidas pueden ser utilizadas sin autorización del titular de los derechos y contra el pago o no de una remuneración⁴⁹.

En este sentido, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), la Convención de Berna, la Decisión 351, establecen limitaciones respecto de los derechos patrimoniales que nacen de las obras.

Existen algunos mecanismos para limitar los derechos patrimoniales. Sin embargo, hay dos sistemas con implicaciones diferentes que limitan los derechos de autor mediante los usos libres o gratuitos. Hoy en día podemos encontrar legislaciones que prevén parámetros generales que deben ser analizados en los casos concretos y otros que prescriben listas taxativas de casos en los que se considera que el uso de una obra por un tercero sin autorización es legítimo.

En primer lugar, tenemos a los ADPIC, los cuales fijan los estándares mínimos de protección a los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional. Su art.13 establecen tres condiciones para que las limitaciones les sean aplicables. La primera, se refiere a que las limitaciones deben referirse a casos especiales. En segundo lugar, estas no deben atentar contra la explotación normal de la obra. Finalmente, no se debe causar, so pena de la limitación, ningún perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos⁵⁰. Existiendo estas medidas, se ha dicho que “si se cumplen esas tres condiciones, un gobierno puede elegir entre diversas opciones para limitar el derecho en cuestión, e inclusive el uso sin ningún pago o remuneración y sin autorización del titular del derecho”⁵¹. De la misma manera, el Convenio de Berna establece las conocidas “utilizaciones libres” de las obras protegidas. Es así que, en el art. 9 número 1 establece que “los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio

⁴⁹ Organización Mundial a la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. *Óp. cit.*, p. 15.

⁵⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Anexo C1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en la Ronda Uruguay, 1994.

⁵¹ Jacqueline Abarza y Jorge Katz. *Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC*. División de Desarrollo Productivo y Empresarial. Santiago de Chile: Sepal Eclac, 2002, p. 25.

gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”⁵². Asimismo, el siguiente número establece que cada país de la Unión se reserva la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en “determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”⁵³.

El art. 10 de la Convención de Berna, establece que

1. Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.
2. Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.
3. Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.⁵⁴

Por otro lado, la Decisión 351 prescribe también el uso gratuito de obras como una de las limitaciones a los derechos de autor mediante el reconocimiento de un parámetro general y la enunciación de una lista de casos que cumplen con este parámetro⁵⁵.

Las limitaciones, o en algunos casos llamadas excepciones, varían de un país a otro debido a sus peculiares condiciones sociales, económicas o históricas⁵⁶. Como hemos visto, distintos tratados internacionales reconocen estas limitaciones y pretenden establecer condiciones generales para la aplicación de las mismas. Se ha establecido que “debido a la evolución de las nuevas tecnologías y al incesante aumento de usos de Internet en el mundo, se ha considerado necesario volver a ajustar el equilibrio antes citado entre los intereses de los diversos participantes”⁵⁷. Sin embargo, se considera que

⁵² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Artículo 10. 9 de septiembre de 1886.

⁵⁵ El análisis en concreto de la Decisión 351 será tratado en el capítulo 3 de este trabajo.

⁵⁶ Organización Mundial a la Propiedad *Intelectual. Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Óp. cit.*, p. 12.

⁵⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <http://www.wipo.int/copyright/es/limitations> (acceso: 20/06/2017).

dentro de los países del sistema continental se encuentran parámetros que no están del todo claros ni objetivizados y que al encontrarse dentro de un sistema positivista, cuentan con listas predeterminadas de casos en los cuales se presupone que este parámetro se cumple. En este sentido, las normas sobre las limitaciones se vuelven extremadamente rígidas, causando sanciones y trabas irracionales para el desarrollo de la sociedad. El sistema anglosajón ha desarrollado una figura que regula las limitaciones del derecho de autor de manera más flexible, esta es conocida como la figura del *fair use*. Antes de abordar esta figura en su totalidad, es necesario entender la visión del derecho anglosajón con respecto al derecho de autor, la cual será analizada a continuación.

1.3 Análisis de derecho comparado sobre el derecho de autor

El derecho de autor ha sido concebido de dos maneras distintas alrededor del mundo. Esta coexistencia de visiones se da por el ámbito territorial pues recae en la diferencia establecida por el sistema de derecho de tradición romano-germánica o continental (1.3.1) y sistema del derecho anglosajón (1.3.2).

1.3.1 Sistema Continental

Para los países donde se aplica el sistema de tradición romano-germánica o derecho continental, el derecho de autor “entiende que el creador tiene un derecho natural sobre su obra”⁵⁸ y se lo concibe como “un derecho inherente a la persona por el simple hecho de realizar un acto creativo, sin que sean relevantes sus consecuencias sociales”⁵⁹. En este sentido, se ha dicho que

en la base del carácter personalista de la protección se encuentra siempre la relación de pertenencia de la obra a su creador. La obra pertenece a su autor, es para él una cosa propia, no sólo por haber sido creada sino porque posee un valor expresivo reflejo de la personalidad de su creador⁶⁰.

Por tanto, dentro del reconocimiento dado por la tradición romano-germánica, no hace falta que una obra sea publicada para que el autor de la obra tenga las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico. Las facultades se fundamentan en una concepción

⁵⁸ Juan Manuel Terán Contreras. *Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la propiedad intelectual*. Revista del Departamento de Derecho de la División de Ciencias Sociales y Humanidades. 2017, p.149.

⁵⁹ Alejandro Loredó. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran*. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran> (acceso: 3/10/2017).

⁶⁰ *Ibíd.*

naturalista y humanista que considera derechos naturales a los que acompañan al ser humano por el solo hecho de serlo⁶¹.

1.3.2 Sistema Anglosajón

El sistema anglosajón llama a esta rama del derecho: *Copyright*. Este tiene sus orígenes desde la época en la que la copia era el único medio de difusión de las obras literarias⁶². El Estatuto de la Reina Ana⁶³ fue creado para resolver esta problemática pues, “persigue la finalidad de crear un estímulo para el fomento del arte, de la literatura y de la ciencia”⁶⁴. En este sentido, para que exista un estímulo verdadero para los autores de continuar creando obras, era necesario que estos “obtengan todos los beneficios de la impresión y difusión de sus obras”⁶⁵. Por esto, se puede decir que esta normativa se da con dos finalidades esenciales: “la percepción económica por el autor y por sus descendientes y el fomento de la ciencia, de los conocimientos y de la cultura”⁶⁶. Adicionalmente, el Estatuto de la Reina Ana inculcó una serie de principios y opiniones que inspiran la tutela de los autores dentro del *Common Law* en distintas latitudes del mundo. La Constitución de los Estados Unidos, en su art. 1, sección 8, párrafo 8, faculta al Estado a “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”⁶⁷. Es así que el Congreso es el encargado de otorgar los derechos a los autores de manera limitada para promover el bienestar social y

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

⁶³ El Estatuto de la Reina Ana fue promulgado el 10 de abril de 1710 en Inglaterra. Es considerada la primera norma legal que reconoce lo que se conoce en el derecho anglosajón como copyright.

⁶⁴ Alejandro Loredo. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran*. *Óp. cit.* <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran> (acceso: 3/10/2017).

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

a su vez es quien permite que los autores gocen de incentivos para desarrollar su creatividad y ponerla a disposición del público⁶⁸.

Por todo lo expuesto, se puede decir que existe una serie de diferencias entre el derecho de autor y el *Copyright*. Sin embargo, la diferencia fundamental entre estos es que la normativa detrás del *Copyright*, “no reconoce un derecho preexistente, un derecho natural de los autores a la propiedad de sus obras que la ley deba limitarse a reconocer”⁶⁹. En este sentido, el *Copyright* cobra relevancia práctica una vez que la obra es publicada, es decir que su aplicación se limita únicamente a la obra. El *Copyright* por tanto no toma en cuenta a los derechos que por la sola creación de la obra nacen a favor del autor, es decir a los derechos morales. Tal y como Terán Contreras manifiesta, “el *Copyright* entiende que es a través de la obra que se produce una negociación entre el autor y la sociedad en la que ambos buscan un bien superior”⁷⁰. En este sentido, el *Copyright* estadounidense se basa en este acuerdo que tienen los autores y la sociedad por medio de cual se les ha otorgado a los autores un monopolio por el fruto de su trabajo de manera temporal y limitada⁷¹. Adicionalmente, cabe mencionar que:

para el copyright la fijación material de la obra es esencial, mientras que en el sistema de derechos de autor no es precisa ni relevante la forma en la que se concreta o fija una obra para su protección, por el simple hecho de la creación ya se goza de la protección⁷².

Por esta razón es que se concibe al derecho de autor como un derecho naturalista y humanista mientras que al *Copyright* como un derecho utilitarista.

Una vez que se ha planteado el análisis del derecho comparado con respecto a la manera de concebir los derechos reconocidos a favor de los autores de las obras en el sistema continental y anglosajón, cabe hacer las siguientes aclaraciones. En la actualidad,

⁶⁸ Alejandro Loredó. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran*. Óp. cit. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran> (acceso: 3/10/2017).

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Juan Manuel Terán Contreras. *Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la propiedad intelectual*. Óp. cit., p.150.

⁷¹ Alejandro Loredó. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran*. Óp. cit. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran>

⁷² *Ibíd.*

existen ordenamientos jurídicos que protegen a los autores de la obra por el simple hecho de haberlas creado, es decir que se ajustan al sistema continental. Asimismo, encontramos ordenamientos jurídicos cuyas normas apuntan a la protección de los derechos que recaen en la explotación de la obra, es decir que se ajustan al sistema anglosajón. Sin embargo, se debe entender que la existencia de esta diferencia de posturas a través del mundo no significa que aquellos ordenamientos jurídicos basados en el derecho anglosajón dejan de lado el elemento del derecho natural que tienen los autores, ni viceversa. Lo que sucede es que el conjunto de sus normas obedece, en el mundo del *Common Law*, a una visión más patrimonial que moral, y lo contrario en los ordenamientos jurídicos basados en el derecho continental⁷³. Dentro de la normativa de los países que han adoptado el sistema propuesto por el *Common Law*, “el desarrollo de los derechos morales de los autores ha sido mínimo, mientras que en el sistema de los derechos de autor los derechos morales son el pilar de la concepción humanista de ese derecho”⁷⁴. Es así que dentro de las legislaciones de sistemas anglosajones, encontramos normas cuya finalidad es ampliar el conocimiento y la comprensión pública dando a los creadores potenciales un control exclusivo sobre la copia de sus obras y ofreciéndoles un incentivo financiero para crear trabajos informativos e intelectualmente enriquecedores para el público⁷⁵. Sin embargo, se considera que más allá de las diferencias teóricas que existen entre estos dos conceptos, lo que verdaderamente importa es el nacimiento de cada una de estas figuras dentro de dos sistemas diferentes y su objetivo de promover el conocimiento de la sociedad a través de la cultura y el arte.

A lo largo de este capítulo, se han establecido los elementos principales de la propiedad intelectual, particularmente los elementos que configuran el derecho de autor. Es así que se ha mencionado que el derecho de autor protege las obras del intelecto humano.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Enrique Dans. *El caso Google Books y la utilidad del copyright*. <https://www.enriquedans.com/2015/10/el-caso-google-books-y-la-utilidad-del-copyright.html> (acceso: 15/10/2017).

El derecho de autor se encuentra dividido en dos grandes dimensiones: los derechos morales y derechos patrimoniales. Si bien ambos tienen diferentes alcances prácticos, estos se agotan sin que el derecho moral de paternidad se pierda. La ley establece dos mecanismos por los cuales el derecho de autor se agota: el tiempo a partir de la muerte del creador o en el caso del derecho patrimonial el cumplimiento de ciertos requisitos que son impuestos por la ley.

Existen dos grandes visiones sobre los derechos de autor. La visión impuesta por sistema continental y aquella que nace del sistema anglosajón. El sistema continental considera que el derecho de autor existe con el fin de proteger las creaciones de los autores pues se considera que estas les son inherentes y, por lo tanto, la ley debe reconocerle al autor su derecho natural con respecto a la obra. Por esta razón, por lo general, cuando se legisla sobre sus limitaciones dentro de los países que tienen este sistema, nos encontramos con una normativa más rígida que no prevé mecanismos de limitar modalidades de explotación que nacen día a día. 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 a limitaciones más flexibles en cuanto al uso de las obras.

2 Capítulo 2: La Doctrina del *Fair Use*

El objeto de este capítulo es examinar las limitaciones a los derechos de autor, particularmente la impuesta por el *fair use*. Para ello, en primer lugar, se deberá entender la razón de ser de las limitaciones del derecho de autor (2.1) y, en segundo lugar, se determinará el alcance de la limitación impuesta por el *fair use* en la doctrina anglosajona (2.2).

2.1 Razón de las limitaciones del derecho de autor

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor nacen de la creencia de los derechos de autor “no solo promueven la creación al otorgar derechos exclusivos sobre la explotación de las obras, sino que además permiten la difusión y el progreso (...)”⁷⁶ al resto de la sociedad. Es así que se ha dicho que la difusión del conocimiento es el motor del progreso de la humanidad, las artes y la ciencia⁷⁷.

Años atrás, pocas eran las personas que tenían la posibilidad de acceder al conocimiento y realmente entenderlo. Es así que la imprenta, se vuelve un mecanismo de difusión que expandió esta posibilidad a más personas. Desde 1710, con el Estatuto de la Reina Ana, el control sobre las obras dejó de ser controlado en su totalidad por los monarcas. El estatuto otorgó derechos exclusivos para los autores de las obras y sus editores.

Esos derechos se consagraron bajo una limitación temporal, garantizando así lo que la doctrina ha denominado como el *quid pro quo* social en el derecho de autor. (...) se empieza a concebir este derecho como un conjunto de prerrogativas otorgadas temporalmente con el objetivo de promover la creación y además de incentivar la difusión y el acceso al conocimiento⁷⁸.

El derecho de autor evolucionó para convertirse en un derecho de propiedad inmaterial que “se encuentra limitado por ciertos intereses y criterios de política pública”⁷⁹. Es así que la importancia de las limitaciones de los derechos de autor cobra sentido, pues es el mecanismo por el cual se garantiza el balance constante entre los derechos⁸⁰.

⁷⁶ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. Estudio del Caso Google Books. Revista la Propiedad Inmaterial No. 29. Bogotá: 2015, p. 65.

⁷⁷ *Id.*, p.58.

⁷⁸ *Id.*, p.59.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

Como vimos en el anterior capítulo las excepciones o limitaciones al derecho de autor han sido analizadas a través de dos modelos distintos. Por un lado, tenemos aquellos cuerpos legales que contemplan una enumeración taxativa de las circunstancias que admiten el uso de las obras sin autorización del autor. Países de Europa y aquellos que adoptan la tradición continental en la configuración de su sistema jurídico, mantienen este tipo de normativa. Por otro lado, está el modelo que se deriva del sistema anglosajón, en el cual se ha adoptado la doctrina del *fair use* o uso justo, la cual incorpora un elemento de análisis de caso por caso para determinar la legalidad o no del uso de obras sin la autorización del autor.

El ordenamiento jurídico estadounidense concede al titular del derecho de autor, en el *17 US Code*, sección 106, derechos exclusivos para hacer o autorizar, entre otras, las siguientes actividades:

1. Reproducir la obra en ejemplares o fonograma.
2. Realizar obras derivadas de la obra original.
3. Distribuir y comercializar ejemplares o fonogramas de la obra al público.
4. Ejecutar la obra públicamente⁸¹.

El titular de una obra es quien, de la mano de la creación de la obra, adquiere estos derechos. Es así que el momento en que un tercero, sin autorización del titular utilice la obra, estaría cometiendo un acto que, a los ojos del Derecho de Propiedad Intelectual, constituiría una violación al derecho de autor. Sin embargo, el uso de obras por terceros es un fenómeno que ocurre día a día pues es el pilar fundamental para ampliar el espectro del conocimiento y de esa manera crear nuevas obras. Según el modelo del *fair use*, “cada caso debe analizarse en concreto para determinar si el uso dado a la obra es considerado como una infracción al derecho de autor”⁸². Este será el modelo que se contraerá en el presente capítulo.

2.2 El Fair Use

El sistema americano ha desarrollado, a través de la jurisprudencia, la doctrina del *fair use* con el fin de establecer las limitaciones a los derechos de autor. Se ha dicho que, en la práctica, el *fair use* no es un elemento fácil de establecer ni de definir. La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha dicho que: “*no generally applicable definition (of fair*

⁸¹ 17 US Code §106

⁸² *Ibíd.*

use) is possible, and each case raising the question must be decide don its own facts”^{83,84}. Sin embargo, de esta problemática que ha reconocido la Corte Suprema de los Estados Unidos, y antes de examinar las aristas que deben ser analizadas dentro de esta doctrina, observamos que el *fair use* sirve como una herramienta que permite que una obra protegida por el derecho de autor sea usada por un tercero en un nuevo trabajo sin la autorización del autor de la obra original⁸⁵.

Es a partir de casos como los de *Folsom v. Marsh en 1841* y *Gyles v. Wilcox en 1740* que se comenzaron a discutir las posibilidades de usar una obra sin la autorización del dueño de la misma. El problema principal consistió en entender que existe, en efecto, una brecha entre los casos en los que el uso de una obra requería de autorización y los que no. En el caso *Folsom v. Marsh* se discutió lo siguiente:

no one can doubt that a reviewer may fairly cite largely from the original work, if its design be criticism. On the other hand, it is clear, that if he thus the most important parts of the work, with a view, not of criticize, but to supersede the use of the original work, infringement will be found^{86,87}.

Por otro lado, se suscitó otro gran problema, el cual fue establecer parámetros para definir claramente la brecha que dividía estas dos situaciones. Es así que dentro del caso *Folsom v. Marsh* se estableció que “*it is not easy to lay down any general principles applicable to all cases*”^{88,89}, y a raíz de esto, se generó la necesidad de delinear parámetros que debían servir como *guía* para analizar cada caso cuyo conflicto recaiga en el uso de una obra sin el permiso del autor.

⁸³ United States Supreme Court. *Harper y Row vs. Nation Enterprises*. Sentencia del 20 de mayo de 1985. No. 83- 1632.

⁸⁴ Traducción Libre: no es posible una definición generalmente aplicable (de uso justo), y en cada caso planteando la cuestión debe decidirse por sus propios hechos.

⁸⁵ Rebeca Alderfer Rock. *Fair Use Analysis in DMCA Takedown notices: Necessary of Noxious?* Temple Law Review, 2014, p.8.

⁸⁶ United States Circuit Court for the District of Massachusetts. *Folsom v. Marsh*. 1841.

⁸⁷ Tracción Libre: nadie puede dudar de que un revisor pueda citar bastante de la obra original, si su diseño es criticado. Por otra parte, está claro, que si él realiza las partes más importantes de la obra, con el fin de no criticar, sino para reemplazar el uso de la obra original, la infracción se encontrará.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Tracción Libre: No es fácil establecer principios generales aplicables a todos los casos.

El *fair use* es una doctrina que reza específicamente sobre el agotamiento de los derechos de autor⁹⁰. Ella permite el uso de material protegido por el derecho de autor sin la autorización previa del titular del derecho⁹¹. Para entenderla de otra manera, se ha dicho que “*a fair use is any copyrighted material done for a limiteded and trasformative purpose, such as a comment upon, criticize, or parody a copyrighted work*”^{92,93}, de esta manera, el uso puede ser hecho sin el permiso de quien es dueño de la obra. 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. 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. Es así que se establecieron cuatro factores fundamentales para que se pueda determinar si el uso de una obra intelectual ajena está amparado por esta doctrina⁹⁴.

En 1976 el Congreso de Estados Unidos adopta la doctrina del *fair use* en el 17 US State Code, en la Sección 107, la cual se refiere a las limitaciones de los derechos exclusivos. Esta establece que, para determinar si el uso de un trabajo en un caso concreto está protegido por el *fair use*, se deben verificar los siguientes cuatro parámetros⁹⁵, los cuales en conjunto son conocidos y conforman lo que en este trabajo se ha denominado el *test del fair use*:

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 protegida⁹⁶.

⁹⁰ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital. Estudio del Caso Google Books*. Óp. cit., p. 66.

⁹¹ Tom Palmer. *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*. Vol. 13, num. 3. Harvard Journal of Law and Public Policy, 1990.

⁹² Rich Smith. *What is Fair Use? Getting Permission*. <http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/> (acceso: 27/ 11/ 2016).

⁹³ Traducción Libre: un uso justo es cualquier material con derechos de autor hecho para un propósito limitado y factible a transformarse, tal como un comentario sobre crítica o parodia de una obra con derechos de autor.

⁹⁴ Facundo Rojo. *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina del Fair Use*. Buenos Aires: Isonomía, 2014, p. 3.

⁹⁵ 17 US Code §107. *Limitations and exclusive rights: Fair Use*. 1947.

⁹⁶ *Ibíd.*

La doctrina del *fair use* ha sido criticada por su amplitud, específicamente por la flexibilidad que contiene. Hay quienes dicen que “se le endilga una seria limitante del derecho de autor, en el análisis de las posibles situaciones de infracción”. Sin embargo, “su utilidad al enfrentar nuevos retos impuestos por la evolución tecnológica en relación con la necesidad del acceso a la cultura”⁹⁷ se observa como un elemento positivo. Es sobre la base de este elemento *rescatado* de la doctrina que muchos académicos se han pronunciado respecto del cambio que Europa (continente donde se mantiene el modelo taxativo de situaciones que admiten el uso de las obras sin autorización del autor) debería realizar en su normativa. En este sentido, Jonathan Griffiths manifiesta que:

el desarrollo de dicha teoría no solo permitiría aliviar la inflexibilidad de aquellas predominantes corrientes europeas, sino que, además, reduciría la ventaja competitiva que tiene Estados Unidos sobre Europa, y además aseguraría un grado de armonización dado el aumento de jurisdicciones que han acogido la doctrina en análisis⁹⁸.

Actualmente, se puede decir que el criterio general es que las legislaciones adopten la figura del *fair use* pues el derecho de autor como tal, es un elemento dinámico que debe adaptarse a los cambios de la sociedad. Es así que se ha dicho que:

Con el advenimiento de los nuevos medios tecnológicos e informáticos de difusión, a través de los cuales se accede a las obras literarias, el contexto inicial en el cual nació el derecho de autor se ha ido modificando, imponiendo nuevos retos⁹⁹.

Omán comenta al respecto que es necesario que el derecho de autor se adapte a las nuevas realidades pues constantemente “cada consumidor que se conecta es un autor, un editor y un infractor en potencia, las tres cosas al mismo tiempo en diferentes momentos”¹⁰⁰. Asimismo, coincide Herrera al señalar que:

La evolución del derecho de autor demuestra la gran importancia que han adquirido los mecanismos de difusión, como factores determinantes del amoldamiento de las

⁹⁷ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. *Óp. cit.*, p. 60.

⁹⁸ Jonathan Griffiths. *Deutsche Gesellschaft*. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621> (acceso: 12/07/2017).

⁹⁹ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. *Óp. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰ Ralph Oman. *Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital*. p. 17.

normas a las nuevas realidades y como herramientas que permiten el acceso al conocimiento¹⁰¹.

Las reglas del juego deben estar establecidas con claridad y coherencia. Es importante adaptar conscientemente los criterios sobre los cuales los jueces deben considerar que el derecho de autor se ha infringido o, de lo contrario, que el uso de una obra cae en la órbita de las limitaciones o excepciones del mismo. Sin embargo, esta no es una tarea del todo fácil.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha mencionado que “*the doctrine of fair use has been called, with some justificaciton, `the most troublesome in the whole law of copyright`*”^{102,103}, esto porque es común que los criterios de los jueces no coincidan sobre si una obra calza o no dentro de la protección que otorga esta doctrina¹⁰⁴. De esta manera encontramos otra problemática o contradicción de criterios sobre la aplicación práctica de la doctrina del *fair use*: encontramos a aquellas personas que consideran que el *fair use* absoluto es inexistente y aquellos que consideran que este si es alcanzable. El primer grupo, basa su criterio sobre el hecho de que el *fair use* absoluto podría ocurrir solamente cuando el momento de realizar el *test* del *fair use*, este uso injustificado calce perfectamente dentro de los cuatro parámenos. Tal y como lo manifiesta Koss, “*unequivocal fair use theoretically could occur when an evaluation of the use reveals facts that fit so squarely within the fair use test so as to yield only one reasonable conclusion- that the use is fair use*”^{105,106}. Por otro lado, tenemos a al grupo de personas que si bien cree que sí es posible tener casos de uso de una obra sin autorización donde el *test* del *fair use* calce a la perfección, estos también admiten que es complejo obtener

¹⁰¹ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. Óp. cit., p. 64.

¹⁰² United States Supreme Court. *Sony Corp. of Am. V. University City Studios, Inc.* Sentencia del 18 de enero de 1984. No- 81- 1687.

¹⁰³ Traducción Libre: la doctrina del uso justo ha sido llamada, con cierta justificación, la más problemática en toda la ley del derecho de autor.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Jordan Koss. *Protecting Free Speech for Unequivocal Fair Users: Rethinking Our Interpretation of the § 512 Misrepresentation Clause*. *Cardozo Arts. & Ent.*, 2010, p.149.

¹⁰⁶ Traducción Libre: el uso inequívoco teóricamente podría ocurrir cuando una evaluación del uso revela hechos que encajan tan directamente dentro de la prueba de uso justo para dar sólo una conclusión razonable - que el uso es uso justo.

un caso donde esta posibilidad se efectivice de manera absoluta¹⁰⁷. Sin perjuicio de la complejidad de cumplir a cabalidad con el *test* que presenta el *fair use*, se ha considerado que el *fair use* es una doctrina vital en el mundo del derecho de autor pues es una herramienta que asegura que el dialogo, comentarios y nuevas creaciones no estén paralizadas y que el autor de una obra no use sus derechos para perjudicar o suprimir la libertad de expresión y la creatividad de las demás personas¹⁰⁸.

El derecho de autor no solo existe para incentivar a las personas a crear obras mediante el otorgamiento del derecho exclusivo de explotación, sino que además, está regulado para que estas creaciones sean difundidas y así se genere un progreso en la sociedad y en la cultura¹⁰⁹. La Suprema Corte de Estados Unidos ha manifestado que “a través de la doctrina del *fair use* o uso justo es posible garantizar el cumplimiento de dichos objetivos puesto que permite el uso de las obras protegidas en circunstancias especiales que justifiquen dicho uso”¹¹⁰. Asimismo, coincide Miller al describir a la doctrina del *fair use* como un intento de balancear el incentivo económico de los derechos de autor con el beneficio que una obra puede entregar al público al permitirles hacer uso de la misma.

Partiendo de este criterio, la crítica sustentada en que esta doctrina otorga mucha flexibilidad para que un tercero pueda hacer uso de una obra sin autorización, cobra más relevancia y sentido. Es por esta razón que para prevenir la flexibilidad criticada, la jurisprudencia americana reconoce que la doctrina del *fair use* es “una doctrina cuyos factores no son taxativos ni exclusivos, y por tanto requieren de un análisis: *on a case by case basis*”^{111,112}. Es así que al tratarse de un argumento que puede ser alegado por el demandado, es este quien tiene la carga de la prueba para demostrar que, mediante el cumplimiento de los cuatro parámetros de la doctrina, el uso no autorizado que realizó de la obra fue justo y por lo tanto no genera una violación a los derechos del autor. La Corte

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Joseph M. Miller. *Fair Use Through the Lenz of §512 (c) of the DMCA: A Preemptive Defense to a Premature Remedy?* Iowa Law Review: 2010, p. 1714.

¹⁰⁹ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. *Óp. cit.*, p. 65.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Traducción Libre: caso por caso.

Suprema de los Estados Unidos, ha analizado cada uno de los cuatro criterios de la doctrina del *fair use*, en el marco de un análisis que será explicado a continuación.

2.2.1 Parámetros del *Fair Use*

La doctrina del *fair use* se desarrolla a través de cuatro parámetros fundamentales, los cuales son conocidos como el *test* del *fair use*. Para conocer el alcance de cada uno, se debe acudir a los fallos dictados por la Corte de los Estados Unidos. A continuación, se establece el alcance de cada uno de estos factores conforme a la jurisprudencia estadounidense.

2.2.1.1 Parámetro 1: El propósito y carácter del uso

El primer parámetro que debe ser determinado por el juez al momento de analizar si el uso de una obra está o no cubierto por el *fair use*, tiene relación con la razón por la cual se ha utilizado una obra. Este parámetro está establecido como “el propósito y carácter del uso, determinando si dicho uso es de naturaleza comercial o es para fines educativos sin fines de lucro”¹¹³. De esta manera, se puede decir que el primer parámetro se enfoca en determinar dos elementos específicos que se analizan en su relación con el nuevo trabajo. Estos son, en primer lugar, si es que el nuevo trabajo cambia el propósito para el cual fue realizado el primero, y en segundo lugar, si el nuevo trabajo agrega valor al primero¹¹⁴.

El análisis de la finalidad para la cual se está utilizando la obra, es decir si este tiene naturaleza comercial o educativa, se debe entender como el análisis sobre el propósito por el cual se realizó el segundo trabajo. Cuando el fin para el cual se realizó el nuevo trabajo, sin la autorización del autor del primero, es netamente comercial, existen menos probabilidades de que el uso sea considerado justo y por lo tanto protegido por el *fair use*¹¹⁵. Consecuentemente, cuando “el uso no autorizado que se hace de la obra original tiene fines educativos o no tiene fines comerciales, es más probable que se considere que la nueva obra implica un *fair use* de la obra original”¹¹⁶. Esto por el hecho de que aquella persona que utiliza la obra para fines comerciales estaría obteniendo un beneficio

¹¹³ Sección 7 del U.S. Code. Title 17. Copyrights, del 30 de julio de 1947.

¹¹⁴ Rebeca Alderfer Rock. *Fair Use Analysis in DMCA Takedown notices: Necessary of Noxious? Óp. cit.*, p. 8.

¹¹⁵ Tom Palmer. *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*. Vol. 13, num. 3. Harvard Journal of Law and Public Policy, 1990.

¹¹⁶ *Ibíd.*

lucrativo que pertenece, en principio, exclusivamente al autor o que puede pertenecer a quién cuente con la debida autorización. De lo contrario, la persona que demuestre que la realización de la obra que contiene elementos de una obra existente anteriormente tiene una finalidad de uso educativa, no estaría obteniendo ningún beneficio lucrativo y hasta podría ser que esto se transforme en un aporte positivo para el autor de la obra pues al ser sus obras una herramienta educativa, su nombre será reconocido por la academia y sus obras ganarían mayor reconocimiento.

Sin embargo, para analizar si el uso no autorizado de una obra está protegido o no por el *fair use*, no es suficiente con llegar a la conclusión de que efectivamente existe una razón que justifique el uso de la obra en razón de su finalidad de uso. Esto se da a partir de que el principal objetivo de esta doctrina es poner en una balanza tanto el derecho de autor y a aquel derecho que tiene un tercero de hacer uso de una obra protegida sin contar con la autorización del autor. Es por esta razón que la justificación que este tercero sin autorización presentará ante un tribunal debe ser lo suficientemente persuasiva para que tenga más peso al momento en el que se tome la decisión final¹¹⁷.

La influencia que tiene este parámetro sobre el resto de los parámetros ha llevado a que en varios casos se agregue y demuestre otros elementos que van más allá del análisis de la finalidad del uso de la obra. Esto se denomina como el uso transformativo de la obra, elemento al cual la doctrina ha definido como “aquella modificación sustancial y formal de una obra, convirtiéndola en una nueva creación¹¹⁸”, elemento que será analizado en los siguientes párrafos.

Existen dos preguntas fundamentales que la defensa deberá responder persuasivamente para demostrar que efectivamente el uso no autorizado de la obra (por lo general uso que tiene como objetivo el uso comercial) contiene el elemento transformativo. En primer lugar, ¿este uso añade nueva expresión o significado a la original? y, en segundo lugar, ¿es este uso simplemente una copia del original? Las respuestas a estas preguntas serán las justificaciones con las que el demandado se protegerá y las cuales deberán ser analizadas por los jueces para tomar una decisión final.

¹¹⁷ Pierre Leval. *Toward a Fair Use Standard*. Harvard Law Review, Vol. 103. No. 5: 1990, p. 8.

¹¹⁸ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital*. *Óp. cit.*, p. 60.

Las preguntas en cuestión cobrarán mayor relevancia cuando el uso que se ha dado a la obra contiene fines comerciales pues como vimos en la sección anterior, el uso de obras que contiene un fin educativo, por lo general suelen ser considerados como justos. Como veremos, la existencia del elemento trasformativo de la obra ha justificado el uso no autorizado de la misma y ha evitado que el tribunal considere que el uso no autorizado implica una copia de la obra original. En este sentido, Leval manifiesta que:

If the secondary use adds value to the original – if the quoted matter is used as raw material, transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings- this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society^{119,120}.

Existen una serie de casos donde la Corte ha establecido criterios que guardan relación con el uso trasformativo de la obra y en ellos establece qué es lo que se debe probar para que este uso sea efectivamente considerado como justo. En la sentencia del caso *Cary v. Kearsley* de 1802 y en el caso *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc* de 1984, se estableció que: “*the use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original*^{121,122}”. En este mismo sentido, de acuerdo con este factor si la obra original es trasformada, como materia prima, para la creación de nueva información, una nueva estética, idea o significado, es más probable que se considere que la nueva obra implica un *fair use* de la obra original¹²³.

Esto se evidencia a través de la motivación que ha dado la Corte en los casos donde se ha concedido la protección del uso de la obra por medio de la doctrina del *fair use*. En el caso *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc*, la corte concedió la razón a la defensa

¹¹⁹ Pierre Leval. *Towards a Fair Use Standard. Alabama*, citado en Ashten Kimbrough, *Transformative use vs. mrker impact: Why the fourth fair use factor should be supplantas by transformative use as the most important element un a fair use analysis*. Law Review, Alabama: 2012, p. 626.

¹²⁰ Traducción Libre: si el uso secundario añade valor al original - si el material citado se utiliza como materia prima, transformado en la creación de nueva información, nueva estética, nuevos conocimientos y entendimientos - este es el tipo de actividad que la doctrina del uso justo pretende proteger para el enriquecimiento de la sociedad.

¹²¹ United States Supreme Court. *Cary v. Kearsley, in Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc*. Sentencia de 18 de enero de 1984. No. 81- 1687.

¹²² Traducción Libre: el uso debe ser productivo y debe emplear las materias citadas de una manera diferente o con un propósito diferente del origina.

¹²³ Barton Beebe. *An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions*. University of Pennsylvania Law Review: Pennsylvania, 2008, p. 597.

después de que estos probaron que el uso de las imágenes pertenecientes a *Plaintiff Perfect 10, Inc* por parte de *Google* y *Amazon.com* (objeto por el cual inició la controversia), era transformativo¹²⁴. Asimismo, en el caso de *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* la Corte concluyó que una parodia tiene un factor transformativo porque, en forma de crítica, proporciona un beneficio social al traer a la luz a una obra antigua y, en el proceso, al crear una nueva por lo que se encontraba protegida por el *fair use*¹²⁵. En este mismo caso, la Corte adoptó una postura que marca una guía para calificar a un uso como transformativo o no al mencionar que “utilizar la esencia de una obra original califica como *fair use* siempre y cuando el aspecto transformativo de la nueva obra pueda ser ‘razonablemente percibido’”¹²⁶. Es así que este aspecto no pudo ser percibido como tal por ejemplo en el caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, donde la protección no le fue concedida a la parte demandada pues esta no logró demostrar el elemento transformativo del uso de la obra sin autorización. Al momento de pronunciarse sobre el objeto de la controversia, la Corte consideró que: “*courts have been reluctant to find fair use when an original work is merely retransmitted in a different medium*”^{127,128}. Es así que se establece gran relevancia en cuanto a la prueba del elemento transformativo en aquellos casos donde la obra original ha sido usada para fines comerciales sin autorización del autor.

De los cuatro factores del *test*, éste ha sido considerado como el más vinculante de todos. Es el factor que los jueces toman en mayor consideración al momento de determinar si un uso no autorizado de una obra está protegido por la doctrina del *fair use*, o no. En este sentido, Beebe menciona que “en 90.2% de los fallos en los que los jueces sostuvieron que el propósito y el carácter del uso no autorizado eran favorables a un *fair use*, se terminó fallando en ese sentido”¹²⁹, después de analizar los otros tres parámetros.

¹²⁴ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Perfect 10, Inc v. Amazon.com, Inc.* Sentencia del 16 de mayo de 2007. No. 487 F. 3d 701.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ United States Supreme Court. *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.* Sentencia del 7 de marzo de 1994. No. 92- 1292.

¹²⁷ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *A&M Records, Inc v. Napster, Inc.* Sentencia del 12 de febrero de 2001. 239 F.3d 1004, 1015.

¹²⁸ Traducción Libre: los tribunales han sido reacios a encontrar un uso justo cuando una obra original es simplemente retransmitida en un medio diferente.

¹²⁹ *Ibíd.*

Es decir, al cumplirse con el parámetro número uno del *test*, los jueces consideraron que el uso no autorizado de la obra estaba justificado y protegido por la doctrina y que por lo tanto el demandado no debía ser sancionado por violentar el derecho de autor.

Es por eso que, en concordancia con uno de los casos hito de la doctrina, *Folsom v. Marsh*, se estableció que aquello que de manera mínima sobrepasa el objetivo de la obra original, jamás podrá pasar el primer factor del *test* de manera favorable¹³⁰. Por esta razón, para que el segundo uso de una obra constituya la protección brindada por el *fair use*, debe, en primer lugar, tener una finalidad educativa y no comercial y en caso de que esta sea comercial, se deberá poder demostrar que en este uso a la obra original se le ha sido agregado un valor o elemento. La cantidad de este valor, como hemos visto, preferencialmente deberá ser abundante para que se pueda traducir en una obra transformativa que realmente aporta de manera diferente en relación a la obra original.

2.2.1.2 Parámetro 2: la naturaleza de la obra con derechos de autor

El segundo parámetro, examina la naturaleza de la obra original para evaluar si su uso no autorizado califica o no como *fair use*¹³¹. Es así que, en esta parte del *test*, se analiza en primer lugar si es que la obra utilizada ya ha sido publicada o no, y en caso de que esta no haya sido publicada, se debe analizar, consecuentemente, su potencialidad de ser publicada y por tanto estar protegida por el derecho de autor.

Hay obras que existen pero que no han sido publicadas y obras que son de conocimiento público. En este sentido, “si la obra original que se ha utilizado para realizar la obra nueva era una obra aún inédita, es más probable que los jueces consideren que no medió *fair use* que si se trataba de una obra ya publicada”¹³². En cuanto a las obras que no han sido publicadas, la Corte examina si es que la obra utilizada está destinada a ser protegida por el derecho de autor. En este sentido, se puede encontrar dos tipos de obras: creativas o una obra de investigación basada en hechos. La Corte ha establecido que “*on the assumption the creative work falls closer to the core of intended protection than do*

¹³⁰ Pierre Leval. *Toward a Fair Use Standard*. *Óp. cit.*, p. 8.

¹³¹ Facundo Rojo. *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina del Fair Use*. *Óp. cit.*, p.4.

¹³² *Id.*, p. 610

factual works”^{133,134}. En este sentido, se puede decir que las obras inéditas y creativas están más protegidas que las obras basadas en hechos.

Esto ha sido considerado así puesto que en caso de que se acepte el *fair use* sobre las obras inéditas, se le estaría privando al autor de ser el primero en publicar su propia obra. Este parámetro no ha sido tomado en cuenta con mayor importancia por los tribunales, pues:

a pesar de que ese factor está explícitamente reconocido en la ley norteamericana, no es muy tenido en cuenta por los jueces norteamericanos: en el 17.7% de los 306 fallos jurisprudenciales analizados por el autor, los jueces omitieron analizar este factor y en 6.5% los jueces al analizar este factor sostuvieron que era irrelevante¹³⁵

Si al examinar el primer parámetro, la Corte determinó que el uso de la obra protegida era trasformativo, entonces este segundo parámetro quedaría subsanado sin considerar la naturaleza misma de la obra. Así sucedió en el caso *Google Books*, en el que la Corte prefirió subsumir el análisis del segundo parámetro al de uso trasformativo, por el cual independientemente de la naturaleza de las obras utilizadas en el sistema de búsqueda, se ha configurado un uso justo de las mismas¹³⁶.

Por otro lado, dentro de la sentencia del caso de *Salinger v. Random House Inc.*, encontramos que la idea de las obras no publicadas “*normally enjoy complete protection against copying any protected expression*”^{137,138}. En este sentido, se entró a discutir el alcance de la palabra “*normally*” ya que ésta, sugería que en algunas ocasiones el uso no autorizado de obras inéditas podría verse protegido por el *fair use*. Esto tiene relevancia al momento de realizar la distinción entre aquellas obras inéditas creativas y aquellas inéditas investigativas. Sin embargo, actualmente, con el fin de evitar cualquier tipo de

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Traducción Libre: en el supuesto de que el trabajo creativo se aproxima más al núcleo de la protección prevista que una obra basada en hechos.

¹³⁵ Beebe, Barton. *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions*. *Óp. cit.*, p. 549.

¹³⁶ Luisa Fernanda Herrera Sierra. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital. Estudio del Caso Google Books*. *Óp. cit.*, p. 66

¹³⁷ United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Salinger v. Random House, Inc.* Sentencia de 1987.

¹³⁸ Traducción Libre: normalmente gozan de protección absoluta sobre la copia de cualquier expresión protegida.

discusión sobre el alcance de este parámetro, la Corte decidió que cuando se trata de obras que no han sido publicadas, la protección es absoluta.

Este parámetro se transforma en un factor superficial que no ha sido muy discutido en los casos sobre violación del derecho de autor pues, en primer lugar, cuando la Corte ha considerado que el uso no autorizado de una obra cumple con el primer parámetro el análisis del segundo parámetro se vuelve irrelevante, y, en segundo lugar, se ha construido el estándar de que la obra inédita tiene protección absoluta ¹³⁹.

2.2.1.3 Parámetro 3: la cantidad y la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en su conjunto

El tercer parámetro hace referencia y entra a examinar la cantidad y sustancialidad de la porción usada por la obra nueva respecto del contenido de la obra original, vista como un todo. En esta parte del *test*, la Corte deberá analizar la cantidad y la sustancialidad del pedazo de la obra protegida que ha sido utilizada por un tercero sin autorización.

En primer lugar, se ha establecido que mientras más cantidad de contenido de la obra protegida se utilice sin autorización, mayor ofensa o agravio se puede generar al autor de la obra. Por consiguiente, es menos probable que se constituya el *fair use* como una defensa efectiva frente a un caso similar al descrito previamente ¹⁴⁰. En este punto, es importante establecer que en ciertos casos, el uso de una pequeña porción (por más mínima que sea) de una obra no constituye uso justo. Sin embargo, como regla general se establece que el hecho de usar pequeños trozos de material de una obra original maximiza la posibilidad de que el uso no justificado sea considerado como un uso legítimo en comparación al uso sin autorización de grandes porciones de la obra protegida ¹⁴¹.

En segundo lugar, se establece que mientras más importante o sustancial sea el pedazo que se utiliza, menos probabilidades habrá de que el uso esté protegido por el *fair use*. Es así que se ha dicho que “de acuerdo con este factor, cuanto menos sustancial sea la porción de la obra original tomada para la creación de la obra nueva, más probable será

¹³⁹ Pierre Leval. *Toward a Fair Use Standard*. *Óp. cit.*, p. 13.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 19.

¹⁴¹ Benjamin Damsted. *Limiting Locke: A Natural Law Justification For the Fair Use Doctrine*. Vol. 112: The Yale Law Journal, 2003.

que la obra nueva califique como *fair use*”¹⁴². Al examinar este factor, la Corte verifica no solo la cantidad que ha sido tomada, sino que también analiza si es que las porciones tomadas de la obra protegida son parte del corazón de la obra original¹⁴³. En el caso de *Campbell v. Acuff- Rose Music, Inc.*, cuando se analizó si es que la parodia de la canción “*Oh, Pretty Woman*”, de Roy Orbison, calzaba dentro de la protección otorgada por el *fair use*, la Corte detectó y reveló una forma de analizar este parámetro: estableció que existen ciertos casos en los que es necesario tomar los elementos más distintivos de una obra (es decir los que forman parte del corazón de la obra) para poder hacer de la nueva obra una obra reconocida¹⁴⁴. Sin embargo, la Corte dijo que este uso no debe sobrepasar el límite de lo necesario para hacer de la nueva obra una obra reconocida¹⁴⁵.

Con estas dos aristas, es importante establecer que el hecho de que se utilice una proporción pequeña de la obra protegida no garantiza que su uso esté protegido por el *fair use*. Esto porque más allá del análisis de la cantidad que se toma de la obra original, se debe hacer el análisis de qué tan sustancial es el pedazo que fue utilizado.

Como hemos visto, los parámetros se vinculan unos con otros, y del resultado de uno, se puede tener una idea de cuál será el resultado de los demás. Es así que, sobre este parámetro, se ha dicho que este se encuentra estrechamente vinculado tanto con el parámetro número uno como con el parámetro número cuatro, pues:

mientras menor sea la porción que se toma de la obra original, resultará más probable que el uso sea transformativo y que la aparición de la nueva obra no afecte la posición en el mercado del titular de la obra original¹⁴⁶.

De esta manera, se puede inferir que el momento en que la Corte acepta que el uso no autorizado de la obra constituye un uso transformativo, probablemente el análisis de la cantidad utilizada será secundario pues ya no cobrará mucha relevancia si fue una gran cantidad la que fue utilizada. En cuanto a la relación de este parámetro con el cuarto parámetro, como veremos a continuación, el impacto en el mercado que tiene el uso de

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *A&M Records, Inc v. Napster, Inc.* Sentencia del 12 de febrero de 2001. 239 F.3d 1004, 1015.

¹⁴⁴ United States Supreme Court. *Campbell v. Acuff- Rose Music Inc.* Sentencia del 7 de marzo de 1994. No. 92- 1292.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ Barton Beebe. *An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions. Óp. cit.*, p. 615.

una obra guarda mayor relación con el factor cualitativo del pedazo utilizado, más que con el factor cuantitativo¹⁴⁷. Es así que en el caso *Harper & Row, Publisher, Inc. v. Nation Enters* en 1985, se determinó que la utilización de no más de 400 palabras, constituyendo “el corazón del libro” causó la cancelación del contrato, pues el uso de este pequeño pedazo del libro tuvo un efecto mucho más agresivo que resultó en la pérdida del mercado de la obra original¹⁴⁸.

Sin embargo, estas reglas no son definitivas. Podemos encontrarnos frente a un caso en el que se utilice una gran porción de un libro pero que esto no tenga ningún efecto dentro del mercado y que además se pueda detectar en este segundo uso, un valor agregado. Es por esta razón que la doctrina del *fair use* debe ser analizada caso por caso pues las posturas o la forma en la que la Corte examina cada parámetro del *test*, varía conforme a los elementos que hacen de cada uso no autorizado un caso diferente.

2.2.1.4 Parámetro 4: el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra con derechos de autor

El cuarto parámetro hace referencia al efecto que tiene el uso de la obra sobre el mercado o en el valor de la obra como tal¹⁴⁹. Sobre este parámetro se debe realizar una diferenciación entre aquellos propietarios de los derechos de autor que son capaces de sacar un provecho económico sobre su trabajo y aquellos que por diferentes razones no lo pueden realizar.

Por la existencia de estos dos tipos de autores, los tribunales deben entrar a analizar este factor siguiendo el siguiente esquema: “si la obra nueva creada utilizando la obra original compite directamente en el mercado con la obra original, es menos probable que la obra nueva quede amparada por la doctrina del *fair use*”¹⁵⁰. En este sentido, se puede decir que dentro de los dos tipos de autores que hemos establecido, aquellos que obtienen frutos de la creación de sus obras y aquellos que no, existe una serie de autores dentro de aquellos que generan frutos de sus obras que se han posicionado de maneras distintas dentro del mercado. Por esta razón, más allá que determinar si el autor de una obra es o

¹⁴⁷ Pierre, Leval. *Toward a Fair Use Standard*. *Óp. cit.*, p. 20.

¹⁴⁸ United States Supreme Court. *Harper y Row vs. Nation Enterprises*. Sentencia del 20 de mayo de 1985. No. 83- 1632.

¹⁴⁹ Benjamin Damsted. *Limiting Locke: A Natural Law Justification Fort he Fair Use Doctrine*. Vol. 112: The Yale Law Journal, 2003.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

no de aquellos que obtienen un provecho económico de sus obras, lo importante es establecer si la persona que ha utilizado la obra original sin autorización ha logrado posesionarse de igual o mayor manera (con su nueva obra) en el mercado, que el autor de la obra original.

Este factor ha sido considerado como el más importante a nivel económico, pues es aquel que entra a analizar los efectos comerciales y económicos que el uso de una obra original, sin autorización de su autor, puede tener en el mercado. Es en este punto que la rama del Derecho de la Competencia entra a jugar un rol importante dentro de la Propiedad Intelectual. En la sentencia del caso *Harper y Row vs. Nation Enterprises*, la Corte Suprema de Estado Unidos sostuvo que “este factor, era sin dudas, el elemento más importante del *fair use*”¹⁵¹ y sobre esto la misma Corte Suprema explicó la razón de fondo al decir que “*this reasoning assumes that the author created the copyrighted matter with the hope of generating rewards. It has no bearing on materials written for personal reasons, independent of the hope of commanding a market*”^{152,153}. En este sentido, se puede asemejar a este parámetro con el parámetro número uno, el cual es el encargado de descifrar cuales son los fines para los cuales se utiliza la obra. Es así que si en el análisis del factor número uno resulta que la finalidad del uso no autorizado de una obra protegida fue para fines comerciales, no significa que este queda desvinculado de *fair use* automáticamente pues este uso comercial todavía podrá ser justificado. Una vez establecida la finalidad comercial, se debe analizar el impacto real a nivel del mercado que este uso tiene. Así se ha establecido que cuando el uso no autorizado de la obra afecta al mercado directamente relacionado con la obra principal, inmediatamente se crea una barrera para que este uso sea justificado o protegido por el *fair use*. Adicionalmente, se debe entender que al estar frente a un uso secundario de la obra por un tercero no autorizado que no constituye una afectación directa en el mercado, no asegura que este uso esté justificado¹⁵⁴ pues como hemos visto, este es el último de los parámetros a ser

¹⁵¹ United States Supreme Court. *Harper y Row vs. Nation Enterprises*. Sentencia del 20 de mayo de 1985. No. 83- 1632.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Traducción Libre: este razonamiento supone que el autor creó la materia con derechos de autor con la esperanza de generar recompensas. No tiene relación con los materiales escritos por razones personales, independientemente de la esperanza de dominar un mercado.

¹⁵⁴ Pierre Leval. *Toward a Fair Use Standard*. *Óp. cit.*, p. 21.

analizado y por tanto los otros tres elementos del *test* deberán ser favorables para que este cuarto tome relevancia.

A lo largo de este capítulo, se analizó la doctrina del *fair use* como una de las limitaciones al derecho de autor. Esta nace, como las demás limitaciones existentes en las diferentes legislaciones alrededor del mundo, en la jurisprudencia estadounidense a partir de la creencia de que los derechos de autor existen no solamente para otorgar derechos exclusivos a los autores sobre la explotación de sus obras, sino también para incentivar su difusión y el progreso del resto de la sociedad. Esta doctrina contiene cuatro parámetros fundamentales, los cuales constituyen un *test* mediante el cual la Corte examina, caso por caso, si es que el uso no autorizado de una obra constituye una violación de los derechos de autor o si, por el contrario, se encuentra protegido por el *fair use*.

La figura del *fair use* fue adoptada en la Legislación ecuatoriana en el 2016. El tercer capítulo de este trabajo pretende analizar la forma en la que esta doctrina fue incorporada en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y la relación que mantiene con otros elementos encontrados en el mismo cuerpo legal.

3 Capítulo III: La Doctrina del *Fair Use* Dentro de la Legislación Ecuatoriana

El 9 de diciembre de 2016, fue publicado en el Registro Oficial el Código Ingenios. Al tener este una gran carga política, su creación fue la base de una gran cantidad de debates. Figuras traídas de otras legislaciones fueron incluidas dentro del texto del Código Ingenios, pero estas no fueron incorporadas de manera adecuada. Una de estas figuras es la figura del *fair use*.

Con el fin de tener una idea más clara sobre lo mencionado, en este capítulo se expondrán sobre los antecedentes del Código Ingenios (3.1), las limitaciones a los derechos de autor prescritas en la normativa ecuatoriana antes del Código Ingenios (3.2), y la incorporación de la figura del *fair use* en el Código Ingenios (3.3).

3.1 Antecedente del Código Ingenios.

Dentro de la exposición de motivos del Proyecto del Código Ingenios, se establece que con este cuerpo normativo se busca:

modificar radicalmente los paradigmas existentes en la generación, uso, aprovechamiento y distribución del bien de interés público, a través de la implementación de reglas jurídicas que viabilicen relaciones justas entre los diversos actores sociales, así como, condiciones necesarias para el acceso equilibrado a los beneficios de este bien para lograr el mayor grado posible de satisfacción de necesidades y el ejercicio pleno de derechos de las personas y la naturaleza¹⁵⁵.

Históricamente, dentro del Ecuador, se verifica un escaso desarrollo de conocimientos e invenciones. Esto se puede verificar a través de algunos factores como, por ejemplo, las cifras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en relación al número de patentes solicitadas por los actores nacionales. En el 2014, solamente el 1,97% de las solicitudes de patentes eran de nacionalidad ecuatoriana¹⁵⁶. Adicionalmente, existen otros factores que revelan la realidad de producción de conocimiento de nuestro país, entre estos podemos encontrar: la innovación generada por empresas ecuatorianas y el gasto en ciencia, tecnología e innovación en comparación con el PIB¹⁵⁷. Comparativamente, “los países que más innovan en el mundo gastan en investigación y desarrollo por sobre el 2% en relación al PIB. Se estima que el Ecuador al año 2014 cerró

¹⁵⁵ Proyecto de Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. 11 de octubre de 2016.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

con un gasto de 0,74% del PIB en sus actividades”¹⁵⁸. Se cree que son dos las causas principales por las cuales se ha considerado que el desarrollo del conocimiento dentro del Ecuador ha sido escaso¹⁵⁹: la ausencia de un marco normativo consistente (3.1.1) y la existencia de la Ley de Propiedad Intelectual (3.1.2).

3.1.1 Ausencia de un marco normativo consistente

En la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Ingenios se destaca que “una de las principales (causas) es la ausencia de articulación entre el Sistema de Educación Superior y el Sistema de Ciencia, Tecnología, Innovación”¹⁶⁰. Las instituciones jurídicas que existen son anacrónicas y alejadas a la realidad del país. Es así que, con el fin de mejorar esta situación, algunas leyes como por ejemplo la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), fueron promulgadas¹⁶¹. Se ha dicho que la LOES “implementa la transformación del Sistema de Educación Superior con la modernización de sus instituciones, el desarrollo de principios rectores y la regulación de los derechos de sus actores”¹⁶². En este sentido, se considera que sin la promulgación del Código Ingenios, la LOES no cuenta con el marco normativo apropiado para aplicar lo que establece. El Código ingenios “propone una profunda articulación entre los dos sistemas mencionados, y de estos con otros sistemas, tales como: el Sistema Nacional de Educación, el Sistema Nacional de Cultura, el Sistema Productivo, entre otros”¹⁶³.

3.1.2 Existencia de la Ley de Propiedad Intelectual

En 1998 se aprobó la Ley de PI. Es así que antes de que el Código Ingenios fuera aprobado, se consideraba que la Ley de Propiedad Intelectual,

a través de un sistema hiperprivatizador del conocimiento, en el cual se beneficiaba únicamente a los titulares/ comerciantes de la propiedad intelectual correspondientes a unos pocos monopolios transnacionales, ha limitado la posibilidad de innovar, así como tampoco ha logrado atraer inversión extranjera¹⁶⁴.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*

En este sentido se consideró que la Ley de PI debía ser derogada y crear una nueva normativa. El Código Ingenios, cuyo texto se encargaría de extender los beneficios de los derechos de propiedad intelectual, fue propuesto.

Partiendo de la idea de que ambos elementos mencionados eran considerados un problema social que bloqueaba el desarrollo del conocimiento dentro del territorio ecuatoriano, es que se consideró que era necesario modificar la normativa vigente por una nueva y más moderna, que se adapte a la realidad social del país y que además haga del conocimiento un bien público. Es así que se dijo, también en la Exposición de Motivos, que “el tiempo perdido hasta el momento demanda que el nuevo marco regulatorio permita la democratización en el uso y goce de los beneficios del conocimiento”¹⁶⁵. En este sentido, se propuso que el Código Ingenios iba a determinar

una institucionalidad nueva la cual, dentro del ordenamiento jurídico internacional, promueva la generación de los conocimientos bajo un sistema abierto, social, democrático, incluyente, enfocado en el ser humano, en el desarrollo de sus potencialidades y ejercicio de sus derechos, dentro del marco del respeto a los derechos de sus semejantes y de la naturaleza¹⁶⁶.

De esta manera se desarrolló el Código Ingenios, el mismo que refleja un intento de alcanzar todos los objetivos mencionados. Los legisladores, sin embargo, desmenuzaron la Ley de PI sin prever ciertas implicaciones prácticas que pueden aparecer en el futuro por la incorporación de nuevas figuras en la normativa ecuatoriana. Como se mencionó anteriormente, una de estas figuras es aquella encargada de limitar los derechos de autor y que tiene su fuente dentro de la doctrina anglosajona, la figura del *fair use*.

3.2 Limitaciones en la normativa ecuatoriana antes del Código Ingenios

Antes de la entrada en vigencia del Código Ingenios, en diciembre de 2016, las limitaciones aplicables al Ecuador se encontraban prescritas por la Ley de Propiedad Intelectual (3.2.1) y por la Decisión 351, la cual sigue estando vigente (3.2.2). A continuación, se analizarán ambos cuerpos normativos.

3.2.1 Ley de Propiedad Intelectual

La Ley de PI, estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del Código Ingenios. Como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, en esta se prescribían las limitaciones a los derechos de autor. El art. 83 mencionaba que las obras podían ser utilizadas por un

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ *Ibíd.*

tercero, sin autorización del titular siempre y cuando se cumpla con el parámetro de los usos honrados establecidos por la Decisión 351, que será analizada a continuación.

3.2.2 Decisión 351

La Decisión 351 es parte de la normativa andina proveniente del Acuerdo de Cartagena del que Ecuador es País Miembro. Por esta razón, se debe establecer el alcance de su existencia (3.2.2.1), para así entender la trascendencia de las limitaciones al derecho de autor que esta prevé (3.2.2.2)

3.2.2.1 Existencia de la Normativa Andina

El Ecuador es suscriptor del Acuerdo de Cartagena, el cual crea la CAN. Esta, a su vez, promulgó la Decisión 351, que a las luces del Derecho Internacional Público resulta vinculante para el Ecuador. El art. 425 de la Constitución establece el orden jerárquico de aplicación de normas. A la norma madre, que es la Constitución, le siguen los tratados y convenios internacionales¹⁶⁷. Por esta razón la Decisión 351 se encuentra por encima del Código Ingenios. En este mismo sentido, el Tribunal de la CAN, ha manifestado que:

en cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en el caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria¹⁶⁸.

Adicionalmente, el mismo Tribunal en otro caso, ha manifestado que:

el legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común (...)¹⁶⁹.

Consecuentemente, nos encontramos frente a una norma que al estar atada al principio de aplicación inmediata, se torna en una norma autoaplicable a la cual le es irrelevante la existencia de una norma interna¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 34-AI- 2001. *Acción de Incumplimiento interpuesto por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador*.

¹⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1- AI- 2001. *Secretaria General de la Comunidad Andina contra República Bolivariana de Venezuela*.

¹⁷⁰ Manuel García Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 55.

Sin embargo, bajo la hipótesis de este trabajo, debemos tomar en cuenta que estamos frente a un caso donde la legislación interna de un país debe ser aplicada. En este sentido, la Decisión 351 al ser parte del Acuerdo de Cartagena, busca “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social”¹⁷¹. En este sentido el Tribunal de Justicia de la CAN también ha establecido que:

las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria¹⁷².

La Decisión 351 debe ser aplicada antes que la norma interna de cada País Miembro y, además, los estos países no pueden desconocer las garantías mínimas que establece la norma regional. Los países miembros pueden legislar de manera más amplia siempre y cuando se respeten las garantías mínimas. El Tribunal de Justicia de la CAN establece que:

El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del complemento indispensable, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con las normas elementales de hermenéutica jurídica¹⁷³.

En este sentido, el mismo Tribunal establece que a través de las legislaciones internas, en aplicación del principio del complemento indispensable, se pueden regular las limitaciones y excepciones al derecho de autor siempre y cuando se respeten dos requisitos: “i) que no se atente contra la normal explotación de las obras; o ii) que no cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Acuerdo de Integración Subregional Andino. 26 de mayo de 1969.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 10- IP- 94 de 17 de marzo de 1995.

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 044- IP- 2013. *Oscar Rodríguez Salazar y otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Telefónica)*.

3.2.2.2 Limitaciones a los derechos de autor establecidas por la Decisión 351

En los arts. 21 y 22 de la Decisión 351 se establecen las limitaciones a los derechos de autor. En este sentido, el art. 21 establece un parámetro irrenunciable con respecto a los usos de obras sin autorización de los titulares al decir que:

las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos¹⁷⁵.

Entonces, de conformidad con lo establecido por el art. 3 de la misma Decisión 351, se debe entender que “los casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”, son los “usos honrados”¹⁷⁶. Este parámetro existe para referirse a las condiciones bajo las cuales es lícita la cita de obras protegidas y para determinar los supuestos bajo los cuales las legislaciones nacionales pueden permitir el uso libre de obras con fines educativos. No obstante, no se precisa su alcance dentro de ningún artículo de la Decisión 351¹⁷⁷. El Tribunal de la CAN menciona que el concepto de los “usos honrados” o “usos honestos” debe ser entendido como la buena fe comercial¹⁷⁸. Al unir la noción de buena fe con el calificativo comercial “se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones”¹⁷⁹. En este sentido, el Tribunal menciona que:

la licitud de medios, en el ámbito vinculado con los Derechos de Autor, significa que la conducta competitiva del agente económico debe ser compatible con los usos y prácticas consideradas honestas por quienes participan en el mercado, toda vez que la realización de actos constitutivos de una conducta contraria al citado deber de

¹⁷⁵ La Comunidad Andina de Naciones. Decisión No. 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos del 17 de diciembre de 1993. Lima, Perú.

¹⁷⁶ Ricardo Antequera Parilli. *Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”)*. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Biblioteca Iida, 2006, p. 5.

¹⁷⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Óp. cit., p. 8.

¹⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 044- IP- 2013. *Oscar Rodríguez Salazar y otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Telefónica)*.

¹⁷⁹ Jorge Jaeckel Jovaks. *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Universidad Javeriana, p. 45.

corrección provocaría desequilibrios en las condiciones del mercado y afectaría negativamente los intereses de competidores y consumidores¹⁸⁰.

Por esto, se debe entender al principio de los “usos honrados” como una herramienta que “no se usa para establecer un límite en sí mismo al derecho de explotación, sino que con el fin de determinar las estrictas condiciones bajo las cuales se pueden establecer limitaciones al derecho exclusivo de utilizar o autorizar la utilización de las obras protegidas”¹⁸¹. Este implementa un parámetro general dentro del cual resulta admisible la previsión de determinadas limitaciones al derecho de autor, así legitimando el uso libre y gratuito de la obra. Las legislaciones de los Países Miembros pueden establecer limitaciones y excepciones a los derechos de autor de conformidad con los “usos honestos”¹⁸².

Por otro lado, el art. 22 de la Decisión 351 prescribe una lista de actos que no requieren de la autorización del autor para ser utilizados. Esta lista prevé actos generales que no han sido considerados como taxativos por el Tribunal de Justicia de la CAN¹⁸³. En consecuencia, los once casos previstos dentro del art. 22 de la Decisión 351 no son los únicos casos que son considerados como limitaciones del derecho de autor según la CAN. El Tribunal ha considerado que:

será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra, siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

En este sentido, el art. 22 guarda concordancia con el art. 21 puesto que la lista cumple con el parámetro de los “usos honrados”.

Es importante mencionar que por la existencia de la Normativa Andina, los arts. 21 y 22 de la Decisión 351 son los que en la práctica deberán ser aplicados en primera

¹⁸⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 044- IP- 2013. *Oscar Rodriguez Salazar y otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Telefónica)*.

¹⁸¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. Óp. cit.*, p. 5.

¹⁸² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 110- IP- 2007- Infracción al Derecho de Autor, Gaceta Oficial No. 1588, 20 de febrero de 2008.

¹⁸³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En: Proceso 044- IP- 2013 *Oscar Rodriguez Salazar y Otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.*, Proceso 110- IP- 2007 *Oscar Ramón Gonzales c. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*, Proceso 177- IP- 2013 *Open Systems Corp. y Otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.*

instancia por el juez ecuatoriano. Sin embargo, debemos partir del supuesto de que nos encontremos frente a un caso, donde los supuestos establecidos por el art. 22 de la Decisión 351 no sean suficientes para decidir sobre la legitimidad o no del uso no autorizado de una obra. En este sentido la aplicación del Código Ingenios se torna indispensable por lo que las limitaciones que en este cuerpo normativo se prescriben deben, obligatoriamente, guardar concordancia con la Decisión 351.

En casos como los de *Google Books* o el de *Google v. Perfect 10*, el alcance dado por la Decisión 351 hubiera resultado corto. En estos, el entorno sobre el cual la Corte de Apelaciones debió decidir era el entorno digital donde los parámetros establecidos por la Decisión 351 en caso de haber sido aplicada, hubiera resultado insuficientes. Por ejemplo, en el caso de *Google Books*, se demandó a *Google* por una supuesta vulneración al *Copyright* cuando este empleó un mecanismo de digitalización de los libros. En este sentido, todos los libros publicados estaban disponibles al momento de ser buscados, pero no con el objetivo de ponerlos a la disposición del público sino solamente para que sean parte del resultado de búsqueda¹⁸⁴. La única forma de viabilizar y administrar justicia sobre este caso podía ser la aplicación de una herramienta interna de los Estados Unidos, es decir, los parámetros establecidos por el *fair use*. En efecto, se decidió que la actuación de *Google* con respecto a la digitalización de los libros estaba protegida por el *fair use*¹⁸⁵. En este caso, el parámetro de los “usos honrados” hubiera resultado corto en cuanto su análisis hubiera recaído únicamente en el atentado contra la normal explotación de las obras que fueron digitalizados y en la existencia del perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Por consiguiente, *Google* hubiera salido como infractor del *Copyright* pues su aporte a la sociedad, la educación y la inexistencia de un perjuicio al mercado, no hubieran podido ser evaluados.

3.3 Incorporación de la figura del *fair use* en el Código Ingenios

La figura del *fair use* tal y como se la plantea en el sistema anglosajón, ha sido adoptada por primera vez en la legislación ecuatoriana dentro del Código Ingenios. A continuación, se expondrá como esta nueva figura se encuentra contemplada dentro del

¹⁸⁴ Enrique Dans. *El caso Google Books y la utilidad del copyright*. <https://www.enriquedans.com/2015/10/el-caso-google-books-y-la-utilidad-del-copyright.html> (acceso: 15/10/2017).

¹⁸⁵ *Ibíd.*

art. 211 del Código Ingenios (3.3.1) y el fenómeno de desnaturalización que la misma sufre con el artículo subsiguiente (3.3.2).

3.3.1 Artículo 211 Código Ingenios

Con la promulgación del Código Ingenios, se introdujo la figura que se encarga de limitar los derechos de autor en el sistema anglosajón al sistema jurídico ecuatoriano. El art. 211 de este cuerpo legal hace mención a la doctrina del *fair use*, al establecer lo siguiente:

Art. 211.- Uso justo. - No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no 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 adecúa a lo dispuesto en este artículo se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores:

1. Los objetivos y la naturaleza del uso;
2. La naturaleza de la obra;
3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;
4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y,
5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales¹⁸⁶.

Este artículo propone los mismos parámetros que componen el *test* de *fair use*, sobre los cuales la Justicia de Estados Unidos debe definir si es que el uso no autorizado de una obra se encuentra o no protegido por esta figura. Si bien estos están reflejados como cinco diferentes parámetros, los primeros cuatro hacen referencia a los parámetros establecidos por la jurisprudencia estadounidense que fue analizada exhaustivamente en el capítulo anterior.

El numeral cinco de este artículo agrega un peldaño adicional al *test* sobre el cual los jueces ecuatorianos deberán decidir sobre la legitimidad o no del uso no autorizado de una obra. Éste hace referencia al goce y ejercicio de otros derechos fundamentales por lo cual se debe entender que lo que el juez está llamado a analizar en este último punto del *test*, es la cantidad de derechos fundamentales que el tercero sin autorización está usando. Mientras más derechos fundamentales se detecten en el caso de un uso no autorizado de

¹⁸⁶ Artículo 211 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

una obra, más serían las probabilidades de que este acto pase el *test* y por lo tanto se encuentre protegido por la excepción del *fair use*.

Este artículo diseña el *test* que se debe cumplir para determinar si es que el uso no autorizado de una obra “atenta contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. Solamente cumpliendo con este *test*, el uso de una obra ante los ojos del juez ecuatoriano quedaría legitimado al momento de aplicar el Código Ingenios.

Sin embargo, como hemos mencionado, es necesario que la normativa interna de los Países Miembros de la CAN, guarde relación con las decisiones promulgadas por esta. Es por esta razón que a continuación se mencionara como la incorporación de la figura del *fair use* guarda plena concordancia con el parámetro de los “usos honrados” de la Decisión 351 (3.3.1.1) y adicionalmente como esta aporta de manera significativa a la normativa y sociedad ecuatoriana (3.3.1.2).

3.3.1.1 Concordancia del *fair use* con los “usos honrados” de la Decisión 351

El art. 211 del Código Ingenios guarda relación con el parámetro establecido por la Decisión 351. De hecho, el art. 21 de la Decisión 351, consagra lo que se conoce como los “usos honrados” tal y como se mencionó en la sección anterior de este trabajo. Estos “usos honrados” han sido considerados como los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Si bien, el *fair use* y los “usos honrados” no son plenamente equiparables por el hecho de que provienen de sistemas distintos, estos tienen sus puntos en común. El *fair use* se corresponde en la esencia con los “usos honrados” en tanto que permite, en casos especiales, limitaciones al derecho exclusivo del autor siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, ni se cause un daño irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho, es decir es un supuesto de libre utilización de la obra¹⁸⁷. Expertos en la materia han dicho que los parámetros del *fair use* no son válidos en los países que siguen la interpretación continental salvo que el límite respectivo se encuentre previsto expresamente en la ley¹⁸⁸. Es así que el Ecuador, calza dentro de esta excepción pues al

¹⁸⁷ Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. p. 114.

¹⁸⁸ Ricardo Antequera Parilli. *Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”*. *El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra*. *Óp. cit.*, p. 8.

ser un país proveniente del sistema continental, tiene previsto este parámetro de manera expresa en su ley por lo que su viabilidad se confirma. Sin embargo, cabe establecer que este será usado únicamente en los casos en los que los parámetros impuestos por la Decisión 351 resulten cortos pues esta tiene supremacía impuesta por la Constitución.

Asimismo, se considera que el *fair use* guarda compatibilidad con el parámetro de los “usos honrados” establecidos por la Decisión 351 en cuanto buscan otorgar garantías mínimas a los autores¹⁸⁹. Es por la compatibilidad detectada que el art. 211 determina los parámetros sobre los cuales el juez debe realizar el *test* de los “usos honrados” pues, por más que este sea un concepto cuya definición ha sido establecida, sigue siendo extremadamente subjetiva. El *fair use* aporta con guías claras sobre las cuales el juez deberá tomar una decisión acerca de la legitimidad o no del uso sin autorización de una obra el momento de aplicar el Código Ingenios. Esto se evidencia de lo dicho por la Corte de Apelaciones de San Francisco al resolver el caso *Napster* sobre el argumento de que el intercambio de ficheros musicales por usuarios de internet constituía un uso personal¹⁹⁰. La Corte dijo que:

un usuario anfitrión que envía un fichero no se puede decir que se envuelva en un uso personal cuando distribuye ese fichero a un solicitante anónimo de modo que los usuarios de *Napster* obtienen gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que comprar¹⁹¹.

Es así que la aplicación de este *test* se volvió indispensable para resolver este conflicto. Pues si bien, a primera vista puede cumplir con el parámetro del “uso honrado”, el momento de analizarlo más a profundidad mediante el *fair use*, se determina lo contrario.

El art. 211 queda totalmente relacionado con la Normativa Andina pues son cuerpos normativos que se complementan ya que la figura del *fair use* guarda relación directa con el parámetro del “uso honrado” establecido por la Decisión 351 y adicionalmente determina la manera en la que este parámetro debe ser aplicado en el caso concreto dentro de la legislación ecuatoriana.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. Óp. cit.*, p. 31.

¹⁹¹ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *A&M Records, Inc v. Napster, Inc*. Sentencia del 12 de febrero de 2001. 239 F.3d 1004, 1015.

3.3.1.2 Aportes del *fair use* al derecho y sociedad ecuatoriana

Se ha mencionado a lo largo de este trabajo que el derecho es una herramienta que debe modificarse conforme cambian ciertos elementos sociales para cumplir a cabalidad con su objetivo. Es así que “el derecho de autor evoluciona para convertirse en un derecho de propiedad inmaterial, que al igual que el que recae sobre bienes físicos, no es absoluto y se encuentra limitado por ciertos intereses y criterios de política pública”¹⁹². Por esta razón es que nace la importancia de la existencia de excepciones y limitaciones al derecho de autor, “las cuales garantizan un balance constante entre derechos”¹⁹³. Entonces, tal y como lo menciona la teoría tridimensional del derecho,

el derecho no es realidad física ni biológica ni psíquica. El ser y modo de ser de estas capas de la realidad natural, difieren completamente la estructura del derecho. Sus leyes mismas son meramente descriptivas. Nos dicen como ocurren sus cambios y procesos, pero jamás cómo deben ser¹⁹⁴.

Desde la creación de esta teoría se criticaba al positivismo formalista pues se considera que:

la norma jurídica debe ser interpretada en base a los hechos sociales y valores que condicionen su aparición, el objetivo en todo caso es el mismo: romper con las prácticas locales seguidas para integrar normas y hechos y ejecutar una ruptura que al fin dé a la normatividad una independencia sistemática¹⁹⁵.

La figura del *fair use*, al ser una figura que debe analizarse caso por caso, aporta a la evolución del derecho ecuatoriano, así como brinda incentivos de desarrollo a nivel social. Es una herramienta que promueve el dinamismo necesario que debe existir entre el derecho y la sociedad pues evita que se establezcan normas muy rígidas y sancionadoras con las que el sistema judicial del país se estanca.

El *fair use* nos permite tener una normativa más flexible donde existe un “amplio margen interpretativo para el juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto”¹⁹⁶. El derecho debe ser dinámico, lo que realmente se debe promover es la razón

¹⁹² Herrera Meza, Humberto Javier. *Iniciación al Derecho de Autor*. Óp. cit., p.59.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ B. Mantilla Pineda. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Universidad de Antioquia. 1965 p.6.

¹⁹⁵ Jesús Salgado. *La Teoría Tridimensional del Derecho*. <http://jesus-jesussalgado.blogspot.es/1305696737/la-teoria-tridimensional-del-derecho/>

(acceso: 7 de octubre de 2017).

¹⁹⁶ *Id.*, p. 7.

de ser de las normas y no solamente la aplicación directa de la norma al caso concreto pues en este sentido el derecho se vuelve una herramienta anacrónica que no aporta a la sociedad. Es así que lo decía Bartolo de Saxoferrato en sus códigos al decir que el estudio de las normas no puede limitarse a su contenido y descripción material sino que se debe ambientar desde el punto de vista de su entorno histórico cultural para entender los ángulos sobre los que las normas fueron creadas y así poderlas aplicar al caso concreto¹⁹⁷. En este sentido, en la actualidad, tomando en cuenta las nuevas tecnologías es necesario que los jueces creen derecho pues no se puede pretender que nuevos códigos se redacten al mismo tiempo que la tecnología evoluciona.

Por otro lado, el *fair use* no solamente abre el espectro en cuanto a la legitimación del uso de obras sin autorización, sino que también permite que la sociedad maximice su conocimiento y sus posibilidades de crear nuevas obras. Expertos sobre la materia han expuesto que al considerar las excepciones contempladas en la concepción europea de los derechos de autor y la doctrina del uso justo de la concepción norteamericana,

las excepciones contempladas en esta última tienen una clara justificación: son permitidos aquellos usos de las obras que no perjudiquen el mercado potencial del autor o sean necesarias para el progreso de la cultura y del arte. La Constitución y las leyes norteamericanas no ofrecen un catálogo de "usos legítimos", sino un criterio para su establecimiento. De este último se ocupan los jueces, la jurisprudencia. La aplicación de aquel criterio de "uso legítimo", basado en la Constitución, permite el análisis caso por caso, tomando en consideración los factores e intereses que deben equilibrarse en concreto. Esto mismo permite abordar las situaciones nuevas con una mayor flexibilidad¹⁹⁸.

Se menciona que cuando se comparan las excepciones del sistema continental con el anglosajón, “podemos ver una mayor flexibilidad permitida por la doctrina norteamericana, más dinámica y menos rígida que la europea.”¹⁹⁹ Por consiguiente, tomando en cuenta los elementos positivos del *fair use*, tener esta figura dentro del Código Ingenios, no solo que cumple con los objetivos con que este código fue creado sino que además evoluciona el sistema jurídico ecuatoriano donde el trabajo del juez incurre a la verdadera administración de justicia.

¹⁹⁷ Antonio García y García. *Derecho Común en España. Los Juristas y sus obras*. Murcia: 1991, p. 100.

¹⁹⁸ Alejandro Loredo. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran*. Óp. cit. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran> (acceso: 3/10/2017).

¹⁹⁹ Joyce, C. *Copyright Law*. Bander Irwin: New York, 1994, p.21.

3.3.2 Artículo 212 del Código Ingenios

El art. 212 del Código Ingenios igualmente presenta excepciones a los derechos de autor. Sin embargo, la manera en la que este está planteado desnaturaliza la figura del *fair use* (3.3.2.1), no guarda concordancia con la Decisión 351 (3.3.2.2) y expone a que el sistema legal ecuatoriano se vea viciado por un extremo positivismo (3.3.2.3).

3.3.2.1 Desnaturalización del *fair use* por el artículo 212 del Código Ingenios

El art. 212 del Código Ingenios, prescribe una lista taxativa de actos específicos que no requieren de autorización por parte del titular de los derechos para su uso. Es así como éste manifiesta que:

Art. 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 alguna²⁰⁰:

A continuación del encabezado del artículo, se hace mención a treinta actos específicos que no requieren de autorización para su uso pues se presupone que estos son los casos que no atentan “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, este artículo establece que el momento en el que el juez deba decidir sobre la legitimidad del uso no autorizado de una obra, aplicando el Código Ingenios, deberá analizar si es que ese caso calza dentro de uno de los treinta actos que han sido tipificados dentro de este artículo. Es así que solo calzando dentro de uno de estos actos, el tercero que ha hecho uso de una obra sin autorización del titular quedaría protegido y eximido de ser sancionado por el acto, pues su uso no requiere de una autorización previa por parte de autor o titular de la obra. Esto, sin lugar a duda, desnaturaliza a la figura del *fair use*.

Las limitaciones o excepciones al derecho de autor han sido diseñadas a través de dos modelos que nacen de sistemas jurídicos diferentes. En primer lugar, encontramos al modelo jurídico continental donde dentro de los cuerpos normativos, se contempla una lista taxativa de las excepciones que admiten el uso de las obras sin autorización del

²⁰⁰ *Id.*, Artículo 212.

autor²⁰¹. En segundo lugar, tenemos al modelo jurídico anglosajón donde se ha desarrollado la doctrina del *fair use*, la cual establece que cada caso debe analizarse aisladamente para determinar si el uso dado a la obra sin autorización del titular es considerado como una infracción al derecho de autor²⁰². En este sentido, claro está que hay dos modelos contrapuestos y coexistentes que regulan las excepciones de los derechos de autor a través del mundo. Sin embargo, de la lectura de los arts. 211 y 212 del Código Ingenios, se evidencia la existencia de ambos modelos dentro de una sola legislación.

El momento en el que el legislador incluyó el art. 212, se desnaturalizó el propósito del artículo anterior pues el sentido de la doctrina del *fair use* cobra relevancia en el análisis caso por caso y cualquier tipo de lista la desnaturaliza. Es por esto que este artículo causa que la aplicación del *fair use* pierda total sentido.

3.3.2.2 Desvinculación con la Decisión 351

El art. 212 no guarda total relación con la Decisión 351 por cuanto no cumple estrictamente con el parámetro de los “usos honrados” establecido por la normativa andina. Esto se refleja por los números 7, 24 y 29 del artículo 212. En primer lugar, en los numerales 7 y 29 específicamente, se hace referencia a los beneficios que tienen los discapacitados para acceder a los textos, por ejemplo, el numeral 29 del art. 212, reza lo siguiente:

Las entidades sin fines de lucro reconocidas por el Estado o aquellas que reciban apoyo financiero de éste y que presten servicios de educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a información a personas con discapacidades, podrán, de aquellas obras que hayan sido adquiridas legalmente, reproducirlas, distribuirlas y ponerlas a disposición del público, en formatos accesibles a las personas con discapacidad. El acceso a dichas obras incluirá la posibilidad de representarlas y ejecutarlas públicamente, con el fin de que puedan ser accesibles a personas con discapacidad.

Esta es una excepción o limitación a los derechos de autor que no guarda relación alguna con los “usos honrados” establecidos por la Decisión 351 pues, al permitir que información pueda ser reproducida, distribuida y puesta a disposición del público cuando se trata de acceso a información de personas discapacitadas, se está infringiendo con la

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ibíd.*

explotación normal de la obra, causando un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor y de esa forma infringiendo a los “usos honrados” por definición.

Estas excepciones, tienen su fuente en el Tratado de Marrakech del 27 de junio de 2013, el mismo que

posee una clara dimensión de desarrollo humanitario y social, y su principal objetivo es crear un conjunto de imitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso²⁰³.

En este sentido, son excepciones que deberían estar prescritas en un artículo aparte pues una cosa son los “usos honrados” que tienen un detonante comercial y otra son aquellas excepciones de carácter humanitario. El origen de las limitaciones reconocida por el acuerdo de Marrakech son los derechos humanos por lo que se ha establecido que deben tratarse de manera independiente de aquellos casos que contienen razones de origen comercial. Es así que este artículo violenta la Normativa Andina al sobrepasar y contradecir los parámetros establecidos en ella.

Por otro lado, el art.24, trata sobre los enlaces de sitios web en trabajos, y como el uso de estos constituye uno de los actos que no requieren de autorización por el titular del derecho para ser usados. Sin embargo, este acto no puede ser considerado como uno de aquellos que cumplen con los parámetros establecidos por los “usos honrados”, pues en algunos casos vulneran los derechos comerciales del autor dependiendo del tipo de enlace que se utilice²⁰⁴. Es así que en el caso de *Batesville Serv. Inc. v. Funeral Depot Inc.*, la Corte de Apelaciones “señaló que el enlazar una página web que contenga imágenes protegidas por el derecho de autor constituye una infracción”²⁰⁵. No obstante, de la literalidad del artículo mencionado, no se hace distinción entre los diferentes tipos de enlaces por lo que se presupone que cualquier uso de estos constituye, a los ojos del Código Ingenios, una forma legítima de hacer uso de las obras a las cuales llevan dichos enlaces.

²⁰³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Tratado de Marrakech. 27 de junio de 2013.

²⁰⁴ Jorge Córdova Mezarina. *El press clipping y el uso de enlaces desde la perspectiva del derecho de autor*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 11.

²⁰⁵ *Ibíd.*

3.3.2.3 Exacerbación del positivismo

El art. 212 del Código Ingenios incentiva a que la legislación ecuatoriana caiga en una exacerbación del positivismo formalista. En este sentido, nos encontramos frente a un problema práctico que va de la mano con la evolución y desarrollo constante de la sociedad tal y como se mencionó anteriormente con respecto a los aportes del *fair use*. Con la existencia de esta norma tan rígida se pone en riesgo la administración de justicia pues si el día de mañana se realiza un nuevo acto de uso no autorizado de la obra que no calce dentro de la lista taxativa, el acto sería sancionado por más que a criterio del juez sea un acto que no atente “contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”²⁰⁶. En consecuencia, el sistema judicial ecuatoriano se vería estancado en un positivismo exagerado en el cual nos estaríamos enfrentando ante el absurdo jurídico en el que el juez deberá aplicar la norma de Ingenios como si fuera una norma de derecho penal.

A lo largo de este capítulo se ha analizado la incorporación de la figura del *fair use* dentro del Código Ingenios. El *fair use* es una herramienta utilizada en el sistema anglosajón para limitar los derechos de autor mediante la aplicación de un *test* específico al caso concreto. Es en este sentido que el *fair use* guarda plena concordancia con lo establecido en la normativa andina acerca del parámetro del “uso honrado” que deben tener los usos no autorizados de las obras. Adicionalmente, es una figura que aporta de manera positiva al desarrollo del derecho en Ecuador por cuanto fomenta la participación activa del juez para administrar justicia. A su vez promueve la creación de obras nacionales y la posibilidad de la sociedad de ampliar el conocimiento.

Sin embargo, la figura del *fair use* se desnaturaliza por la existencia del art. 212 del Código Ingenios, el mismo que establece una lista taxativa de treinta casos extremadamente rígidos y específicos, los cuales, a los ojos del legislador, no requieren de autorización del titular del derecho para ser utilizados. Este artículo no se encuentra relacionado con lo establecido por la normativa andina pues dentro de los treinta actos justificados, podemos encontrar ejemplos de casos que evidentemente contradicen el parámetro del “uso honrado”. Además, se considera que este artículo, al ser tan riguroso,

²⁰⁶ Artículo 212 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.

expone a la legislación ecuatoriana a que cometa una la aplicación exagerada e irracional del sistema positivista.

IV. Conclusiones

A lo largo de este trabajo de titulación se han abarcado temas relacionados con el Derecho de Autor (1), la doctrina del *Fair Use* (2) y la aplicación de la Doctrina del *Fair Use* en el Código Ingenios. Es así que se han llegado a una serie de conclusiones sobre cada uno de estos temas para así llegar a un criterio final que abarca el problema jurídico de este trabajo.

Sobre el Derecho de Autor

El derecho de autor existe en la normativa de la Propiedad Intelectual para reconocer al autor por el trabajo que realizado. Dependiendo del sistema en el que nos encontremos, la razón de ser del derecho de autor puede tomar en cuenta los derechos morales que tiene un autor sobre su obra, los derechos patrimoniales entendidos como los derechos económicos que se desprenden de las obras, o ambos a la vez. Es así que el sistema continental, reconoce a los autores tanto los derechos morales como los patrimoniales y el sistema anglosajón reconoce únicamente los derechos patrimoniales. Sobre esto, las legislaciones de ambas tradiciones han desarrollado su normativa de propiedad intelectual. Dentro de los elementos legislados sobre este tema, se encuentran las limitaciones a los derechos de autor, las cuales existen por el hecho de que el derecho de autor no es un derecho exclusivo. Se entiende que el conocimiento y aporte social que nace de la creación de nuevas obras debe compensar tanto al autor como a la sociedad. Por esta razón, existe una serie de figuras que limitan los derechos de autor, como es la posibilidad de que estos autoricen su uso, la existencia de licencias obligatorias y el uso gratuito de obras sin la autorización del autor. La forma de abordar estas limitaciones en las legislaciones de los estados, también varía dependiendo del sistema del que esas provienen. Sobre la limitación relacionada al uso gratuito y no autorizado de una obra, existen dos vías de abordaje. Por un lado, existen las limitaciones impuestas por el sistema continental mediante el cual se establecen casos concretos que no requieren de autorización por un tercero para que su utilización sea legítima. Por otro lado, estas limitaciones se encuentran reguladas por el sistema anglosajón, el cual mediante la figura del *fair use* establece un *test* conformado por cuatro parámetros que deben ser examinados caso por caso por el juez con el fin de determinar la legitimidad del uso no autorizado de una obra. Se considera que independientemente de cuál sea la forma en la que se

prescriban las limitaciones a los derechos de autor en cada Estado, lo que realmente importa es que estas reglas sean claras, pues la oscuridad en una norma se traduce en un atentado a la seguridad jurídica y más cuando nos encontramos frente a una norma que limita un derecho

Sobre la doctrina del *Fair Use*

El *fair use* es una limitación al derecho de autor que guarda relación con el uso no autorizado de una obra. Esta implementa una forma más flexible de abordar este tipo de casos pues únicamente implementa parámetros generales para que el juez los aplique al caso concreto a manera de examen y así analice si es que el uso queda o no legitimado. De esta manera se incentiva la creación de nuevas obras y el progreso de la sociedad. Por esto, se considera que en la actualidad figuras como el *fair use* deben estar incorporadas en todas las legislaciones, pues el exponencial avance tecnológico es un hecho cierto y fuera de control, por lo que la sociedad global debe estar preparada para enfrentar nuevas situaciones que se presentan día a día, en muchas ocasiones de manera sorpresiva. Se considera que el *fair use* se puede acoplar a las nuevas tecnologías sin necesitar una norma que tipifique cuándo un nuevo uso no autorizado es o no legítimo.

Sobre la aplicación de la Doctrina del *Fair Use* en el Código Ingenios

La doctrina del *fair use* en el Código Ingenios alcanza parcialmente los objetivos y motivos por los cuales este cuerpo normativo fue promulgado pues es una herramienta que incentiva y promueve la creación de nuevas obras y, en ese sentido, viabiliza la posibilidad de incrementar el conocimiento en la sociedad ecuatoriana. La jerarquía de aplicación de normas prescrita por la Constitución establece que dentro del Ecuador, antes de aplicar las leyes orgánicas y ordinarias, se deben aplicar los Acuerdos Internacionales de los cuales el Ecuador es parte. Consecuentemente, por la existencia del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 351 se encuentra un peldaño más arriba que el Código Ingenios, por lo que su aplicación antecederá a las normas nacionales en cualquier escenario. La Decisión 351 establece las garantías y derechos mínimos que deben tener los agentes del derecho de autor. En este sentido, los Países Miembros pueden legislar sobre la materia contendida en la Decisión 351 siempre y cuando no se opongan ni otorguen medidas menores que las reconocidas por la Decisión.

Sobre las limitaciones a los derechos de autor, en particular aquellas que no requieren de autorización de un tercero, la Decisión genera el parámetro de los “usos honrados” a fin de evaluar estos actos y verificar si merecen ser considerados legítimos o no. Sin embargo, es un parámetro que no es fácil de aplicar por la falta de guías para su aplicación. Por esta razón, y por pertenecer al sistema continental, en el cual se sigue los modelos positivistas de aplicación de las normas, se considera que tanto la Decisión 351 como las legislaciones de los Países Miembros, han optado por preestablecer una lista de los casos concretos en los que el acto es considerado lícito.

Al adoptar la figura del *fair use* dentro del Código Ingenios se guarda relación con la Decisión 351 y, consecuentemente, su existencia dentro de la legislación interna ecuatoriana es viable. Los objetivos que tiene el parámetro de los “usos honrados” y los parámetros del *fair use*, son compatibles en cuanto a que se considera que el *fair use* establece las guías necesarias para aplicar el parámetro de los “usos honrados” en los casos ecuatorianos. Sin embargo, esta figura se encuentra desnaturalizada por el artículo 212 del Código Ingenios, que establece una lista de treinta casos que no requieren de autorización para ser utilizados. La naturaleza del *fair use* implica aplicar el *test* caso por caso pues este considera que es imposible prever todos los escenarios donde se haga uso sin autorización de una obra en la actualidad.

La coexistencia de ambos modelos en una misma legislación genera incertidumbre sobre cuáles serán los parámetros con los que el juez motivará su sentencia el momento de tener que aplicar el Código Ingenios para tomar su decisión. Por otro lado, esta lista contradice a la Decisión 351, pues existen casos tipificados en este artículo que no cumplen con el parámetro de los “usos honrados”. Finalmente, al ser esta una lista tan rígida, se cae en un exagerado uso del positivismo dentro de la legislación lo cual estanca una vez más el desarrollo del derecho en el Ecuador, al menos en esta materia.

Se recomienda la eliminación del artículo 212 del Código Ingenios, como la solución más concreta y racional a este problema. Su eliminación traería beneficios al sistema judicial ecuatoriano. La seguridad jurídica estaría garantizada al saber la norma que será utilizada por el juez. Además, el juez se verá posibilitado de administrar justicia en todos los casos que no han sido previstos por el legislador y que aparezcan por la existencia de elementos tecnológicos y sus avances, propios de la era digital. En este sentido, el juez

siempre contaría con las herramientas necesarias para tomar una decisión sobre estos casos y motivarla.

Sobre la base de estas conclusiones, se evidencia que la doctrina del *fair use* anglosajón no está correctamente planteada dentro del Código Ingenios, por lo que no logrará obtener los objetivos para los cuales ésta ha sido implementada y generará problemas al momento de aplicar el Código Ingenios a los casos de uso no autorizado de una obra.

V. Bibliografía

Doctrina

- Abarza, Jacqueline. Katz, Jorge. *Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC. División de Desarrollo Productivo y Empresarial*. Santiago de Chile: Sepal Eclac, 2002.
- Alderfer Rock, Rebeca. *Fair Use Analysis in DMCA Takedown notices: Necessary of Noxious?* Temple Law Review, 2014.
- Álvarez Amézquita, Davis Feliz. Salazar, Oscar Eduardo. Padilla Herrera, Julio César. *Teoría de la Propiedad Intelectual*. Civilizar, 2015.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”). El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra*. Biblioteca Iida, 2006.
- Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera. *Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual*. Sindicatura, 2006.
- Beebe, Barton. *An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions*. Vol. 156, num. 3: University of Pennsylvania Law Review. 2008.
- Córdova Mezarina, Jorge. *El press clipping y el uso de enlaces desde la perspectiva del derecho de autor*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Colombet, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. París: Unesco/ Cindoc, 1997.
- Cuadros Añazco, Alfredo. *Propiedad Intelectual Pop, Donde la Cultura Jurídica y la Geek se Fusionan*. Barcelona: Bebooknezz, 2016.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid: Asociación de Academias de la Lengua Española.
- Damsted, Benjamin. *Limiting Locke: A Natural Law Justification for the Fair Use Doctrine*. Vol. 112: The Yale Law Journal, 2003.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 55.
- García y García, Antonio. *Derecho Común en España. Los Juristas y sus obras*. Murcia: 1991.
- Gómez, Francisco. *El Plagio Intelectual*. Revista Propiedad Intelectual. Año V. No. 8 y 9. Mérida.
- Gómez Lara, Cipriano. *Sistemática Procesal*. México: Oxford, 2006, p. 16
- Herrera Meza, Humberto Javier. *Iniciación al Derecho de Autor*. México: Limusa, 1992.

- Herrera Sierra, Luisa Fernanda. *La Doctrina del Fair Use Frente a los Retos Impuestos por el Entorno Digital. Estudio del Caso Google Books*. Revista la Propiedad Inmaterial No. 29. Bogotá: 2015.
- Jaeckel Jovaks, Jorge. *Apuntes Sobre Competencia Desleal*. Universidad Javeriana.
- Joyce, C. *Copyright Law*. Bander Irwin: New York, 1994.
- Koss, Jordan. *Protecting Free Speech for Unequivocal Fair Users: Rethinking Our Interpretation of the § 512 Misrepresentation Clause*. Cardozo Arts. & Ent., 2010.
- Leval, Pierre. *Toward a Fair Use Standard*. Harvard Law Review, Vol. 103. No. 5: 1990.
- Leval, Pierre. *Why the fourth fair use factor should be supplanted by transformative use as the most important element in a fair use analysis*. Law Review, Alabama: 2012.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Unesco/ Cerlalc/ Zavalía, 1993.
- Loredo Hill, Adolfo. *Nuevo Derecho Autoral*. México: n.a.
- Mantilla Pineda, M. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Universidad de Antioquia. 1965.
- Miller, Joseph M. *Fair Use Through the Lenz of §512 (c) of the DMCA: A Preemptive Defense to a Premature Remedy?* Iowa Law Review: 2010.
- Oman, Ralph. *Foro de expertos sobre el derecho de autor. Hacia un nuevo contrato. El derecho de autor en el entorno digital*. n.a.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Asunción: 2005.
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI y Glosario de términos y expresiones sobre derechos de autor y derechos conexos. Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicación de la OMPI*. Publicación de la OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Publicación de la OMPI No. 909.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *¿Qué es la Propiedad Intelectual?* Publicación de la OMPI.
- Palmer, Tom. *Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*. Vol. 13, num. 3. Harvard Journal of Law and Public Policy, 1990.
- Rojo, Facundo. *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina del Fair Use*. Buenos Aires: Isonomía, 2014.
- Terán Contreras, Juan Manuel. *Derechos personales, patrimoniales y colectivos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles: una perspectiva distinta de la*

propiedad intelectual. Revista del Departamento de Derecho de la División de Ciencias Sociales y Humanidades. 2017,

Zapata Rendón, Martha Cecilia. *Derechos de Autor y Licencia Creativa.* Bogotá, n.a.

Fuentes Electrónicas:

Dans, Enrique. El caso Google Books y la utilidad del copyright. <https://www.enriquedans.com/2015/10/el-caso-google-books-y-la-utilidad-del-copyright.html>

Griffiths, Jonathan. *Deutsche Gesellschaft.* <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621>

Loredo, Alejandro. *Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se Encuentran.* <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/derecho-comparado-derecho-de-autor-y-copyright-dos-caminos-que-se-encuentran>

Smith, Rich. *What is Fair Use? Getting Permission.* <http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use/>

Salgado, Jesús. *La Teoría Tridimensional del Derecho.* <http://jesus-jesussalgado.blogspot.es/1305696737/la-teoria-tridimensional-del-derecho/>

Universidad Autónoma de Barcelona. Propiedad intelectual y derechos de autor: conceptos básicos. <http://www.uab.cat/servlet/Satellite?c=Page&cid=1345650367270&pagename=BibUAB%2FPage%2FTemplatePlanaBibUAB>

Jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 10- IP- 94 de 17 de marzo de 1995.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Acción de Incumplimiento interpuesto por la Secretaria General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador.* Proceso 34-AI- 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Open Systems Corp. y Otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.* Proceso 177- IP- 2013, de 25 de septiembre de 2013.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Oscar Ramón Gonzales c. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.* Proceso 110- IP- 2007. Gaceta Oficial No. 1588, de 20 de febrero de 2008.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Oscar Rodríguez Salazar y otros c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Telefónica).* Proceso 044- IP- 2013, de 16 de julio de 2013.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *Secretaria General de la Comunidad Andina contra República Bolivariana de Venezuela*. Proceso 1- AI- 2001.

United States Circuit Court for the District of Massachusetts. *Folsom v. Marsh*. Sentencia de 1841.

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *A&M Records, Inc v. Napster, Inc*. Sentencia del 12 de febrero de 2001. 239 F.3d 1004, 1015.

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Perfect 10, Inc v. Amazon.com, Inc*. Sentencia del 16 de mayo de 2007. No. 487 F. 3d 701.

United States Court of Appeals for the Second Circuit. *Salinger v. Random House, Inc*. Sentencia de mayo de 1987.

United States Supreme Court. *Sony Corp. of Am. V. University City Studios, Inc*. Sentencia del 18 de enero de 1984. No- 81- 1687.

United States Supreme Court. *Campbell v. Acuff- Rose Music Inc*. Sentencia del 7 de marzo de 1994. No. 92- 1292.

United States Supreme Court. *Harper y Row vs. Nation Enterprises*. Sentencia del 20 de mayo de 1985. No. 83- 1632.

Plexo Normativo

Acuerdo de Integración Subregional Andino de 26 de mayo de 1969.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Anexo 1C de 1994.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Registro Oficial No. 899, Suplemento de 09 de diciembre de 2016.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Paris: 28 de septiembre de 1979.

Decisión 351 de La Comunidad Andina de Naciones. Sesión del 17 de diciembre de 1993. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Tratado de Marrakech de 27 de junio de 2013.

Proyecto de Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. 11 de octubre de 2016.

U.S. Code: Title 17. Copyrights, del 30 de julio de 1947.