

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

Comunes del conocimiento

El derecho de acceso como forma de equilibrio al régimen de propiedad

Diego Alejandro Morales Oñate

Tutor: Juan Carlos Mejía Mediavilla

Quito, 2023

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo Diego Alejandro Morales Oñate, autor de la tesis “Comunes del conocimiento: el derecho de acceso como forma de equilibrio al régimen de propiedad” mediante el presente documento, dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctorado en derecho.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses, a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido, o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total, o parcial, en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso en red local o en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación por parte de terceros respecto a los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y frente a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

01 de marzo de 2023

Firma: _____

Resumen

Los fundamentos que guían el planteamiento surgen tanto desde la posición tradicional de la propiedad en el ámbito civil, constitucional y su régimen especial. El código libre y abierto se basan precisamente en el sistema de propiedad para construir una condición que garantiza el derecho de acceso y sus respectivas transformaciones y posteriores usos bajo la misma condición. Igualmente, el régimen de limitaciones y excepciones a la propiedad intelectual contribuyen a brindar usos comunes en determinadas circunstancias y figuras como el fair use demuestran ese equilibrio al apostar por un interés superior, promover el acceso y el progreso de la ciencia, tecnología y el conocimiento.

La hipótesis plantea el fortalecimiento jurídico del derecho de acceso mediante condiciones de licenciamiento como el copyleft y el open access que no desconocen o se muestran contrarios al derecho a la propiedad, sino que bajo ese mismo esquema de régimen jurídico, lo aprovechan para plantear un acervo común, sumado el trabajo de la comunidad digital con herramientas tecnológicas mediante lenguaje de programación, benefician los intersticios legales para lograr el fortalecimiento del procomún digital de la humanidad mediante la revolución silenciosa del código.

El trabajo cuenta con tres capítulos desarrollados principalmente bajo una metodología nominal o de corte documental, sin embargo, se analiza desde el realismo casos y sentencias históricas y contemporáneas como el caso Google v. Oracle que han salido de lo abstracto de la norma para regular una situación en concreto, asimismo se revisa estadísticas de tendencias sobre los conceptos principales de la investigación.

El primer capítulo identifica los acontecimientos contraculturales y sociales icónicos de surgimiento de los comunes, el segundo es un abordaje desde lo jurídico tradicional hasta el régimen especial de propiedad en relación a sus dificultades y desafíos, el tercero plantea subproblemas específicos sobre las formas de licenciamientos, casos, limitaciones y excepciones. En este capítulo es fundamental el planteamiento filosófico-jurídico de Stefano Rodotà quien ha sido imprescindible para construir el marco teórico y jurídico de los comunes y el derecho de acceso.

Palabras clave: Comunes, comunes del conocimiento, propiedad, equilibrio, derecho de acceso, software libre, copyleft, open access

A mi madre y a mi padre por ser el motor de los días, a mi hijo por ser la inspiración, a mis hermanos por ser el soporte, a mis amigxs por la imaginación y al amor por cada despertar.

Agradecimientos

A la vida, a dios, a la pachamama y al universo. A la Universidad Andina, a mi tutor, a la directora y cuerpo docente del Programa y a mis compañerxs.

Tabla de contenidos

Figuras y tabla	13
Abreviaturas.....	15
Capítulo primero Referencias sociales y culturales de los orígenes de los comunes del conocimiento	21
1. Contracultura	21
2. Contracultura ecuatoriana.....	30
3. Cultura libre.....	44
Capítulo segundo Exposición del régimen jurídico de los bienes.....	65
1. Bienes comunes	65
2. Función de la propiedad y su vínculo con los comunes del conocimiento	81
3. ¿Bienes públicos o bienes comunes?.....	85
4. ¿Bienes inapropiables o bienes comunes?.....	90
5. Constitucionalización de la propiedad.....	94
6. Entre la escasez y la abundancia de los bienes.....	111
7. Andrés Bello y los comunes del conocimiento	119
8. Naturaleza jurídica de los comunes del conocimiento	133
9. Fundamento y características del derecho de propiedad o dominio.....	151
10. El camino de Roma a la inmaterialidad y a la protección especial	161
11. Diálogo entre Garrett Hardin y Elinor Ostrom.....	171

Capítulo tercero Comunes del conocimiento: el derecho de acceso llave del conocimiento	177
1. Los comunes desde la visión de Stefano Rodotà.....	177
2. Herramientas jurídicas y técnicas para generar comunes del conocimiento	215
3. Usos justos —fair use—.....	220
4. Epílogo del fair use y casos relevantes contemporáneos.....	248
5. Relación entre el fair use y la regla de los tres pasos	266
6. ¿El fair use se encuentra regulado en el Ecuador?	272
7. Limitaciones y excepciones a favor de los comunes del conocimiento	275
8. Creaciones no protegibles en el derecho de autor o comunes del conocimiento ..	291
9. Licencias obligatorias a favor de los comunes: ¿cómo se relacionan las licencias obligatorias y lo comunes del conocimiento?.....	294
10. Licenciamientos alternativos generadores de comunes del conocimiento	313
11. Todos los caminos de los comunes del conocimiento conducen al software libre, al copyleft y a Linux.....	330
12. Tendencias y estadísticas sobre: Software de código abierto, software libre, GNU/Linux, GNU General Public License, Creative Commons, Uso justo, Bienes comunes y Comunes del conocimiento	341
13. Revolución silenciosa del código	349
Conclusiones.....	357
Bibliografía.....	361

Figuras y tabla

Figura 1. Caricatura sobre la administración del municipio de Guayaquil	32
Figura 2. La corrupción en las dependencias gubernamentales y la iglesia, en Azuay..	32
Figura 3. León Febres Cordero y los militares sublevados de la base aérea de Taura...	32
Figura 4. Portada de la edición N° 4.....	33
Figura 5. Joffre Torbay, secretario de León Febres Cordero, como un puerco.....	33
Figura 6. Caricatura sobre La Tele	34
Figura 7. Campeonato logrado por el equipo de balompié Barcelona Sporting Club en 1987.	34
Figura 8. Pancho Jaime tuvo filiación con el populismo de Bucaram, pero no dejó de ser crítico	35
Figura 9. Portada de la edición N° 19.....	35
Figura 10. Impunidad en el gobierno de Febres Cordero	36
Figura 11. Portada sobre la declaración de Febres Cordero respecto a su arma	36
Figura 12. Los ex presidentes, León Febres Cordero y Rodrigo Borja.....	37
Figura 13. La ex alcaldesa de Guayaquil, Elsa Bucaram	37
Figura 14. Tortura a Pancho Jaime	38
Figura 15 Video	40
Figura 16. Caricatura	41
Figura 17. Cómic	41
Figura 18. Óleo	42
Figura 19. Mural	42
Figura 20. Ecuador #Ibarra.....	43
Figura 21. Textículos.....	43
Figura 22. Semana Santa	44
Figura 23. A ver, ¿quién la tiene más grande?	44
Figura 24. Bienes rivales y no rivales.....	132
Figura 25. Bienes comunes.....	182
Figura 26. Diagrama de flechas	266
Figura 27. Aborto	284
Figura 28. Cura Agustín	285

Figura 29. Grados de la policía.....	285
Figura 30. Calles COVID-19.....	286
Figura 31. Monster Chef.....	286
Figura 32. Platos	287
Figura 33. Calendario de la prensa ecuatoriana.....	287
Figura 34. Zapatos rojos	288
Figura 35. Logotipo Free Cultural.....	322
Figura 36. Tipos de licencias	323
Figura 37. Beer-Ware License.....	328
Figura 38. Interés a lo largo del tiempo.....	342
Figura 39. Interés por región	342
Figura 40. Interés a lo largo del tiempo.....	342
Figura 41. Interés por región	343
Figura 42. Interés a lo largo del tiempo.....	343
Figura 43. Interés por región	343
Figura 44. Interés a lo largo del tiempo.....	344
Figura 45. Interés por región	344
Figura 46. Interés a lo largo del tiempo.....	345
Figura 47. Interés por región	345
Figura 48. Interés a lo largo del tiempo.....	345
Figura 49. Interés por región	346
Figura 50. Interés a lo largo del tiempo.....	346
Figura 51. Interés por región	346
Figura 52. Interés a lo largo del tiempo.....	347
Figura 53. Interés por región	347
Figura 54. Interés a lo largo del tiempo.....	348
Figura 55. Interés por región	348
Tabla 1. Regla según el Convenio de Berna.....	269

Abreviaturas

AA	Acceso Abierto
ADPIC	Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AJTU	Al Jazeera Transparency Unit
BY	Atribución — attribution
CC	Creative Commons
CC0	Sin derechos reservados
CEP	Centro de Estudios Públicos
Código Ingenios	Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación
Convención CADH	Convención Americana sobre derechos Humanos
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
Corte IDH	Corte Interamericana de derechos Humanos
DIT	<i>Do It Together</i> Hazlo juntos
DIWO	<i>DO It With Others</i> Hazlo con otros
DIY	Do It Yourself - Hazlo tú mismo
EB	<i>Exabyte</i>
EZLN	Ejército Zapatista de Liberación Nacional
FSF	Free Software Foundation
GB:	Gigabyte
GNU	Licencia Pública General
GPL:	General Public License
MB	Megabyte
NC	No Comercial
ND	Sin obras derivadas <i>No Derivatives</i>
NPO	<i>Non profit</i> Organización sin fines de lucro o no comercial
OA	<i>Open Access</i> - Acceso Abierto
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

OMS	Organización Mundial de Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONG	Organización no gubernamental
PB	Petabyte
RAE	Real Academia Española
RGPD	Reglamento General de Protección de datos
SA	Compartir igual <i>Share Alike</i>
SENADI	Servicio Nacional de derechos Intelectuales
SCNJ	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
TB	Terabyte
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
VANT	Vehículo aéreo no tripulado
YB	Yottabyte
ZB	Zettabyte

Introducción

La investigación pretende cimentar al derecho de acceso como un mecanismo jurídico que otorga una nueva estructura en el equilibrio dentro del régimen de propiedad. Dentro de la visión clásica pública/privada en un extremo la propiedad pública del otro la propiedad privada, es posible identificar una vía que otorgue una alternativa intermedia al balance entre estos dos extremos a través de los comunes del conocimiento.

El propósito de cimentar consiste en “establecer o fijar los principios o las bases sobre las que se consolida algo inmaterial”,¹ en ese sentido se persigue colocar los elementos jurídicos esenciales para acreditar las relaciones entre el derecho de acceso, los comunes del conocimiento y su afectación en el equilibrio del régimen de propiedad.

Los comunes del conocimiento mantienen un vínculo innato al acceso con el cual se encuentran íntimamente ligados, el mismo hecho de la creación o por su naturaleza hace que los comunes del conocimiento se comuniquen o exterioricen públicamente y su esencia permita el acceso, lo contrario exige medidas para mantenerlo en reserva y custodiarlo en inédito, o en su defecto implantar medidas técnicas o legales restrictivas, por tanto entre los comunes del conocimiento y el acceso existe una relación intrínseca.

De manera metodológica —o si se quiere pedagógica— en una investigación de posgrado lo deseable es conocer la parte normativa —dogmático-jurídico—, su aplicación real —socio-jurídico—, sus fundamentos filosóficos —filosófico-jurídico— y su evolución —histórico-jurídico—. Por cuanto todos los enfoques investigativos contienen un vínculo que las entrelaza y conforma un aparato sistémico, esta división es indefinida en tanto la dimensión de la investigación cuenta con una influencia en conjunto y profundamente conectadas, por ejemplo, el análisis dogmático no se distancia de su aplicación por medio de sentencias o a su vez de apuntar al origen histórico de la institución jurídica que se analiza.

¹ Lexico, “Cimentar | Definición de Cimentar por Oxford Dictionary en Lexico.com y también el significado de Cimentar”, *Lexico Dictionaries | Español*, accedido 5 de junio de 2022, <https://www.lexico.com/es/definicion/cimentar>.

Efectivamente, el enfoque de la división en base a su tipología son una ayuda para la metodología y en relación con el énfasis a colocar en determinado aspecto, más el fenómeno jurídico cuenta con una interrelación entre estas esferas investigativas, en el presente trabajo se acude principalmente a los tipos dogmático-jurídico y socio-jurídico con un alto grado de sujeción orgánica con los otros dos tipos investigativos.

Sin ánimo de describir cada uno de los tipos simplemente enfatizar en cuanto al aspecto socio-jurídico que recae en el estudio de la jurisprudencia —fuente formal del derecho— específicamente en la referencia y análisis de casos y sentencias que aportan al objeto de estudio. Responde a un ámbito socio-jurídico ya que desde el momento en que existe una resolución del caso en cuestión, la norma deja de estar en abstracto y pasa a formar parte de la realidad y consigo a concretar afectaciones o influencias distantes exclusivamente de lo teórico sino más bien aplicado a una situación externa determinada o determinable.

Tanto para el problema central como para cada tipo de investigación, cada capítulo y de igual forma para los objetivos se propone el planteamiento de una pregunta respectivamente, la interrogante será la guía base para el desarrollo del trabajo central de investigación en relación con los tipos investigativos, lo mismo en su desarrollo.

El problema de investigación consiste en el planteamiento de una pregunta y sus objetivos se conectan directamente con los capitulados de la misma forma, responden al diseño de una interrogante que se pretende abordar. La pregunta o problema de investigación que guiará y demarcará el estudio es la siguiente: ¿Cuáles son los fundamentos para considerar el derecho de acceso a los comunes del conocimiento como una forma de equilibrio al régimen de propiedad? De este problema surgen en su desarrollo subproblemas que pueden ser implícitos o debidamente explicitados además de que cada capítulo e inclusive apartado cuenta con un desarrollo pormenorizado en la misma forma.

El trabajo de exposición se divide en tres capítulos que en conjunto logran responder al problema descrito, para ello en el primer capítulo la interrogante o subproblema es ¿cuáles han sido los acontecimientos relevantes que han configurado los comunes del conocimiento? para lograr este cometido pretendo narrar con detalle un conjunto de eventos pasados radicados en el objeto de investigación elegido, siguiendo un orden consecutivo.

El segundo capítulo principalmente es de corte dogmático jurídico y su problema guía es ¿Qué dificultades normativas presenta el régimen de propiedad en relación con los comunes del conocimiento? para ello procuro realizar una exposición del régimen jurídico de propiedad tanto en su ámbito civil y en su aspecto de propiedad especial.

Finalmente, el tercer capítulo es el medular por cuanto condensa tanto a los tipos de investigación y logra asociar el problema principal de la investigación, así como los subproblemas que darán apoyo al desarrollo de respuesta de la investigación, en este apartado cada ítem responde una interrogante, de manera general a manera ejemplificativa detallo: ¿De qué modo el software libre, el código abierto y el *copyleft* influyen en el derecho de acceso y en el equilibrio del régimen de propiedad? ¿Cómo ha favorecido al derecho de acceso las limitaciones, excepciones, licenciamientos alternativos y las licencias obligatorias? ¿Cuál es el nivel de protección del derecho de acceso en los comunes del conocimiento y cómo han contribuido al equilibrio del régimen de propiedad?

De la misma forma en este capítulo se plasma el marco teórico central de la investigación en la propuesta del profesor Stefano Rodotà sobre cuyo trabajo y constructo concurre en el tipo investigativo filosófico-jurídico. De esta referencia teórica la denominación del trabajo en comunes del conocimiento y no bienes comunes del conocimiento ya que al denominarlo bien daría a pensar una asociación entre sujeto-objeto lo cual para la propuesta del autor es contradictoria, su propuesta ciertamente supera esta dualidad y se asienta en la satisfacción de necesidades como en el acceso, sin perjuicio de que a lo largo del trabajo se pueda emplear ambas denominaciones.

La metodología del trabajo descrito es de corte principalmente documental o nominal es decir, la investigación emplea fuentes ya generadas como normativa, doctrina para su análisis, sin embargo al momento de examinar jurisprudencia y realizar una evaluación estadística de tendencias el trabajo se inclina por una metodología realista, tanto porque la resolución del caso en particular desplaza a la norma de su plano abstracto, lo coloca en una observación de la realidad y el análisis de datos generan un estudio con documentos contruidos propiamente producto de la exploración de una realidad. En ese sentido de forma congruente las técnicas de investigación serán fundamentalmente documentales para el método nominal y de análisis de sentencias y levantamiento de estadística de tendencias para el método del realismo.

La hipótesis de partida constituye la manifestación de que, el derecho de acceso a los comunes del conocimiento logra equilibrar el régimen de propiedad tanto desde el

ámbito público y el papel del Estado que ha evolucionado en agente capitalista y tanto en lo privado que representa netamente intereses económicos, la propuesta equilibrada proviene desde lo jurídico, político, cultural y social para ello se analizarán con más detenimiento el software libre y el *open source*, así como la potencialidad del *copyleft*, el *fair use* basado igualmente en la máxima de limitaciones y excepciones al régimen de propiedad en cuanto a los comunes del conocimiento.

En epítome, en ello recaería la propuesta de trabajo, las obras que serán abordados indaga la estructura base de la información que complementa y desarrolla la temática de forma válida, para dar apoyo y sustento a la cuestión del problema central de investigación así como a la hipótesis principal y respuestas concretas a cada subproblema, para ello se acude a distintas fuentes, asimismo, los objetivos se complementan con el marco teórico que da cabida a cada capítulo y a su tipo investigativo en particular, sin dejar de lado el objetivo central que precisa afirmar al derecho de acceso como una efectiva garantía de derechos y satisfacción de necesidades, profundizando en sus dimensiones legales, jurisprudenciales, doctrinarias e implicancias sociales y culturales.

Capítulo primero

Referencias sociales y culturales de los orígenes de los comunes del conocimiento

La misma naturaleza de la vida, me refiero desde el principio, el desarrollo de la primera célula y su división en dos células. El propósito de la vida siempre fue compartir lo aprendido no hay un propósito más alto y si me preguntas que hacer con el conocimiento que estás acumulando te diría compártelo igual que cualquier simple célula a través del tiempo.

Película Lucy, escrita & dirigida por Luc Besson, interpretada por Morgan Freeman²

1. Contracultura

La contracultura es la cultura que crean las minorías que se oponen a corrientes establecidas en las sociedades modernas. En la actualidad, los movimientos contraculturales no poseen los matices espectaculares que los distinguieron durante los años cincuenta, sesenta y setenta[...] Sus máximos portavoces deambulan como referencias históricas; de tanto en tanto, algún medio recuerda alguno. De las entrañas de la contracultura surgen movimientos que mantienen encendida la llama: el feminismo, el pacifismo, el ecologismo, las psicologías humanísticas y transpersonales, el bio-regionalismo, la nueva espiritualidad, el anticapitalismo, el antiglobalismo.³

Lo *underground* tiene una connotación que pretende diferenciarse de todas las manifestaciones culturales concebidas en función de los circuitos comerciales que forman lo regularmente establecido *establishment* y lo que no. No necesariamente es una cultura subterránea, sino crea una red de manifestaciones y expresiones artísticas que circulan de forma paralela a lo que se muestra sobre la superficie de los círculos comerciales, a la vista de todos y lo que los medios de comunicación impulsan.

Abordar la contracultura nos transporta a movimientos, hechos, personajes, términos, corrientes, que pretenden marcar una ruptura y evocar una emergencia ante una inconformidad ante el sistema o simplemente al hastío de lo que se considera correcto, normal o natural. No espera que los cambios provengan del poder político o

² Lucy, Ciencia Ficción y Acción, (2014).

³ Juan Carlos Kreimer y Frank Vega, *Contracultura para principiantes* (Buenos Aires: Era Naciente, 2007), 12.

económico sino desde la autogestión y la autonomía. A continuación, describiré ciertos fenómenos que acompañan la contracultura.

El *hipster* surge en los años 1940-1950, existencialista norteamericano, precursor del hippie de los sesenta, coexiste vida interior espiritual y vida violenta, orgía y sueños de amor, deseos de destruir y ansias de crear, el alcohol y la marihuana los motiva, tranquiliza y expande la mente, siempre al borde de la iluminación y la locura.

Híster deriva de la palabra “hip”. Los músicos de jazz en los cuarenta usaban la palabra “hip” para describir a una persona versada en esta subcultura afroamericana, para ello era necesario saber sobre jazz. El término híster proviene de esta subcultura inicialmente denominados “hepcats”. El jazz se convierte en una suerte de música de emancipación interna, improvisación, más del individuo creador que del grupo en general, les produce una sensación de libertad. Hay otro Estados Unidos pasando de manera paralela, la poesía y la prosa jazzística comienza una chispa de rechazo al sistema y a la cultura oficial.

Beat generation

Son las influenciadas por un impacto periodístico entre 1957-59 por obras como *En el camino* y de *Almuerzo desnudo* de William S. Burroughs, novelas hostigadas por la censura estadounidense.

La *beat generation* explora el amor libre, el uso de drogas estimulantes, los vínculos homosexuales o parejas birraciales, la vida bohemia[...] Su existencia toma presencia nacional a partir de que un periodista californiano los bautiza peyorativamente como beatniks, inspirándose en el nombre de la sonda espacial Sputnik lanzada por la Unión Soviética. Su actitud hace eco en todo el mundo y en numerosas ciudades europeas y latinoamericanas empiezan a verse jóvenes con pelo largo, chaquetas de cuero, poleras y pantalones oscuros. Más allá del aspecto, coinciden en su rechazo a los valores salvajemente materialista que se expanden en todas las sociedades de Occidente.⁴

Gracias al silencio cómplice de las voces disidentes tradicionales, la generación beat se vuelve en la señera rebelión existente en el país y por ende en una legítima elección para todos aquellos que no están conformes con el statu quo. Integran una corriente que viene del siglo anterior, impulsada por otros poetas y pensadores libertarios que creían posible la resistencia civil, volver a la naturaleza, vivir en estado de exaltación: los trascendentalistas.

Los trascendentalistas

⁴ Ibid., 9.

El trascendentalismo identificado como un movimiento filosófico, político y literario estadounidense que prosperó alrededor de 1836 y 1860, editaron la revista Cuadrante (1840-44). Del movimiento formaban parte Ralph Waldo Emerson, David Henry Thoreau y Walt Whitman como personajes más conocidos, de igual manera fueron parte Emily Dickinson, Amos Bronson Alcott, Louisa May Alcott (Mujercitas), William Ellery Channing, George Ripley, Margaret Fuller, y otros pensadores y escritores del siglo XX, quienes combaten toda forma de prejuicio racial o ideológico y el espíritu guerrero e imperial de su país. La filosofía del movimiento es inspirada por el romanticismo alemán de Kant y de Schelling, respecto a su idea del mundo ejercieron preponderantemente la poesía romántica inglesa de Carlyle y Rousseau y de la Escuela del Lago (Coleridge, Wordsworth), así como las ideas de Platón.

Este grupo de intelectuales insatisfechos con la orientación ultra materialista de su sociedad, comienzan a escribir novelas, ensayos y poemas en los que buscan diferenciarse de las formas y temas de la cultura europea. Se sienten cristianos, pero no se conforman con el racionalismo calvinista que domina la iglesia protestante. Creen que Dios le ha concedido a la humanidad los dones de la intuición, introspección e inspiración. Frases de sus miembros se desprenden como: “cada individuo buscará una relación original con el universo” de Ralph Waldo Emerson; “La esperanza puede reforzar el amor y la fe hace posible la resignación” de Louisa May Alcott. A partir de posiciones románticas, pequeñoburguesas reprochaban la inhumanidad del capitalismo, incitaban al auto perfeccionamiento moral, a la proximidad a la naturaleza. Varios de los trascendentalistas se mostraban contrarios a la esclavitud que concurría en los Estados Unidos. Se proclaman trascendentalistas para diferenciarse del humanismo burgués-complaciente. Hay quienes consideran que el movimiento trascendentalista es un precedente del anarquismo moderno.

Desobediencia civil, es una obra que en primera instancia fue elaborado a manera de fanzine o panfleto de una conferencia dada por su autor David Henry Thoreau quien, en 1849, manifiesta los principios básicos de la desobediencia civil que lo interesante resulta por cuanto él mismo los realizó de forma práctica en su forma de vida: en 1846 rechaza pagar sus impuestos por lo cual es encerrado en la cárcel de Concord. Su justificativo fue negarse a favorecer con un Estado que conservaba el sistema de esclavitud y promovía guerras absurdas, en ese momento concreto frente a México. Su postura y trabajo reprueban el mandato del Estado. Su efecto fue inspirador alcanzando tocar a Mahatma Ghandi en su cruzada de resistencia contra la ocupación

británica de la India y a Martin Luther King en su lucha no violenta en defensa de la no discriminación del pueblo negro en Estados Unidos. De manera general se comprende a la desobediencia civil como el acto de contravenir una norma de la que se tiene deber de acatamiento.

Rock and roll

Si cabría colocar una base epistemológica sería: sexo, drogas y satanáas, los años de 1950-60 las expresiones juveniles salen del *mainstream* y buscan otras opciones de arte, performances, gráfica, psicodelia, teatro off-off, arte erótico, revolución sexual, editoras independientes, las comunidades, todo eso cubierto de manera transversal por la música rock and roll.

Ritmos binarios y sensuales conocidos como *rhythm and blues* (blues rítmicos) de los músicos negros logran grabarse en sellos discográficos de la colectividad negra y se difunden a través de sus radios únicamente, entre los virtuosos destacan Chuck Berry, Bo Diddley, Fats Domino. Entre la gente negra, decir rock and roll no es solamente un estilo musical sino al acto sexual. Al advertir que los adolescentes blancos adoptan masivamente esa modalidad para sus bailes del sábado por la noche, las grabadoras y radios blancas se apropian. El término Rock and Roll se lo debe a un DJ de Cleveland, Alan Freed, en 1951, denomina así a la música negra hecha por blancos. Rock y Roll son palabras que los negros aluden al acto sexual, pero Freed las toma de *My baby rocks me with a steady roll*, de igual forma en otros estados sureños, más racistas, usan la palabra *rockabilly*. El tema *Rock around the clokc* (1954) del grupo blanco *Bill Haley & his Comets*, es un momento importante para el Rock and Roll, se impone en los Estados Unidos y marca un hito a nivel mundial que hasta le fecha sigue vigente en espíritu.

Hippies

En 1965 la periodista Michale Fellon usa la palabra hippies para diferenciarlos de la generación beat, hippie es sinónimo de multitudes (de hippies y de curiosos). Escuchan bandas de música *cool* como *The Mamas and The Papas* o *Big Brother and The Holding Company* y quienes prefieren la música rock ácido escuchan *Jefferson Airplane* o *Greatful Dead*. Su base ideológica fusiona la paz y el amor, convirtiéndose en íconos de acciones no coercitivas. Su regla y autoridad es el momento presente, el hoy. Consumen drogas blandas que los relaja y expande su mente; practican el nudismo, las relaciones multilaterales, el sexo colectivo, quienes son homosexuales lo hacen de manera abierta. Existe una profunda liberación sexual, desinhiben las relaciones personales y sentimentales, conectan el sexo con experiencias espirituales, surge el

concepto de amor libre, con quien quieras y en donde quieras; lo cual deja abierta la puerta para plantear críticas fundamentadas que jóvenes son víctimas de abusos. Apoyan y organizan marchas pacifistas y por el reconocimiento de derechos civiles, se sienten libres, sin límites.

El verano de 1966, se conoce como el verano del amor, celebrado en Panhandle el “Día de la Bestia de las Revelaciones” en homenaje al LSD. La prensa masiva no comprende bien la cultura hip, pero ya los coloca en varias portadas, luego de esa difusión todo el mundo sabe quiénes son los hippies. El 14 de enero de 1967, aproximadamente 25.000 personas participan en el parque *Golden Gate*, de San Francisco, del primer gran Human-be-in (Ser humano) de la Era de Acuario. Se calcula que ese verano, sólo en EE.UU. hay 175.000 hippies.

El sentimiento predominante es: somos agentes de una transformación hacia una era nueva en la que el espíritu guerrero, que llevó al hombre occidental a destruir la Creación con la idea de dominarla, se disolverá mediante la trascendencia espiritual. Somos herederos del misticismo y de la metafísica asiática, de las mitologías precristianas, de los indios americanos, de los egipcios, las filosofías ocultas y paganas de Europa. Los gurús budistas e hindúes, los *shamanes* nativos, las brujas, los *yoguis* tienen mucho para decirnos. Estamos pasando del dualismo aristotélico y cristiano a la no-lógica de la filosofía Vedanta[...]

Están convencidos: si logran armonizar sus vidas con el fluir del planeta, acabarán con la alienación, el amor reemplazará al miedo y los pequeños grupos comunales a la familia patriarcal.⁵

El 7 de octubre de 1967 en el mismo escenario del Golden Gate Park que presenció su mayor efervescencia, fue testigo de la muerte del hippie, centenar de jóvenes con aspecto de mendigos en pena llegan con un ataúd y queman melenas, collares, símbolos, emblemas, textos. El dinero pudo más, el mercantilismo roba el alma al movimiento, suicidan al personaje hippie pero no sus ideales. El acto simbólico se mezcla con la realidad, asesinan a una pareja de hippies en New York, además hay quienes se quedan más confundidos que antes y pagan la travesía con su vida. Varios hippies son los nuevos *yonquis* (drogadictos, en especial heroínómano), el amor se ha ido, bienvenida la paranoia, por eso el hippie quiere acabar con el hippie.

Uno de los referentes más importantes de la contracultura es Theodore Roszak, con su obra *El Nacimiento de una Contracultura, Reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y su oposición juvenil*; justamente el termino contracultura fue acuñado por

⁵ Ibid., 100, 101.

él, en relación con su texto. En base a su obra me serviré de este marco teórico para abordar el tema desde tres perspectivas: a) la tecnocracia; b) los jóvenes; c) la contracultura. Para ello, recurriré al parafraseo y de igual manera tomaré citas textuales del libro de Roszack repartidas a lo largo de la obra que aborden directa e indirectamente la temática en las tres líneas planteadas.

La tecnocracia

Hoy, el problema capital de nuestras decisiones económicas, no es un conflicto fundamental entre ideologías rivales, que inundaría el país de pasión, sino la gestión práctica de una economía moderna. Lo que necesitamos no son etiquetas y clichés, sino más debates de fondo sobre las complejas cuestiones técnicas inherentes a la necesidad de mantener una gran maquinaria económica en movimiento ascendente[...]

Quiero decir que los problemas de política fiscal y monetaria que se nos plantean en el decenio de los sesenta, en comparación con el tipo de problemas a que nos enfrentamos en los años treinta, nos desafían de una forma tan sutil, que sólo con respuestas técnicas, y no políticas, podremos abordar su solución.⁶

La tecnocracia es la manifestación de un gran imperativo cultural, una forma casi divina íntimamente revalidada por una gran multitud de fervorosos. Es la cúspide de la sociedad industrial en su integración organizativa y se asocia con términos como modernizar, planificar o racionalizar, maniobra a partir de imperativos indiscutibles, como la eficacia y aprovechamiento de personal y recursos. La fábrica de alfileres de Adam Smith se amplifica en el momento a todos los espacios de la vida, equiparando la formación humana con la escrupulosidad de nuestra estructura material.

los males presentes se derivan sencillamente del irrefrenable afán de lucro. Detrás de los fracasos especulativos hay siempre capitalistas desesperados asaltando a la sociedad y dispuestos a llevarse todo lo que caiga en sus manos. Evidentemente, hay desesperados, y son una plaga de la sociedad. Para una tecnocracia capitalista, el lucro será siempre un incentivo central y primordial fuente corruptora[...]

¿De qué manera podemos analizar un pensamiento de esta clase? ¿Es de “derechas” o de “izquierdas”? ¿Es liberal o reaccionario? ¿Es una lacra del capitalismo o del socialismo? La respuesta es ésta: no es nada de esto. Los expertos que piensan de esta manera ya no forman parte de estas dicotomías políticas tradicionales. Están situados en el nivel de quienes se han alzado por encima de las ideologías, y esto es cierto respecto de las ideologías tradicionales, naturalmente. Ellos son, simplemente[...] expertos. Hablan de hechos, de probabilidades y de soluciones prácticas. Su política es la tecnocracia: la búsqueda incesante de eficiencia, orden, mejor y más completo control

⁶ “Text of President Kennedy’s Commencement Address to Yale’s Graduating Class”, *The New York Times*, 12 de junio de 1962, sec. Archives, <https://www.nytimes.com/1962/06/12/archives/text-of-president-kennedys-commencement-address-to-yales-graduating.html>. Referencia: John F. Kennedy, Yale University Commencement Speech, «New York Times». 12 junio, 1962, pág. 20

racional. Partidos y gobiernos pueden ir y venir, subir o bajar, pero los expertos quedan. Pues, sin ellos, el sistema, cualquiera, no funciona. La máquina se para. Y si se para ¿después qué?⁷

El papel de la persona no técnica es escaso no puede realizar cuestiones aparentemente sencillas porque no está involucrado en lo técnico y definitivamente los asuntos complejos de la sociedad como política, economía, jurisprudencia y la cultura únicamente tienen cabida exclusiva para expertos desplazando al habitante amateur. La justificación para todos los asuntos es remitirse a lo técnico, a la ciencia y más allá de este umbral de pericia no hay talismán para encomendarse.

Los jóvenes

Juventud orgánicamente se vincula con revuelta y antagonismo, ya lo mencionó Salvador Allende en diciembre de 1972 “Ser joven y no ser revolucionario es una contradicción hasta biológica” “es la juventud la que se descubre a sí misma lanzada a la lucha como única oposición radical efectiva dentro de sus sociedades”.⁸

Los jóvenes son los que actúan, los que hacen que sucedan las cosas, los que se arriesgan, los que, por lo general, obran como estimulante o acicate... se han convertido en una de las pocas palancas en las que una protesta radical puede apoyarse[...]
Lo que hace de esta desafiliación juvenil de nuestro tiempo un fenómeno cultural más que un simple movimiento político, es que trasciende el nivel de la ideología para llegar al nivel de la consciencia, buscando transformar el más íntimo sentido de nosotros mismos, los otros y todo lo que nos rodea.⁹

El mensaje de Theodore es significativamente simple pero profundo: “es cosa de todos impedir la consolidación final de un totalitarismo tecnocrático en el que terminaríamos ingeniosamente adaptados a una existencia totalmente enajenada de todo aquello que siempre ha hecho de la vida del ser humano una aventura interesante”.¹⁰

La contracultura

“La contracultura, que se asienta sobre un sentido profundamente personalista de la comunidad más que sobre valores técnicos e industriales, resulta ser una crítica de la tecnocracia más radical que cualquiera de las ideologías tradicionales”.¹¹ “Cuando

⁷ Theodore Roszak, *El nacimiento de una contracultura: reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y su oposición juvenil*, trad. Angel Abad, séptima (Barcelona: Kairós, 1981), 31, 35.

⁸ *Ibid.*, 16.

⁹ *Ibid.*, 15, 56, 64.

¹⁰ *Ibid.*, 11.

¹¹ *Ibid.*, 222.

hablamos de la contracultura, habremos de reconocer que los poetas han sido mucho más penetrantes que los ideólogos, y que las visiones han dado más frutos que la investigación”.¹²

La contracultura no merece atención la exige a través de alterar todo el paisaje cultural por medio del cual tiene lugar la vida política cotidiana. Roszack resume inteligentemente las falsificaciones contraculturales. Así, por ejemplo:

Hablamos de “educación”, de la “vida de la inteligencia”, de la “búsqueda de la verdad”, Pero se trata en realidad de acomodar a los jóvenes a las necesidades de nuestras diversas burocracias por procedimientos mecánicos: sociedades anónimas, gobierno, ejército, sindicatos, enseñanza.

Hablamos de “libre empresa”. Pero en realidad se trata de un sistema de manipulación oligopolística del mercado dependiente, por una corrupción institucionalizada, de la mayor y más espeluznante carrera de armamentos de la historia y consagrada a infantilizar a la gente convirtiéndola en un rebaño de consumidores forzados.

Hablamos de “ocio creador”: extensión universitaria de la pintura y la cerámica, vacaciones en el trópico, olímpicas excursiones a lejanas montañas y a todas las playas soleadas de la tierra. Pero, al igual que con los apetitos sexuales, es un caro complemento para arribistas de superior ejecutoria: es el premio reservado a los mercenarios.

Hablamos de “pluralismo”. Pero, en realidad, es un truco que permite a las autoridades afirmar con solemnidad el derecho de todos y cada uno a tener su opinión y así poder ignorar cualquier inquietante disconformidad que surja. En este pluralismo, los puntos de vista críticos se reducen a meras oraciones privadas ofrecidas en el altar de una inconsecuente concepción de la libre expresión.

Hablamos de “democracia”, Pero, en realidad, se trata de una opinión pública expresada a través de una “muestra al azar a la que se pide que diga sí o no con la cabeza como respuesta a una serie de alternativas prefabricadas, relacionadas normalmente con hechos consumados de los fabricantes de decisiones, en cuyas manos está siempre la posibilidad de prefabricar la votación a la medida de sus fines.

Hablamos de “debate”. Pero, en realidad, se trata de encuentros previamente arreglados entre candidatos que no se comprometen y perfectamente preparados para llenar treinta minutos de tiempo en una cadena nacional, siendo el objeto del ejercicio el dar una “imagen” de competencia. Si además hay alguien que hace preguntas, éstas han sido revisadas y previamente ensayadas.

Hablamos de “gobierno por consentimiento de los gobernados”. Pero también en este caso hay en alguna parte del laberinto de organismos paramilitares, una *area specialist* al que ni ustedes ni yo hemos elegido, que está despachando “consejeros especiales” A todo esto se le llama ser “libre”, ser “feliz” la Gran Sociedad”.¹³

Contracultura no significa estar o ser anti todo; de hecho, su base etimológica proviene del latín *contra* (frente a, en oposición) lo cual reside en contestar con fundamentación, cuestionar con argumentación.

¹² Ibid., 113.

¹³ Ibid., 30, 31.

La contracultura es fundamental para el despertar y generar cuestionamientos profundos a la sociedad en distintos ámbitos, la cultura comercial o dominante, lo económico, político y por supuesto lo jurídico; de hecho son tan importantes estas voces críticas para provocar cambios a la estructura institucional pública y privada; la imposición del poder no es unidireccional por parte del Estado en ocasiones de igual manera viene disfrazada de organizaciones no gubernamentales —ONG o *Nonprofit* NPO— (sin fines de lucro o no comercial). Para la cultura mantener su *statu quo* la contracultura es un perfecto antagonista, en cierto modo logra visibilizarlo, legitimarlo y definitivamente objetarlo. Sirve para marcar líneas de avanzada en cuanto a la ética.

Pensemos en conquistas sociales expresadas en instrumentos normativos que regulan y garantizan derechos que han venido de la mano de la contracultura, el feminismo (feminicidio; aborto, orgullo gay u orgullo marica (matrimonio igualitario: entre mujeres o entre hombres), ecologismo (derechos de la naturaleza), animalismo (prohibición de corridas de toros), conocimiento libre (*copyleft*, licencias libres y alternativas, internet como derecho humano y servicio básico), nuevas espiritualidades (laicismo), anticapitalismo (sanción a monopolios), comunidades indígenas (interculturalidad y autodeterminación), solamente por citar casos en los cuales la cultura dominante únicamente permitía una visión unilateral de la realidad, pero tener voces disidentes han colocado a quienes cuestionan (la otredad), esa minoría como parte del debate y en proyectos de ley y leyes aprobadas. Por tanto, la contracultura es una forma de entender el derecho, como una fuente no formal y tradicional sino más bien como elementos de donde surgen comunidades que buscan destecnocratizar el sistema.

Hay cuestionamientos sobre si la contracultura una vez que se ha visibilizado, que forma parte de las regulaciones y conquistas, ¿deja de ser contracultura? y para problematizarlo aún más, ¿ese régimen cultural que fue contrarrestado, podría pasar a ser denominado contracultura? En suma, y por diseñar una situación particular, lo contracultural, por ejemplo, el animalismo y quienes están en contra de las corridas de toros, ahora son parte del sistema, su movimiento y petición logro calar y han sido prohibidas por instrumentos normativos inclusive; son parte del sistema. Sucede una ruptura, los grupos culturales a favor de las corridas de toros, han tomado el discurso de la contracultura para posicionarse como una minoría, que exige que sus derechos sean reconocidos. Es un planteamiento complejo, con varias aristas, sin embargo, a pesar de que la contracultura en algún caso en particular haya tomado visibilidad y sea parte de lo establecido, sus derechos solamente ratifican la conquista y el avance de un grupo

social determinado, que en lo jurídico podría identificarse como derechos adquiridos, adicional, es un error de fondo intentar apropiarse de movimientos o corrientes que en su esencia y práctica son diferentes, por ponerlo más coloquial sería algo así como reclamar por la pobreza del mundo desde un yate en una isla exótica, o reclamar por el rock cristiano, la leche deslactosada o el café descafeinado, se convertiría en un reclamo oxímoron.

2. Contracultura ecuatoriana

¿En Ecuador existe o ha existido contracultura? Víctor Francisco Jaime Orellana, más distinguido como Pancho Jaime, PJ y La mamá del rock, nace el 24 de mayo de 1946 y fallece a los 43 años el 6 de septiembre de 1989, de forma muy controversial. Parte de su vida se desarrolla en Los Ángeles, Estados Unidos, de donde recibe influencias de la época. Fue una figura muy reconocida dentro del rock ecuatoriano entre los años 70 y 80, y editor de su propia revista independiente ecuatoriana.

El primer acercamiento de Pancho Jaime con la contracultura viene de la mano del Rock y del periodismo en la revista L.A. Touch la cual es una ventana para desarrollar su estilo de escritura y caricatura pornográfica. Gracias a su amigo Roger Gentry obtuvo la credencial de la Asociación de Periodistas de Los Ángeles para escribir como periodista profesional.

L.A. Touch incluía artículos sobre el estilo de vida y la filosofía hippies y secciones dedicadas a cine y música. Su sección de avisos clasificados tenía como objetivo facilitar conexiones sexuales no convencionales, fiestas orgiásticas, intercambios de pareja y todas aquellas opciones de prácticas sexuales que, a la larga, volverían a ser masivamente condenadas por la sociedad estadounidense pero que en su momento sirvieron para alentar sentidos de apertura sobre los derechos sexuales de los ciudadanos.¹⁴

Pancho Jaime abre distintos espacios relacionados con la música rock, uno de los más representativos fue *Love*, en donde se presentó uno de los grupos más representativo de la psicodelia en Ecuador: *Los Hippies*, grupo compuesto por Héctor Napolitano, Homero y Miguel Gallardo, José Ordoñez, luego apertura un sitio denominado “Heah shop” que se considera fue la inicial tienda del país donde podía comprar discos y ropa de rock; luego funda lo que se conocería como el primer centro

¹⁴ Xavier Andrade, “Maranatha!: De cuando el rock en Guayaquil se hizo!”, *Tributo rock a 2 años del caso Factory*, 2010, <http://www.laselecta.org/archivos/pdf/Maranatha!.pdf>.

de rock del país, *Rock On* escenario para varias bandas icónicas del rock ecuatoriano: Blaze, Abraxas y Los Hippies.

En ese entonces Assad Bucaram *Don Buca* alcalde de Guayaquil, no tenía mucha afinación por las culturas urbanas y el rock, clausuró estos lugares y dispuso la cancelación de varios conciertos de rock, por cuanto alteraban el orden público.

Pancho Jaime relata:

Cierta vez, se organizó un concierto en el Cine Presidente con el grupo de moda, Los Hippies, el alcalde era ese entonces, don Assad Bucaram, quien apenas se enteró de esta reunión mandó a uno de sus hijos con los municipales con orden de clausurar el local en caso de que vieran algo anormal. Bien mandados, el hijo de don Assad y los municipales, llegaron al lugar del espectáculo, entraron a la sala y antes de que cante un gallo, tenían a todo el mundo en la calle y el cine clausurado por los cuatro costados. El parte decía que en el local se estaba fumando mariguana y que el humo de la yerba se podía oler hasta en la calle.¹⁵

En 1982 Pancho Jaime decidió publicar la revista *Rock On* que mantenía el formato de medio tabloide; comprendía opinión, reseñas, en especial las secciones “Se dice que” y “Comentarios”; PJ va sumando popularidad por medio de su programa de radio en el cual se posesiona como la “mamá del rock”, también tenía una agrupación de música rock Texaco Gulf, PJ toma fuerza por medio de sus caricaturas pornográficas con fuerte sátira en su contenido. “La publicación de la revista Comentarios de Pancho Jaime implicó una ruptura con la historia de la caricatura ecuatoriana, el humor político y la sátira política. En esta revista el humor se acercó a lo escatológico, la sátira devino invectiva y lo cómico tuvo un énfasis irónico”.¹⁶

Precisamente la revista Comentarios de Pancho Jaime es el vehículo por el cual, se desata el proceso de caricaturas pornográficas con alto contenido político contestatario respecto de la situación ecuatoriana.

A continuación, expondré una selección gráfica que causaron una polémica histórica con Pancho Jaime, lo cual fue parte de su cúspide de popularidad y al mismo tiempo lo que presuntamente le costaría se descenso.

¹⁵ Jaime Pancho, “Historias del Rock. Rock On”, 2, 1983.

¹⁶ Paúl Stalin Pavón Valencia, “Periodismo y sátira en la revista ‘Comentarios de Pancho Jaime’” (Universidad Central del Ecuador, Facultad de Comunicación Social, Carrera de Comunicación Social, 2019), 34, <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17849/1/T-UCE-0009-CSO-118.pdf>.



Figura 1. Caricatura sobre la administración del municipio de Guayaquil
Fuente y elaboración: comentarios de Pancho Jaime, (1987)

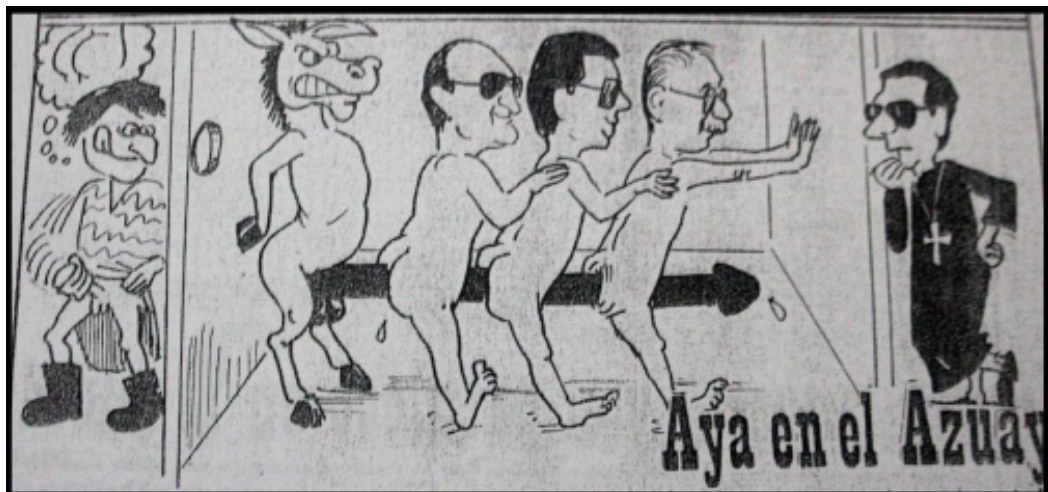


Figura 2. La corrupción en las dependencias gubernamentales y la iglesia, en Azuay
Fuente: comentarios de Pancho Jaime, (1989)



Figura 3. León Febres Cordero y los militares sublevados de la base aérea de Taura
Fuente: comentarios de Pancho Jaime, (1988)



Figura 4. Portada de la edición N° 4
Fuente: comentarios de Pancho Jaime, (1987)



Figura 5. Joffre Torbay, secretario de León Febres Cordero, como un puerco.
Fuente: Comentarios de Pancho Jaime, (1989)



Figura 6. Caricatura sobre La Tele
 Fuente: comentarios de Pancho Jaime, (1989)



Figura 7. Campeonato logrado por el equipo de balompié Barcelona Sporting Club en 1987.
 Fuente: comentarios de Pancho Jaime, 1987)



Figura 8. Pancho Jaime tuvo filiación con el populismo de Bucaram, pero no dejó de ser crítico
Fuente: comentarios de Pancho Jaime 1987

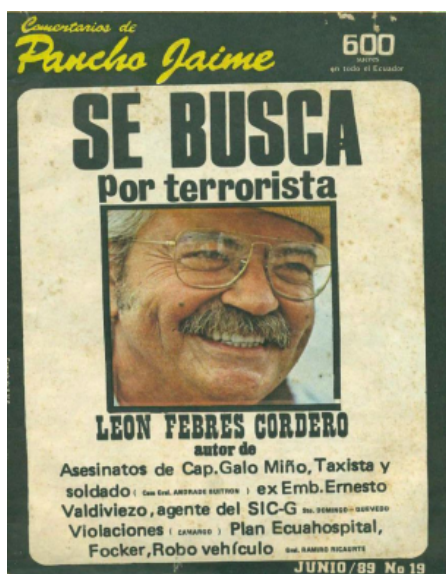


Figura 9. Portada de la edición N° 19
Fuente: comentarios de Pancho Jaime (1989)



Figura 10. Impunidad en el gobierno de Febres Cordero
Fuente: comentarios de Pancho Jaime, (1986)



Figura 11. Portada sobre la declaración de Febres Cordero respecto a su arma
Fuente: comentarios de Pancho Jaime, 1986

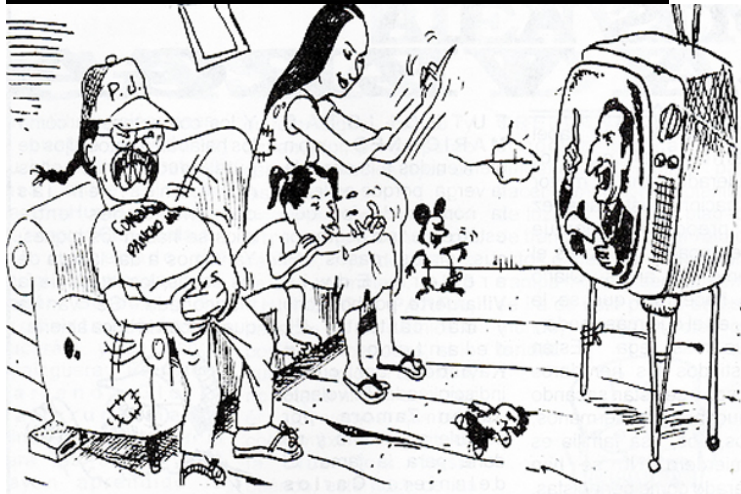


Figura 12. Los ex presidentes, León Febres Cordero y Rodrigo Borja
Fuente: Comentarios de Pancho Jaime, (1987-1989)



Figura 13. La ex alcaldesa de Guayaquil, Elsa Bucaram
Fuente: comentarios de Pancho Jaime

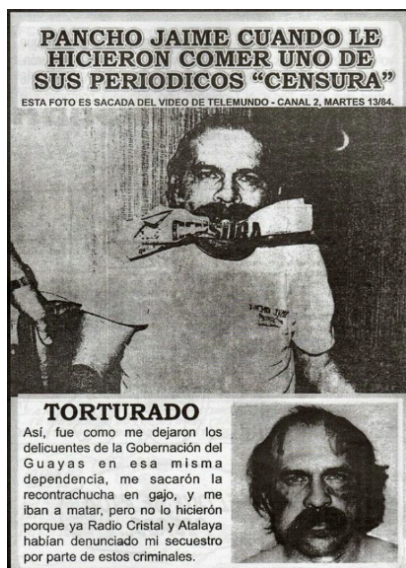


Figura 14. Tortura a Pancho Jaime
Fuente: Vice, foto de 1984

Torturado, amenazado, perseguido y hasta encarcelado por varios meses bajo acusaciones falsas de tráfico de drogas, tales episodios no lograron disuadirlo. A lo largo de la presidencia socialcristiana (1984-1988), caracterizada precisamente por diversas formas de terrorismo de estado contra opositores políticos, y el primer año de la presidencia del socialdemócrata Rodrigo Borja (1988-1992), PJ publicó aproximadamente trece entregas de *Censura* y veinte números de su publicación más radical y última, *Comentarios de Pancho Jaime*. Esta última fue típicamente una revista de pornografía política que combinaba magistralmente imágenes obscenas con chismes sobre la sexualidad de los funcionarios estatales e insultos directos.

Convertidas en un fenómeno de consumo (sus productores sostienen que llegaron a publicarse varias decenas de miles de ejemplares en su momento de auge), detrás de ella se aglutinaron sectores muy dispares —desde el populismo bucamamista y del Partido Roldosista Ecuatoriano hasta defensores de los derechos humanos y activistas de izquierda. Asimismo, aunque nunca van a reconocerlo públicamente, muchos periodistas profesionales estuvieron envueltos en facilitar documentación que, sabían, podía ser publicada solamente por Pancho Jaime.

En Septiembre de 1989, quien a la fecha había acumulado decenas de enemigos acérrimos, puesto que se había situado como depositario de documentos y denuncias de varios bandos políticos en conflicto, fue asesinado por un sicario a las puertas de su destartalada oficina.¹⁷

La muerte de Pancho Jaime aún es un misterio, hay medios que lo comparan como el *Charlie Hebdo* ecuatoriano,¹⁸ una muerte más y con ella una leyenda de la contracultura ecuatoriana, “las polémicas que provocó se extienden hasta la actualidad,

¹⁷ Andrade, “Maranatha!: De cuando el rock en Guayaquil se hizo!”

¹⁸ Plan V, “Pancho Jaime fue nuestro *Charlie Hebdo* | Plan V”, accedido 29 de noviembre de 2019, <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/pancho-jaime-fue-nuestro-charlie-hebdo>.

pues desbordó las maneras de relacionar arte y política”,¹⁹ el debate de sus acciones recae sobre la sátira y la libertad de expresión, los comics en esa fina línea que retumba a los gobiernos entre democracia y autoritarismo.

Vilma Vargas Vallejo su nombre artístico —Vilmatraca— es pintora, arquitecta y dibujante ecuatoriana. “Dueña de un humor crítico muy original. Tiene una trayectoria de más de veinte años, por el que ha recibido algunos reconocimientos nacionales e internacionales, entre ellos, el Premio Humor Gráfico de las Américas”.²⁰

Ha participado en la Muestra de Humor Gráfico de la Universidad de Alcalá desde el año 2006, en la Exposición internacional del “Mujeres y el arte de la caricatura” y en el concurso World Press Cartoon, edición 2007 y 2010. Fue ilustradora invitada para la primera edición ecuatoriana del Quijote en el 2005 y para la emisión de sellos postales en el 2015. Así mismo tiene dos libros con sus ilustraciones: el “Picante Forajido” y “Retazos y otros trazos”.

En 2019 ganó el “Premio Humor de las Américas” en México, en 2011 ganado el Premio RESET 11.11.11 en Puebla-México, el premio CITMA en la “Bienal de Humorismo Gráfico de Cuba” en 2006 y una Mención de Honor en el concurso “Cómic y Caricatura por la paz” en Quito, en el año 2000.²¹

Igualmente, “ganó el primer lugar de la categoría Pixeles Libres, en el marco del I Encuentro Internacional de Humor Gráfico “La Línea de Fuego”, organizado por el Club de la Caricatura Latinoamericana, Cartónclub”.²²

Además de su humor con una fuerte crítica política, social y cultural lo que hace que el trabajo de Vilmatraca sea predominantemente contracultural es su abordaje de temas y personajes sensibles que los medios de comunicación comerciales y masivos suelen dejarlos intencionalmente de lado porque no emiten reprendas en contra de su círculo. Asimismo, su independencia hace de esta artista colocar la mirada contra los hechos y acciones criticables sin importar sobre quien recaigan, de hecho, sus cuestionamientos han recaído en varios políticos, fuerzas armadas y personajes de la comunicación, indistinto de sus tiendas políticas o Gobierno de turno, es lo que resalta

¹⁹ Jorge Carrillo, “Pancho Jaime: gran huevada ser político”, *Índex, revista de arte contemporáneo*, 2019, 54, <http://dx.doi.org/10.26807/cav.v0i07.181>.

²⁰ Hugo El Búho, “Vilmatraca: ‘Las caricaturistas hacemos humor, pero quienes se han burlado de los ecuatorianos son los políticos’”, 12 de diciembre de 2020, <https://lalineadefuego.info/vilmatraca-los-caricaturistas-hacemos-humor-pero-quienes-se-han-burlado-de-los-ecuatorianos-son-los-politicos/>.

²¹ Vilma Vargas, “Vilma Vargas – Vilma Vargas – Caricaturista”, accedido 17 de mayo de 2022, <http://www.vilma-vargas.com/vilma-vargas/>.

²² El Telégrafo, “Caricaturista ecuatoriana Vilmatraca ganó primer lugar en ‘La Línea de Fuego’”, *El Telégrafo*, 9 de septiembre de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/10/vilmatraca-caricaturista-ecuador>.

una posición autónoma evidenciados en sus obras. Su trabajo es admirable, otorga una frescura comprensiva sin cuestiones abstractas sino directamente fuertes y hermosas.

Me he servido de una curaduría del artista José Luis Jácome a quien he solicitado que realice una selección de cinco obras de la artista,²³ para quien el trabajo de Vilmatraca lo describe de la siguiente manera: “veo en la obra de Vilma Vargas y su alter ego Vilmatraca un planteamiento que promueve la conciencia colectiva sin prejuicios epistemológicos. Desde su asimilación de los contextos culturales actuales logra una transversalidad, que articula lo subconsciente con la razón, utilizando su arte como una herramienta emancipadora que conjuga crítica humor y estética”.



Figura 15 Video

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

²³ Todas las obras se extrajeron con previa autorización, de la cuenta Twitter de la autora Vilma Vargas: https://twitter.com/vilmavargasva?s=11&t=FXiEgr848ROlo1EK9J_qjg



Figura 16. Caricatura

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 17. Cómic

Fuente: cuenta de Twitter de Vima Vargas



Figura 18. Óleo

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 19. Mural

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

Igualmente se ha seleccionado obras de Vilmatraca que son sugerentes en el ámbito político y el segmento a quien va dirigida la crítica.



Figura 20. Ecuador #Ibarra
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

TEXTÍCULOS



Figura 21. Textículos
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 22. Semana Santa
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

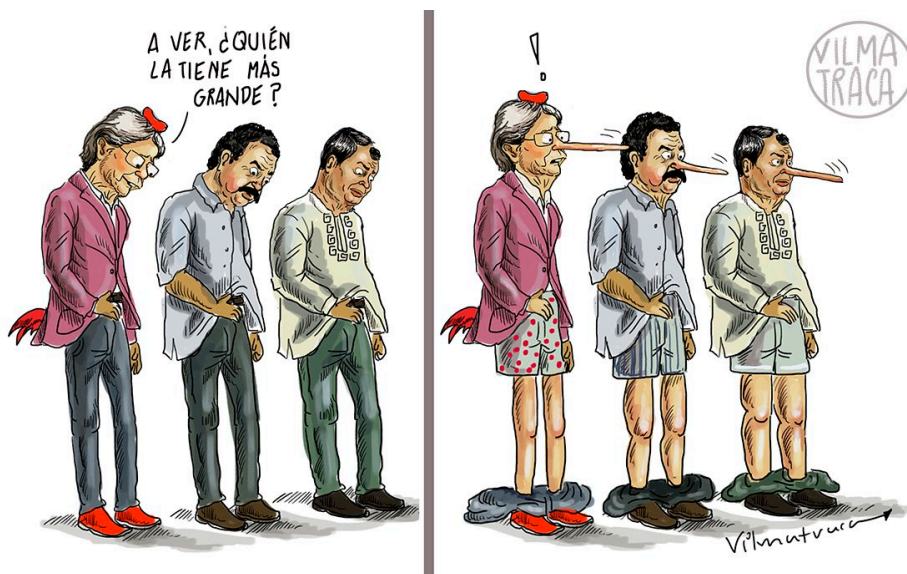


Figura 23. A ver, ¿quién la tiene más grande?
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

3. Cultura libre

Entender, comprender y accionar desde la cultura libre tiene manifestaciones que superan los límites de asociatividad con la propiedad intelectual, aunque este ejercicio es correcto no se vincula de manera exclusiva a este rama o materia, sino la cultura libre como movimiento y como concepto va mucho más allá. La propiedad intelectual es una parte de todo lo que comprende la cultura libre, pero la cultura libre incluye elementos a analizar tanto desde el ser humano, el cuerpo, la vida, el *bios*, las máquinas, los *cyborgs*;

lo mencionado podría resumirse en tres posturas el *antropocentrismo*, el *biocentrismo* y el *posthumanismo*.

El antropocentrismo

Radicado en el ser humano como ente superior jerárquico frente a cualquier otro de la naturaleza y del cosmos, el etnocentrismo y ese afán de sentirse superiores. La actividad humana ha sido netamente extractivista y de apropiación, lo cual marca el inicio del evento catastrófico más notable del planeta, desde la etapa geológica, que a pesar de todas las extinciones de las que hemos tenido como planeta, esta tiene una especial particularidad, el ser humano es el autor y testigo presencial de su propia extinción.

“La comprensión de que el ser humano es una especie superior y que tiene el derecho de dominar es falsa. Tampoco ayuda creer que el universo es algo ajeno, lejano y fuera de nosotros”.²⁴

Si hacemos una analogía entre valor de uso y valor de cambio, en el planteamiento que propone Ávila, el antropocentrismo —jerarquía y dominación— es valor de cambio: “La naturaleza es un cúmulo de cosas útiles para la producción, que dan soporte al trabajo humano, serán valoradas en el mercado y, secundariamente, tendrán otro valor”,²⁵ el biocentrismo —armonía y respeto— es valor de uso: la consideración entre seres vivos no es valorada en el mercado, rompe el dualismo hegemónico por una dualidad armónica.

En resumen, según Cullinan: “El antropocentrismo ha sido la dictadura de la especie humana sobre la tierra”.²⁶ Salir de esta etapa es un tránsito que implica un cambio paradigmático fundamental a todo nivel de comprensión *biocéntrica* del cosmos, por ello en la línea que plantea Derrida, Jacques, es urgente devolver la palabra al otro, “devolver la palabra al animal es devolvernos, como especie, algo que se nos priva, que es la imposibilidad de comprender y de comunicarnos con otros seres vivos... hay que reinterpretar de forma radical lo que significa *ser vivo*: somos animales”.²⁷ En esta línea de debate se inserta Viveiros de Castro, para quien “los animales y demás no-

²⁴ Ávila-Santamaría Ramiro, “La utopía en el constitucionalismo andino” (Tesis doctoral, Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016), 233.

²⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, 1. ed. (Ciudad de México: MX: Akal, 2019), 153.

²⁶ Cullinan, Cormac, *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice* (Vermont: Chelsea Green Publishing, 2011), 162.

²⁷ Ávila-Santamaría Ramiro, “La utopía en el constitucionalismo andino”, 251.

humanos dotados de alma se ven como (y a partir de un acto de transformación) una persona”,²⁸ y por consiguiente son personas, porque cualquiera de ellos puede revelarse como una persona, a partir de un acto de transformación (jaguar-persona-jaguar).

En lo contemporáneo el tránsito aún en disputa y con muchas interrogantes antes que certezas, es el posthumanismo, que según Ballesteros en cuanto a “las raíces del posthumanismo remiten a la exaltación de la tecnología como liberación de lo humano”.²⁹

La relación entre las máquinas, los *robots*, los *cyborgs*, la inteligencia artificial, la biotecnología, los recursos genéticos y lo autómatas, si bien son temas que se encuentran en análisis, definitivamente los elementos más profundos de análisis serán el ser humano y la autonomía con su cuerpo o la soberanía del Estado; así como el otorgamiento de derechos “humanos” a *robots* o *cyborgs* que van a ser la “otredad”; y el papel de la naturaleza en constante peligro. Las reglas del juego de todo el sistema se ven amenazadas, la normativa como siempre viaja en tren, pero los hechos y la tecnología van en avión, por tanto, el desafío inicia hoy en analizar desde los *cyber derechos* el nuevo entorno.

Retomando lo relacionado con la cultura libre con varias acepciones y términos claves que hacen que su entendimiento y dinámica respondan a realidades posibles de empleo pragmático. La definición de Romero-Moragas sobre cultura libre es bastante bien lograda.

Cultura libre es una corriente de pensamiento que considera al conocimiento como un bien público que debe beneficiar a todos y al que hay que devolverle la libertad que le ha sido arrebatada. El conocimiento no es una mercancía como cualquier otra porque implica siempre una comunidad de continuidad histórica que da sentido y valor al pensamiento y la creación y sus cualidades no se ven mermadas con su transferencia y uso. Mediante la propiedad intelectual y los derechos de autor se fomenta artificialmente la escasez de toda expresión del pensamiento humano para mercadear con bienes que pueden ser infinitos.³⁰

²⁸ Rolando Silla, “Metafísicas caníbales. Líneas de Antropología Posestructural. Eduardo Viveiros de Castro. Katz Editores. Madrid. 2010”, *Avá*, n° 20 (junio de 2012): 218.

²⁹ Jesús Ballesteros y Encarna Fernández, eds., *Biotecnología y posthumanismo*, 1a. ed., The Global Law Collection. Legla Studies Series (Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2007), 27.

³⁰ Romero-Moragas Carlos, “Propiedad intelectual, patrimonio y cultura libre.”, en *Cooperación Cultural Euroamericana, V Campus Euroamericano de Cooperación Cultural* (Portugal: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2007), 337.

Al respecto, *cultura libre* son acciones, movimientos, sabidurías, filosofías, conocimientos y corrientes de pensamientos transdisciplinares que pretende construir un común de libre acceso, circulación y transformación tanto en lo humano, lo *bios*, las máquinas y los bienes a través de prácticas y mecanismos autónomos, libres y emancipados.

La ciencia ficción y lo utópico tienen una cabida importante dentro de la cultura libre, de hecho, esos imaginarios positivos y negativos son parte de lo que dentro de esa ficción se va generando en hechos actuales; para ello, la obra de Orwell 1984 es importante para el proceso crítico y de construcción de este movimiento.

Elucidando la majestuosidad de Orwell, se pretende restringir la repercusión del pensamiento, sin respetar el radio de acción de la mente. No habrá pensamiento en ningún sentido. La ortodoxia representa no pensar, no necesitar el pensamiento. El dogma es la ignorancia la oscuridad, la falta de información. “Hasta que no tengan conciencia de su fuerza, no se rebelarán, y hasta después de haberse rebelado, no serán conscientes. Este es el problema”.³¹

La envidia, el egoísmo aflora lo que debemos permutar por la reciprocidad de los dones de la nobleza. “Una sociedad fundada sobre la competencia y la desconfianza enseña que la ingenuidad —ese talante con que niño/as abordábamos la vida— es un defecto. Pero sólo con ella podremos observar, otra vez, gigantes en dónde creíamos ver molinos de viento”.³²

Es agradable aludir a Stallman, para quien lo que está en conflicto es el punto de la libertad, no de libre, gratuito en el contexto del precio. “Para comprender este concepto, debemos pensar en la acepción de libre como en “libertad de expresión” y no como en “barra libre de cerveza””.³³

Adueñarnos y apropiarnos de cualquier manera sobre lo que nos pertenece — “las cosas son de quien las necesita” “sabiduría popular”— para actuar de vuelta sobre un mundo corporativo que tanto actúa sobre nosotros; cuando el mundo nuevo palpita nuestros corazones y pugne contra la institucionalidad que impiden su realización (Estado, ejército, mercado), será el llamado de los diablos andinos.

³¹ Orwell George, *1984* (España: Salvat Editores, S.A., 1982), 50-63–157.

³² Uzcátegui Rafael, *Nos seguimos robando el fuego* (San Antonio de los Altos: Naufrago de itaca ediciones, 2001), 13.

³³ Richard M. Stallman, *Software libre para una sociedad libre* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2004), 59.

Alterar el régimen de propiedad del individualista que llega al egoísmo, la cultura libre y el devenir de los comunes son una opción con un camino que tiene un recorrido desde la antigüedad a lo contemporáneo y promete perturbar el sistema, ¿ficción o realidad? la frase icónica de George Orwell: “La guerra es la paz/ La libertad es la esclavitud/ La ignorancia es la fuerza”.³⁴

Es posible resetear y reformar con aspectos positivos pasados y proponer nuevas concepciones, no dejemos que las concepciones arraigadas constituyan nuestro principal límite de evolucionar.

Referentes históricos de la cultura libre

Dentro de la cultura libre existen referentes históricos, que han servido de influencia en marcar una hoja de ruta con personajes y acontecimientos importantes para el ámbito social, cultural y jurídico. Entre ellos a nivel local en el Ecuador, Manuel Chusig (Eugenio Espejo); a nivel internacional, el romanticismo; el dadaísmo; el punk y el cyberpunk.

Manuel Chusig o Eugenio Espejo

Manuel Chusig (Francisco Javier Eugenio de Santa Cruz y Espejo); nació en Quito el 21 de febrero de 1747. Fue un prominente abogado, investigador, científico, médico, ginecólogo, escritor, historiador, periodista, pensador, ideólogo, político y prócer de la independencia de Ecuador. De familia muy culta y destacada, su padre, Luis Chushig, indígena peruano, su madre, la quiteña María Catalina Aldaz y Larraincar era neogranadina, su hermana Manuela Chusig (Manuela Espejo) quien fue periodista, enfermera, feminista y revolucionaria ecuatoriana.

Si bien para esa época debían ocultar sus apellidos para ser aceptados en una sociedad racista, fundamentada en prejuicios de superioridad, que lastimosamente siguen estando presentes; pero ahora no debemos ocultar nuestra identidad, de hecho, es parte de nuestro orgullo y origen resaltar nuestros nombres; por lo tanto, Eugenio Espejo debe ser nombrado por su nombre propio, Manuel Chusig; por lo que de aquí en adelante nos referiremos así.

Calificado uno de los grandes ejemplos de la ilustración americana, la vida de Chusig estuvo sellada por el mestizaje. Su visionaria postura latinoamericana lo hacen memorable. Con gran sensibilidad por el sometimiento de la población, fue un

³⁴ George Orwell, *1984*, trad. Miguel Temprano García (Barcelona, España: Random House Mondadori, 2013), 12.

iluminado, adelantándose algunos siglos, al humanismo de la Teología de la Liberación o a la nueva Filosofía de la Educación desarrollada por Paulo Freire, que reconoce la necesidad de crear una nueva epistemología que tenga como centro de su deliberación al oprimido y, Chusig lo hizo desde varios campos, la medicina, el derecho, la filosofía, el activismo político y el periodismo.

Uno de sus proyectos relacionados con el periodismo y la escritura se llevan a cabo el 5 de enero de 1792, donde editó y vio la luz el primer periódico publicado en la ciudad *Las Primicias de la Cultura de Quito* símbolo del periodismo y de opinión pública en el Ecuador.

Definitivamente tiene un papel trascendental en la gesta libertaria, haciendo uso de las palabras, de las graffias y de las acciones, siempre crítico-contestatorio despertando rebeldías con sus letras, fue inculcado como autor de colocar banderas, pasquines y papeles subversivos en distintas partes de la ciudad de Quito (21 de octubre y 21 de noviembre de 1794), una intervención emblemática digna de resaltar es la realizada en las cruces de la ciudad de Quito, las que amanecieron con banderolas rojas con el lema que decía: *Al amparo de la cruz, sed libres, conseguid la gloria y la felicidad.*

El presidente de la Real Audiencia de Quito reaccionó y manifestó: “los papeles encontrados el 21 de noviembre son el producto de la travesura de algún espíritu inquieto que procede por sí solo, pues la quietud del pueblo y el ningún efecto de las más activas averiguaciones lo indican así”.³⁵

Ocupó tanto la academia y la sociedad civil con los debates que promovía en espacios plurales. Sus acciones estaban orientadas al bien común, al beneficio colectivo. “Fue promotor de los principios de igualdad, reciprocidad y colaboración; fue un hombre revolucionario que buscó un cambio de modelo y que compartió sus ideas libremente, con el convencimiento de que las mismas le pertenecen al colectivo y, no deben ser sometidas de beneficio exclusivo de intereses particulares”.³⁶ Finalmente, Chusig murió en Quito, el 27 de diciembre de 1795, a causa de disentería, después de estar en la cárcel acusado de conspiración.

³⁵ Paladines, Carlos, *Eugenio Espejo Conciencia crítica de su época* (Quito: Centro de publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1978), 327.

³⁶ “Eugenio Espejo, representante de los valores de la Cultura Libre | Buen Conocer”, 27 de mayo de 2014, <https://flokksociety.org/2014/05/27/eugenio-espejo-representante-de-los-valores-de-la-cultura-libre/>.

Manuel Chusig, abogado hacktivista, ha demostrado con su pensamiento y con sus acciones, que son las praxis de las personas, las organizaciones de base, las comunidades locales las que trascienden el conocimiento.

Transforma el espacio de lo público en algo común y deliberativo, basado en un profundo cuestionamiento y crítica continua, que permite disputar nuevos imaginarios del régimen jurídico.

Deja la comodidad del positivismo o el derecho natural para radicarlo en el hacer, su intervención por medio de banderas y fanzines, directamente sobre las cruces, símbolo de la religión católica, constituye un acto de irreverencia que deviene en la reflexión del laicismo, los bienes comunes y el conocimiento libre.

Provoca, remezcla y logra alterar los códigos y leyes preestablecidas, interpelando a la libertad y felicidad como requisitos para mejorar el sistema, favoreciendo al oprimido.

*“Al amparo de la cruz, sed libres, seguid la gloria y la felicidad”.*³⁷

De espíritu irreverente y libre, nadie puede negar esas características de Chusig, que a través de intervenciones con pasquines-fanzines; banderas en el espacio público, cruces de iglesias; pretender revelarse ante el opresor y buscar la independencia de una manera crítica, altera el sistema, demostrando que estas particularidades hacen de Chusig, nuestro referente ecuatoriano y andino de la cultura libre, *hacker* —entendido como aquel que mejora el funcionamiento de un sistema—, activismo y del arte urbano.

El romanticismo

Movimiento cultural, político, artístico, literario surge en el siglo XVIII y logra su apogeo en la primera mitad del siglo XIX. Su primer momento lo marca su característica como movimiento cultural vinculado con la restauración, tiene como característica la ruptura con la tradición e ideología de la ilustración y clasicista. Su segundo período es coyunturalmente importante la búsqueda constante de la libertad auténtica.

La libertad como una aspiración irrenunciable; el nacionalismo como sentimiento del pueblo frente a la autoridad impuesta, la nostalgia de tiempos pasados como modelo intelectual y estético que se desea recuperar; la curiosidad exótica hacia otras culturas, como una forma de escapar a la insatisfacción de lo cotidiano; el misterio atractivo de todo lo irracional, ante la incapacidad de la razón por explicar los grandes enigmas del ser humano; la entrega rendida hacia lo sentimental y afectivo, como única posibilidad de escapar a lo terrenal; o la conciencia de la imposibilidad de alcanzar los grandes ideales que cambien el mundo y, sin embargo, la fervorosa aspiración a ellos.

Desde ese espíritu crítico, que se oponía a una cultura rígidamente reglamentada y, a la larga, anquilosada en fórmulas sin contenido, la sinceridad y la verdad fueron valores en

³⁷ Diego Morales-Oñate, *Abrir la Reserva - Manuel Chusig-Eugenio Espejo*, impreso, 15 de diciembre de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/10/colecciones-del-met-en-abrir-la-reserva>.

alza; lo popular comenzó a ser sinónimo de moralidad y autenticidad, frente a los convencionalismos del arte oficial; todo lo que no entraba dentro del mundo de los entendidos, empezó a abandonar el campo del arte: solo lo visto y lo vivido, lo experimentado sensorialmente, formaba parte de la creación artística.³⁸

El dadaísmo

Fragmenta las formas artísticas tradicionales y con actitud subversiva rechaza los valores culturales establecidos por una sociedad ordenada, pone de relevancia la libertad del individuo como forma de expresión y codificación, era común que emplearan métodos artísticos y literarios de forma premeditadamente incomprensibles, que se basaban apoyaban en lo absurdo e irracional.³⁹

Lo que más nos interesa para el presente estudio sobre el dadaísmo es lo relacionado con el *collage*, por cuanto este tipo de práctica artística cuenta con un vínculo esencial con la cultura libre, justamente su técnica de corta, pega, copia re usa es fundamental para explicar el remezclar de contenidos, lo que desde las artes plásticas ubica al *collage* como una obra remezclada propia de la cultura libre. Pues, si en estricto sentido se aplica el derecho de autor de manera rígida, el artista que trabaja un *collage* tendría que solicitar autorizaciones a cada titular de fragmentos de obras que usa para crear una obra nueva, lo cual no tiene sentido, ya que lo que las obras remezcladas pretenden es la creación de una obra nueva y originaria basada en creaciones anteriores, pero totalmente identificables como obras nuevas originarias. Este tipo de prácticas, se han repetido en diversas modalidades de obras por ejemplo en la música con el remix, la música electrónica y el DJ (disc jockey) y en el video el *mashup* y el VJ (video jockey).

El dadaísmo exploró tres formas de creación: 1) La poesía fonética (una poesía de carácter abstracto que renuncia al significado de las palabras, en favor del sentido profundo que, por sí mismos, poseen los sonidos); 2) Aprovecha cualquier objeto de desecho como material artístico; en tal sentido, fueron importantes el fotomontaje, realizado con recortes fotográficos, y el *collage*; y, 3) Arte de acción, desplaza la esencia artística del objeto a la vivencia; logrando una participación directa en un determinado espectáculo, y no en su venta o coleccionismo.⁴⁰

³⁸ Díez del Corral-Belda Luis et al., *La enciclopedia del estudiante: tomo 9: Historia del Arte* (Buenos Aires: Santillana, 2006), 226, 227.

³⁹ Diego Morales Oñate, "Cultura libre y propiedad intelectual desde una perspectiva Latinoamericana" (Quito: Universidad de las Américas, 2013, 2013), 5, <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/3228>.

⁴⁰ Díez del Corral-Belda Luis et al., *La enciclopedia del estudiante*, 262–63.

El Dadaísmo surge con la intención de destruir todos los códigos y sistemas establecidos en el mundo del arte. Es un movimiento antiartístico, antiliterario y antipoético, ya que cuestiona la existencia del arte, la literatura y la poesía. Se presenta como una ideología total, como una forma de vivir y como un rechazo absoluto de toda tradición o esquema anterior.

Está en contra de la belleza eterna, contra la eternidad de los principios, contra las leyes de la lógica, contra la inmovilidad del pensamiento y contra lo universal. Los dadaístas promueven un cambio, la libertad del individuo, la espontaneidad, lo inmediato, lo aleatorio, la contradicción, defienden el caos frente al orden y la imperfección frente a la perfección.⁴¹

Para comprender de manera íntegra el dadaísmo, se resumirán los aspectos que más se vinculen con la propuesta de investigación planteada y su relación como práctica artística y el *collage* de sobre manera.

El dadaísmo no era un movimiento exclusivamente artístico, literario, musical o filosófico. Era todo eso, y al mismo tiempo todo lo contrario: antiartístico, provocador en lo literario, travieso en lo musical, radical en lo político y antiparlamentario[...] expresión de la actitud con la que la juventud internacional reaccionó ante la insensatez política y social de la época. Éstos encauzaron su voluntad de contradicción por medio de actividades, recitados y obras plásticas, irracionales, desprovistas de sentido[...]

Los dadaístas querían dejar huella en su época, y por ello subrayaban el carácter activista de sus intervenciones. Tristan Tzara señaló en este sentido que la verdadera esencia del dadaísmo se mostraba en sus acciones. Pese a ello, las espontáneas formulaciones artísticas y literarias de la corriente *dadá* han quedado fijadas en la historia y se han convertido en punto de referencia para numerosas generaciones artísticas posteriores[...]

Los artistas hallaron nuevas formas de expresión literaria en los poemas fónicos sin sentido alguno, en los llamados poemas simultáneos y en los poemas-ruido en los que todos los participantes recitaban al mismo tiempo sus poemas sobre el escenario. Hicieron suya también la técnica del *collage* inventada por los cubistas Pablo Picasso y Georges Braque. ya sólo les faltaba un nombre igualmente sonoro: ¡DADÁ!

Los dadaístas destruyeron la estructura formal de cuadros y poemas en señal de rechazo de la guerra, del poder político reinante y del sistema social de clases[...]

Richard Huelsenbeck presentó el primer manifiesto del movimiento en Berlín, en su ponencia “*El dadaísmo en la vida y el arte*” señalaba el texto: “El dadaísmo es el primer estilo que no sirve de reflejo estético de la vida, por cuanto descuartiza todos los clichés de la ética, la cultura y la espiritualidad, que no son sino el disfraz de la debilidad” [...]

Como ejemplos de métodos de expresión, mencionó los poemas-ruido, el uso de nuevos materiales en la pintura, es decir el *collage* y el fotomontaje en la composición artística. El manifiesto concluía con una constatación muy propia del dadaísmo: “Estar en contra de este manifiesto significa ser dadaísta”.⁴²

⁴¹ Arte España, «Dadaísmo», septiembre de 2005, párr. 1-2, <http://www.arteespana.com/dadaismo.htm>.

⁴² Dietmar Elger, *Dadaismo*, ed. Uta Grosenick (Köln: Taschen, 2009), 6-7-8-10-11-13-15-16-18-24-25-27.

El punk

“Una característica a destacar en el tema del Punk es su cuestión de actitud de desafío a las normas establecidas en lo social, político y en el campo de lo estético de lo considerado arte en un determinado momento histórico”.⁴³ En suma, rechazo a lo que implica el consumismo y lo establecido. No es una cuestión pasajera de rebeldía juvenil sinsentido sino “la opción de visibilizar una expresión de aquellos que no tienen voz dentro de un canon cultural establecido”.⁴⁴

No future: [...]Desprecian todo lo proveniente del mundo burgués, viven de sus obras de cheques de desocupados. No reciclan ropa de otras épocas, destrozan la actual y las sostienen con alfileres o cadenas, o resignifican ítem tabúes como el corraje porno. La sociedad no ha previsto un lugar para ellos (“Por eso nos deja tomar casas abandonadas”). No quieren ningún trabajo que les coma la cabeza ni terminar funcionales como sus padres. Prefieren divertirse antes de morir en vida. No leen: recortan letras y las pegan como mensajes de secuestradores. Hacen fanzines. No sueñan: tratan de ser.⁴⁵

En el aspecto musical el punk es un referente y actitud hacia la vida, existen varias agrupaciones que se han convertido en grupos de culto destacan The Clash, Ramones, Sex Pistols. En Iberoamérica y en Ecuador de igual forma, grupos musicales como Los Saicos (Perú); Fiskales Ad-Hok, Los Prisioneros (Chile); Nadie, I.R.A., La Pestilencia (Colombia); Ratos de Porão (Brasil); Descontrolados, Enemigo Público, Mortal Decisión, Tanque, Kaos, Antipatikos, Mamá Vudú, Notoken (Ecuador); La Polla Records, Eskorbuto (País Vasco); Ilegales (España).

La forma como el sistema neutraliza el punk y termina con su movimiento justamente es por medio del reconocimiento, es la manera como el sistema descubre neutralizar el punk, de igual manera la prensa, los productores juegan un papel muy importante además marcan una tendencia en su vestimenta, marcan una moda logrando que lo desagradable se ponga de moda. Lo que nos ocupa con el tema de investigación y vincula con la corriente punk antiguamente y en la coyuntura actual es su “pensamiento

⁴³ Diego Morales-Oñate, “Música, bien común del conocimiento: entre rito-lenguaje y apropiación del capital”, *Conpedi Law Review* 4, n° 2 (28 de noviembre de 2018): 116, doi:10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i2.4630.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Kreimer y Vega, *Contracultura para principiantes*, 183.

libre”, asentados en dos de sus principales posturas, 1) “hazlo tú mismo”, “hazlo a tu manera”, (en inglés “*Do It Yourself*” —DIY—; y, 2) Pensar por ti mismo.⁴⁶

“Hay pilares en su manifestación que son dignos de resaltar como la libertad, la igualdad y solidaridad llegando a concretar acciones en ayuda social no solamente con sus afines sino en general, para poder vivir mejor”.⁴⁷

El cyberpunk

Es un movimiento contracultural de los 80’ en la línea de lo que plantea Bruce Sterling quien conjuntamente con William Gibson son considerados los pilares y fundadores del movimiento ciberpunk. “Sterling sostenía que, antes de transformarse en una etiqueta y en una receta, el cyberpunk había sido, ante todo, un esfuerzo generoso, abierto y anárquico que buscaba conmover las bases del establishment literario de la ciencia-ficción anglosajona, que compartía, en ese sentido, la ética de las bandas punk de garaje de los ’70”.⁴⁸

Sin embargo, se diferencia por cuanto emplea centradamente tecnologías emergentes y las computadoras son parte de su adicción. El movimiento es sensible “Con la mercantilización del conocimiento y la relevancia que adquiere el mismo en una sociedad informatizada, la posesión de la información se transforma en moneda de cambio y detentación de poder”.⁴⁹

Una de las preocupaciones y abordajes que realiza el cyberpunk es la evaporación de los Estados naciones y su sustitución en la concentración del poder, por las empresas multinacionales.

la mercantilización del saber no podrá dejar intacto el privilegio que los Estados-naciones modernos detentaban y detentan aun en lo que concierne a la producción y difusión de conocimiento. La idea de que éstos parten de ese “cerebro” o de esa “mente” de la sociedad que es el estado se volverá más y más caduca a medida que se vaya reforzando el principio inverso según el cual la sociedad no existe y no progresa más que si los mensajes que circulan son ricos en informaciones y fáciles de decodificar. El Estado empezará a aparecer como un factor de opacidad y de “ruido” para una ideología de la “transparencia” comunicacional, la cual va a la par con la comercialización de los saberes [...] Ya en decenios precedentes, las primeras [las exigencias económicas] han podido poner en peligro a las segundas [las exigencias estatales] gracias a formas nuevas de circulación de capitales, a las que se ha dado el nombre genérico de empresas multinacionales. Estas formas implican que las decisiones relativas a la inversión

7. ⁴⁶ Morales Oñate, “Cultura libre y propiedad intelectual desde una perspectiva Latinoamericana”,

⁴⁷ Morales-Oñate, “Música, bien común del conocimiento”, 118.

⁴⁸ Horacio Moreno, *Cyberpunk: más allá de Matrix* (Barcelona: Círculo Latino, 2003), 8.

⁴⁹ *Ibid.*, 16.

escapan, al menos en parte, al control de los Estados-naciones. Con la tecnología informacional y telemática, esta cuestión amenaza en convertirse en más espinosa aún.⁵⁰

Existe una conexión entre el movimiento punk y el cyberpunk; son movimientos que comparten la actitud de utilizar la tecnología en contra de sí misma y las condiciones de alineación que provoca, de dejar al descubierto la amenaza que supone el control por parte de la tecnología o de sus derivados más comunes. Comparten muchas de las técnicas utilizadas, como son las del *collage* y las del *cut-up*,⁵¹ los unos en los fanzines y los otros en las líneas de código.

Movimientos sociales, el movimiento de los cercamientos, la cultura libre, el copyleft y el open access

Existen movimientos y acontecimientos que han motivado el diálogo, debate de los comunes, la cultura libre, cercamientos, democracia y sociedad de la información. A continuación, detallaré los principales relacionados con el tema.

Movimientos sociales

De manera específica hay hechos históricos que marcaron precedentes y siguen siendo un referente para el movimiento, los mismos que deben ser mencionados por su significado y significancia para los movimientos sociales, así como, por cuestiones de temporalidad.

El movimiento zapatista expresado en el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) surge el 01 de enero de 1994, es una organización mexicana de carácter político libertaria cuyo objetivo es lograr un nuevo mundo, en sus inicios fue militar y ahora política, actualmente es muy probable que dispute elecciones en México.

El surgimiento visible del movimiento altermundista o antiglobalización, se destaca en las manifestaciones contra la cumbre de la OMC en Seattle fueron las manifestaciones sucedidas entre el 29 de noviembre y el 3 de diciembre de 1999 donde miles de personas comunes, sindicalistas, ecologistas, profesionales, anarquistas, se movilizaron en las calles de Seattle contra la Organización Mundial de Comercio

⁵⁰ Jean-François Lyotard, *La condición postmoderna: informe sobre el saber*, trad. Mariano Antolín Rato, 4. ed, Colección Teorema Serie mayor (Madrid: Ed. Cátedra, 1987), 7.

⁵¹ Kreimer y Vega, *Contracultura para principiantes*, 45. “busca un hilo narrativo para sus textos. Así empieza a recortarlos e intercalar los fragmentos que van apareciendo con recortes de diarios y revistas. No tijeretea sólo entre lienas: hace cortes verticales y pega pedazos de papel de diversas procedencias sobre las páginas de álbumes. Incluye además fotos recortadas que él mismo toma. Esa yuxtaposición de imágenes y palabras adquiere un lenguaje parecido al de sus sueños (o sueña con ese tipo de asociaciones)”.

(OMC) hasta hacer fracasar la llamada Ronda del Milenio, cabe anotar que las acciones manifiestas se produjeron al margen de cualquier partido político.

Justamente, si Seattle representó la resistencia, Porto Alegre diagnóstica y esboza una propuesta. Un acontecimiento importante es el Foro Social Mundial, realizado en Porto Alegre-Brasil del 25 al 30 de enero de 2001, logra conseguir un debate amplio, plural y profundo acerca de la situación actual del mundo y del modelo capitalista contemporáneo denominado globalización. La actividad se volvió en una coalición entre intelectuales críticos de izquierda y los movimientos sociales alternativos; alianza que está originando varias preocupaciones al sistema, pero también fuertes críticas respecto al contenido y actuar de personajes asistentes al Foro involucrados en actos de corrupción, desde el discurso de izquierda. “El diagnóstico efectuado en Porto Alegre subraya la matriz imperialista del proceso de globalización y su contenido subalternizador en lo cultural, lo económico y lo político, así como su carácter profundamente depredador, que está agravando la crisis ecológica-social del planeta”.⁵² La pregunta principal del Foro Social Mundial aún está abierta ¿realmente es posible otro mundo?; cada quien tendrá su respuesta, pero es un hecho que para muchas personas el Foro Social Mundial es un referente, sin duda su lema logra colar: ¡Otro mundo es posible!

Existen críticas de ciertos sectores sociales, principalmente liberales y del sector privado empresarial, respecto del evento de Porto Alegre, por cuanto su curaduría y contenido central, dio cabida únicamente para propuestas de izquierda, socialistas y afines, dejando de lado actores del mercado que pueden aportar en lógicas de progreso no necesariamente devoradoras del sistema económico, sino en la línea de superar asimetrías y potencializar modelos económicos que logren alternar varias formas de pensamiento.

La Primavera Árabe, comenzó con la llamada revolución tunecina, el gran movimiento popular que agitó al mundo árabe desde sus primarias revueltas iniciadas en Túnez el 17 de diciembre de 2010, estuvo precedido de varias exigencias de derechos sociales acumuladas desde años 70 y 80, que fueron incitadas por los programas de ajuste estructural, en el 2010 se reanudó a causar un despunte histórico de los precios mundiales de los productos alimenticios, éste fue el detonante de manifestaciones

⁵² Manuel Monereo, Miquel Riera, y Foro Social Mundial, eds., *Porto Alegre: otro mundo es posible* (España: El Viejo Topo, 2001), 8.

populares y a su vez una gran revolución con impacto internacional. En particular, este movimiento y revolución nos convoca en vista del papel protagónico que tuvo internet, las redes sociales y las telecomunicaciones en general, es un fenómeno actualmente discutido, como el uso de herramientas digitales marcan un hito en el *mediactivismo* de forma global.

Explosiones sociales globales, Ecuador, Chile, Bolivia, Panamá, Colombia, Haití, Hong Kong, por citar países que han marcado el año 2019, lo que autores han denominado como explosiones sociales globales, marcan varios elementos para analizar y debatir, sobre momentos instituyentes y constituyentes, respecto a cambios de paradigmas e institucionales desde la raíz, hechos que cuestionan el Estado, la democracia, el sector privado mercantilista y al sistema en general. Los fenómenos señalados escapan la presente investigación, sin embargo, responden a efervescencia de movimientos sociales, que buscan nuevas alternativas en donde lo común podría tener acogida y marcar una posible hoja de ruta fuera de la lógica binaria público o privado.

El profesor Manuel Castells analizó la crisis que está experimentando la democracia liberal en el seminario “Explosiones sociales: una visión global” que organizó el Centro de Estudios Públicos, CEP, el 6 de noviembre de 2019, quien logra un análisis amplio y con gran contenido.

Lo que está pasando en Chile no es excepcional para nada, es un fenómeno global. No se asusten en el sentido de que no están solos, si se hunden se hunden con todo el mundo, porque está todo el mundo así.

O la especie humana se mentaliza de alguna manera, no solamente con respecto al clima, sino con respecto a las instituciones, con respecto a las aspiraciones de todos los jóvenes del mundo, o nos actualizamos o desaparecemos. A corto plazo, institucionalmente, y a muy medio plazo 50 a 100 años, como especie.

Los movimientos sociales no son movimientos políticos, los movimientos políticos son políticos, buscan la transformación del Estado. Los movimientos sociales son aquellos que buscan la emergencia, la difusión, el debate de nuevas formas culturales. Los ciudadanos no tienen confianza ni en sus parlamentarios, ni en sus gobiernos, ni en sus presidentes, ni, sobre todo, en sus partidos políticos. Hay un rechazo unánime de todos los partidos, no son considerados legítimos ni viables.

Más concretamente piensan que la clase política se ha encerrado en sí misma, solo hablan entre ellos y no se preocupan de los intereses de los ciudadanos más que para vender una opción en un mercado electoral cada cuatro años.

Primera consecuencia de esa crisis de legitimidad política: 1) transformación fragmentada y caótica de los sistemas políticos; 2) emergencia de movimientos sociales -que ahí sí los llamo movimientos sociales- porque emergieron nuevos valores de todo tipo; 3) en estos momentos otra fase: explosiones sociales. Es decir, no movimientos articulados y en torno a proyectos de que intentan cambiar ciertas formas de las instituciones, sino simplemente la gente no puede más y explota. Y explota en algunos lugares con violencia limitada, en otros con violencias más extrema.

Esta violencia no son provocadores profesionales. Los hay y hay infiltrados, y hay vándalos, pero no es lo esencial. Lo esencial es cuando una fracción de un movimiento mucho más amplio, democrático, pacífico, etc., no puede más y entonces se enfrentan a la policía.

No piensen que esto va a pasar. No piensen que cierren los ojos y esto es un mal sueño y desaparece y ya está. No va a pasar, hay causas muy profundas que las tienen que encontrar ustedes, y encontrar las soluciones ustedes, ustedes la sociedad chilena. Pero no pasen de puntillas sobre esto y que no piense nadie que con cuatro medidas de algún tipo, esto ya está.⁵³

Movimiento de los cercamientos

De manera amplia y general una manifestación primigenia, que marca un hito muy importante para el movimiento del cercamiento, es el denominado primer movimiento *enclosure* o primer movimiento de cercamientos que se produjo en los campos de Europa occidental principalmente en Inglaterra entre los siglos XII, XV y lastimosamente se sigue generando hasta la actualidad de varias formas. El cercamiento se logra tras la aplicación de las “Leyes de cercamiento” (*Enclosure Acts*) que establecían el reparto, la división y en concreto el cercamiento de los campos, pradera, tierras baldías abiertas y comunes, situadas en cada circunscripción geográfica, lo que supuso un reemplazo de los derechos comunales por la propiedad privada, estos hechos generan una afectación y destrucción de los comunes rurales por los *enclosures*.

James Boyle (2003), se inspira en este acontecimiento para proponer su teoría del *segundo movimiento de cercamiento*, dado la rápida expansión de los derechos de propiedad intelectual sumado el incremento de una excesiva protección, exclusión y cercamiento del acceso, uso, estudio y transformación de los *bienes comunes intangibles de la mente o del conocimiento*. La extensión actual del dominio y el crecimiento de la mercantilización a todo tipo de cosa o bien, es lo que actualmente se podría considerar como el segundo movimiento *enclosure* de los comunes o segundo movimiento de cercamiento de los bienes comunes del conocimiento.

Este segundo movimiento de cercamiento de intentar capturarlo todo, incluso bienes y recursos que anteriormente eran impensables de apropiación; ha provocado la alerta y preocupación de varios expertos jurídicos, bibliotecarios, científicos y cualquier persona que se haya percatado sobre la mercantilización y retiro de bienes que solían ser accesibles, marcando una línea que divide quien tiene versus quien no tiene, elites

⁵³ Manuel Castells, “La crisis de la democracia liberal en el mundo”, Sociológico, *Explosiones sociales: una visión global*, (6 de noviembre de 2019), <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/la-crisis-de-la-democracia-liberal-en-el-mundo>.

versus masas, pobres versus ricos, los de arriba versus los de abajo. Se puede extender a todas las formas de resistencia anticapitalistas, a la lucha en defensa de los comunes globales y locales que abarcan desde el agua, los océanos, el aire, la tierra, los bosques, la vida, los genes, las semillas, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales, la información, internet, el ciberespacio, el conocimiento, el espacio, la órbita geoestacionaria, el espectro de emisión y los espacios públicos en general.

Movimiento de los comunes del conocimiento

En cuanto a la cultura libre, es un movimiento cultural y político que congrega principalmente a creadores, artistas, productores, innovadores, obreros intelectuales, músicos, escritores, programadores, juristas, *mediactivistas*, agricultores, inventores, científicos, comunidades locales y muchas más personas.

Como antecedentes temporales, el escenario surge en las décadas de 1970 y 1980, la historia se conecta con prácticas contraculturales, bajo la etiqueta del *anticopyright* que como su nombre lo denota sostiene una postura crítica a las legislaciones de propiedad intelectual, muy restrictivas y a favor de grandes corporaciones, adicionalmente se destaca la conexión de este movimiento con la autoedición propia de la década de 1980.

En particular el movimiento de la cultura libre y el *copyleft*, tienen actores y situaciones temporales que marcan su inicio. De la mano del software libre y la *Free Software Foundation* (FSF), cuyo mentor es Richard Stallman en 1984.

Movimiento del copyleft

El copyleft ha inspirado distintas acciones y a que se generen otras formas de licenciamiento alternativo, por ejemplo, una de las más conocidas es *Creative Commons* (CC). Simplemente lo dejo señalado por cuanto será abordado más adelante con el detenimiento y profundidad del caso.

Movimiento del open access

El *open access* y todo lo que su movimiento ha conseguido alrededor de lo abierto (*open*) se podría separarlo de dos formas, una inclinada al software *open source* y otra al *open access* principalmente en cuanto a documentos científicos y académicos.

En cuanto al segundo contenido del *open access*, sobre documentos científicos y académicos, el *Open Access* (OA) o *Acceso Abierto* (AA) es posible gracias al consentimiento del titular de los derechos patrimoniales y a las tecnologías de la información especialmente internet.

El término *open access* se fundamenta y define en tres declaraciones públicas muy influyentes: *the Budapest Open Access Initiative* (febrero de 2002), *the Bethesda Statement on Open Access Publishing* (junio de 2003), y la *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (octubre de 2003).

Implementar *OA* resulta relativamente fácil, de hecho, existen instrumentos normativos, técnicos y en parte hasta cierto punto económicos, ahora el verdadero reto es implementarlo a nivel cultural y social.

La idea básica de *OA* es simple: hacer que literatura científica esté disponible online, sin barreras económicas y sin la mayoría de las barreras de los permisos de reutilización. Incluso su implementación es lo suficientemente sencilla para haber hecho que un gran volumen de literatura revisada por pares y el número de instituciones que la facilitan haya crecido constantemente durante más de una década. La complejidad, si existe, reside en la transición desde donde nos encontramos ahora a un mundo en que el acceso abierto a la investigación sea la forma por defecto.⁵⁴

El mundo es *open source* y va hacia lo libre de forma abrumadora, sin que las personas lo sepan ya están usando software libre o al menos *open source*; por ejemplo, es muy probable que el lector de este documento use *Firefox* para navegar en internet, el mismo *Zotero* es un gestor de referencia libre, abierto y gratuito; por lo que muchas veces sin tener conciencia directa sobre ello ya somos parte del movimiento de la cultura libre, este *nuevo* modelo productivo y distributivo es un hecho.

más de un millón de entradas de conocimiento libre en la enciclopedia más grande del mundo, más de diez mil programas de software libre empaquetados y listos para su uso en casi cualquier plataforma informática (el sistema operativo GNU/Linux, con más del 70 por ciento del mercado de servidores de Internet funcionando bajo este sistema), más de dieciocho millones de páginas web con licencias Creative Commons (que permiten a la usuaria al menos el permiso de copiar y reproducir la obra libremente sin ánimo de lucro), un archivo con más de diez millones de fotografías libres, un número creciente de revistas e iniciativas viables para un conocimiento científico libre y miles de canciones *copyleft*.⁵⁵

De hecho, la banda Nine Inch Nails, Gilberto Gil entre otras han optado por el licenciamiento *Creative Commons*. Si bien parece que hay un gran avance y una disputa real por el acceso y la transformación de ciertos bienes comunes, no hay que olvidar que

⁵⁴ Peter Suber, *Acceso abierto*, trad. Remedios Melero (México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2015), 64.

⁵⁵ Jesús M. González-Barahona et al., *Copyleft: manual de uso*. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2006), 163.

el cercamiento, la apropiación y mercantilización “estaría dirigido por las grandes empresas, apoyadas por los gobiernos sometidos a la lógica del mercado. La extensión de la mercancía (*commodification*), el peso creciente de las grandes empresas (*corporatization*) y la presión de la lógica de la propiedad (*propertization*) van de la mano y no conocen ningún límite político y moral”.⁵⁶

La temática de los comunes tiene poder de atracción en la misma medida en que parece capaz de establecer un vínculo entre las luchas contra los aspectos más nocivos del neoliberalismo (mercantilización, privatización, calentamiento climático, etc.) y las luchas por una nueva organización social fundada en nuevos principios de solidaridad, de intercambio, de respeto del entorno y de la biodiversidad[...] Como lo formuló claramente Óscar Olivera, uno de los líderes bolivianos de la “guerra del agua”: “El meollo de las cuestiones planteadas por la privatización del agua en Cochabamba era saber quién decidiría sobre el presente y el futuro de la población, sobre nuestros recursos y las condiciones en las que vivimos y trabajamos. Queremos decidir estas cuestiones por y para nosotros mismos”.⁵⁷

El movimiento *open* permitirá construir nuevas dinámicas y prácticas sociales de puesta en común, logrando repensar la acción política, cultural, social, y ecológica, lo cual posibilitará replantear el sistema y la institucionalidad.

Concepción de la cultura libre

Entender, comprender y aplicar la cultura libre y los comunes parten de tres enunciados y prácticas, el *Do It Yourself —DIY—*; *Do It Together —DIT—* y, *DO It With Others —DIWO—*.⁵⁸ Bajo esta filosofía de vida se puede realizar desde ropa hasta computadores personales de manera autónoma tanto de manera individual y potencializado por el trabajo colectivo.

Formas de manifestación de los comunes desde el mundo andino

Este tema por sí solo podría ser un estudio pormenorizado el abordar los comunes andinos, sin embargo, simplemente dejaré enunciado los aspectos de manera amplia y descriptiva. La cosmovisión andina, la armonía con naturaleza, reciprocidad, solidaridad, equilibrio, la cultura del *ayllu*. En el mundo andino el intercambio de favores o dones es fundamental sin eso no existe su esencial social, la reciprocidad y lo que las runas quechuas denominan como *randi randi*: dar y recibir.

⁵⁶ Christian Laval y Pierre Dardot, *Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI* (Barcelona: Editorial Gedisa, 2015), 115.

⁵⁷ *Ibid.*, 123.

⁵⁸ Ver: Morales Oñate, “Cultura libre y propiedad intelectual desde una perspectiva Latinoamericana”, 19–23.

Mantener el dar para recibir es el eje del comportamiento indígena y esto se expresa no solo en lo social sino, principalmente en los diferentes trabajos comunitarios, entrelazados a través de las diferentes actividades de intercambio. Yo presto mis manos al vecino, por ejemplo para desyerbar su cultivo, porque él me presta las suyas cuando yo las necesito.⁵⁹

Lo indígena no es un mundo de expectativas sino de vivencias y con esta dinámica los *ayllus* viven en un ámbito de convivencia e interacción, tanto entre los seres humanos que los forman, como con los demás seres animados e inanimados y los espíritus que habitan en *la Pachamama*.

Esta visión se opone a la concepción mestiza de un mundo individual y egoísta, en donde las relaciones económicas y la búsqueda del desarrollo se basan en el crecimiento y la competencia —perfecta o imperfecta— entre productores y consumidores.

En el mundo de los Andes hay menos espacio para el guardar y más para el dar. Bajo una óptica individualista es necesario ahorrar para el futuro, en una sociedad solidaria es más importante tener ahora y compartirlo.⁶⁰

Ejemplificativas y con cierta vigencia siguen siendo las mingas y otras formas de trabajo colaborativo. La *minga* o *minka* pueden ser empleadas en diversas actividades agrícola, construcciones y en las fiestas.⁶¹ De igual forma en la cosmovisión indígena existen más formas de expresión de la cultura solidaria.⁶²

⁵⁹ Luz María De la Torre y Carlos Sandoval Peralta, *La reciprocidad en el mundo andino: el caso del pueblo de Otavalo. Runapura makipurarinamanta, otavalokunapak kawsaymanta* (Quito, Ecuador: Abya Yala : ILDIS-FES, 2004), 23.

⁶⁰ Ibid., 26.

⁶¹ Sobre las Mingas: “La Minga es la principal institución de reciprocidad indígena y se constituye como una de las bases fundamentales de la organización social andina. Consiste en el aporte de trabajo mancomunado y solidario de todos los miembros de un grupo social, con el fin de ejecutar una obra de interés común. La minga perdura en muchas comunidades como un ritual y ceremonial de convocatoria y cohesión de los pueblos, su participación masiva y colectiva permite mantener los intereses de la comunidad en medio de una expresión plena de solidaridad y de redistribución interna y auto centrada de bienes y servicios. Es importante destacar que en toda esta institución es aporte de trabajo, ya sea familiar o comunitario, nunca entra en juego el dinero. Por el contrario, es una ocasión para poner a disposición del conjunto de la sociedad las distintas capacidades y productos disponibles por cada una de las familias, como elementos de redistribución y solidaridad. De hecho la Minga no es solamente una actividad, es una institución social que aglutina lo organizativo, lo cultural, lo religioso y lo político de un pueblo. De la Minga se desencadenan las múltiples variantes y formas de intercambio, redistribución y reciprocidad que en los momentos actuales se hallan vivas al interior de las comunidades”. Ibid., 29, 31.

⁶² “La Maquipurarina.- significa conjugar las manos para hacer un trabajo que beneficie a varios, uniéndose entre los mismos o iguales, los miembros de una comunidad se pueden ayudar en instancias más reducidas que las de la minga. La Maquimañachina.- significa prestarse las manos y equivale a apoyos pequeños y rápidos que la familia, los amigos o los compadres lo requieran. El Ranti-Ranti.- es una forma de intercambio que no sólo afecta a un producto en específico, sino se produce una cadena interminable de transferencias. Si recibo algo demuestro mi gratitud con una señal de reciprocidad, dando y recibiendo, cogiendo y devolviendo. La Uniguilla.- es otra forma de intercambio pero entre productos de una y otra zona, ayudando a tener todo el año diversidad de productos. La uyanza.- Es una especie de donación que se da a los familiares, amigos, compadres o personas que necesitan apoyo para poder desarrollar su vida, debe ser entendido como un incentivo no como una dádiva o paternalismo. La Chukchina o Chalana.- se practica sobre los residuos de las cosechas, con esto se evita desperdiciar, además que el proceso de cultivo es valorado por su trabajo y sacrificio. La P’aina.- Es una forma de colaboración realizada de forma específica repentina y rápida. La Wakcha Karana.- significa repartir el

Desde el ámbito del derecho una de las consignas más importantes para los pueblos y comunidades es haber conseguido una afirmación de derechos en el ámbito constitucional en el cual se reconoce la interculturalidad, aspecto que considero podría ser el punto de partida fundamental para abordar los comunes andinos, es decir asumir la interculturalidad como el común andino por antonomasia.

alimento ceremonial, regularmente este ritual se lo realiza en el cementerio al rezar por el alma bendita del difunto y comparten alimentos y recuerdan a la persona fallecida, regularmente esto ocurre los días lunes o jueves”. Ver De la Torre y Sandoval Peralta, *La reciprocidad en el mundo andino*.

Capítulo segundo

Exposición del régimen jurídico de los bienes

1. Bienes comunes

Para hablar de bienes comunes la primera aproximación conceptual que se plantea es abordar el bien, cosa y por ende tratar el régimen de propiedad, para ello juristas tienden a debatir innecesariamente sobre la diferencia entre bien o cosa, para lo cual se presume un debate superado sobre la similitud que existe entre ambos términos en cuanto al ámbito legal, se propone que el término *bien* se identifica al término *cosa*.⁶³

En una perspectiva jurídica bien o cosa se conciben para satisfacer y garantizar derechos en la línea de interpretación de Núñez “como cosas tendientes a satisfacer y garantizar derechos y no en el sentido económico, que domina en el derecho civil patrimonial, y que ve en los bienes parte del activo del titular, valorados exclusivamente por su utilidad y apropiabilidad”.⁶⁴ Adicionalmente, por cuanto la “tradicción de la teoría general del derecho que reserva la palabra bien para referir al perfil objetivo de cualquier interés protegido”.⁶⁵

Central en este punto el planteamiento del profesor Rodotà que se basa en los bienes comunes por su naturaleza y el interés que debe satisfacer alejándose del ámbito mercantil. “Los bienes comunes tienden a ser -por su naturaleza y por el interés que

⁶³ Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes* (Quito: Iuris Dictio: Colegio de Jurisprudencia: Universidad San Francisco de Quito, 2015), 40. “Los conceptos de cosa y bien en el código civil ecuatoriano, la mayor parte de las formulaciones expuestas tienen bastante sentido y algún interés teórico, pero en realidad muy poco de todo el esfuerzo doctrinario desplegado en torno a estas materias tiene interés para el derecho civil ecuatoriano, porque el código civil nacional, con un criterio más bien pragmático, no se ha ocupado de los conceptos de cosa y bien, ni ha señalado líneas verificables de diferenciación entre ellos. Algunos autores estiman que esta omisión deja abierta la discusión conceptual, extremo que no comparto porque, al contrario, lo que se advierte con mucha claridad en su articulado y que también destaca Larrea Holguín, es una notoria indiferencia en la utilización de ambas expresiones para referirse a los objetos del derecho, cuestión que habla de una identificación cosa-bien, que no deja de provocar desconcierto en quienes buscan en su texto un fundamento para construir distinciones que finalmente resultan harto inútiles”. De igual manera revisar páginas 35 a 40.

⁶⁴ Rodrigo Miguel Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, *Revista chilena de derecho* 41, n° 1 (abril de 2014): 8, doi:10.4067/S0718-34372014000100002.

⁶⁵ Ibid.

deben satisfacer- bienes que no se remontan a la lógica mercantil, a la pura lógica económica”.⁶⁶

Sin embargo, ya sea abordado como bien o cosa, ambos conceptos se orientan de forma directa al régimen de la propiedad, desde esa perspectiva cabe realizar un análisis pormenorizado de esta institución del derecho, que principalmente nos remite al derecho civil, origen mismo del derecho en cuanto a su génesis y antecedente histórico de formación, como regulador de relaciones privadas entre los habitantes de un mismo Estado, referente en lo civil, principalmente relacionado a la organización familiar y de la propiedad.

Debemos “recurrir a los orígenes romanos para establecer el concepto del derecho civil. Ante todo, el *ius civile* es el conjunto de normas que regulan las relaciones de los ciudadanos (*cives*) romanos, esto es, de los que forman parte de la ciudad con plenitud de derechos”.⁶⁷

En los orígenes del derecho civil, el derecho de ciudad correspondía exclusivamente a los patricios, los fundadores de la ciudad y a sus descendientes, garantizando privilegiadamente a los próceres, en una fase expandida de manera democrática se extiende el derecho civil a todos los ciudadanos u hombres libres que pertenecen a la ciudad o “nación romana”. Las dinámicas propias de la ciudad basadas en el contacto con otros pueblos por vías pacíficas por medio del comercio o por vías violentas por medio de guerras, sirvió para afirmar el derecho civil, como derecho del ciudadano romano; surgiendo una regulación a los extranjeros, para quienes sirven los Edictos del Pretor Peregrini, el tribunal de los *recuperatores*, la institución del *patronato*, el *hospitium*, etc.

En ese sentido el derecho civil contaba con un sentido amplísimo, excediendo el ámbito privado y llegando a regular relaciones de orden público, por ejemplo, el *ius honorum*, o derecho a ocupar las magistraturas. Sin embargo, hay que anotar que el contenido principal de esta rama jurídica son principalmente las normas del *ius commercii* y del *ius connubii*, es decir las relacionadas al comercio de bienes y a la

⁶⁶ “E i beni comuni sono tendenzialmente —per loro natura e per l’interesse che devono soddisfare— beni che non possono essere ricondotti alla logica mercantile, alla pura logica economica”. Stefano Rodotà, “Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria”, *Questione Giustizia*, 2011, 240, doi:10.3280/QG2011-005017.

⁶⁷ Juan Larrea Holguín, *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*, Enciclopedia jurídica ecuatoriana: voces de Derecho Civil; Edición Universitaria / Juan Larrea Holguín (Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2010), 185.

familia. En síntesis, se podría afirmar que en su génesis “el derecho civil regula las relaciones privadas entre los ciudadanos de un mismo Estado, referentes principalmente a la organización familiar y a la organización de la propiedad”.⁶⁸

Tanto en Roma y lo reafirma Gayo, el derecho civil se clasificaba en tres ejes a) personas, b) cosas, c) acciones; las acciones o *actio* es lo que conocemos hoy como derecho adjetivo o procesal, actualmente es una rama independiente del derecho; en el antiguo derecho Romano era fundamental y prevalecía el ámbito adjetivo, actualmente es de trascendental importancia el aspecto sustantivo del derecho civil, nos interesa y prevalece conocer “cuáles” derechos se protegen (sustantivo) antes que “cómo” en que forma, acciones, procedimientos se protegen los derechos. Larrea Holguín intenta definir el derecho civil como “aquella rama del derecho privado interno que regula los requisitos generales de las relaciones jurídicas entre particulares, y el régimen de la familia y la propiedad”.⁶⁹ Señala que goza de tres características fundamentales, es común, supletorio, y; nacional.

El mismo autor realiza una crítica y señala que en el desarrollo de los Estados modernos el fenómeno del crecimiento y el incremento de los límites del poder público, ha puesto en peligro al derecho privado correspondiente al derecho civil.

El código civil ecuatoriano equipara al dominio y a la propiedad como sinónimos y en su artículo 599 señala:⁷⁰ “El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.

El dominio es, de todos los derechos reales, el que da a la persona el poder más amplio que pueda tener sobre una cosa. Es el derecho fundamental, la piedra angular de todo el

⁶⁸ Ibid., 186.

⁶⁹ Ibid., 187.

⁷⁰ Juan Larrea Holguín, *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*, Enciclopedia jurídica ecuatoriana, voces de derecho civil; edición universitaria / Juan Larrea Holguín ; Libro 2 (Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2010), 223. “Nuestro derecho civil usa las palabras dominio y propiedad como perfectamente sinónimas.

En la misma definición se dice que el dominio o propiedad es un derecho real, etc. En cambio, la doctrina generalmente distingue entre dominio y propiedad, a pesar de la similitud de ambos conceptos. Así por ejemplo, Puig Brutau, dice: “Una cuestión de terminología ha de ser resuelta antes de entrar en el estudio de derecho de propiedad”. Según la opinión que consideramos más fundada, el término propiedad tiene un sentido más amplio que la palabra dominio. El primero indica toda relación de pertenencia o titularidad, y así resulta posible hablar, p. ej. de propiedad intelectual e industrial; en cambio, el dominio, hace referencia a la titularidad sobre un dominio corporal. Esta observación es válida en nuestro sistema jurídico y en el uso habitual de las palabras, ya que no decimos dominio intelectual, dominio artístico sino propiedad intelectual, artístico, industrial, etc. En cambio, respecto de la propiedad de las demás cosas tienen el sentido general de la palabra, se usa como sinónimo de dominio”.

desarrollo jurídico de este mundo, que nos sirve de medio para la satisfacción de las exigencias humanas.⁷¹

Sin embargo, es necesario dejar anotado un aspecto fundamental del derecho de propiedad, la función social, misma que ha sido parte de varios textos constitucionales y civiles, traducida en una redistribución del ingreso, que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el progreso, en resumen, una elevación y redistribución del ingreso. La función social constituye un límite y excepción al carácter absoluto de la propiedad, la cual se ha visto robustecida en los últimos tiempos, otorgando al Estado y otras entidades públicas facultadas para tener una mayor injerencia en la regulación y en la limitación de la propiedad individual.⁷²

Entra en análisis lo exclusivo y lo social, por un lado, la máxima plantea que al reconocer a una persona como dueña de una cosa, inmediatamente genera un efecto de exclusión respecto de las demás sobre el derecho de propiedad respecto de tales cosas, sin embargo, esta peculiaridad de exclusividad y exclusión se ve atenuada en el derecho actual en cumplir una función socializadora que deviene en la discusión de nuevas formas de propiedad colectivas, comunitarias, en comunidades, comunes, por ejemplo.

En el derecho romano por *res communes ómnium*⁷³ se entendían aquellas cosas no pertenecientes a particulares ni a una colectividad política, sino que dejadas al goce de todos los hombres. Se acostumbra a adscribir la formulación de la categoría a Elio Marciano, jurista del siglo III d. C. quien las incluyó en el libro tercero de sus Instituciones (D.1.8.2.1).

No obstante, se ha sostenido que ella sería una categoría aún más antigua y que la doctrina romana moderna no pudo sistematizarla ya que aparecía confundida con la expresión *res nullius*. Sobre el punto, es iluminante una observación de Bonfante quien enseña que Gayo entendió las *res nullius* “como de ninguno en particular porque pertenecían a todos”.

⁷¹ Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil: De los Bienes*, Cuarta (Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1982), 107.

⁷² Larrea Holguín, *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*, 224. “Según Duguit la propiedad considerada como función tendría estas características: 1) El propietario tiene el deber, y por lo tanto la facultad de emplear los bienes que detenta en la satisfacción de necesidades individuales, y particularmente de las suyas propias, de emplear las cosas en el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral. 2) El propietario tiene el deber y, por tanto la facultad de emplear sus bienes en la satisfacción de las necesidades comunes, necesidades de una colectividad toda entera, o de las colectividades secundarias”.

⁷³ Juan David Terrazas Ponce, “El concepto de ‘res publicae’, I: la noción de ‘res’ en el lenguaje de los juristas romanos.”, 32, 2010, 138, 140. “es decir aquellas cosas cuyo uso es común. Caracterizadas por el hecho de que no son susceptibles de relaciones patrimoniales privadas”.

Marciano[...] iniciaba el tratamiento de las cosas elaborando una distinción que no correspondía a la *summa rerum divisio* de Gayo.⁷⁴ Su clasificación añadía las *res communes omnium*, mencionando dentro de ellas —aunque no se sabe si a título taxativo o demostrativo— el aire, las aguas corrientes, el mar y el litoral de este.

Tales cosas, se dijo, eran por derecho natural destinadas al uso común de los hombres y su extrapatrimonialidad derivaba del hecho de ser comunes a todos. El concepto de *res communes*⁷⁵ fue luego acogido como elemento basilar en las Instituciones de Justiniano (Inst. 2.1.1) donde aparece diferenciado de las *res publicae populi romani*,⁷⁶ de las *res universitatis*⁷⁷ y de las *res nullius*.^{78 79}

Los bienes comunes desde Roma y como lo explica Núñez realizaron una marcada distinción entre bienes comunes, bienes públicos y bienes de nadie.

Puede afirmarse que los bienes comunes existieron en Roma para garantizar a los ciudadanos, en modo directo, el acceso y uso de ciertos recursos básicos, los cuales no podían ser sustraídos por el Estado para fines de la colectividad. Por consiguiente, se trató de cosas que la comunidad de los hombres usaba y gozaba fuera de la esfera de acción del Estado, en modo abierto e ilimitado, diferenciándose de la categoría de las *res publicae*. Las *res communes* fueron además categoría diversa de las *res nullius*, puesto que cada uno usaba la cosa como propia y la utilidad que se extraía de tal uso era considerada individual, transformándose en un real derecho subjetivo, protegido por el

⁷⁴ Ibid., 136. “La *summa rerum divisio* para Gayo, es aquella que distingue entre *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosas* y *res sanctae*, respecto de ellas no hay pertenencia alguna) y *res humani iuris* (*res privatae* y *res publicae*, dependiendo a quien pertenezcan)”.

⁷⁵ Ibid., 138. “aquellas que ‘*naturali iure*’, esto es por constitución física, no son susceptibles de propiedad, pero todos pueden usarlas”. Tanto las *res communes omnium* y la *res commune*, podrían ser entendidas como sinónimos, tal cual lo señala Terrazas Ponce: “las *res communes*, aludiendo que esta expresión puede ser utilizada en muchos sentidos, pero que aquel que interesa, es el de “*res communes omnium*”, es decir aquellas cosas cuyo uso es común”.

⁷⁶ Cosa pública del pueblo romano; o cosa pública del Estado romano. “El Estado romano, a diferencia de los Estados modernos, no disponía de un solo nombre. Algunas formas empleadas para referirse a la República romana que eran utilizadas son *rēs pūblica populī rōmānī*, *Rōma* y *Senātus Populusque Rōmānus*. *Rēs pūblica*, concepto latino utilizado tanto en la época republicana como en la imperial, cuyo significado literal es ‘cosa pública’, es el origen de la palabra «república» y, conceptualmente, de la inglesa *commonwealth*, cuyo uso se vincula generalmente con los conceptos actuales de sector público y Estado, y con los conceptos tradicionales de bien común y procomún”. Ernesto Ballesteros Arranz, 9. *La república romana*, Historia universal del arte y la cultura (Madrid: Hiares Multimedia, 2015), https://wiki2.org/es/Rep%C3%BAblica_romana#cite_note-nombres-3.

⁷⁷ “Cosas pertenecientes a las varias ciudades, diversas de la capital y que según un uso impropio, pero radicado, son también llamadas públicas”. Pasquale Voci, *Manuale di diritto romano. Parte generale*, vol. Vol. II (Milano: Giuffrè, 1998), 308.

⁷⁸ “Cosa de nadie, utilizada para designar las cosas que no han pertenecido a persona alguna, o sea, lo que no ha sido propiedad de ninguna persona. No hay que confundir a las *res nullius* con las *res derelictae*. Mientras las primeras no han sido jamás objeto de propiedad, las segundas han tenido dueño, pero éste las ha abandonado”. Temas de Derecho, “La ciencia del derecho”, *Temas de Derecho*, accedido 16 de junio de 2022, <http://lacienciadelderecho.wordpress.com>.

“Las *res derelictae*, es una expresión latina usada para referirse las cosas abandonadas al primer ocupante, esto es, aquellas que han sido dejadas por su propietario quien, desprendiéndose de ellas ha renunciado además al dominio, de manera tal que cualquier otra persona puede adquirirlas por ocupación”. Unionpedia, “Propiedad, the Glossary”, *Unionpedia comunicación*, accedido 16 de junio de 2022, <https://es.unionpedia.org/i/Propiedad>.

⁷⁹ Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, abril de 2014, 13.

Estado como tal. Lo anterior no significaba conferir un derecho de apropiación exclusiva en términos de valor de cambio, se trató más bien de una garantía conferida a cada ciudadano en términos de uso, reflejo de la facultad presente en toda sociedad de disponer al propio fin de la cosa común —e incluso de apropiársela en cantidad inocua—, limitada solo por el uso igualitario y concurrente de los demás componentes del grupo. De esta forma, reconociéndose que determinadas cosas eran comunes a todos, el Estado no pudo tener sobre ellas derecho de plena y absoluta disponibilidad.⁸⁰

El *Code domanial* (decreto de 22 de noviembre - 1 de diciembre de 1790) introduce el moderno concepto de dominio público, y luego el *Code Civil* lo reitera casi sin modificaciones, lo cual terminaría por cancelar la noción de las *res communes omnium* al establecer la minimalista fórmula: “todas las partes del territorio francés que no sean susceptibles de una propiedad privada, se considerarán como dependencias del dominio público” (art. 538). “No se crea, con todo, en una dualidad público/privado extrema, pues el Code Civil reservó un breve artículo para una tercera categoría de bienes: los biens communaux, esto es, aquellos sobre cuya propiedad o producto los habitantes de uno o varios municipios tengan derechos adquiridos (art. 542)”.

Esto permite pensar en bienes comunes de variada naturaleza que no forman parte de la propiedad individual de las personas naturales, jurídicas públicas o privadas, “sino de la propiedad colectiva de una comunidad o vecindad de habitantes, o bien, de cosas que son objeto de situaciones dominicales imperfectas, meros usos, o derechos reales imputables a las mismas comunidades”.⁸¹

Hay una época de la historia de la humanidad que tiene especial consideración en cuanto a los bienes comunes; la época medieval, frente al antropocentrismo del derecho romano que coloca al sujeto por encima de la cosa; el derecho medieval impuso como elemento central a la cosa; en el ideario teológico, político y jurídico de esta época, la comunidad marca un referente organizativo central de la sociedad que no cree en el individualismo y se organiza en base a lo plural y lo colectivo en todas sus expresiones. En el derecho romano, el esquema de la propiedad era unitario, potestativo y absolutista; la relación persona-bien era pensada en términos de poder sobre las cosas; la apropiación del bien era vista como una manifestación de expresión de libertad del sujeto; a diferencia del derecho medieval, el esquema de la propiedad es plural, facultativo, democrático; la relación persona-bien era pensada en colectivo con

⁸⁰ Ibid., 13, 14.

⁸¹ Ibid., 21.

relaciones de poder y ejercicios de libertad en dimensiones que beneficien a la comunidad.

“La categoría de los bienes comunes fue esencial para la existencia humana y su desarrollo”.⁸² Nuñez cita cuatro ejemplos los bosques proveían: leña, hiervas medicinales, los ríos y torrentes: ofrecían agua, peces y posibilidad de transporte; la ciudad: a su interior protección y finalmente las plazas: la posibilidad de intercambio de productos,⁸³ en ese sentido igualmente caben trabajos colectivos voluntarios en apoyo a la construcción por ejemplo de un templo. La propia dinámica en el campo está marcada por una constante cooperación tanto en la cotidianidad y en aspectos más formales o rituales que dan surgimiento a un derecho instintivo.

El sistema anglosajón recoge de muy buena forma la dimensión colectiva y relacional del medievo.

Charter of the Forest, la cual, datada 1217, fue publicada con la primera en 1225 y luego, junto a esta, confirmada en 1297 como *the common law of the land* mediante la *Confirmation of the Charters* del rey Eduardo I. Lo que la *Charter of the Forest* garantizaba en modo paralelo a la Carta Magna fue el acceso y uso a los bienes comunes a todos los súbditos que no poseyeran riqueza ni propiedad privada. La *Charter* consentía al pueblo, *the commoners*, el acceso libre a los bosques y el uso de los bienes comunes contenidos en ellos (leña, fruto, hiervas, agua, etc.), prohibiendo su uso exclusivo (incluido el soberano) para el juego y entretenimiento personal. Ahora bien, si apreciamos con cierta altura histórica este pasaje se podrá comprobar que uno de los documentos más importantes de la tradición jurídica occidental posiciona la categoría de los bienes comunes al mismo nivel constitucional que la propiedad privada.⁸⁴

Las Siete Partidas del rey Don Alfonso el Sabio marcan un aspecto muy importante, reconocen las cosas comunales, bajo la expresión pertenencia comunal.⁸⁵

De manera amplia y general una manifestación primigenia, que marca un hito muy importante para el movimiento del cercamiento, es el denominado primer movimiento *enclosure* o primer movimiento de cercamientos que se produjo en los campos de Europa occidental principalmente en Inglaterra entre los siglos XII, XV y

⁸² Ibid., 15.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid., 16.

⁸⁵ Rodrigo Míguez Nuñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, *Revista Chilena de Derecho* 41, n° 1 (2014): 16. “a) las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas del mundo (el aire y las aguas de la lluvia y el mar y su ribera); b) los ríos, puertos y caminos; c) las cosas que apartadamente son del común de cada ciudad o villa (esto es, las fuentes, las plazas, los ejidos, los montes y las dehesas y todo lugar semejante que sea establecido y otorgado para provecho comunal de cada ciudad, villa, castillo u otro lugar)”.

lastimosamente se sigue generando hasta la actualidad de varias formas. El cercamiento se logra tras la aplicación de las “Leyes de cercamiento” o *Enclosure Acts* “que establecían la división, el reparto y el cercamiento de los campos, praderas y dehesas abiertas y comunes y de las tierras baldías y comunes, situadas en cada demarcación territorial”, lo que conjeturó en una sustitución de los derechos comunales por los de propiedad privada, estos hechos generan una afectación y daño a los comunes rurales por los *enclosures*. Es el primer antecedente de cercamiento a los bienes comunes.

Cada etapa de la historia está marcada por instituciones fundamentales y características específicas, una de esas instituciones importantes, es el caso de la propiedad. De manera general podría hablarse de propiedad en la época aborígen, era antigua, clásica, medieval, moderna, y contemporánea, cada una con una gran variación de modalidades. Si bien todas las etapas tienen una gran influencia en el desarrollo de la propiedad, actualmente es necesario partir del análisis de la época contemporánea, sin que en su momento se mencionen aspectos de cada una de las etapas. Lo que marca la contemporaneidad, justamente es la distinta problemática y diversificación de los tipos de propiedad, lo cual refleja lo complejo de la sociedad misma; resultando formas y modalidades de propiedad nuevas, entre otras cabe mencionar la gentrificación y concentración poblacional en la parte urbana; derecho empresarial y la propiedad en acciones y bolsa de valores; la propiedad horizontal, propiedad intelectual, industrial, comercial, intangibles, digitales, derechos personalísimos, casos en los que los principios y formas de ejecución cuestionan y modifican la forma clásica de entender el régimen de propiedad del titular, del dominio, del uso y goce. Cuya base de análisis resulta importante entre otras, por el valor económico que han adquirido los bienes intangibles, similar y en varios casos superior a la propiedad inmobiliaria. Asimismo, el auge del debate de la titularidad y gestión de los bienes, se torna fundamental por aspectos no menores que generan preocupación, entre otros: el deterioro de recursos naturales; amenazas trágicas provocadas por el cambio climático; excesiva privatización de bienes públicos considerados primarios para la realización de la persona (educación, salud), y el debilitamiento de su ejercicio como derechos fundamentales; el progresivo desmantelamiento del Estado Social; resultados negativos de políticas neoliberales; intromisión desenfrenada del mercado; crisis de confianza en las instituciones; que en suma terminan generando descontento y pérdida de derechos en áreas sensibles para la ciudadanía, por cuanto representan bienes esenciales para la existencia y pleno desarrollo de la personalidad; factores que llaman a la reflexión sobre la aplicación de

los diversos regímenes de propiedad. Justamente una propuesta proviene del derecho comparado, la iniciativa italiana ante el Parlamento en el año 2008 por ejemplo, plantea una reforma sistemática de la teoría del dominio público, tomando central participación los bienes comunes como categoría jurídica óptima para garantizar el acceso y uso de bienes esenciales al ser humano, correlativos con sus derechos constitucionales.

La evolución y la revolución desde la tierra, productos, servicios, creaciones, han sido reducidas a un conjunto de bienes susceptibles de apropiación, cumpliendo una finalidad utilitaria y económicamente práctica, el bien es valorado por la utilidad monetaria que representa al ser humano. Desde tiempos inmemoriales, la revolución científica en siglo XVI, y los acelerados avances tecnológicos del siglo XX, han sido cobijados y abrazados por la teoría de la propiedad. John Locke, considerado el referente teórico del individualismo, ha sido predominante en plantear la “ecuación que separa y coloca al titular del dominio en una relación de superioridad respecto a la cosa”, lo que ha provocado calificar al derecho occidental como antropocéntrico. En antítesis a este planteamiento, surgen planteamientos teóricos y jurídicos que proponen un cambio en la tesis del antropoceno; en 1952 el civilista Salvatore Pugliatti titula su intervención en el Tercer Congreso Nacional de derecho Agrario *La proprietà e le proprietà*, lo que marca un profundo rompimiento con la teoría del derecho de propiedad continental, se plantea que la propiedad no recae sobre el sujeto, sino sobre la cosa misma.

En esa línea, en 1964, Charles Reich, profesor de la Facultad de derecho de la Universidad de Yale, publica en el Yale Law Journal un artículo titulado *The New Property*. “Su objetivo consistía en evidenciar las nuevas situaciones no aún propietarizadas a que daban lugar las concesiones, derechos y permisos otorgados por el Estado”.⁸⁶ Este vacío de regulación jurídica pone de manifiesto la necesidad de protección de esta nueva forma de riqueza, siendo la tarea principal del Estado proteger al individuo, surge la salvaguarda de inéditas formas jurídicas mediante la creación de una nueva propiedad.

Siguiendo en la línea teórica, cabe mencionar el trabajo propuesto por James Boyle, destacado por el profesor Rodotà, requiere una reflexión ajena al dominio, “el tema no es el modelo propietario, sino una gestión diversa de los bienes que el autor

⁸⁶ Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, abril de 2014, 9.

luego individual, un control que no responde al paradigma del individualismo ni del exclusivismo”.⁸⁷ La relevancia de la reflexión que hace Núñez sobre el planteamiento de Boyle se resume en lo siguiente:

la reflexión sobre los bienes comunes no es dirigida al estudio de modelos alternativos de propiedad sino que a lo opuesto a ella. No es la apropiación ni tampoco titularidad del bien el objeto de estudio; lo que se propone es más bien el análisis de la función y gestión de ciertos bienes de vocación colectiva en modo tal de garantizar su acceso y uso ecuánime a todos los ciudadanos interesados.⁸⁸

En esa línea, la lucidez del profesor Rodotà es de gran aporte en la construcción del marco teórico y Núñez lo destaca de la siguiente forma:

la moderna reflexión jurídica sobre los bienes comunes propone una lógica no centrada sobre el sujeto ni sobre la cosa; el acento hoy se sitúa en la función que el bien desempeña en la sociedad, premisa que consiente definir comunes los bienes funcionales al ejercicio de derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad. Se trata, en las palabras de Rodotà,⁸⁹ de una reflexión relacionada a los bienes primarios, necesarios para garantizar el goce de los derechos fundamentales e individualizar los intereses colectivos, así como las modalidades de uso y de gestión de los mismos bienes.⁹⁰

Sumado a las propuestas teóricas, los marcos normativos han contribuido al fortalecimiento de los bienes comunes, el Comentario General N° 15 (GC15) sobre el derecho al agua (interpretación legal oficial publicada en 2002 por el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la Resolución de las Naciones Unidas que reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento A/RES/64/292, 28 de julio, desarrollan innovadores reconocimientos constitucionales, introduciendo una nueva concepción jurídica respecto del agua, distanciándose del bien económico y reconociendo en ella un derecho humano. Pensar en el reconocimiento del acceso a Internet, como un derecho humano, o como un servicio básico, imprescindible para garantizar el acceso libre al conocimiento promovido en el seno de la Unión Europea y

⁸⁷ Ibid., 12.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (Roma; Bari: Laterza, 2012), 107.

⁹⁰ Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, abril de 2014, 25.

de las Naciones Unidas, así como en varios países Estonia, Ecuador, Finlandia, Grecia, Perú.⁹¹

Una arista vigente en todas las épocas, es el aspecto conflictivo y de largo debate respecto de la institución propiedad, convirtiéndose en un punto neurálgico y de enfrentamiento político constante, de manera resumida al máximo, se podría realizar una división tripartita de la problemática, basado en tres teorías: a) comunista; b) liberal; y, c) anarquista; cada una con figuras de filósofos desde Karl Marx, Adam Smith, y Pierre-Joseph Proudhon, entre otros. De estas tres corrientes, se han derivado varios planteamientos intermedios, basados o referenciados en sus propuestas teóricas tales como el socialismo, neoliberalismo, la doctrina social de la iglesia (doctrina católica de la propiedad); el bien común; etc.

En cuanto al Ecuador en relación con el régimen del derecho civil, la propiedad y específicamente a los bienes comunes, el desarrollo histórico cuenta con aspectos importantes.

Intentaré hacer un resumen del régimen del derecho civil ecuatoriano. Para realizar la cronología se pretende clasificarlo en cuatro escenarios: 1) Aborigen; 2) Colonial; 3) Republicana; 4) Vigencia y ediciones del código civil.

Aborigen (antes de 1492)

Costumbres ancestrales y preceptos religiosos indígenas. Ejemplos: “huasipungo”, “yanapa”, “asignados”, arrimados”, “minga o minka”, “pampamesa”. Si bien hay autores que desconocen o señalan de incipiente esta etapa como referente del derecho civil, es necesario mencionarla como una fase importante del relacionamiento entre personas en el cual existía una normativa de comportamiento social para determinadas situaciones, costumbres e instituciones, como la familia, propiedad, compartir saberes. Desconocer y no hacer una mención a sus formas de vida, sería desconocer procesos que en cierto modo siguen acompañando el mundo andino y su cosmovivencia.

Colonial (1492-1822), leyes españolas

Edicto de Eurico (siglo V): Cada individuo se regía por su ley personal, de manera que el juzgamiento aplicaba legislación germana y romana, según el caso. Surge la colección de normas jurídicas visigodas; y el llamado Brevario de Alarico para los

⁹¹ Giovanni Ziccardi, *Resistance, liberation technology and human rights in the digital age*, Law, governance and technology series, v. 7 (Dordrecht ; New York: Springer, 2013), 125, 160.

hispanos romanos, debido a los graves inconvenientes e injusticias, los monarcas visigodos mandaron que todo se rija por una sola ley; aboliendo la doble legislación personal.

El Fuero Juzgo o Fuero de los Jueces del siglo VII (646-1241)

Que, por primera vez y por disposición del Concilio VII de Toledo, pone en vigencia en España una legislación local en reemplazo de las leyes romanas. Es una ordenación de doce libros de preceptos de derecho constitucional, político, civil, penal y procesal.

Fuero Viejo de Castilla (siglo XIII)

Constituía una ley municipal para la nobleza castellana de ese tiempo, con privilegios. “Los príncipes cristianos se vieron obligados a reconocer Derechos Especiales a los pueblos que reconquistaban del dominio moro, esos derechos son llamados fueros del mismo género fuero de Avilés y Oviedo”.⁹²

El Fuero Real de Alfonso X el Sabio (1255)

Fernando III y Alfonso X, llamado el Sabio, emprenden la obra de unificación de la legislación española, el primero da inicio y el segundo concluye el Fuero Real en 1255, que llega a ser el Código general de Castilla. El sistema del Fuero Real es semejante al Fuero Juzgo: trata conjuntamente de asuntos eclesiásticos, civiles, procesales y criminales y se divide en cuatro libros.

Las Siete Partidas (1256-1265, 1348)

Del tiempo del mismo Rey Sabio, obra monumental que ha ejercido influencia en el derecho; por primera vez el idioma castellano se impone como lengua oficial y destierra el latín en la redacción de leyes, fueros y documentos de importancia. Fueron terminadas en 1265, entraron en vigencia en 1348, en el reinado de Alfonso XI y como derecho supletorio a los Fueros y al Ordenamiento de Alcalá, la base jurídica de este cuerpo de leyes está constituida por el derecho romano y el derecho canónico principalmente.

La organización de esta obra se clasifica de la siguiente manera: La Primera Partida, establece principios generales sobre la ley, la costumbre, el derecho canónico; la Segunda Partida, incluye normas de derecho público y de corporaciones; la Tercera

⁹² Soraya Marivel Espín Velasco y César Rosendo Muñoz Pazmiño, “Efectos del incumplimiento de los términos y plazos en los procesos civiles por parte de los funcionarios judiciales en la legislación ecuatoriana” (Universidad Central del Ecuador, 2014), 20, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3078>.

Partida, regula el derecho procesal con los modos de adquirir y perder el dominio; la Cuarta Partida, trata el matrimonio; la Quinta Partida, de las obligaciones y contratos y derecho comercial; la Sexta Partida, de la sucesión por causa de muerte; y la Séptima Partida, del derecho penal. En América las Siete Partidas ha constituido una obra de gran trascendencia y aplicación al derecho común.

El Ordenamiento de Alcalá: de Alfonso XI (1348)

Como uso y corrección en la aplicación de las leyes y fueros, estableciendo la primacía del siguiente modo: a) Ordenamiento de Alcalá; b) Fueros de las ciudades; c) Las Partidas, posteriormente se dan numerosas leyes que debían aplicarse con preferencia a las anteriores; los Reyes Católicos mandaron a hacer una compilación de las mismas con el nombre de Ordenamiento de Montalvo, el cual fue sustituido y completado con las llamadas Leyes de Toro.

Las Leyes de Toro (1502, 1505)

De Fernando el Católico: no derogaron las antiguas compilaciones y fueros.

La Nueva Recopilación de Felipe II (1567)

Pretendía ordenar un cuerpo normativo que recopile la normativa vigente, fue un intento desordenado e inorgánico.

La Novísima Recopilación (1805)

Son cuatro mil veinte leyes comprendidas en doce libros que reglan los múltiples aspectos del derecho público y privado, es una obra de mérito, pero adolece de varios defectos especialmente la falta de un sistema jurídico.

Estas leyes generalmente no derogaron a las anteriores, sino que se sobrepusieron a otras dejando en virtual vigencia las más antiguas. Dejó vigentes los Códigos anteriores en lo no reglado por ella.

Las Leyes de Indias (1500-1680)

De procedencia peninsular, se dictaban para regir en los dominios de la Corona en América, a veces aplicable solamente a un grupo de la población, principalmente la población indígena.

Los reyes españoles dictaron normas especiales para sus dominios, principalmente vinculadas al derecho público y administrativo; se estableció un Consejo Real de Indias, que expedía normas jurídicas especiales, conocidas con el nombre de Reales Cédulas, Cédulas Reales, o Cedularios; en 1680 se finaliza la recopilación de tales cédulas con el nombre de Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, regulaban muy poco de legislación civil; organización del Consejo Real de Indias,

administración de justicia, composición de Audiencias, normas humanitarias. En lo que respecta a América, la Recopilación de leyes de Indias se aplicó en primer lugar, y sólo en defecto de ella, se seguían las leyes y compilaciones españolas.

Disposiciones locales (ordenanzas, cédulas y leyes)

De carácter edilicio fiscal, sin mayor incidencia en ámbito civil.

Costumbres

Relativas a contratos agrícolas como el *huasipungo*, la *yanapa*, los *asignados*, los *arrimados*, *minga* o *minka*, y *pampamesa*.

Republicana (1822-1855)

1822: Independencia del Ecuador con la batalla de Pichincha;

1822: Ecuador entró a formar parte de la Gran Colombia;

1825: Ley de 1825, sobre el orden en que debían aplicarse las leyes de la

República:

Las decretadas por el Poder Legislativo

Las pragmáticas, Cédulas y Ordenanzas del Gobierno Español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808;

Las Leyes de la recopilación de Indias;

Las de la Nueva Recopilación de Castillas;

Las Siete Partidas.

1830: Ecuador se separa de la Gran Colombia;

1822 a 1830: continuaron en vigencia las leyes españolas más algunas adicionales provenientes de las legislaturas Gran Colombianas;

1831: Ley que reproduce el orden de aplicación de las distintas aplicaciones contenido en la Ley de 1825;

1831: Ley de procedimiento Civil;

1835: Ley de procedimiento Civil elaborada en la Convención de Ambato;

Leyes especiales

1832: Ley de Aguas;

1837: Ley sobre filiación natural;

1846: Ley de 1846 sobre edificaciones urbanas, obras nuevas y viejas, servidumbre de medianería;

1851: Ley que fija la mayoría de edad en los 21 años.

Formación del código civil ecuatoriano

1830: Se forma una comisión para elaborar un código civil y en los congresos de los años siguientes se conocieron sus trabajos y se iniciaron sus discusiones;

1837: Se nombra una nueva comisión a cargo del Dr. José Fernández Salvador, quien presenta su proyecto inspirado en el código civil Boliviano;

1852: Se integró una nueva comisión que fue reemplazada por la Corte Suprema en 1855;

1855: Corte Suprema quedó encargada por el Congreso de elaborar el código civil sobre la base del proyecto del Dr. José Fernández Salvador;

1855-1856: La Corte Suprema influenciada por el proceso de estudio y aprobación del código civil chileno, del Dr. Andrés Bello, se basa en ese texto, y remitió al Congreso de 1856 el proyecto del código civil;

1857: Se revisó el proyecto del código civil en la Legislatura por las comisiones correspondientes y por ambas Cámaras, se introdujeron nuevas modificaciones. Se aprueba el texto el 21 de noviembre.

1860: El Gobierno Provisional integrado por Manuel Gómez de la Torre, Rafael Carvajal y José María Avilés, expidió el Decreto por el cual comenzaría a regir el Código el 1 de enero de 1861;

1861: Empieza a regir el código civil en Ecuador.

Vigencia y ediciones del código civil

Primera edición código civil, 1857-1861: La primera edición es la de 1857 y es la que entró en vigencia el 1 de enero de 1861;

Segunda edición código civil, 1869-1871: Las reformas fueron codificadas por la Corte Suprema, que hizo una nueva edición y entró en vigencia en 1871;

Tercera edición código civil, 1873-1889: Se dan varias discusiones de reformas civiles como el matrimonio de los no católicos, etc. estas reformas producen una nueva recopilación y se da la tercera recopilación del código civil en 1889;

Cuarta edición código civil, 1930: a diferencia de las anteriores no es una codificación propiamente sino una recopilación, que incluye el texto del código civil y las reformas en calidad de notas;

Quinta edición código civil, 1950: codifica reformas tales como: establece la forma o trámite del divorcio por mutuo consentimiento; los bienes adquiridos durante la separación no se toman en cuenta para la liquidación de la sociedad conyugal; etc.

Sexta codificación del código civil, 1959: el 2 de diciembre de 1959, la Comisión Legislativa aprobó la sexta codificación que aparece en la recopilación de la Constitución y leyes del Ecuador publicada en 1960.

En relación con los bienes comunes, en Ecuador significó una gran referencia, las Leyes de Indias, misma que reconocen y afirman las propiedades agrícolas de índole colectivo, así como la economía agrícola, por medio de la introducción del ganado mayor, significó un elemento importante y determina ciertas instituciones interesantes en la época colonial como los campos comunes de pastoreo, los ejidos, y ciertos derechos a favor de los indígenas que cuidaban los ganados de los colonizadores.

De igual forma, la Ley de 20 de noviembre de 1578 por la cual Felipe II decretó lo que autores han denominado “nacionalización del suelo americano”, es decir la declaración solemne de que el suelo, la tierra pertenecía al Rey, el cual lo dividía en tres grandes porciones: a) propiedad comunal; b) propiedad para los indios, tierras necesarias para su manutención; y c) propiedad para españoles. Sobre estas porciones de propiedad Monseñor Juan Larrea Holguín señala una posición:

Se puede afirmar que la Colonia significó para los indígenas ecuatorianos el principio del verdadero acceso a la propiedad raíz, ya que el aprender el uso de instrumentos propios de la civilización y el cultivo algo más intenso y variado de los campos comenzó a interesarse por la posesión de ellos; y las leyes de este periodo a la par que aseguraban el dominio de los españoles sobre el territorio garantizaban también la propiedad privada de los indígenas. No es por consiguiente exacto el planteamiento de quienes aseguran que los conquistadores arrebataron a los indígenas sus propiedades raíces. En realidad el colonizador español enseñó al indígena a cultivar la tierra, y le aseguró por primera vez un dominio de la tierra, sin que esto quiera decir que no hayan existido abusos y que en determinados casos después de conceder tierras a los indígenas algunos pobladores blancos o mestizos se las haya arrebatado arbitrariamente.⁹³

No comparto, el planteamiento de Larrea Holguín, si la costumbre es un práctica jurídica llegando a ser considerada una fuente del derecho, es justamente esta costumbre la que otorga derechos a la población originaria previo a la colonización, se entiende que las tierras, sin necesidad de existencia formal de título y un modo de adquirirla, son de quien están en posesión y uso con ánimo de señor y dueño, existiendo posiblemente dos variantes, por un lado tierras comunes y tierras delimitadas de familias originarias, por tanto la tierra era de quienes la ocupaban de manera consuetudinaria; la población originaria, indistintamente de la formalidad jurídica propia de la solemnidad romana-

⁹³ Larrea Holguín, *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*, 235.

germánica. Simplemente visualicemos el escenario, hay personas que se encontraban en un espacio geográfico determinado *Abya Yala* América, llegan personas de fuera y se apropian de ese espacio, lo mínimo es una apropiación indebida, un arrebato injustificado y una falta de respeto a quienes se encontraban en el lugar, es sabido que esa apropiación se la hizo de manera violenta, lo cual constituye un agravante a la apropiación de la tierra. De igual manera cuestionable, es el planteamiento que son los españoles quienes enseñaron la agricultura a los indígenas, esto se evidencia en la actualidad simplemente con la milenaria forma de siembra y cosecha andina de determinados productos y en fechas específicas del año orientadas por el sol y la luna, lo que se conoce como solsticio y equinoccio.

“El individualismo exagerado de la Revolución Francesa destruyó algunas formas de propiedad comunitaria y aún las mismas asociaciones gremiales, etc., que dieron fundamento a valiosas formas de cooperación entre los hombres para una explotación más humana de los bienes naturales, y principalmente de la tierra”.⁹⁴ En ese sentido, se ha producido una reforma que no puede considerarse de avance sino más bien de una regresión, porque justamente esas ideas de excesiva individualidad provenientes de la Revolución Francesa, llegaron con notable atraso, sucediendo un efecto inverso a lo que estaba pasando en otras latitudes; mientras en otros lugares se hace presente criterios de alineación social, en el Ecuador respecto de la propiedad se enfatiza criterios de individualidad y absolutismo tanto en su enfoque teórico y práctico. Por ejemplo, de manera paulatina van desapareciendo espacios de agricultura y ganadería comunal como ejidos, pztisales y ciertas figuras tradicionales que realizaban trabajos colectivos y conjuntos del uso de la tierra.

2. Función de la propiedad y su vínculo con los comunes del conocimiento

Una restricción que provoca apasionados debates es el límite de los intereses generales de la sociedad, justamente su función social y el ejercicio libre e incluso abusivo del derecho de propiedad. Precisamente esa línea entre el ámbito social como límite al manejo de la propiedad, el intervencionismo estatal y de otro el liberalismo o neoliberalismo basado en el individuo y la libre determinación con mínima intervención del Estado, con un visión crítica a la eficiencia de la administración estatal y priorizando la actividad económica al sector privado, en esa dinámica del comercio mientras menos

⁹⁴ Ibid.

trabas y restricciones de tipo social a la propiedad, intensifica el ejercicio del derecho de propiedad y se traduce en prosperidad. Es en esta línea donde surgen los debates apasionados entre derecha e izquierda, entre liberales y conservadores, rojos o azules, sin embargo, de ello, es necesario reflexionar de manera amplia para poder conseguir un equilibrio ecológico para el planeta, si bien es necesario dinamizar la economía no puede ser un pretexto para que el abuso del empleo en los medios de producción termine en crisis globales de corte ambiental o de salud afectando a la humanidad por ejemplo una pandemia.

La doctrina de la función social cuenta con un exponente en particular, el jurista León Duguit, publicó en 1908 la obra *Le droit individuel et la transformation de l'Etat*, su tesis principal parte de la negación de los derechos subjetivos, sustituye la propiedad=derecho subjetivo por propiedad=función social, esta redefinición de la propiedad puede considerarse, como una postura significativa de una tendencia mucho más amplia que surgió con anterioridad, sin embargo Duguit suele ser considerado como el fundador de la teoría de la función social.

La propuesta ha sido susceptible de varias críticas entre quienes destacan Albaladejo, quien señala que la propiedad otorga un derecho subjetivo privado totalmente legítimo que tiende a satisfacer sus intereses y que amerita gozar de protección jurídica, en cuanto al ámbito social no es únicamente el derecho de propiedad que debe sumisión a las exigencias del bien común, por cuanto este fin último social ocurre con los demás derechos.⁹⁵

Justamente los constantes cuestionamientos y críticas a la radical propuesta de Duguit han ido reduciendo su máxima expresión y la fórmula inicial ha ido modificándose —antes de la función social— propiedad = derecho subjetivo; — propuesta Duguit— propiedad = función social; —crítica Duguit— propiedad = derecho subjetivo que tiene una función social; con ello se pretende, armonizar los intereses de los particulares en su calidad de propietarios, así como los intereses de la sociedad en general.

tan inexacto y peligroso es considerar la propiedad cual un derecho absoluto, como conceptuarla una mera función social. Con razón se estima hoy que debe ser considerada la propiedad privada como un derecho subjetivo al que va ligada una

⁹⁵ Manuel Albaladejo, *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Bienes*, 10ª ed. (Madrid: Ed. Edisofer, 2004), 235.

función social o, lo que es igual, un derecho subjetivo establecido fundamentalmente para proteger el interés particular del propietario, pero que satisface a la vez intereses públicos y está subordinado a la realización del bien común.⁹⁶

Este debate para nada menor, por un lado, se justifica en la protección del derecho de propiedad, sin ningún reproche siempre que no denote una afectación social, en esa línea justamente en un posible conflicto se resolverá caso a caso, prevaleciendo el interés social. Los argumentos transitan entre los tres escenarios de fórmulas antes enunciadas y al parecer, la posición media ubica al dominio como derecho subjetivo como tal, sin embargo, subordinado a los fines naturales y personales del ser humano como los intereses sociales, familiares, en definitiva, supeditado a la realización del bien común. Justamente autores como Peña Quiñones y Peña Rodríguez sostienen que la propiedad es un derecho o una función, que no puede tener esta doble característica, por cuanto resultan excluyentes, no pueden ser ambas cosas a la vez. El derecho es la facultad a favor de su propio titular sin generar derechos para terceros por cuanto serían justamente sus derechos, a diferencia de la función que es una facultad que se ejerce a favor de otro.⁹⁷

La función social en la estructura de derecho de propiedad no opera como una limitación per se, sino un componente de su conformación, empero es necesario anotar que esta limitación potente de la función social viene dada de su origen en una competencia del legislador, sea por mandato constitucional o legal, para ponderar el ejercicio individual del derecho de propiedad acorde a la naturaleza de los bienes y su interés general.

La doctrina de la función social de la propiedad ha sido colocada y tomada formalmente en varias Constituciones y normativa civil de varios países, el Ecuador no es distante a esta tesis del derecho.⁹⁸ En nuestro país la Constitución de 1945, en el

⁹⁶ José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, comun y foral*, 15ª, vol. II (Madrid: Reus, 2007), 148.

⁹⁷ Ernesto Peña Quiñones y Gabriel Ernesto Peña Rodríguez, *El derecho de bienes*, 2. ed., 1st reimp (Bogotá, D.C., Colombia: Legis, 2008), 513.

⁹⁸ Constitución Alemania de 1919 “Art. 153.- La propiedad obliga, su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio prestado al interés general”.

Constitución Colombia de 1881, 1936 y 1991 “Art. 58 inciso segundo.- La propiedad es una función social que implica obligaciones”.

Constitución Italia “Art. 42 inciso segundo.- La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”.

Constitución España “Art. 33.1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; 33.2 La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

artículo 146 se insinúa al respecto manifestando: “El Estado garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley”; sin embargo, es la Constitución de 1946 que de manera expresa se refiere por primera vez a la función social de la propiedad, mediante el artículo 183 dice: “Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social”. Ese momento marca una estabilidad de regulación de la doctrina en las siguientes constituciones como la de 1967, 1979, 1998 y la Constitución actual que en su artículo 66.26 “reconoce y garantiza a las personas el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”; planteamiento que se insiste en el artículo 282 el

Constitución Chile de 1980 “Art. 19.24 inciso segundo.- Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Constitución Bolivia de 2009 “Art. 393.- El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda”.

“Artículo 397.- I. El trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria. Las propiedades deberán cumplir con la función social o con la función económica social para salvaguardar su derecho, de acuerdo a la naturaleza de la propiedad.

II. La función social se entenderá como el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígena originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. En el cumplimiento de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades.

III. La función económica social debe entenderse como el empleo sustentable de la tierra en el desarrollo de actividades productivas, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, del interés colectivo y de su propietario. La propiedad empresarial está sujeta a revisión de acuerdo con la ley, para verificar el cumplimiento de la función económica y social”.

“Art. 398.- Se prohíbe el latifundio y la doble titulación por ser contrarios al interés colectivo y al desarrollo del país. Se entiende por latifundio la tenencia improductiva de la tierra; la tierra que no cumpla la función económica social; la explotación de la tierra que aplica un sistema de servidumbre, semiesclavitud o esclavitud en la relación laboral o la propiedad que sobrepasa la superficie máxima zonificada establecida en la ley. En ningún caso la superficie máxima podrá exceder las cinco mil hectáreas”.

En materia civil de igual manera hay países que en su cuerpos civiles han regulado lo relacionado a la función social.

Código civil de Paraguay “Art. 1954.- La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes [...] conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad”.

Código civil de Brasil “Art. 1228.1.- O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”.

Código civil de Bolivia “Art. 106.- La propiedad debe cumplir una función social. Inclusive en el caso boliviano no cumplir con la función social es causal de expropiación”.

“Artículo 108°.- (Expropiación)

I. La expropiación sólo procede con pago de una justa y previa indemnización, en los casos siguientes:

1. Por causa de utilidad pública.
2. Cuando la propiedad no cumple una función social.

La utilidad pública y el incumplimiento de una función social se califican con arreglo a leyes especiales, las mismas que regulan las condiciones y el procedimiento para la expropiación.

Si el bien expropiado por causa de utilidad pública no se destina al objeto que motivó la expropiación, el propietario o sus causahabientes pueden retraerlo devolviendo la indemnización recibida. Los detrimentos se compensarán previa evaluación pericial”.

que determina “el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir a función social y ambiental”. Lo novedoso de los enunciados constitucionales actuales se refiere a la inclusión de una función y responsabilidad ambiental.⁹⁹

En ese sentido existe normativa de menor rango que la Constitucional que regula de forma concurrente la función social de la propiedad por ejemplo la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, misma que a lo largo de su articulado desarrolla la función social de la propiedad —artículo 2; 8.b); 11; 12; 31; 32; 33; 59; 60; 86; 91; 93; 96; 97; 98; 100; 103; 104; 129; Disposición General Sexta; Disposición Transitoria Décima Tercera; Anexo Dos—.

3. ¿Bienes públicos o bienes comunes?

El presente apartado pretende reflexionar y contestar a la interrogante planteada, ¿Los bienes públicos pueden ser considerados bienes comunes?

Los bienes públicos de manera general se dividen en dos: a) Bienes públicos: denominados también como bienes nacionales, bienes nacionales de uso público, o patrimonio público del Estado y b) Bienes estatales o fiscales.¹⁰⁰

⁹⁹ Registro Oficial 228 de 06-mar.-1945; Constitución Ecuador (1945) “Art. 146.- El Estado garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley...”

Registro Oficial 773 de 31-dic.-1946 Constitución Ecuador (1946) “Art. 183.- Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social...”

Registro Oficial 133 de 25-may.-1967 Constitución Ecuador (1967) “Art. 47.- derecho de propiedad.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privadas mientras esta cumpla la función social que le es inherente. La ley regulará su adquisición, uso, goce, y disposición. y facilitará el acceso de todos a la propiedad”.

Registro Oficial 800 de 27-mar.-1979; Constitución Ecuador (1979) “Art. 48.- La propiedad en cualquiera de sus formas, inclusive la privada, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de su economía cuando cumpla su función social. Esta, debe traducirse en una elevación y redistribución del ingreso, que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el Desarrollo”.

Registro Oficial 1 de 11-ago.-1998 Constitución Ecuador (1998) “Art. 30.- La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.

Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes”.

Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008 Constitución Ecuador (2008) “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 26.) El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

“Art. 282.- El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra.

Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes”.

Clasificación que mantiene el código civil ecuatoriano, la cual podría ser mejorada para fines didácticos y evitar causar confusiones, siendo una opción colocar una sola categoría bienes públicos y a partir de este género dividirlo en dos especies, bienes públicos de uso público y bienes públicos de uso estatal.¹⁰¹

Bienes públicos de uso público.- Son los bienes que pueden ser apropiados exclusivamente por el pueblo, a favor de un ente la nación. Así lo regula el artículo 604 del código civil ecuatoriano:

Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

¹⁰⁰ La Corte Suprema de Justicia ahora Corte Nacional de Justicia “se ha pronunciado en los siguientes términos sobre la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado: la propiedad estatal puede ser pública o privada; cada una de las cuales representa un régimen jurídico diferente. El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad del Estado, entendiéndose comprendido en él las entidades del sector público, que por los fines de utilidad común a los que responden, están sujetos a un régimen especial de derecho público. El dominio privado del Estado, por el contrario, no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por ende, las atribuciones del Estado sobre los bienes del derecho privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por la disposiciones del código civil, salvo algunas excepciones. El artículo 623 (actual artículo 604) del código civil no contiene una definición del dominio público, sino que se limita a mencionar qué cosas tienen ese carácter. Así, llama bienes nacionales de uso público aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, y enumera, a manera de ejemplo unos pocos de esos bienes. Los otros bienes, que por sentido residual no son incluidos en la clasificación anterior, los llama bienes del Estado o fiscales. Asimilados a la doctrina administrativa, los primeros pertenecen al dominio público del Estado, y los segundo al dominio privado. La clave para ubicar a los bienes del Estado en la una o en la otra categoría son la afectación y la desafectación. Afectar es consagrar un bien al uso público, y desafectar, en cambio, es sustraerlo de su destino de uso público. En otros términos, el criterio para distinguir las categorías de “dominio público” y “dominio privado” atiende básicamente al destino o uso asignado al bien. La esencia del dominio público del un bien está dada, pues, porque el bien está destinado, directa o indirectamente, al servicio público”. (27 de mayo de 2002, RO. 627 de 26 de julio de 2002). En el mismo sentido se volvió a pronunciar en las sentencias de 5 de julio del 2002 (RO. 661 de 12 de septiembre de 2002), 12 de noviembre de 2004 (RO. 43 de 21 de junio de 2005) y 3 de marzo de 2006 (RO. 377 de 16 de octubre de 2006)”. Esta importante sentencia se encuentra publicada en: Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, Tercera edición actualizada (Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2018), 156, 157.

¹⁰¹ “en el régimen de nuestro código civil no es lo mismo dominio nacional de uso público que dominio del estado, aunque sería conveniente aparcar esta dicotomía, y prescindir de la esquiva categoría “bienes de la nación” para radicar todo el dominio público en el estado y a partir de allí formular la distinción entre aquellos bienes públicos (o estatales) del patrimonio estatal y bienes públicos (o estatales) de uso público”. *Ibid.*, 160.

De acuerdo a la normativa citada, el dominio le corresponde a la nación, y su uso les pertenece a todos los habitantes, es decir el uso le corresponde al pueblo en general.¹⁰²

La colectividad de habitantes —el pueblo— goza del derecho de uso sobre los bienes públicos de manera general y directa, el cual puede ser ejercido en cualquier momento, por ejemplo, caminar por una calle, una plaza, para tal efecto o actividad no es necesario contar con una condición o personalidad jurídica colectiva que deba acreditar, basta ser un habitante y hacer uso del bien público.

Lo central de la propuesta de los bienes nacionales de uso público radica fundamentalmente en el atributo del uso en el derecho de dominio, es decir cualquier persona puede usar y gozar del bien de manera directa, libre y abierta. En ese aspecto el uso se convierte en la facultad de todos los “habitantes de la Nación” en relación con bienes naturales o artificiales. Como características de este tipo de bienes de uso público se podrían resumir en las siguientes:

- a) Uso atributo del dominio: el uso como un atributo del derecho de dominio pertenece a todas las personas, indistintamente si es sobre un bien público natural o artificial.
- b) Satisfacción de necesidades: lo que pretende este tipo de bienes es satisfacer y lograr garantizar el cumplimiento de necesidades permanentes,
- c) Acceso libre: el uso de los bienes permite el acceso libre, público y abierto a determinados bienes.
- d) Recae en bienes naturales y artificiales, si bien ambos derivan de un ámbito legal, efectuada por la ley implicando su afectación de puro derecho, bienes públicos naturales responden a características físicas propia de su esencia a diferencia de los artificiales que además de la declaratoria legal, necesitan un acto de afectación de parte del Estado o entidad del sector público, por medio de un procedimiento particular de expropiación que en definitiva consagre un bien al uso público,

¹⁰² Héctor B. Villegas, *Manual de finanzas públicas: la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000), 166. El autor en cuanto al tema señala: “El Estado posee bienes que, rigurosamente hablando, son "sociales" antes que "estatales", por cuanto están destinados al disfrute de toda la comunidad y son utilizables por sus componentes en forma directa y general”.

- e) Servicio público: La esencia de un bien público radica en tanto y en cuanto el bien está destinado, directa o indirectamente, al servicio público.
- f) Fuera del comercio: son bienes que no se encuentran disponibles en el comercio, se encuentran bajo un régimen especial, en ese sentido se convierten en bienes inalienables e imprescriptibles.

El profesor Parraguez hace una clasificación didáctica para los bienes públicos, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico pueden clasificarse en cuatro modalidades dominicales:

- El dominio público de las aguas
- El dominio público terrestre
- El dominio público aéreo
- El dominio público sobre la biodiversidad¹⁰³

Bienes fiscales o estatales.- Son bienes nacionales de uso privado del Estado, es decir bienes que integran el patrimonio privado del Estado, cuya persona jurídica, dispone del patrimonio estatal. Dentro de las funciones en cuanto al uso y a la titularidad le competen directamente al Estado, sin embargo, los habitantes en cuanto destinatarios y como parte del mismo, tenemos ciertos derechos y la posibilidad de usar estos bienes, por ejemplo edificios públicos u oficinas estatales regularmente en horarios de oficina, parques, o bienes semejantes, es posible utilizar sus instalaciones públicas y reclamar sus servicios pero de manera restringida y limitada, justamente en este hecho radica la diferencia con los bienes públicos, cuyo uso es libre, directo y general por su naturaleza de bien nacional de uso público.

Si bien la titularidad, el uso, goce y disposición lo ubican como en base a las reglas del derecho civil, esta normativa es de carácter secundario, la rama principal del derecho es el derecho público y lo relacionado a la propiedad del derecho administrativo, en ese margen, destaca la Constitución en su artículo 225 que regula los organismos y dependencias que comprende el sector público.¹⁰⁴

¹⁰³ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2015, 124.

¹⁰⁴ “Art. 225.- El sector público comprende:

Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

El “Dominio público es un conjunto de bienes que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenece a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público —directo o indirecto- de los habitantes”.¹⁰⁵

Si analizamos los cuatro elementos que regularmente constituyen el dominio público, esta definición logra incluirlos, 1) elemento objetivo: *conjunto de bienes*, incluye todo tipo de bienes; 2) elemento normativo o legal: *de acuerdo al ordenamiento jurídico*; 3) elemento subjetivo: pertenecen a la comunidad política pueblo, 4) elemento teleológico o finalista: *hallándose destinados al uso público —directo o indirecto- de los habitantes*.

La terminología de dominio público reconoce otras expresiones que se las toma como sinónimos en el lenguaje técnico jurídico actual, tales como: bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas; demanio, demanialidad, demanial, demaniales, todos estos términos hacen referencia a un mismo concepto, el dominio público, por tanto si en el uso se prefiere el termino dominicalidad o dominialidad, no es necesario y menester agregar el termino público, porque sería una innecesaria redundancia.¹⁰⁶

En el dominio público es importante tener presente dos conceptos, por un lado, el criterio de la afectación de los bienes a un servicio de utilidad pública y a su uso directo como por ejemplo las calles, plazas, edificios destinados al uso directo del público, puertos, mercados, monumentos, etc. y, por otro lado, el criterio de las propiedades naturales de los bienes, con lo cual podrían serlo ciertas cosas de la naturaleza como las playas, ríos, espacio aéreo, etc. Los dos criterios no son excluyentes, tanto el criterio de la afectación como el de la naturaleza de las cosas son complementarios si bien ambos parten de una afectación *de iure*, es decir a través de un acto normativo y/o administrativo, se ordenan dos clases de bienes nacionales de uso público el uno por cuestiones de afectación artificial (calles, plazas) y el otro debido a su particular naturaleza (playas, ríos).¹⁰⁷

Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

¹⁰⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de dominio público* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960), 141.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 32–33.

¹⁰⁷ Sentencia de 12 de noviembre de 2004 la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana señala: “En el dominio público natural, la ubicación de un bien dentro del dominio público la efectúa la ley e implica su afectación de puro derecho, tales son, por ejemplo, las plataformas o zócalos submarinos, las minas y yacimientos, el mar adyacente hasta la distancia señalada por la ley, etc. Estos bienes conservan tal

La claridad en cuanto al tema, la normativa civil nacional emana un uso general a todos los habitantes de la nación, indistintamente si el bien público es por afectación o por su naturaleza, dejando en evidencia lo relevante de la temática, estos bienes públicos están regidos a un sistema especial que los despoja del ámbito comercial y los convierte en bienes especiales en cuanto a la inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad.¹⁰⁸

Con todo lo expuesto he intentado esbozar una respuesta a la interrogante planteada: ¿Los bienes públicos pueden ser considerados bienes comunes? los bienes públicos de uso público, pueden ser considerados como bienes comunes en cuanto al atributo de uso del dominio, por cuanto este atributo no le pertenece de forma exclusiva a una sola persona incluyendo el Estado o la Nación, por tanto si por medio del uso puedo satisfacer necesidades y acceder a su uso de forma directa sin excluir a terceros o reivindicar exclusividad, su uso es común a todas las personas, en ese aspecto los bienes nacionales de uso público se entenderían bienes comunes respecto del atributo del uso.

4. ¿Bienes inapropiables o bienes comunes?

Justamente el código civil ecuatoriano desde su primera versión oficial del año 1860 regula los bienes inapropiables, de igual forma lo hace la versión del año 1960 y la

carácter aunque la Administración decida darles un tratamiento, uso o explotación económica concediéndoles a particulares. En los bienes de dominio público artificial, además de la calificación genérica de la ley, de la cual deriva su condición jurídica, es necesario un acto de afectación de parte del Estado o entidad del sector público. Así, para que un inmueble de propiedad de un particular ingrese al dominio público del Estado, la Ley de Contratación Pública contempla el marco general al que debe sujetarse el acto administrativo de declaración de utilidad pública por la autoridad competente y el procedimiento para fijar el precio justo previsto en el Código de Procedimiento Civil, que guarda correspondencia con el artículo 33 de la (anterior) Constitución Política de la República del Ecuador". (12 de noviembre de 2004, RO. 43 de 21 de junio de 2005).

Cabe una observación y una crítica a la sentencia señalada, el haber incluido en el dominio público relacionado a los bienes nacionales de uso público, "las minas y yacimientos" que pertenecen al dominio estatal o fiscal. Sin perjuicio de ello, la sentencia es muy clara en cuanto a la naturaleza de los bienes y al criterio de afectación.

¹⁰⁸ Corte Suprema: 3ª Sala, 23 de julio de 1986, GJS. XIV, N. 12, p. 2728. Fundamenta su afirmación en el Art. 1155 (actual artículo 1133), según el cual, "no vale el legado de una cosa de propiedad nacional o municipal y de uso público, lo cual quiere decir que esas cosas no se encuentran propiamente en el comercio; por otra parte, sólo pueden adquirirse por prescripción los bienes que están en el comercio, de tal manera que resulta evidente que los bienes de uso público tampoco pueden adquirirse por prescripción [...] De la prueba actuada en el presente juicio, se concluye que la acción de respeto de la posesión intentada recae sobre un terreno que constituye una zona de playa que las partes en litigio lo disputan con el objeto de construir piscinas camaroneras" Con estas consideraciones, la Corte confirmó el fallo recurrido que había negado lugar a la acción posesoria sobre una zona de playa.

versión actual vigente, lo que se podría considerar como bienes comunes, ha sido regulado de la misma forma, sin que su texto haya sufrido algún cambio.¹⁰⁹

Amerita revisar lo que regula sobre los bienes comunes la legislación civil ecuatoriana. Con una técnica diversa y más precisa, nuestro código civil ecuatoriano, desarrolla la materia bajo el título de los bienes nacionales (arts. 604 y ss.), que diferencia de las cosas incapaces de ser apropiadas (arts. 602, 1133). No hay referencia específica a los bienes privados (que implícitamente son dejados a la reglamentación de la propiedad privada), pero desputa, en contraste, el original reconocimiento de las cosas comunes contenido en el art. 602, categoría que la doctrina civilista encasilla dentro de las cosas inapropiables y por ello no comerciables.¹¹⁰

Señala el artículo:

Art. 602.- Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta; y entre distintas naciones, por el derecho Internacional.

El código civil ecuatoriano atiende la diferencia entre cosas comerciables y no comerciables¹¹¹ (arts. 1477, 2398)¹¹² y también entre aquellas apropiables y no

¹⁰⁹ Código civil (Registro Auténtico 1860 de 03-dic.-1860): “Art. 571.- Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan entre individuos de una nación por las leyes de esta, y entre distintas naciones por el derecho Internacional”.

Código civil (Registro Oficial Suplemento 1202 de 20-ago.-1960): “Art. 625.- Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, comparación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta; y entre distintas naciones, por el derecho Internacional”.

Código civil (Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005): “Art. 602.- Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta; y entre distintas naciones, por el derecho Internacional”.

¹¹⁰ Morales-Oñate, “Música, bien común del conocimiento”, 123.

¹¹¹ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2015, 117–18. “Cosas comerciables y cosas no comerciables. La mayor parte de las cosas pueden participar en el tráfico jurídico y realizar de esta manera su función económica, sea como objeto de un derecho real (dominio, usufructo, servidumbre, etc.) o de la prestación obligacional que corresponde a un derecho personal. Se dice entonces que esas cosas, que constituyen la regla general, están en el comercio humano y, como consecuencia de ello, se las denomina cosas comerciables. A este carácter se refiere el artículo 1477 según el cual las declaraciones de voluntad pueden tener por objeto las cosas que existen y las que se espera que existan pero es menester que las unas y las otras sean comerciables.

Por excepción hay cosas excluidas del comercio en tanto que no pueden ser objeto de negocios jurídicos, como ocurre con las cosas inapropiables (por ejemplo, la alta mar). Como están al margen de las transacciones jurídicas, se dice de ellas que son no comerciables o extracomercio.

apropiables¹¹³ (arts. 602 y 1133). “Las cosas inkomerciables abarca las no komerciables por su destino, que son los bienes nacionales a los que se refiere el artículo 604 y las cosas inkomerciables por su naturaleza, consagradas en el art. 602”.¹¹⁴

La característica central del art. 602 similar a la corriente romana, justamente es la inapropiabilidad de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, su radio de aplicación se constituye por el alta mar, lo cual acorde a la corriente *ius privatista* más bien responde a un elemento histórico que práctico. Pero al mismo tiempo, el art. 602 es una gran posibilidad para incluir un universo de alternativas iniciando con el concepto íntegro de medio ambiente, la naturaleza hasta lo relacionado con el conocimiento y en general los bienes de la *entera comunidad de las personas*, que no pueden ser objeto de apropiación. En esa línea, a manera de conclusión, el ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge, con nitidez, la dimensión inapropiable de lo común y sienta la posibilidad de ampliar el elenco a otros ejemplos no necesariamente relacionados con los recursos naturales.¹¹⁵

Una interpretación posible en relación con la inapropiabilidad y los bienes comunes, justamente comprendería considerar a los bienes inapropiables como bienes comunes.

Aunque la no komerciability proviene necesariamente de una declaración legal, como es el caso del artículo 602 respecto de alta mar, debe tenerse presente que el fundamento de la calificación normalmente se encuentra en la propia naturaleza de las cosas, de manera que la exclusión del comercio humano viene a ser un estado de cierta permanencia, acorde con la perdurabilidad de aquella condición natural. Por este motivo no dejan de ser komerciables aquellas cosas que naturalmente lo son y que sólo circunstancial o temporalmente quedan fuera del tráfico jurídico, como ocurre con los bienes afectados por una prohibición de enajenar o un embargo. Prueba de este aserto es el artículo 1480 que al declarar la existencia de objeto ilícito en ciertas enajenaciones, trata separadamente a las cosas embargadas (numeral 3°) y a las cosas que no están en el comercio (numeral 1°).

¹¹² “Este artículo incluye una frase introductoria diferente a lo que realiza la legislación civil chilena, señala: “Salvo las excepciones que establece la Constitución”. Morales-Oñate, “Música, bien común del conocimiento”, 123.

¹¹³ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2015, 118. “Cosas apropiables y cosas inapropiables. Son apropiables aquellas cosas que pueden ser objeto de derecho de propiedad, público o privado. Si actualmente lo son, se dice que están apropiadas. En caso contrario, se encuentran inapropiadas, no pertenecen a nadie (*res nullius*), sea porque jamás fueron objeto de dominio, que es el caso de los animales bravíos o salvajes que viven naturalmente libres e independientes del ser humano, como las fieras y los peces (artículo 624); o simplemente, porque su dueño las abandonó (*res derelictae*). Luego se verá que esta noción de *res nullius* es de valor muy relativo pues sólo tiene algún sentido si se la refiere a la ausencia de dominio privado, sobre todo tratándose de inmuebles que siempre tienen dueño, porque en virtud de lo dispuesto por el artículo 605 o pertenecen a particulares o al estado (*infra* 70).

Pero existen cosas que la ley declara inapropiables, como lo hace el artículo 602 respecto de aquellas que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres, como la alta mar. El mismo precepto agrega que estas no son susceptibles de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas. La Constitución ha agregado a esta segunda categoría de bienes los conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales...y...los recursos genéticos que contienen la biodiversidad biológica y la agrodiversidad, declarados inapropiables por su artículo 322”.

¹¹⁴ Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, 2014, 21–22. Adaptado articulado de la legislación ecuatoriana.

¹¹⁵ Morales-Oñate, “Música, bien común del conocimiento”, 124.

Una relectura e interpretación reflexiva contemporánea del artículo 602 del código civil ecuatoriano,¹¹⁶ abre una posibilidad idónea para pensar y proponer bienes comunes, bienes inapropiables que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas; subrayando la idoneidad de la norma civil ecuatoriana, en justamente observar, si los bienes no son estatales, ni privados, se plantea adecuadamente la división inapropiable de lo común.

Esta lectura crítica es amplia y diversa; pretende entre las máximas proponer posturas relacionadas con: a) derechos fundamentales: “bienes funcionales al ejercicio de derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad”,¹¹⁷ por cuanto representan bienes esenciales para la existencia y el desarrollo pleno del ser humano en su sentido espiritual y material; pretendiendo satisfacer necesidades individuales y comunes; b) universal: los comunes traspasan los límites de la soberanía popular, nacional o estatal de manera clásica; su esencia está marcada por el derecho internacional, y su radio de acción e incidencia abarcan circunstancias tanto de un ecosistema local, global, (glocal), universal; y del c) bien común: “el llamado a la función social es un llamado a una propiedad establecida al servicio del bien común”,¹¹⁸ con intereses generales, públicos, ecológicos, de conservación, bienes con aptitud común.

Lo contemporáneo tiende a basarse en instituciones antiguas; de hecho, la disputa entre lo clásico del derecho de propiedad, con lo moderno respecto del acceso, no es algo novedoso; en ese sentido, “es posible acceder a un bien, y gozar de su utilidad, sin asumir la calidad de propietario”¹¹⁹ (usufructo). Sin embargo, lo cierto es que la institución del derecho de propiedad muta de la mano de determinados episodios y acontecimientos, lo cual invita a proponer que la propiedad no debe ser confinada o estática, dedicada a la sola exclusión de terceras personas respecto al uso o goce de ciertos bienes; la mutación puede ir acompañada en construir un derecho individual a no ser excluido, por el actuar de otras personas, en dicho uso y goce; transitando de la

¹¹⁶ Hay legislaciones civiles, que regulan cosas comunes en los mismos términos que el código civil ecuatoriano, por ejemplo el código civil mexicano.

“Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”. Última reforma publicada DOF 28-01-2010.

¹¹⁷ Núñez, “De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate”, abril de 2014, 25.

¹¹⁸ Ibid., 28.

¹¹⁹ Ibid., 26.

lógica exclusiva a la inclusiva, de la exclusión a la accesión,¹²⁰ en esa línea debe ser entendido y reinterpretado los bienes comunes y en especial el artículo 602 del código civil ecuatoriano.

5. Constitucionalización de la propiedad

La protección al régimen de propiedad ha tomado una dimensión de normativa fundamental, hecho que no ha sido extraño para el régimen constitucional ecuatoriano, que regula en su articulado varias disposiciones significativas que atañen lo concerniente al derecho de propiedad. Este apartado tiene por objeto identificar tales regulaciones y vincularlas con sentencias referenciales.

En cuanto a la propiedad el Estado asume una obligación negativa y positiva, no en un aspecto cualitativo o cuantitativo de bueno o malo, sino en lo negativo en su función no hacer y respetar y en su connotación positiva de accionar y fomentar el acceso.

Destaca el articulado sobre el reconocimiento de la “propiedad en sus diversas formas: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta —artículo 321—. En lo relacionado con la obligación negativa el mismo artículo regula lo respectivo a la obligación del Estado de cumplir su función social y ambiental, sin embargo existen otras disposiciones constitucionales que de igual forma reglamentan lo concerniente a la función social, es el caso del pleno disfrute de la ciudad y de sus espacios públicos en el artículo 31 “El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía”. Lo mismo ocurre al regular “el derecho de acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental —artículo 282—”.

El artículo 323 de la constitución ecuatoriana establece una garantía de no privación arbitraria por parte de los poderes públicos, concretado al regular que las expropiaciones de bienes se darán únicamente: “por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

¹²⁰ Reflexión de C. B. Machperson, destaca por Rodotà. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 108, 109.

En el sentido positivo se traduce en el derecho de acceso a la propiedad en específico la obligación por parte del Estado para promover su acceso a través de políticas públicas de manera amplia en el artículo 3 numeral 1 se prevé que son deberes primordiales del Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. La garantía de “acceso a una vivienda que asegure una vida digna” dirigida a personas adultas —artículo 37.7—. En relación con las y los campesinos el Estado regulará el “acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra” —artículo 282—. De modo similar con un enfoque de género pretende garantizar “la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad” —artículo 324—.

Aquí es importante destacar lo que la constitución ha denominado en la sección cuarta de manera romántica-jurídica como: democratización de los factores de producción, principalmente los numerales 1 y 2 del artículo 334, 1. “Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos” y 2. “Desarrollar políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción”.

El derecho a la propiedad privada ha sido motivo de varias sentencias emitidas por la Corte Interamericana de derechos Humanos —Corte IDH— esto se puede notar en los casos Caso Ivcher Bronstein vs. Perú —Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)—, Caso Mémoli vs. Argentina —Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)—, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela —Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)—, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú —Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)— y Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador —Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo)—.

este Tribunal ha entendido en su jurisprudencia que la propiedad es un concepto amplio que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.

Adicionalmente, la Corte ha considerado protegidos a los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas.¹²¹

La Corte IDH igualmente ha llegado a definir en sus sentencias lo que se entiende por bienes: “Los ‘bienes’ pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.¹²²

En particular la propiedad privada consiste en la facultad de disponer de esos bienes en cualquier forma legal, poseerlos, usarlos, gozarlos y la posibilidad de impedir a terceros que interrumpan el goce de ese derecho, sin perjuicio ese derecho no es absoluto y puede ser objeto de restricciones, limitaciones o excepciones por cuestiones de interés público. La Corte IDH postula al respecto “el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21”¹²³ el mencionado artículo regula el derecho a la propiedad privada en la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José).¹²⁴

¹²¹ Corte IDH, “Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, 22 de junio de 2015, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. párr. 335. Véase igualmente Corte IDH, “Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo)”, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, 6 de mayo de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf. párr. 55. Este Tribunal “ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas”. Igualmente: Corte IDH, “Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Mémoli Vs. Argentina*, 22 de agosto de 2013, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf. párr. 170.

¹²² Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)”, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, 6 de febrero de 2001, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. párr. 122. Véase igualmente: Corte IDH, “Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*, 28 de febrero de 2003, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf.

¹²³ Corte IDH, “Nombre del caso en sentencias de la CorteIDH”, 22 de agosto de 2013. párr. 170.

¹²⁴ “Artículo 21 derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley”. Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José).

En esa línea argumentativa la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado al respecto y se ha remitido a la normativa internacional contenida en la Convención Americana.

Conforme lo expuesto en párrafos precedentes, el artículo 323 de la Constitución de la República establece la potestad del Estado para expropiar bienes de propiedad privada, no obstante, determina que tal acción deberá encontrarse justificada por razones de utilidad pública o interés social y nacional, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, prohibiendo además toda forma de confiscación.

Por su parte, el ya referido artículo 21 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, pudiendo la ley subordinar tal uso y goce al interés social. En aquel sentido, dispone que ninguna persona debe ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

A la luz de la normativa constitucional y convencional que precede, se desprende que la misma hace referencia a un concepto amplio de derecho a la propiedad, entendido como el “derecho al uso y goce de sus bienes”, y a la facultad de los Estados de limitar tal uso y goce por ley con base en el “interés social”, según lo previsto en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, se colige que la normativa referida reconoce la propiedad privada entre una de las diversas formas de propiedad, sin embargo, aquel no es un derecho absoluto, sino que conforme lo expresa el propio texto constitucional, éste puede ser regulado en beneficio del bien común de la colectividad, para lo cual se tendrá en cuenta un criterio de función social y ambiental, el mismo que debe ser declarado conforme con los parámetros técnicos, por medio de estudios especializados.

En aquel sentido, el derecho a la propiedad privada y su limitación por fines de utilidad pública o de interés social —cuando de por medio exista el pago de una justa indemnización— se encuentra amparado tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en instrumentos internacionales, siendo uno de ellos la Convención Americana sobre Derecho Humanos, lo cual sin duda alguna, corrobora que la protección de la propiedad privada es un asunto que compete al Estado de modo primigenio, tanto como obligación internacional, como a través de las disposiciones contenidas en la Constitución de la República.¹²⁵

Vale la pena señalar tanto las limitaciones a la propiedad privada y las limitaciones al poder público para garantizar la propiedad. La constitución emite varias disposiciones que limitan la propiedad privada: a) “Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes” —artículo 282—, b) “Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley” —artículo 405—, c) “Se prohíbe toda forma de

¹²⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 009-17-SCN-CC”, *Caso n.º 0016-15-CN*, 13 de diciembre de 2017, http://www.pge.gob.ec/taller/Tema%206/REL_SENTENCIA_009-17-SCN-CC%20Consulta%20de%20constitucionalidad%20Expropiacion.pdf.

apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad” —artículo 322—, d) Prohibición de prácticas monopólicas y oligopólicas —artículo 304 y 335—, e) Conservación de la naturaleza —artículos 396 al 399—, f) “Se prohíbe toda forma de privatización del agua” —artículos 318 y 282—.

En relación con las limitaciones al poder público para garantizar la propiedad se desprenden principalmente la prohibición de confiscación y la expropiación debidamente justificadas “por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley” —artículo 323—.

Dimensiones constitucionales de la propiedad privada

Para abordar lo relacionado a las dimensiones constitucionales de la propiedad privada precisamente en relación con los bienes inmateriales específicamente a los derechos de autor, haré uso de la Sentencia emitida por la Corte IDH en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile que de manera resumida se refiere sobre aspectos vinculados con: incautación de los ejemplares de un libro, supresión de la información electrónica de las computadoras de su autor e imprenta, censura previa impide difundir y comercializar la obra, obstaculiza el uso y goce de los derechos de autor, protección a bienes materiales e inmateriales (susceptibles de valor) en conexión con ello los derechos violados que describe la Corte son: “Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 13 (Libertad de pensamiento y expresión), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 21 (derecho a la propiedad privada), Artículo 7 (derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías Judiciales), Artículo 9 (Principio de legalidad y de retroactividad)”.¹²⁶

El caso detalla la responsabilidad internacional del Estado chileno por “la censura previa impuesta a la publicación del libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, la incautación de todo material relacionado con ella, la detención arbitraria de Humberto Antonio Palamara Iribarne y la falta de un debido proceso diligente”.¹²⁷

Los principales hechos del caso son:

¹²⁶ Corte IDH, “Ficha Técnica: Palamara Iribarne Vs. Chile” (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005), https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313.

¹²⁷ Ibid.

- la prohibición de la publicación del libro titulado “Ética y Servicios de Inteligencia”. El autor de dicho libro es Humberto Antonio Palamara Iribarne, asesor técnico de las Fuerzas Armadas. La publicación abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Adicionalmente, se le incautaron los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación.
- Como consecuencia de la negativa del señor Palamara Iribarne de detener la publicación de su libro, se inició en su contra un proceso penal por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares. Asimismo, con base en los mismos hechos, se inició una investigación sumaria administrativa por la comisión de faltas administrativas...
- En enero de 1995 el señor Palamara Iribarne fue condenado, como autor del delito de desacato, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, al pago de una multa de 11 sueldos vitales, a la suspensión del cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.¹²⁸

En relación con la violación al derecho a la propiedad privada que es lo que nos concierne procederé a detallar los párrafos pertinentes que condensan lo fundamental del tema:

Según la información allegada a este Tribunal, desde que se realizaron las referidas incautaciones hasta la emisión de la presente Sentencia todo el material incautado relacionado con el libro se encuentra en posesión del Estado.

102. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Por ello, (...) también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.

105. Como ha quedado demostrado, además de la supresión de la información electrónica referida al libro que se encontraba en dos computadoras, fueron incautados en la imprenta Ateli 16 ejemplares del libro, 1 diskette con el texto íntegro de la publicación, tres paquetes con cinco libros cada uno, tres paquetes con un número indeterminado de hojas sobrantes de la publicación y sobres con la matricería electrostática de la publicación con los originales del texto, así como en el domicilio del señor Palamara Iribarne 874 ejemplares de dicho libro. [...]

106. Los actos mencionados en el párrafo anterior implicaron la privación efectiva de la propiedad sobre los bienes materiales del señor Palamara Iribarne relacionados con su libro. Tal privación de la propiedad de su obra impidió al señor Palamara Iribarne publicar, difundir y comercializar su creación, por lo que no pudo continuar con su intención de obtener réditos económicos de dicha publicación y beneficiarse de la protección que le correspondía por la obra creada. [...]

¹²⁸ Ibid., 1, 2.

107. [...] Al respecto, el Tribunal estima que el contenido del derecho de autor, el cual protege el aprovechamiento, la autoría y la integridad de la obra, así como incluye en su ejercicio la facultad de difundir la creación realizada, se encuentra íntimamente relacionado con las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

108. La Corte observa que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y que el artículo 21.2 de la Convención establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley. Debido a las circunstancias del presente caso, el Tribunal considera que es evidente que el señor Palamara Iribarne no ha sido indemnizado por el Estado por la privación del uso y goce de sus bienes.

111. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado.¹²⁹

Teniendo en cuenta el desarrollo legislativo la jurisprudencia constitucional ecuatoriana del mismo modo ha ido evolucionando. Inicialmente no reconoce al derecho de propiedad como un derecho constitucional “debido a que se trata de un derecho patrimonial, el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales”.¹³⁰ Luego la Corte Constitucional reconoce que el derecho a la propiedad sí tiene una dimensión constitucional.

más allá de lesionar los derechos en mención, ha afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, atenta contra el derecho de propiedad y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución”.¹³¹

¹²⁹ Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas)”, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

¹³⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 021-09-SEP-CC”, *Caso n.º 0177-09-EP*, 13 de agosto de 2009, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f4b7038-429a-4eb0-ae52-c13a8803bfd2/0177-09-EP-res.pdf>.

¹³¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 0005-10-SEP-CC”, *Caso n.º 0041-09-EP*, 24 de febrero de 2010, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1c3fb916-84e6-4b45-b49f-450edb38326a/0041-09-EP-sent.pdf>.

Ante esos dos polos la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano del derecho de propiedad ha reconocido dos grandes campos una dimensión constitucional tutelar y una dimensión legal declarativa de derechos.

En su dimensión como derecho constitucional, el derecho a la propiedad genera dos obligaciones a cargo del Estado: la primera, de promover el acceso la propiedad y la segunda, de abstenerse de vulnerar dicho derecho. No obstante, el Estado puede limitar la propiedad de una persona mediante la expropiación de bienes, sin que esto constituya una violación de su derecho, cuando cumpla con las formas y condiciones determinadas en la Constitución y la ley.¹³²

En cuanto a la dimensión constitucional contiene un triple propósito, en su esfera positiva: una prestación —acceso—, en su aspecto negativo: abstención —respeto— al derecho de propiedad, por ejemplo, mediante la prohibición de confiscación y una dimensión de limitación o excepción al ejercicio del derecho de propiedad por medio de una expropiación.

En su dimensión tutelar de acceso “el Estado promueve progresivamente el acceso al derecho a la propiedad mediante la adopción de políticas públicas que permitan a las personas su acceso”.¹³³ El derecho constitucional a la propiedad, conforme lo dispuesto en la Constitución, “comprende el derecho de toda persona al acceso a la propiedad y a su pleno ejercicio”.¹³⁴ Relacionado a la abstención y respeto del Estado al derecho de propiedad se prohíbe toda forma de confiscación y finalmente en los límites se encuentra la facultad del Estado de privar o restringir el derecho de

¹³² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 176-14-EP/19”, *Caso n.º 176-14-EP*, 16 de octubre de 2019, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0d994286-e791-428e-87ff-d72c2e258363/0176-14-ep-sen.pdf?guest=true>, párr. 96.

¹³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 146-14-SEP-CC”, *Caso n.º 1773-11-EP*, 1 de octubre de 2014, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f56058d4-3d95-4f72-9f8b-d6911ac5920d/1773-11-ep-sen.pdf?guest=true>.

¹³⁴ *Ibid.* Igualmente véase en relación con el acceso a la vivienda: “A través de esta sentencia ¿se atentó los derechos de propiedad, acceso a la vivienda y a una vida digna a favor de personas adultas mayores?[...] el artículo 37 numeral 7 de la Constitución de la República garantizará a las personas adultas mayores el acceso a una vivienda que les asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento; aquello guarda concordancia con los artículos 35 y 36 de la norma *ibídem*, que determina en lo principal que las personas adultas mayores, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privado”. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 148-12-SEP-CC”, *Caso N.º 1207-10-EP*, 17 de abril de 2012, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonNjAwYjZmOWYtZDZiNi00NDhiLWE2MTUtYzE3NDc4MGY1NmExLnBkZid9.

propiedad por medio de figuras como la expropiación,¹³⁵ para ello se debe prestar atención “el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, es decir, debe ser efectuada en las condiciones señaladas y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, garantizando que el proceso se realice ‘previa justa valoración, indemnización y pago’”.¹³⁶

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la propiedad abarca una doble dimensión: la primera, referida a su reconocimiento como derecho constitucional, que implica una obligación por parte del Estado para promover su acceso y una limitación para que el mismo, no lo menoscabe ni vulnere, es decir, genera obligaciones de prestación y abstención; mientras que la segunda se refiere a la declaración de un derecho, en cuanto el derecho de propiedad se encuentra encaminado al reconocimiento de la titularidad de propietario de un bien o al goce de los derechos reales bajo las modalidades y formas determinadas en el código civil y Código de Procedimiento Civil. Para ambos casos, el ordenamiento jurídico ha establecido diferentes escenarios jurisdiccionales. En el primer caso, al encontramos frente a materia de justicia constitucional, en tanto se trata de un derecho preexistente que responde a su derivación del derecho a la dignidad humana, el derecho puede ser justiciable mediante las garantías jurisdiccionales; en el segundo caso, al responder a materia relativa a la justicia ordinaria, ya que se encuentra encaminado a buscar la declaración de un derecho y su respectiva titularidad, el ordenamiento jurídico ha previsto diversas acciones ordinarias para su activación.¹³⁷

En la otra dimensión del derecho de propiedad, la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado el estadio de legalidad donde ratifica la competencia a la justicia ordinaria por cuanto su objetivo es la declaración de un derecho. A continuación, ciertas sentencias al respecto, la Corte se ha declarado sin competencia para declarar el dominio de bienes inmuebles “esta Corte se abstiene de analizar la supuesta vulneración del derecho a la propiedad, por ser ajena a la acción extraordinaria de protección, y porque en el presente caso, la Corte no es competente para declarar el dominio de bienes inmuebles”.¹³⁸ Asimismo, respecto a la determinación de linderos la Corte no ha procedido a su conocimiento “Por lo expuesto, se evidencia que en este caso no procede que la Corte Constitucional resuelva y verifique, a través de la acción extraordinaria de

¹³⁵ Tanto para lo relacionado a la confiscación y expropiación véase: Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 009-17-SCN-CC”.

¹³⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 146-14-SEP-CC”.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 300-12-EP/19”, *Caso n.º 300-12-EP*, 7 de noviembre de 2019, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/803e9b16-8e77-4916-b8c2-2f8bbe8a004e/0300-12-ep-sentencia.pdf?guest=true>. párr. 24.

protección, los rediseños urbanísticos.”¹³⁹ En el mismo sentido negativo se pronunció respecto a la validez de título de propiedad,

en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la propiedad, el accionante alega que la Sala “desconoce e invalida unilateralmente” el título de propiedad obtenido. Al respecto, esta Corte deja constancia que no entrará a analizar la presunta violación del derecho a la propiedad, puesto que, como ha quedado señalado, la Sala no violó los derechos constitucionales alegados en la demanda de acción extraordinaria de protección.¹⁴⁰

Así mismo ha manifestado la Corte que no hay violación a derechos de propiedad cuando no se justifica la propiedad “El accionante no ha justificado el hecho de ser propietario del inmueble sobre el cual se sustanció la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio”¹⁴¹ en ese sentido la Corte indica que “no ha justificado ser propietario de alguna parte del inmueble en cuestión al momento de sustanciación del proceso y la emisión de la sentencia impugnada. Por ello, esta Corte no encuentra vulneración a los derechos de propiedad”.¹⁴²

Por otra parte, la Corte recalca que vulneración del derecho a la propiedad supone control de mérito, cuestión que procede únicamente mediante garantías jurisdiccionales.

Sobre el derecho a la propiedad privada, los accionantes establecen que el juez incurrió en una violación a una política de gobierno. Sin embargo, este derecho no podría ser analizado dentro de la presente acción, debido a que aquello supondría realizar control de mérito, el cual solo procede en procesos que devienen de garantías jurisdiccionales. De hecho, la pretensión de los accionantes requiere que esta Corte analice los hechos y pruebas del caso, desnaturalizando así el objeto de la acción extraordinaria de protección.¹⁴³

¹³⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 70-13-EP/19”, *Caso n.º 70-13-EP*, 7 de noviembre de 2019, [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b829ab3e-6689-45d2-8fd4-3c749d088bb4/70-13-ep-19_\(0070-13-ep\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b829ab3e-6689-45d2-8fd4-3c749d088bb4/70-13-ep-19_(0070-13-ep).pdf?guest=true). párr. 26.

¹⁴⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 106-13-EP/20”, *Caso n.º 106-13-EP*, 15 de enero de 2020, [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ae50ee2b-ba06-4cfb-aaaa-6e8e9d1c27de/106-13-EP-20%20\(0106-13-EP\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ae50ee2b-ba06-4cfb-aaaa-6e8e9d1c27de/106-13-EP-20%20(0106-13-EP).pdf). párr. 24.

¹⁴¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 923-14-EP/19”, *Caso n.º 923-14-EP*, 13 de diciembre de 2019, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a7e64aca-7032-4af2-b476-e9764158d9ba/0923-14-ep-sentencia.pdf?guest=true>. párr. 51.

¹⁴² Ibid. párr. 66

¹⁴³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 1837-12-EP/20”, *Caso n.º 1837-12-EP*, 29 de enero de 2020, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/689ca61e-f05f-4eaf-a734-becd759a5652/1837-12-EP-sen.pdf>. párr. 19

En cuanto a la propiedad pública esta cuenta con una clasificación propia, para el efecto simplemente dejo enunciada la normativa del sector público tanto constitucional como infra legal que se remite al respecto. La constitución en su artículo 321 distingue entre categorías de propiedad pública y estatal sin embargo no llega a plantear sus diferencias expresamente. A nivel constitucional se colocan ciertas características al momento de señalar e identificar ciertos bienes como públicos entre ellas las características principales de los bienes son inalienables, inembargables e imprescriptibles, lo que sugiere que allí se desprende las principales características de que un bien sea considerado público. Esto es claro en el caso de “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable, inembargable e imprescriptible” —artículos 1, 317, 408—, lo mismo ocurre en el caso del agua considerado como “un derecho humano fundamental e irrenunciable”, considerado “patrimonio nacional estratégico de uso público”, dominio “inalienable, imprescriptible e inembargable” del Estado —artículos 12, 318—, además es el caso de “los bienes culturales patrimoniales: inalienables, inembargables e imprescriptibles” —artículo 379—.

Algo semejante ocurre con lo que formula el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización —COOTAD— en su artículo 416 “Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles” el mismo artículo define que “son bienes de dominio público aquellos cuya función es la prestación servicios públicos de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado”.

El COOTAD trae una clasificación de bienes de dominio público que los cataloga en a) bienes de uso público, b) bienes afectados al servicio público; y, c) bienes de dominio privado.

a) Los bienes de uso público “son aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Sin embargo, podrán también ser materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía” —artículo 417 COOTAD— en el mencionado artículo se detalla un catálogo ejemplificativo de bienes de uso público.¹⁴⁴

¹⁴⁴ COOTAD “Art. 417.- ... Constituyen bienes de uso público:

a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación y circulación;

b) Bienes afectados al servicio público, los define el artículo 418 del COOTAD como “aquellos que se han adscrito administrativamente a un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto”. Igualmente señala una lista abierta de los bienes afectados al servicio público.¹⁴⁵

c) Bienes de dominio privado los aborda el COOTAD en su artículo 419 señalando que son aquellos “que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados” indica además la forma de su regulación “Estos bienes serán administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado”. En la misma forma indica de manera general cuales podría ser considerados como bienes de dominio privado.¹⁴⁶

b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística;

c) Las aceras que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refieren los literales a) y b);

d) Las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, siempre que no sean de propiedad privada, de conformidad con la ley y las ordenanzas;

e) Las superficies obtenidas por rellenos de quebradas con sus taludes;

f) Las fuentes ornamentales de agua destinadas a empleo inmediato de los particulares o al ornato público;

g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario; y,

h) Los demás bienes que en razón de su uso o destino cumplen una función semejante a los citados en los literales precedentes, y los demás que ponga el Estado bajo el dominio de los gobiernos autónomos descentralizados”.

¹⁴⁵ COOTAD “Art. 418.- [...] Constituyen bienes afectados al servicio público:

a) Los edificios destinados a la administración de los gobiernos autónomos descentralizados;

b) Los edificios y demás elementos del activo destinados a establecimientos educacionales, bibliotecas, museos y demás funciones de carácter cultural;

c) Los edificios y demás bienes del activo fijo o del circulante de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados de carácter público como las empresas de agua potable, teléfonos, rastro, alcantarillado y otras de análoga naturaleza;

d) Los edificios y demás elementos de los activos fijo y circulante destinados a hospitales y demás organismos de salud y asistencia social;

e) Los activos destinados a servicios públicos como el de recolección, procesamiento y disposición final de desechos sólidos;

f) Las obras de infraestructura realizadas bajo el suelo tales como canaletas, ductos subterráneos, sistemas de alcantarillado entre otros;

g) Otros bienes de activo fijo o circulante, destinados al cumplimiento de los fines de los gobiernos autónomos descentralizados, según lo establecido por este Código, no mencionados en este artículo; y,

h) Otros bienes que, aún cuando no tengan valor contable, se hallen al servicio inmediato y general de los particulares tales como cementerios y casas comunales”.

¹⁴⁶ COOTAD “Art. 419.- ... Constituyen bienes del dominio privado:

a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público;

Sigue vigente y son clarificadores los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana sobre este tema. Su planteamiento diferencia tres categorías 1) bienes públicos naturales —aquellos expresamente reconocidos en la ley por ejemplo yacimientos—, 2) bienes públicos artificiales —aquellos que requieren un acto administrativo de afectación al dominio público—; y, 3) bienes estatales —aquellos susceptibles de aplicación del régimen de los bienes privados—. ¹⁴⁷

Es importante dejar enunciado lo pertinente con la propiedad comunitaria, la Constitución ecuatoriana lo reconoce como un derecho colectivo. ¹⁴⁸ Para abordar la propiedad comunitaria me remitiré a tres sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos —Corte IDH—, la primera se desarrolla en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, “se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos”. ¹⁴⁹ Lo destacable si bien es la propiedad privada, el enfoque destaca el ámbito espiritual de la relación entre las comunidades indígenas y la tierra.

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en

b) Los bienes del activo de las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados que no prestan los servicios de su competencia;

c) Los bienes mostrencos situados dentro de las respectivas circunscripciones territoriales; y,

d) Las inversiones financieras directas del gobierno autónomo descentralizado que no estén formando parte de una empresa de servicio público, como acciones, cédulas, bonos y otros títulos financieros”.

¹⁴⁷ Sentencia de 27 de mayo de 2002, RO. 627 de 26 de julio de 2002). Sentencias de 5 de julio del 2002 (RO. 661 de 12 de septiembre de 2002), 12 de noviembre de 2004 (RO. 43 de 21 de junio de 2005) y 3 de marzo de 2006 (RO. 377 de 16 de octubre de 2006).

¹⁴⁸ “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales”.

¹⁴⁹ Corte IDH, “Ficha Técnica: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua” (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001), https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es.

el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹⁵⁰

La segunda se da en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay donde se busca “la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Yakye Axa, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros”.¹⁵¹ Por consiguiente, la Corte IDH mantiene su línea argumentativa jurídica. “Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.¹⁵²

A su vez la tercera sentencia recae en el caso Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala el cual representa “a la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la masacre de 268 personas en Plan de Sánchez, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables”.¹⁵³ En el caso destaco el análisis de la Corte IDH en relación con el vínculo espiritual con la tierra esencia de organización comunitaria.

Este Tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la

¹⁵⁰ Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

¹⁵¹ Corte IDH, “Ficha Técnica: Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005), https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258.

¹⁵² Corte IDH, “Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_125_esp.pdf.

¹⁵³ Corte IDH, “Ficha Técnica: Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala” (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2004), https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=202.

relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres.¹⁵⁴

La Corte Constitucional del Ecuador igualmente ha desarrollado sentencias relacionadas a la propiedad comunitaria, una sentencia es la No. 065-15-SEP-CC dentro del Caso No. 0796-12-EP sobre el tema de Posesión de tierras comunitarias entre el señor Jefferson Antonio Loor Moreira como empresario camaronero y la comuna “El Verdum”.

Desde las perspectivas anotadas, se puede colegir que las y los comuneros de El Verdum se encuentran en posesión y explotación ancestral dentro de la zona antes mencionada, pero subordinados por los empresarios camaroneros de la zona en el presente caso, del señor Jefferson Antonio Loor Moreira, quien no solarmente estaría coartando el libre desarrollo de las actividades de los comuneros de El Verdum, sino incitando al desplazamiento forzoso del territorio donde ejercen la recolección de conchas, cangrejo y pescado para su sustento, situación que afecta el interés común de esta colectividad.¹⁵⁵

Sin embargo, respecto al manglar la sentencia señala que: “los manglares, así como las especies, desarrollan su hábitat que son de interés público y pertenecen al Estado ecuatoriano, conforme la legislación secundaria del medio ambiente”.¹⁵⁶

¿Qué prevalece la propiedad comunitaria o el interés general? La Corte Constitucional del Ecuador mediante sentencia interpretativa No. 002-09-SIC-CC dentro del Caso No. 0003-09-IC realiza una interpretación de norma constitucional del numeral 4 del artículo 57 y de los artículos 313, 321, 323 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 y la resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008. En su parte resolutive indica:

¹⁵⁴ Corte IDH, “Sentencia de 19 de noviembre de 2004”, *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Reparaciones)*, 19 de noviembre de 2004, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf.

¹⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 065-15-SEP-CC”, *Caso n.º 0796-12-EP*, 11 de marzo de 2015, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f10de81c-b079-45f8-8978-466d041af774/0796-12-epsen.pdf?guest=true>.

¹⁵⁶ Ibid.

Interpretar en el sentido de que se prioriza el interés general que representa a la nación toda, respecto al interés particular o comunal como sucede en la especie; en consecuencia, disponer al señor Registrador de la Propiedad del Cantón Santa Elena que proceda de manera inmediata al registro de la declaratoria de utilidad pública de 58 has., para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del país, de un total de superficie aproximada de 2.557.60 has., perteneciente a la Comuna Monteverde;¹⁵⁷

Finalmente, respecto a la propiedad inmaterial y específicamente a la propiedad intelectual de acuerdo a la Constitución ecuatoriana no ofrecería dudas del marco de protección con el que cuentan, ya que de una lectura e interpretación integral y específica de la norma constitucional en primera instancia se enumera las formas de propiedad que el Estado reconoce y garantiza la cual incluye la incluye “la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta” — artículo 321— en consonancia con ello expresamente se “reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley” —artículo 322— con ello la norma fundamental ratifica la propiedad intelectual como una propiedad especial al remitirse a la norma particular tanto al código civil y en su defecto a la norma concreta que regula la propiedad intelectual. Incluso cuando se problematice sobre el grado de protección aplicado a un caso, no ofrece dudas su aspecto de amparo tanto constitucional y legal.

Tutela constitucional de los comunes

El Estado por rango constitucional ha otorgado tutela jurídica a la propiedad privada indistintamente de la tendencia que acompañe al gobierno, sea liberal, conservador, capitalista o socialista, la protección al régimen constitucional o civil de la propiedad privada ha sido latente.

De hecho, cuando el Estado realiza una expropiación cuenta con una reglamentación delegada a una reserva de ley o utilidad pública que le permite al afectado reivindicar su derecho de motivación, justo precio y en definitiva de una indemnización que precautela su propiedad privada.

El profesor Ugo Mattei en su obra *Bienes comunes: un manifiesto*, realiza una reflexión muy interesante entre expropiación y la pro cuota común al tratarse de bienes

¹⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia interpretativa 0002-09-SIC-CC”, *Caso n°. 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ae2ef162-0c82-4957-b59e-1a4bf585d9c1/0003-09-IC-res.pdf>.

públicos, es decir “cuando el Estado privatiza ferrocarriles, línea aérea o la sanidad; cuando intenta privatizar el servicio de agua potable o la universidad, está expropiando a la comunidad —a cada uno de sus miembros *pro quota*— de sus bienes comunes”.¹⁵⁸ El traslado ocurre de un bien público —pro cuota de todas las personas miembros de la nación— al privado lo que denomina el autor privatización/liberalización.

En el caso de un acto de expropiación los propietarios privados tienen ya arraigado el derecho e incluso el valor que deben percibir por la afectación de su propiedad al momento de la declaratoria pública de construir una carretera o un parque en su bien inmueble. En este ejemplo la transferencia es inversa de lo privado a lo público.

La figura de expropiación está reglada con rango constitucional e instrumentos internacionales, esto no ocurre en el caso de la transferencia pública al privado, es decir cuando el gobierno decide vender algo que no es suyo en el fondo está vendiendo o realizando un acto jurídico con un objeto que no le pertenece, al contrario ese bien público es pro cuota de cada miembro de la comunidad, esa utilidad común por denominarlo de cierto modo, no se encuentra regulada, demostrando un inocente faltante en el planteamiento constitucional tradicional.

la tradición constitucional liberal no duda en tutelar al propietario privado frente a la autoridad pública, frente al Estado a través de institutos como la indemnización o, en su caso, la llamada *reserva de ley*. En cambio, no admite tutela jurídica alguna, comenzando por la constitucional, cuando el Estado transfiere al sector privado bienes de la colectividad, bienes comunes, no sometidos a un régimen de propiedad privada... la tradición constitucional liberal solo prevé controles en el paso de lo privado a lo público, pero no así de lo público a lo privado (las privatizaciones). Transferir bienes públicos a manos privadas siempre ha formado parte de las potestades ordinarias de los gobiernos de tuno. Hoy, sin embargo, al haber cambiado la correlación de fuerzas entre el Estado y el sector privado —dominado por las empresas multinacionales— es sobre todo la propiedad pública la que necesita mecanismos de tutela, de garantía. Estas garantías no son fácilmente concebibles en el marco de la tradicional reducción de lo público a lo estatal. En efecto, en la nueva correlación de fuerzas entre los gobiernos — todos— y el capital, el tipo de tutela liberal clásica, aunque necesaria resultaría insuficiente.¹⁵⁹

Existe un vacío legal y constitucional que precautele los bienes comunes de la misma manera que protege la propiedad privada. Al respecto en la línea de lo que Mattei propone, no es una excusa la necesidad económica para dar una libre venta de los

¹⁵⁸ Ugo Mattei, *Bienes comunes. Un manifiesto*, trad. Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2013), 9.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 9, 12.

bienes públicos, siendo irresponsable el cumplir al menos un mínimo de garantías de motivación para realizar acciones que puedan perjudicar la propiedad común enraizada en los bienes públicos, “la modernidad, nos ha hecho perder conciencia de que el gobierno debería ser el servidor del pueblo soberano, y no al revés”.¹⁶⁰

Brindar y blindar con rango constitucional a los comunes es importante ya que la constitución se concibe como el instrumento político y jurídico que limita el poder y con ello evitar arbitrariedades de los gobiernos sin ningún contra peso en su decisión de venta o acto jurídico.

“La categoría de los bienes comunes está llamada a desempeñar esta nueva función constitucional —indispensable en tiempos de globalización económica— de tutela de lo público, tanto frente al poder privado como frente al Estado”¹⁶¹ esta nueva conciencia de los comunes como instrumentos políticos y jurídicos de lograr una satisfacción directa de las necesidades y de los derechos fundamentales de la colectividad no surge de la burocracia o de los despachos, es un producto político aún amorfo arraigado en el sentimiento de injusticia que es lo que da vida al derecho. En lo que respecta a lo técnico-jurídico es necesario “desvelar, denunciar y corregir, lo antes posible, la aporía de fondo que atraviesa la tradición constitucional liberal, esto es, el insostenible desequilibrio que atraviesa su sistema de garantías y que favorece la propiedad privada en relación con la pública”¹⁶² es ahí donde reside la tarea teórico y práctica del derecho, apostar por un cimiento fuerte de elaboración de “noción de bien común —o si se prefiere, una vez más, de propiedad común— entendido como una institución diferente y alternativa al dominio privado y público, pero absolutamente necesaria para el reequilibrio de las relaciones entre ambos”.¹⁶³

6. Entre la escasez y la abundancia de los bienes

La escasez forma parte de un antiguo paradigma que cada vez intenta colocarse en tiempo presente en busca de vías artificiales, en contra posición a la hiperabundancia como paradigma contemporáneo, se evidencia en el incremento de acceso a contenidos de todo tipo que tanto en el ámbito digital e internet que se han logrado colocar a disposición.

¹⁶⁰ Ibid., 10.

¹⁶¹ Ibid., 13.

¹⁶² Ibid., 20.

¹⁶³ Ibid.

En sentido simple, en relación con la naturaleza de los bienes existen bienes materiales e inmateriales, estos últimos en la línea de los derechos intelectuales. Para intentar detallar una versión resumida muy condensada en cuanto a la protección legislativa del espíritu del derecho de autor se podría resumir tres estadios entre textos, obras y herramientas: 1) textos (1800) la imprenta marca la reproducción de textos y material impreso, la normativa regulaba el uso de una sola máquina; 2) obras (1900) se amplia considerablemente la protección, independiente de cualquier medio específico. Esto abrió el campo para las sociedades de gestión colectiva, que de manera privilegiada y monopólica han determinado precios para licencias únicas y de transmisión, existiendo Sociedades para distintos tipos de obras, por ejemplo, música: de autores y compositores; intérpretes y ejecutantes; y productores fonográficos; en audiovisuales: para productores audiovisuales; artistas y autores audiovisuales; 3) herramientas (2000) internet, software, hardware y digitalización, la ley de derechos de autor se ha impulsado en una nueva dirección, regulando el acceso a las herramientas de una forma mucho más arbitraria en comparación con la era pre-digital.

Un hecho que podría servir para ejemplificar la transición de la exclusión a la hiper abundancia se da entre la radiodifusión y la tienda de discos en cotejo con su contraparte en línea —internet— se podría asimilar el *streaming* o transmisión y la descarga de obras o contenidos, en ambos casos sucede una transferencia de datos, la diferencia se genera en cómo se configura el software en el extremo receptor, si el software guarda la obra como un archivo para un uso posterior es una descarga; si el software envía inmediatamente la música o cualquier obra audiovisual a los altavoces, se denomina transmisión. Con estas posibilidades de acceso se han incrementado las formas de eludir y violar en otros casos lo concerniente al pago de regalías, potenciando posibles infracciones a derechos de autor, de la mano los intereses económicos de los titulares de los contenidos han respondido de manera lobista ante una regulación que criminalice y sancione prácticas de elusión de pagos, de la mano se han incrementado medidas tecnológicas para evitar el acceso por medio de diversos mecanismos como por ejemplo el cifrado de transmisiones, huellas dactilares, marcas de agua, ataques a motores de búsqueda. La tendencia de la normativa en derechos de autor en el siglo XXI tiende a preocuparse en criminalizar tecnologías completas debido a sus usos potenciales, antes que analizar principios que orienten casos concretos de infracciones. Reglas cada vez más invasivas e inquisidoras podría tener un efecto serio en la

innovación, al no contar con certezas en el uso y estatus legal de las nuevas tecnologías para acceder a contenidos.¹⁶⁴

Copiar y acceder a una obra o contenidos en la actualidad y lo que fue en 1800 por ejemplo es abismalmente diferente, por cuanto actualmente hay un estado incierto de lo que implica copiar a lo que implicaba antes leer e imprimir un libro, las diferencias entre lo análogo y la tecnología digital y lo online marca una cuestión entre la escases y la hiper abundancia de manera fundamental, se podría señalar que básicamente las computadoras e internet funcionan copiando y que el uso mismo de la información digital es una forma de copiarla. Es importante considerar que lo digital es más amplio y se diferencia de lo online, por ejemplo, un estudio realizado en el 2008 señala que el 95 por ciento de los jóvenes británicos comparten archivos a través de CD

¹⁶⁴ “A substantial recalibration of the international approach to Intellectual Property Rights is required to ensure the advancement of the standards of living and well-being of the entire world—and to ensure consistency with development objectives and obligations and to support those innovations that have the highest value in terms of their contribution to addressing the challenges facing our global society”. Dean Baker, Arjun Jayadev, y Joseph E. Stiglitz, “Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century”, *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century*, 2017, 71, doi:10.7916/d8-xg80-ct59.

“la evidencia teórica y empírica indica que las instituciones económicas y las leyes que protegen al conocimiento en las economías avanzadas de hoy en día son cada vez más inadecuadas para gobernar la actividad económica mundial y son poco adecuadas para satisfacer las necesidades de los países en vías de desarrollo y de los mercados emergentes. De hecho, son perjudiciales a las necesidades humanas básicas, como ser la atención médica adecuada.

El problema central es que el conocimiento es un bien público (mundial), tanto en el sentido técnico que indica que el costo marginal de que alguien lo use es cero, como en el sentido más general que señala que un aumento en el conocimiento puede mejorar el bienestar a nivel mundial. Ante esto, la preocupación ha sido que el mercado vaya a proveer una cantidad escasa de conocimientos, y no se incentive adecuadamente la investigación[...]

Existen al menos tres alternativas para financiar e incentivar la investigación. Una es confiar en los mecanismos centralizados de apoyo directo para la investigación, como por ejemplo en los Institutos Nacionales de Salud y la Fundación Nacional para la Ciencia en Estados Unidos. Otra alternativa es descentralizar el financiamiento directo a través de, digamos, créditos fiscales. O, una tercera, un organismo gubernamental, una fundación privada o una institución de investigación que pueda otorgar premios por innovaciones exitosas (o por otra actividad creativa)”. Joseph Stiglitz, Dean Baker, y Arjun Jayadev, “Propiedad intelectual para la economía del siglo XXI | Nueva Sociedad”, trad. Rocío L. Barrientos, *Nueva Sociedad | Democracia y política en América Latina*, 18 de octubre de 2017, <https://nuso.org/articulo/propiedad-intelectual-para-la-economia-del-siglo-xxi/>.

De igual manera revisar: Dugie Standeford, “El régimen de propiedad intelectual frena la ciencia y la innovación, según afirman laureados del Premio Nobel – Rebellion”, *Rebelión*, 24 de agosto de 2008, <https://rebelion.org/el-regimen-de-propiedad-intelectual-frena-la-ciencia-y-la-innovacion-segun-afirman-laureados-del-premio-nobel/>.

Joseph E Stiglitz y Andrew Charlton, *Comercio justo para todos: cómo el comercio puede promover el desarrollo*, trad. Natalia Rodríguez Martín (Madrid: Taurus, 2007).

Joseph E. Stiglitz y Bruce C. Greenwald, *Creating a Learning Society: A New Approach to Growth, Development, and Social Progress*, First Annual Kenneth J. Arrow Lecture at Columbia University (New York: Columbia University Press, 2014).

grabados, clientes de mensajería instantánea, teléfonos móviles, memorias USB, correo electrónico y discos duros portátiles.¹⁶⁵

En general las prácticas de intercambio de obras, información, contenidos y archivos, constituyen lo que regularmente se conoce con el nombre de *darknet* o red oscura, un término popularizado por cuatro investigadores vinculados a *Microsoft* en un brillante artículo publicado en 2003.

La idea de la darknet se basa en tres supuestos:

1. Cualquier objeto ampliamente distribuido estará disponible para una fracción de usuarios en una forma que permita la copia.
2. Los usuarios copiarán objetos si es posible e interesante hacerlo.
3. Los usuarios están conectados por canales de gran ancho de banda.

La darknet es la red de distribución que surge de la inyección de objetos según el supuesto 1 y la distribución de esos objetos según los supuestos 2 y 3.¹⁶⁶

La investigación referida en concreto sostiene que las personas que tienen información y deseen intercambiarla, lo harán, formando redes específicas o espontáneas que pueden ser grandes o pequeñas, tanto en línea o fuera de línea. Al estar interconectados, siempre pueden mantener disponible determinado material. Los intentos tanto técnicos y legales de frenar la infraestructura abierta o entre pares de intercambio de archivos genera un impulso para la constitución hacia redes más pequeñas y oscuras.¹⁶⁷

Los datos y la información han evolucionado de manera sorprendente y han incrementado tanto la capacidad como el soporte en los cuales podemos almacenarla, inicia en el años de 1960 con tarjetas perforadas que contiene información en forma de perforaciones según un código binario; a mediados de la década de 1970 aparecen las cintas magnéticas y posteriormente en los años 80 y 90 se populariza el disquete y de su mano la medida *kilobytes* (KB), este soporte marca un hito en la forma de almacenamiento para la sociedad por su ventaja práctica y de precio reducido, fue empleado abundantemente por los consumidores para respaldar y distribuir software, transferir datos, guardar información y crear copias de seguridad, con certeza recordaran

¹⁶⁵ The Guardian, "Home Copying - Burnt into Teenage Psyche", *The Guardian*, 7 de abril de 2008, <http://www.theguardian.com/technology/2008/apr/07/digitalmusic.drm>.

¹⁶⁶ Peter Biddle et al., *The Darknet and the Future of Content Protection.*, ed. Eberhard Becker et al., vol. 2770. (Berlin, Heidelberg: Springer, 2003), 344, 345, https://doi.org/10.1007/10941270_23.

¹⁶⁷ Biddle et al., *Digital Rights Management*.

algún episodio de comics en que se destruiría el mundo con la importancia de la información que llevaba un disquete o el virus informático que contenía.

Un ícono en el soporte y la cantidad de almacenamiento lo marca el CD en los años 80s', el DVD en los 90's conjuntamente con formatos como el mp3 y el mp4, que en paralelo posicionan nuevas medidas de almacenamiento con el *megabyte* (MB) y el *gigabyte* (GB) que despuntaron la forma de acceder y distribuir contenidos de todo tipo tanto como por ejemplo álbumes musicales, películas, enciclopedias, video juegos, software, información, respaldos de computadoras.

En el año 2000 el mercado tecnológico conoce la primera memoria USB *Universal Serial Bus*, llamada también como: memoria flash, memoria externa, pen drive. Su almacenamiento inicia entre 8 a 32 megabytes (MG), desde entonces han ido incrementando a gigabyte (GB) e inclusive actualmente se puede almacenar en una memoria USB hasta Terabyte (TB). Mañana sin duda hablaremos únicamente en *Terabyte* (TB), *Petabyte* (PB, peta), *Exabyte* (EB), *Zettabyte* (ZB), *Yottabyte* (YB).

El *Microsoft* o *Analytics* como también lo denominan, aborda lo que en un inicio se conoció como las tres "V" o "UVES" del *Big Data*, volumen, velocidad y variedad; sin embargo, actualmente se han incorporado más características contando en total con 8 "V" de la *analytics*, veracidad, volatilidad, viabilidad, visualización, valor.

El volumen, se refiere al importe de datos que son generados y almacenados con el objetivo de procesarlos para transformar los datos en respuestas traducidas en acciones concretas; la velocidad, es la celeridad en la que los datos son generados — creados, almacenados y procesados— en tiempo real; la variedad, se refiere a las formas, tipos y fuentes en la que se registran los datos, por ejemplo, documento de texto, correos electrónicos, audios, videos, imágenes que se guardan en dispositivos o en línea; la veracidad, tiene que ver con la incertidumbre de los datos, en suma el grado de fiabilidad de la información; la volatilidad, tiene que ver con el período de tiempo en el que los datos son válidos y deben ser retenidos o almacenados; la viabilidad, es la capacidad con la que se cuenta para generar un uso eficaz del volumen de datos; visualización, es el modo en el que la información obtenida de los datos es presentada, lo cual pretende contribuir a encontrar patrones y claves ocultas en el tema a investigar o trabajar; valor, es la información de valor que se puede obtener de los datos. A manera de un micro resumen, susceptible de debate, el proceso de la cadena podría resumirse en datos transformados en información, la información en conocimiento, y finalmente se traduce en accionar o decidir.

A fecha actual la capacidad de almacenamiento, acceso, reproducción y distribución de datos, información y contenidos en general parece que es ilimitada, tanto por los dispositivos como por las medidas de acopio, ello sumado a que hoy en día internet y en particular gracias a la nube, se puede gestionar, almacenar y compartir un cuerpo de archivos infinitos, acceder a los mismos desde cualquier lugar por medio de un aparato que disponga de conexión a internet, ahora incluso el soporte físico de almacenamiento no es indispensable. Nos faltaría varias vidas para alcanzar a ver todas las películas, escuchar toda la música, leer los libros o revisar la información que actualmente son accesibles de manera digital y en la web.

Sin duda en cinco a diez años la información se tele transportará y podrá alojarse de varias formas y canales de todo tipo, que contenga soportes binarios o bytes, similar a tecnología *wifi* y *bluetooth* tanto para conectar los dispositivos de forma inalámbrica y transferir archivos, de manera ilimitada y personalísima con chips incorporados en nuestro organismo, o a su vez con servidores propios y una nueva internet de almacenamiento transconectada con todas las posibles vías de comunicación.

El hecho señala que la abundancia es el nuevo paradigma y pensar en la escasez parecería no ser una opción, más que de manera forzada y de forma artificial. Justamente una vía artificial que se ejecuta por medio de mecanismos técnicos y legales es la suscripción y distribución de contenidos, tanto de televisión inalámbrica como por medio de plataformas que ofertan obras audiovisuales o musicales, centrados en un modelo de negocio que permite el acceso a determinadas plataformas y contenidos únicamente por medio del pago de un valor determinado.

Sin embargo, dentro del continente de la abundancia, incrementar más información per se al contenido no le agrega estrictamente valor económico o cultural, al parecer lo importante y el desafío consiste en generar significado en la información a partir de la abundancia.

La abundancia en ámbito digital trae consigo preguntas y respuestas que no pueden quedar únicamente en este ámbito. “Un desafío clave es relacionar lo digital con lo que no es digital: tiempo, espacio, relaciones humanas, etc. Kevin Kelly, el editor ejecutivo fundador de la revista *Wired*”,¹⁶⁸ ha resumido justamente esta posición, propone otorgar valores o cualidades imposibles de copiar, no necesariamente desde el

¹⁶⁸ Rasmus Fleischer, “The Future of Copyright”, *Cato Unbound*, 9 de junio de 2008, <https://www.cato-unbound.org/2008/06/09/rasmus-fleischer/future-copyright>.

aspecto técnico sino dotar de elementos cualitativos que le otorguen características que no se puedan copiar.

la ronda anterior de riqueza en esta economía se basó en la venta de valiosas copias, por lo que el flujo libre de copias gratuitas tiende a socavar el orden establecido. Si las reproducciones de nuestros mejores esfuerzos son gratuitas, ¿cómo podemos continuar? En pocas palabras, ¿cómo se gana dinero vendiendo copias gratuitas?

tengo una respuesta La forma más sencilla en que puedo decirlo es así:

Cuando las copias son súper abundantes, se vuelven inútiles.

Cuando las copias son súper abundantes, las cosas que no se pueden copiar se vuelven escasas y valiosas.

Cuando las copias son gratuitas, es necesario vender cosas que no se pueden copiar.¹⁶⁹

En esa línea la pregunta que se realiza Kelly es entonces ¿qué no se puede copiar? él señala la confianza como un ejemplo y coloca una serie de ocho cualidades que denomina *generatives* o generativos valores imposibles de copiar: inmediatez, personalización, interpretación, autenticidad, accesibilidad, encarnación, patrocinio, capacidad de búsqueda.¹⁷⁰

Un ejemplo de contenido sin significado o contexto resultaría lo ocurrido con Mark Getty de la empresa Getty Images la caída de sus acciones en el 2004 no se puede atribuir a la piratería, sino justamente a la preferencia de los medios y de las redes que prefieren imágenes en el lugar, en tiempo real, con un mensaje que provoque sensaciones, independientemente de la calidad de la imagen, tomar imágenes de archivos almacenadas se vuelve cada vez más irrelevante, ese significado es justamente lo que resulta imposible de copiar.

La disputa se genera entre los creyentes del derecho de autor, economistas y demás personas que siguen soñando en construir la simulación de la abundancia de información en la economía de la escasez con las limitaciones y restricciones posibles que se generen al acceso y uso de contenidos, lo cual si bien es complejo que suceda de manera absoluta; es evidente que está provocando una escalada de regulaciones legales en el ámbito tecnológico que afectan las libertades civiles, Fleischer coloca una posible solución acudiendo al *laissez-faire* con respecto al desarrollo de software y la infraestructura de comunicación como prevención a la escalada y amenaza de derechos.

¹⁶⁹ Edge, “Better than free | Edge.org”, accedido 12 de octubre de 2020, <http://www.edge.org/conversation/better-than-free>.

¹⁷⁰ Ibid.

El intercambio no autorizado de archivos prevalecerá en las redes oscuras, en línea y fuera de línea. Por otro lado, ciertas actividades no digitales, como la publicación de libros, continúan funcionando relativamente bien bajo los términos de la ley clásica de derechos de autor diseñada para imprentas. Aún otros campos, como el software y la música, se caracterizan por una competencia compleja entre diferentes modelos, donde algunos ganan dinero vendiendo unidades copiables, mientras que otros se benefician ofreciendo servicios no copiables. Una suposición con reservas es que tendremos que vivir en este paisaje de zonas grises durante bastante tiempo, para bien y para mal.

Las prácticas creativas, con algunas excepciones, prosperan en economías donde la abundancia digital está relacionada con cualidades escasas en el espacio y el tiempo. Pero nunca se puede plantear la cuestión de encontrar un modelo empresarial universal para un mundo sin derechos de autor. La pregunta más urgente se refiere a qué precio tendremos que pagar por mantener el fantasma del copyright universal.¹⁷¹

La propiedad en sus distintos abordajes despierta pasiones porque todas las personas deseamos tener o sentir satisfecha esa necesidad de pertenencia y propiedad a determinado bien. De manera amplia, al momento de ostentar la calidad de titular sobre un determinado bien, en la forma clásica del derecho de propiedad, se genera automáticamente un derecho de exclusión para terceras personas. Sin embargo, en los bienes intangibles esa exclusión se da de manera artificial, por medios tecnológicos y por mandato de la ley, ya que, en cuanto a la naturaleza del bien, por ejemplo, es inconcebible con que una idea por sí pueda ser poseída y excluida, ya que al momento de compartirla es imposible de retenerla, no se pierde la posibilidad y habilidad para usarla por una tercera persona, resultando hasta cierto punto irreconciliable. Dependiendo la naturaleza del bien si es de condición material su existencia es finita y agotable a diferencia de los bienes inmateriales que se consideran de esencia infinita e inagotable; esta característica marca una diferencia que se la conoce como bienes rivales y no rivales, definiendo a estos últimos como aquellos que no se agotan por su uso o consumo por tanto pueden ser compartidos libremente sin temor a que se agoten.

¿Cuánto dura un libro físico y un libro digital en formato pdf? Un libro en papel de alta calidad podría durar físicamente aproximadamente unos cuatrocientos a quinientos años de vida, dependiendo de su conservación y la calidad del papel, el libro digital en su naturaleza podría ser aparentemente infinita; empero, por ejemplo ¿qué pasaría si la empresa titular del formato pdf —Adobe— decide dejar de otorgarle operatividad al formato? cierra el código, lo hace incompatible, implementa licencias de pago excesivamente caras, este cercamiento artificial pone en alta fragilidad y a

¹⁷¹ Fleischer, “The Future of Copyright”.

decisión exclusiva del titular la vida útil del formato transformándolo de manera premeditada en finito.

Existen importantes diferencias entre la propiedad material-física e inmaterial-intelectual. La propiedad material es escasa, limitada y excluyente, mientras que la propiedad inmaterial puede ser usada, copiada, transformada, reproducida y puede ser usada simultáneamente. Es exactamente esta característica de reproductibilidad ilimitada la que resulta amenazante para los creyentes del sistema de derechos de autor, por cuanto los contenidos convierten la información en propiedad.

7. Andrés Bello y los comunes del conocimiento

El código civil de tradición clásica, legado de un proceso y personajes como Gayo, Justiniano y Don Andrés Bello, entre otros, trabajaron una obra compilatoria brillante que recoge instituciones jurídicas, derechos, principios vitales y sensibles para el derecho, pero actualmente ¿cómo reaccionarían ante las tecnologías de la información, los algoritmos el *Microsoft* o *Analytics* o la inteligencia artificial? nuevamente saltaría a la luz el debate bizantino entre cosa y bien, se inclinarían por la tesis de la corporeidad; utilidad; integradora o pragmática.

La tesis de la corporeidad considera cosas a los entes materiales que existen en la naturaleza, “aquello que es corporal, todo lo perceptible por los sentidos, todo lo que tiene una existencia material”.¹⁷² Este criterio se regula en ciertos códigos civiles como el alemán (artículo § 90.- *Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*. Las cosas dentro del significado de la ley son solo objetos físicos; en suma: cosas en sentido legal sólo son los bienes corporales); el japonés (artículo 85.- A los efectos de este código, son cosas los objetos corporales); el argentino (artículo 16.- cosas los objetos materiales; se aclara que adicional deben contener el plus de ser susceptibles de valoración económica).

El criterio de la utilidad es la tendencia dominante en la doctrina, asocia el concepto de cosa a su utilidad y apropiabilidad para el ser humano, para el efecto Coviello señala “dada la índole del derecho, cosa no puede ser cualquier ente imaginable, sino únicamente lo que puede producir utilidad al hombre, esto es, un bien”, el autor hace énfasis en el sentido jurídico que debe entenderse por cosa “todo lo que

¹⁷² Henri Mazeaud, León Mazeaud, y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. Parte primera, volumen I (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976), 281.

puede ser objeto de derechos patrimoniales; todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta”. Claro Solar al respecto dice “con la palabra cosa se designa todo lo que existe y que puede ser de alguna utilidad, o ayuda a los hombres, sea que pueda ser poseído por ellos, como un campo, un animal, el agua corriente, sea que por su naturaleza escape a la apropiación, como el aire”.¹⁷³ El profesor Parraguez lo resume de gran manera: “bien es una categoría reservada para aquellas cosas que representan una utilidad de la que el ser humano puede apropiarse; es decir, una ventaja o beneficio, inmediato o potencial, susceptible de incorporarse a su patrimonio, de suerte que, por esa razón, puede ser objeto de una relación jurídica”.¹⁷⁴

Esta corriente se regula en varios códigos civiles, como por ejemplo el código civil de España “artículo 333.- Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles”; el código civil italiano artículo 810¹⁷⁵ señala “Los bienes son cosas que pasan a formar el objeto de los derechos”; el código civil boliviano artículo 74 “Son bienes las cosas materiales e inmateriales que pueden ser objeto de derecho”; el código civil portugués artículo 202.1¹⁷⁶ establece “Se dice cosa todo aquello que puede ser objeto de relaciones jurídicas”.

La tesis integradora apuesta por construcción de posturas o fórmulas eclécticas capaces de integrar los elementos compatibles de las posturas referidas. Parraguez propone al respecto, “asumiendo la imposibilidad de explicar lo que las cosas *son*, opte por afirmar simplemente lo que ellas *no son* y concluir que *cosa* es todo aquello que existe en la naturaleza fuera del sujeto”. En esa línea se encuentran Alessandri y Somarriva, “cosa es todo lo que fuera del hombre, tiene existencia, corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”.

El criterio pragmático, apartado de la discusión teórica que el tema pueda suscitar, parece ser la vía legal que ha optado el código civil ecuatoriano, no desarrolla líneas diferenciables entre cosa y bien, lo cual asume justamente una notoria indiferencia en este debate para referirse a los objetos de derecho, asumiendo una identificación de cosa-bien, como un mismo término, evitando distinciones que en la

¹⁷³ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. I, Tomo Sexto. De los bienes (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1979), 7.

¹⁷⁴ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 47.

¹⁷⁵ Sono beni le cose che passano formare oggetto di diritti.

¹⁷⁶ Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.

práctica resultarían inútiles, en ese sentido se ha pronunciado Larrea Holguín “Nuestro Derecho Civil positivo, sin embargo, parece usar como sinónimos los términos “bien” y “cosa””.¹⁷⁷

Intentar clasificar los bienes en general resulta menuda tarea, por cuanto existen bienes tan variados en la misma naturaleza y los que va creando la capacidad intelectual y creativa del ser humano, empero se hace imprescindible lograr una clasificación para regular el régimen jurídico acorde a distintos factores o criterios utilizados por doctrinarios, legisladores mediante los cuales se pretende definirlos y sistematizarlos.

Clemente de Diego distingue tres grandes categorías clasificatorias: “1) las que miran a las propiedades del bien considerado en sí mismo, con independencia de las personas y de otros bienes; 2) las que lo hacen por la consideración de las cosas en relación con las demás; y, 3) la relación de las cosas con las personas y la sociedad”.¹⁷⁸

En ese sentido, Castán Tobeñas agrupa las cosas por: “1) cualidades físicas o jurídicas; 2) por las relaciones de conexión que guardan unas con otras; y, 3) por la relación de pertenencia o apropiación”.¹⁷⁹ Los códigos civiles de Brasil artículo 79 al 91 *Dos bens considerados em si mesmos* —inmuebles, muebles, fungibles, no fungibles, consumibles, divisibles, indivisibles, singulares, colectivos o universales—; los artículos 92 al 97 se ocupan *Dos bens reciprocamente considerados* —principales, accesorios, pertenencias y partes integrantes—. Costa Rica ha implementado esta línea clasificatoria con ciertas variaciones en los artículos 253 al 260, bienes considerados en sí mismos —muebles, inmuebles, corporales, incorporales—; del artículo 253 al 260 Bienes en relación con las personas —cosas públicas y privadas—. De manera general, se podría ensayar una posible clasificación de la siguiente manera:

En cuanto a los bienes aisladamente considerados —propiedades del bien en sí mismo, con independencia de las personas y de otros bienes— se desprenden: bienes corporales e incorporales; muebles e inmuebles; genéricos y específicos; consumibles y no consumibles; fungibles y no fungibles; divisibles e indivisibles.

¹⁷⁷ Juan Larrea Holguín, *Derecho civil del Ecuador*, 4ª (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986), 8.

¹⁷⁸ Clemente de Diego: Curso elemental de derecho civil, citado en Federico Puig Peña, *Compendio de derecho civil español, tomo II: Derechos reales* (Madrid: Pirámide S.A., 1976), 401.

¹⁷⁹ Castán Tobeñas, *Derecho civil español, comun y foral*, II:548 y ss.

Bienes según sus relaciones con los demás bienes —consideración de las cosas en relación con las demás—, ocupan: los bienes principales y accesorios; singulares y universales.

Bienes en su relación con la persona, su apropiabilidad y titularidad — cosas de las personas y la sociedad, pertenencia o apropiación— se distinguen: bienes apropiables e inapropiables; comerciables y extra comercio; públicos y privados.

El código civil ecuatoriano no aborda todas estas clasificaciones enunciadas de manera expresa, en el título I del libro II del código civil, que trata “De las varias clases de bienes”, se regula apenas las que distingue: cosas corporales e incorpóreas, muebles e inmuebles, apropiables e inapropiables, cosas fungibles —breve mención—, el abordaje a los bienes nacionales en el Título II del mismo Libro II, los demás tipos de bienes se encuentran dispersos en otros Libros del Código.

En el presente apartado abordaré los tipos de bienes relacionados de forma directa con la investigación, a manera de intentar clasificar los comunes del conocimiento en cuanto a su naturaleza en el régimen civil tradicional, lo propio sería integrarlos tanto en la clasificación que miran los bienes de manera aisladamente considerados, por sus cualidades físicas o jurídicas; y, desde el punto de vista de la relación con la persona su apropiabilidad y titularidad, en ese sentido se podrían clasificarlos de manera amplia en bienes corporales e incorpóreas; muebles e inmuebles, divisibles e indivisibles; apropiables e inapropiables; comerciables y extra comercio; públicos y privados.

Bienes corporales e incorpóreas

El código civil ecuatoriano regula en el Libro II, artículo 583 su primera clasificación en cuanto a los bienes corporales e incorpóreas, los primeros “son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”, una máquina; los incorpóreas, sólo pueden percibirse intelectualmente, “consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

El antecedente del Código es la división de Gayo —*quedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorpóreas*. D. L.I., T. VIII, §1—, quien distinguió entre aquellas *quae tangi possunt* y las que *tangi non possunt*:

Son corporales las que pueden tocarse (*quae tangi possunt*), como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata, y finalmente otras innumerables (*aliae res innumerabiles*). Son incorpóreas, las que no pueden tocarse (*quae tangi non possunt*); cuales son las que consisten en un derecho (*quae in iure consistunt*), como la herencia, el usufructo, y las obligaciones de cualquier modo contraídas[...]” (D. L.I., T. VIII, §1). La fórmula gayana

fue recogida en el Título IV del Libro II de las *Institutas* de Justiniano cuyo encabezamiento expresa: *Quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorporales*, para agregar que “son corpóreas las que por su naturaleza pueden ser tocadas (*quae sui natura tangi possunt*) como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata, y por último otras cosas innumerables (§1); más son incorpóreas las que no pueden ser tocadas (*quae tangi non possunt*), cuales son las que consisten en un derecho (*in iure consistunt*), como la herencia, el usufructo, el uso, y las obligaciones de cualquier modo contraídas. Y no importa al caso que en la herencia se contienen cosas corporales.¹⁸⁰

El elemento de la realidad que aborda la definición de las cosas corporales carece de distintividad y exclusividad clasificatoria, por cuanto este elemento del artículo 583 del código civil ecuatoriano bien podría acoplarse a los bienes incorpóreos, por ende, la realidad no es una característica propia de las cosas tangibles. Tanto Parraguez y Larrea Holguín formulan la misma crítica, el primero señala: “Todo lo corporal ciertamente es *real*, en el sentido de realidad, pero no son menos reales las cosas incorpóreas”; el segundo jurista señala: “Los ejemplos son exactos y significativos, pero no se puede admitir la confusión entre lo “real” y lo “corporal””.¹⁸¹

Se sugiere que el interés de esta clasificación es por cuestiones netamente prácticos, evidenciados en los modos de adquirir el dominio, por cuanto —la ocupación y la accesión— tienen lugar únicamente al tratarse de cosas corporales, y por tanto no podría existir, ocupación ni accesión de derechos en cuanto a bienes incorpóreos.¹⁸²

Nuestro código civil recoge, la corporalidad —todo aquello que no constituye derechos— de manera doble, tanto para cosas o bienes materiales o inmateriales, esto de manera indistinta de la materia que pueda ser percibida o no por nuestros sentidos. En estricto sentido jurídico puede existir bienes corporales materiales e inmateriales, resultando un error confundir lo corporal con lo material y por ende sus contrarios, incorporal con inmaterial, en suma, existen bienes corporales con realidad material e inmaterial. Es evidente que Gayo confundió lo corporal con lo material, por ejemplo, en cuanto de los derechos intelectuales como obras, patentes, signos distintivos, se

¹⁸⁰ Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil* (México: CED, 1991), 33.

¹⁸¹ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 70.

¹⁸² Respecto al particular Parraguez señala: “Bien mirada las cosas, esta afirmación tiene sentido pero requiere una explicación que dé luces sobre su verdadero alcance. Lo que se adquiere a través de los diferentes modos que contempla el Código, es siempre una cosa incorporal, el derecho de dominio, que algunas veces recae sobre una cosa corporal, como el dominio de una finca o de un computador, y otras sobre una cosa incorporal, como es la propiedad de un crédito o del derecho de usufructo. Ahora bien, modo obedece a un específico supuesto fáctico (aprehensión, adherencia, entrega, posesión, muerte) y es la posibilidad de realización del particular supuesto de hecho la causa de que un determinado modo opere únicamente con relación a cosas corporales”. *Ibid.*, 71.

evidencia un otorgamiento de derechos inmateriales de manera particular y específica, “realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos”.¹⁸³ Cabe anotar que, en cuanto al sistema civil —cosas corporales inmateriales— es un oxímoron por cuanto “debemos entender como cosas corporales *inmateriales* todas aquellas que, sin ser derechos, son intangibles, sean o no producto del ingenio humano”.¹⁸⁴

Bienes muebles e inmuebles

Es una de las clasificaciones más importantes respecto de los bienes, la cual atraviesa todo el ordenamiento jurídico, dota de trascendental importancia a los bienes inmuebles al regularlos de manera formalista, rígida y protectiva en comparación con los bienes muebles.¹⁸⁵ Este hecho de distintiva importancia tiene su fuente en el valor histórico y aún vigente que se desprende de la riqueza inmobiliaria. Esta distinción empezó a gestarse en el derecho romano tardío, se hace fuerte en el feudalismo, se posiona en el *Code* y la codificación decimonónica, persistiendo muy presente en la época contemporánea con la valoración económica y social de la propiedad hacendaria.

A fecha actual con inicios en el siglo XX empieza a destacarse en el plano jurídico, económico, social y cultural la trascendental importancia que marcará a los bienes muebles, situación que se anunciaba desde los orígenes de la revolución industrial y con un fuerte incremento con el desarrollo del sistema capitalista. Actualmente, es posible que el valor económico de los bienes muebles supere en abismal proporción a los bienes inmuebles, lo cual resultaba inimaginable, es totalmente posible de hecho, portales web, marcas, softwares, pueden costar millones de dólares, una economía y derecho basada en títulos valores, maquinarias, hardware sofisticado,

¹⁸³ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Tomo III*, 5ª (Navarra: Thomson-Civitas, 2008), 186.

¹⁸⁴ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 72.

¹⁸⁵ “Este distinto régimen tiene numerosas evidencias positivas, entre las cuales se pueden señalar, simplemente a modo de muestras: el contrato de compraventa de inmuebles es solemne, debe ser otorgado por escritura pública (artículo 1740, inc. 2º), en tanto el de bienes muebles es, por regla general, consensual (artículo 1740, inc. 1º); la tradición de bienes raíces se practica mediante la inscripción del título translativo en el registro de la Propiedad (artículo 702), mientras que la de los bienes muebles puede practicarse por cualquier forma real o simbólica de entrega (artículo 700); el administrador de bienes ajenos tiene más restricciones para la disposición de bienes inmuebles, que para la de los muebles (p. ej., artículos 74, 181, 418, 421, 770); la prescripción ordinaria de bienes raíces requiere un mayor tiempo de posesión para los inmuebles (5 años) que para los muebles (3 años, artículo 2408); la rescisión por lesión enorme sólo cabe tratándose de bienes inmuebles (artículo 1831), etc.” *Ibid.*, 76.

productos y procedimientos tecnológicos, marcan una fortuna mobiliaria nada despreciable que supera el valor de las más vigorosas riquezas inmobiliarias.

Esas transformaciones en cuanto al significativo valor de los bienes muebles han supuesto de igual manera un reto enorme para el derecho, al tener que adecuar su régimen jurídico subsidiariamente acorde a la naturaleza de los bienes muebles e inmuebles, pero de sobre manera fijado en el valor patrimonial de las cosas.¹⁸⁶ De hecho, hay autores como Louis Josserand, José Castán Tobeñas y Pascual Marín que proponen poner fin al conflicto entre la realidad económica y la ficción jurídica, suprimir los vestigios que quedan de los códigos de principios como las *res mobilis*, *res vilis*; inclusive propuestas ingeniosas, ya en marcha como proponer una nueva clasificación que distinga entre cosas registrables y no registrables, de la mano con un nuevo régimen de publicidad de los cambios de titularidad.

Nuestro código civil señala en su artículo 584 que “las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”, clasificación que de igual manera cobija a las cosas incorpóreas, es decir a los derechos y acciones, para el efecto señala en el mismo cuerpo legal artículo 597 “Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe”. Además, aclara que una especie particular de cosas corporales, específicamente “los hechos que se deben, se reputan muebles” —artículo 598—.

Bienes corporales muebles

Los que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin afectación o detrimento de su substancia, es decir todos aquellos movilizables, —deriva del latín *mobilis*—, por ejemplo, un caballo, un cuadro, los títulos valores, indistinto del volumen o valor. Las Partidas al respecto: Partida 3^a.- *todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar a otro, e todas las que se pueden ellas por si mover naturalmente.*

¹⁸⁶ “Algunos pasos en esta nueva dirección se han dado en nuestro sistema civil. Así lo observamos, por ejemplo, en el régimen administrativo ordinario de la sociedad conyugal ecuatoriana, que luego de las reformas que se introdujeron por las leyes N° 43 y N° 88 de 1990, logró una razonable, aunque todavía tímida aproximación en el régimen jurídico de los bienes raíces y muebles. Antes de la reforma el artículo 187 limitaba la facultad de disposición del administrador ordinario solamente respecto de los bienes inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal, permitiendo una amplia potestad dispositiva para los bienes muebles. En el nuevo régimen la limitación se ha extendido a algunos bienes muebles que el legislador, interpretando la apreciación social, estimó de valor considerable: los vehículos motorizados y las acciones y participaciones mercantiles de la sociedad conyugal (artículo 181). Igualmente ha ocurrido con la protección de los bienes muebles de valor superior a mil dólares, de las personas bajo tutela o curaduría, que se han asimilado a los inmuebles para efecto de la limitación que afecta a los tutores y curadores para celebrar transacciones o compromisos (artículo 425)”. *Ibid.*, 77, 78.

Queda clara la condición de movilidad que debe cumplir la naturaleza del bien para ser considerado como bien mueble, sin embargo, por cuestiones de índole práctico y económico, retiran esta condición estricta de su naturaleza movable.

El artículo 585 del código civil ecuatoriano por una parte define los bienes muebles, acto seguido exceptúa bienes que, aunque por su naturaleza son muebles, se reputan inmuebles por destinación, como por ejemplo los utensilios de labranza de una finca. Sin embargo, el artículo 589 del mismo cuerpo legal, atribuye la condición de bienes muebles a pesar de que desde un punto de vista técnico jurídico son inmuebles, por ejemplo —los productos de los inmuebles— la madera y los frutos pendientes de un árbol, que normalmente se considerarían inmuebles, se reputan muebles, como la madera y los frutos pendientes de un árbol con lo cual constituyen un derecho sobre dichos productos a favor de otra persona distinta del dueño.

De lo dicho y en base a los artículos 585 y 589 del código civil nacional los bienes corporales muebles se clasifican en dos grupos: a) bienes muebles por su naturaleza y b) bienes muebles por anticipación. Los primeros —bienes muebles por naturaleza— se refieren a la aptitud de movilización propia de la naturaleza del bien, lo cual permite su transportación por ejemplo un perro, una bicicleta, una computadora; de ello se desprende la fuente de su movilidad, permitiendo clasificarlos en cosas semovientes: como los animales, cualidades propias de movilidad provenientes de fenómenos biológicos, su condición de movilidad es propia de su condición vital, que permite moverse por sí mismas y en cosas inanimadas: se mueven por una fuerza externa, cuya movilidad depende de la voluntad y acción de una fuerza exterior, como por ejemplo un cuaderno, pincel, disco de vinilo, mercaderías, en este subgrupo se incluiría lo relacionado con robots y vehículos motorizados autómatas, cuya movilidad depende de un sistema operativo incorporado en el bien, lo cual no implica parte de su naturaleza, su movimiento se origina en la acción de un agente externo operado por un ser humano o a través de otro dispositivo manipulado por éste que facilita su operación y movilidad, por ejemplo un auto a control remoto o un dron —vehículo aéreo no tripulado VANT—.

Los segundos —bienes muebles por anticipación—, por consideraciones de orden práctico buscan la facilidad para suscribir negocios jurídicos sobre los productos, cosas o frutos, con independencia del suelo al que adhieren, la ley permite que se les considere como bienes muebles aun antes de su separación por ejemplo del árbol, vivar o del suelo, todo encaminado para el efecto de constituir un derecho sobre dichos

productos o cosas en favor de otra persona distinta a la del dueño; la misma ley anticipa su calificación mobiliaria, lo que se conoce en la doctrina como muebles por anticipación. Sin perjuicio, cabe aclarar que dentro de la regla general de la técnica-jurídica, los bienes mientras se encuentran arraigados, adheridos al suelo, árbol y sus frutos dependiendo de sus raíces, ramas y hojas, forman un solo bien como parte de un todo, sin poder desprenderse y sin la capacidad de desplazamiento se reputan como bienes inmuebles; cabe resaltar que una vez que los bienes se desprenden toman la calidad de bienes muebles por naturaleza.

Bienes corporales inmuebles

Hacen referencia a “las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro”, “ni por medio de su propia naturaleza, ni por efecto de fuerzas externas, sin que implique afectación de su substancia” —artículos 586 y 585—. En suma, bienes que no pueden ser separados o trasladados a otro lugar sin que se provoque una afectación a su naturaleza. Por ejemplo, no es posible trasladar un lote de terreno de un lugar a otro; justamente la fijeza de los bienes inmuebles provoca su nombre de bienes raíces.

Se podría clasificar en tres categorías: a) bienes inmuebles por naturaleza; b) bienes inmuebles por adherencia; y, c) bienes inmuebles por destinación.

Bienes inmuebles por naturaleza: es lo que le otorga su carácter inmobiliario, se refiere en específico al suelo o superficie de tierra y por adherencia o estado natural al mar, lagos ríos, etc.

Bienes inmuebles por adherencia o incorporación: su naturaleza como tal mobiliaria, sin perjuicio la propia ley los reputa como bienes inmuebles debido a su adherencia permanente al suelo, el artículo 586 del código civil ecuatoriano menciona como ejemplo a los edificios y los árboles, es un aspecto importante, la exigencia de adhesión permanente que regula el código.

Bienes inmuebles por destinación —cosas accesorias o pertenencias—: si bien se podrían considerar bienes muebles por naturaleza que han sido inmovilizados por medio de una cuestión legal práctica, ahora se trata de cosas accesorias al servicio de la utilidad del inmueble, por ejemplo, los animales que se ocupan del laboreo de la tierra, es razonable que se los considere como partes integrantes del inmueble al que sirven. El artículo 588 del código civil ecuatoriano hace mención a los bienes que “Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento”.

Señala el mismo artículo 588 como ejemplos de manera ejemplificativa: “Las losas de un pavimento; los tubos de las cañerías; los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca”; etc.

Bienes divisibles e indivisibles

Divisibles son aquellos bienes que tienen la capacidad para fraccionarse material o intelectualmente, sin afectar o disminuir de manera significativa el valor de las partes resultantes, en comparación con el que contaba el bien original.

En el caso del código civil ecuatoriano no se encuentra una clasificación específica al respecto de este tipo de bienes, sin embargo, se refiere al momento de regular las obligaciones divisibles e indivisibles, al respecto señala el artículo 1540.- “La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota”.

De lo dicho se desprende que pueden plantearse dos tipos de divisibilidad: a) física o material o b) intelectual o de cuota. En cuanto al primer criterio, las cosas materialmente divisibles permiten un fraccionamiento físico, siendo una cuestión de hecho que está directamente relacionada con la función económica de las cosas, un mismo bien puede ser divisible o indivisible a la vez, dependiendo determinadas circunstancias, por ejemplo un trozo de madera es divisible pero al ser modificada en una escultura se transforma en indivisible; un borrego vivo es materialmente indivisible, sin embargo, una vez muerto puede dividirse para la venta de su piel, carne, vísceras; otro ejemplo son las joyas, un diamante, podría considerarse divisible, pero dependiendo de su forma o calidad su valor lo hace que se convierta en indivisible.

En relación con la divisibilidad intelectual o de cuota, sin que se comprometa la integridad material del bien, permite fraccionar las cosas en cuotas ideales o partes imaginarias, constituyendo derechos, acciones y obligaciones sobre el bien, mediante lo cual se constituye una coexistencia de dos o más copropietarios. Específicamente los bienes incorpóreos o derechos, en relación con su naturaleza incorpórea, sólo son susceptibles de esta modalidad intelectual de división; por tanto, mientras el bien permanezca indiviso, se procede a realizar una división intelectual sobre los derechos sobre ese bien, no sobre el bien material como tal.

El artículo 1353 del código civil nacional se establece una interesante regla cuando el bien no admite división o cuya división la haga desmerecer. El remedio legal es simple, se propone la venta del bien indivisible y se proceda a dividir el precio entre

los coasignatarios a prorrata, hecho lo cual provoca un efecto positivo, el bien indivisible se reemplaza por otro esencialmente divisible como el dinero.

Bienes apropiables e inapropiables

Apropiables aquellos bienes que pueden ser objeto de propiedad, público o privado. En ese sentido pueden provocarse dos efectos, bienes apropiados —cuando gozan de propietario—; bienes inapropiados, ya sea por cuanto no pertenecen a nadie —*res nullius*—, simplemente porque no son objeto de dominio, por ejemplo, los animales salvajes, los peces, las fieras artículo 624 del código civil ecuatoriano, o bien pueden ser bienes abandonados —*res derelictae*—.

En cuanto a la *res nullius* es de una relativa efectividad y valor, únicamente en el ámbito del dominio privado, de sobre manera cuando se trata de inmuebles, los mismos siempre contarán con un dueño, tal cual lo señala el artículo 605 del código civil nacional, todas las tierras o inmuebles o pertenecen a personas privadas o al Estado.

Los bienes inapropiables, son aquellos que la ley los declara con esa condición, tal cual lo regula el código civil ecuatoriano en su artículo 602, inapropiables, “las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar”, en ese sentido el artículo expresamente señala estas cosas “no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas”. Cabe detallar solo de manera enunciativa, que la constitución ecuatoriana en sus artículos 57 numeral 12, así como el artículo 322, ha declarado como inapropiables los conocimientos colectivos.

Bienes comerciables y no comerciables o extracomercio

La regla general comprende a todos los bienes como comerciables y parte del comercio humano, es decir los bienes en general forman parte del negocio jurídico, tanto como un objeto de un derecho real —dominio, usufructo, servidumbre, etc.— o de la obligación prestacional que genera el derecho personal. La excepción de no comerciable viene dada por la ley, su inapropiabilidad —alta mar—, las coloca al margen de del tráfico jurídico, esta condición regularmente se encuentra en la propia naturaleza de las cosas, por tanto, lo perdurable de esta condición natural, de igual forma determinará la exclusión del bien del comercio humano. Bien realiza la normativa civil ecuatoriana —artículo 1480, inciso 3 y 1— al declarar la existencia de objeto ilícito en ciertas enajenaciones y tratarlas de manera separada a los bienes embargados, los cuales se encuentran temporal y circunstancialmente fuera del tráfico jurídico, y de

igual manera, con objeto ilícito a los bienes que no están en el comercio, por ejemplo, el cuerpo humano.

Bienes públicos y privados

Los bienes públicos son aquellos de la esfera del dominio público, que pueden ser apropiados de manera exclusiva por la nación. Se los conoce como bienes públicos, patrimonio público del Estado, bienes nacionales de uso público o simplemente bienes públicos, cuyo dominio le corresponde a la nación, pero el atributo del uso pertenece a todas las personas, por ejemplo, las aceras, las calles, avenidas y plazas. Al mismo tiempo cabe diferenciarlos de los bienes denominados como bienes estatales, bienes fiscales o patrimonio privado del Estado, que son aquellos bienes que forman parte del dominio público, el Estado como persona jurídica dispone de un patrimonio del cual puede disponer y desempeñar funciones en base a su competencia, por ejemplo, los edificios destinados a los servicios públicos, los vehículos y demás bienes muebles parte de sus activos.

Estos enunciados de las clases de bienes de forma tradicional, servirán para sentar las bases del régimen jurídico para lo que denominamos comunes del conocimiento, sin embargo es necesario cuestionarse si esta clasificación es suficiente para identificar la naturaleza jurídica respecto de bienes relacionados con el conocimiento y con las tecnologías de la información como por ejemplo los derechos intelectuales, protección de datos, anonimato, encriptación, *Microsoft, analytics*, dinero electrónico, *blockchain*, inteligencia artificial, algoritmos.

Nuevas necesidades y relacionamientos jurídicos colocan la urgencia de abordar una posible clasificación de determinados bienes relacionados con los del conocimiento, ¿todos deben ser tratados por igual? ¿la clasificación clásica civil es suficiente?, a priori la respuesta a ambas interrogantes es una negativa rotunda.

En cuanto a los comunes del conocimiento relacionados con los derechos intelectuales, como lograr realizar una diferenciación que identifique de manera singularizada desde los memes, canciones, películas, video juegos, los cuales podríamos encajarlos como obras culturales, hasta lograr identificar lo que podría ser una obra productiva como un software de inteligencia artificial, cuál y cómo lograr abarcar

ambos tipos de bienes que pertenecen al mismo grupo de clase en base a su naturaleza y como pretender diferenciarlo.¹⁸⁷

La clave para lograr esta diferenciación se desarrolla en los bienes de consumo y los bienes de producción, por ejemplo la obras culturales per se son bienes de consumo, entendidas como el bien o mercancía final en un proceso de producción, que busca satisfacer las necesidades de las personas de manera directa; a diferencia de la obras productivas, que son bienes de producción, lo cual implica herramientas o activos utilizados en la producción de bienes de consumo para la operación de negocios que desenlazan con frecuencia en la venta por un rédito económico, es decir bienes que a su vez crean otros productos o servicios. Ambos bienes tienen su tipo de demanda, la demanda del consumo es la demanda de bienes de consumo y la demanda del capital es la demanda de bienes de producción.

En complemento a lo descrito y a pesar de ser conceptos que regularmente se emplean en materia económica, como los bienes de consumo y de producción, un concepto en relación con los bienes y en particular a los bienes del conocimiento son los bienes rivales y no rivales, su vínculo con el campo jurídico se podría identificar una categoría semejante en los bienes consumibles y no consumibles, con las características particulares de cada bien.

Bienes rivales

Presentan una doble característica, por una parte, la exclusión: un bien es rival cuando el uso de este por una persona impide a otras disfrutar del bien; por otra el agotamiento: es rival cuando se agota en el proceso de su uso o consumo.

Bienes no rivales

Un bien es no rival cuando el uso de este por una persona no impide a otras disfrutar del bien —exclusión—, y en cuanto al agotamiento, se caracteriza por no agotarse en el proceso de su uso o consumo.

¹⁸⁷ “Ha surgido un vasto territorio empresarial en torno a la invención y la innovación, que suministra por doquier nuevas tecnologías de consumo, producción, circulación, gobernanza, poder militar, vigilancia y administración”. David Harvey, *17 contradicciones y el fin del capitalismo.*, trad. Juan Mari Madariaga (Quito: IAEN, 2015), 104.



Figura 24. Bienes rivales y no rivales
Fuente y elaboración¹⁸⁸

En cuanto a los bienes de producción corporales materiales son de característica rival y podría ejemplificarse por medio de una computadora, impresora o un escáner, que podrían ser al mismo tiempo bienes de producción esencialmente, sin perjuicio podrían ser bienes de consumo, dependiendo la utilidad y el empleo que se le otorgue.

Los bienes de producción inmateriales por naturaleza son no rivales, en cuanto tiene que ver con su uso conveniente, permitiendo un uso infinito y repetitivo del bien, por ejemplo, el software libre.

Es posible abordar una categoría de bienes inmateriales, no rivales de manera artificial, si bien la naturaleza del bien permite un uso inagotable, sin embargo, se ve detenido por un candado o limitación impuesta artificialmente de manera técnica o legal que bloquea su finalidad no rival, por ejemplo, el software privativo.

Lo determinante para distinguir un bien productivo o no viene dada en la intencionalidad del empleo, dependerá de la posibilidad de ser utilizado en la producción o en el consumo.

¹⁸⁸ Ver el original en la cuenta:
<https://twitter.com/sketchplanator/status/1519301599331500032?s=21&t=PDHHtBrp3Fp4BX2DulpOw>

8. Naturaleza jurídica de los comunes del conocimiento

Para identificar su naturaleza es necesario identificar qué tipo de bienes abordan los comunes del conocimiento, de manera amplia se ubican en los relacionados con la propiedad intelectual o derechos intelectuales y los derechos digitales en lo pertinente a los derechos de autor y patentes, por ejemplo, los algoritmos, el software y la protección de datos y la gobernanza de internet. Expondré la principal naturaleza jurídica de los bienes señalados, sin perjuicio de señalar que, de manera general, en el ámbito netamente del derecho de autor se desprenden dos sistemas, el del derecho de autor y el *copyright*.¹⁸⁹

Teoría del derecho de propiedad, en relación con el derecho de autor lo relacionado a la propiedad tiene su origen en los decretos de la Revolución Francesa, que consagraron los derechos de representación de obras dramáticas en 1791 y de reproducción de las obras literarias en 1793, con lo cual surge la idea revolucionaria de este régimen de propiedad a los productos del ingenio.

Precisamente una de las características fundamentales del concepto de propiedad es su flexibilidad, elasticidad y adaptabilidad a los fenómenos jurídicos es inagotable,

¹⁸⁹ Las principales diferencias entre el derecho de autor europeo y el *copyright* recuerda Pizarro lo planteado por Sterling J.A.L.:

“1. Mientras que el sistema de *copyright* está fundamentado básicamente en consideraciones económicas, el sistema de derechos de autor está vinculado, de alguna manera, a un concepto de derecho o bien de la personalidad.

2. En el sistema de *copyright*, es posible que el autor sea tanto una persona física como jurídica, mientras que en el ámbito de los derechos de autor, en principio y por imperativo de la ley, la obra ha de surgir de la actividad de una persona natural.

3. En el sistema de *copyright* el reconocimiento legal de derechos morales del autor ha tenido un lento desarrollo. En cambio, en el sistema de derechos de autor, los derechos morales ocupan una posición preeminente y existe una tradición de alto nivel de protección de tales derechos.

4. La fijación en forma material de la obra es generalmente esencial en el sistema de *copyright*. En el de derechos de autor no es, en cambio, precisa para la protección de la obra.

5. Cuando se trata de obras cinematográficas, en el sistema de *copyright* el propietario inicial del *copyright* puede ser una persona jurídica —por ejemplo, una compañía productora—, pero en el sistema de derechos de autor tienen que ser las personas que han contribuido a la creación de la obra.

6. En el sistema anglosajón el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*; en el de derechos de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque pueda este ser cedido, mediante contrato, al empresario.

7. No es normal en el sistema de *copyright* que los contratos contengan previsiones muy detalladas sobre la publicación, mientras que tales regulaciones pormenorizadas son regla en el sistema de derechos de autor.

8. En cuanto a los derechos conexos a los de autor, en los países de tradición anglosajona sólo los trabajos originales de autor se protegen mediante *copyright*. Los derechos conexos gozan de una protección minorada o incluso, a veces, de ninguna en especial. En el sistema de derechos de autor en cambio, está generalmente clara la distinción entre derechos de autor en las obras de creación y los derechos conexos o vecinos de los ejecutantes, productores de fonogramas u otros”. Eugenio Pizarro Moreno, *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 98, 99, <http://site.ebrary.com/id/11013699>.

logrando identificar los hechos de cada época y generar nuevas formas de apropiación entre la propiedad clásica y las contemporáneas.

El derecho de autor justamente es una muestra de ello, existen diferencias entre la propiedad común y el derecho de autor marcadas por ejemplo en cuanto a su objeto, contenido, temporalidad —plazo de protección—, la condición de protección moral.¹⁹⁰

En la propiedad tradicional el señorío o dominio incurre sobre un objeto corporal en relación con los derechos intelectuales su señorío incurre sobre creaciones intelectuales de tipo inmateriales, sin embargo, su coincidencia radica en el carácter exclusivo, excluyente y total, susceptible de prohibición para terceros no autorizados.

La propiedad ordinaria recae sobre un objeto material preexistente, y se adquiere por el dueño mediante los modos de adquirir que establece el legislador [...]. Aun cuando la cosa no hay sido adquirida por alguien, tiene ya existencia física y la condición de *res nullius*. La llamada “propiedad intelectual”, en cambio, recae sobre un objeto inmaterial que se individualiza precisamente en cuanto propiedad, y que nace atribuido ya a su creador: no preexiste una propiedad intelectual mostrenca y a disposición del primer ocupante, y es por esto por lo que nadie puede monopolizar las palabras o ideas vulgares, o las notas musicales, o los colores, sino que el monopolio de la combinación de unas u otros está condicionado a la originalidad del resultado, y entonces se atribuye al creador [...] por el solo hecho de la creación.¹⁹¹

La naturaleza sobre su propiedad se produce sobre creaciones del ingenio y no sobre el soporte físico o soporte material en sí, cual lleva exteriorizado la creación; el

¹⁹⁰ La Corte Suprema de Justicia de Colombia por medio de una sentencia memorable, desarrolla por primera vez lo relacionado a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual (derecho de autor). “Vale la pena anotar las diferencias entre esta propiedad sui generis y la del derecho común: 1º En cuanto a su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo moral y algo patrimonial: lo primero, llamado “derecho moral” de autor, es inalienable, irrenunciable, imprescriptible; lo segundo, al contrario, como ocurre en todo derecho patrimonial. El artículo 49 de la Ley 86 de 1946 consagra el derecho moral (hoy es artículo 30 de la Ley 23 de 1982), al reservar para el autor que ha enajenado o transmitido su derecho de propiedad intelectual, la facultad de exigir la fidelidad del texto y del título en las ediciones y reproducciones; de pedir la mención de su nombre o seudónimo, y de oponerse a toda reproducción o exhibición pública de la obra, alterada, mutilada o modificada. En tanto que en la propiedad común nada de esto ocurre: el adquirente no queda sometido a ninguna potestad del dueño anterior. 2º La propiedad intelectual recae sobre una cosa “incorporal”; la obra, la creación. La propiedad común, en sentido estricto, sólo recae sobre las cosas corporales (artículo 679 del código civil). 3º La propiedad intelectual es temporal: dura la vida del autor y ochenta años más [...]; la común, es perpetua. La temporalidad es reflejo de la preeminencia de aquélla en el campo de los valores y esfuerzos humanos. 4º En la propiedad intelectual, el rendimiento para el titular depende del éxito público de la obra; en la común, no juega tal factor. Por estas peculiaridades no desaparece la noción de “propiedad”, a base de los elementos y atributos de ésta; se obtiene, simplemente, una propiedad especial”: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez, febrero 10 de 1960...”. Este importante precedente jurisprudencial aparece publicado en: Ernesto Rengifo García, *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, 1. ed (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 63, 64.

¹⁹¹ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual* (Madrid: Tecnos, 1989), 32.

derecho del intelecto surge al instante mismo de la creación, sin necesidad de acudir a formalidad, registro o modo de adquirir el dominio.

Los derechos intelectuales gozan de un doble contenido, uno patrimonial y otro de carácter extrapatrimonial —moral o personales—personalidad—. Los patrimoniales relacionados a las facultades de explotación exclusiva en el ámbito de negocios jurídicos y comerciales que ostenta el creador; los derechos morales en cambio relacionados de manera permanente al ámbito de la personalidad a la impronta e intimidad del creador; de hecho a pesar de existir una enajenación total sobre la obra, el autor sigue conservando un control sobre sus derechos morales al gozar de facultades perpetuas, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables, distantes al derecho de dominio tradicional.

La cuestión de temporalidad tiene detalles que marcan diferencias esenciales en el derecho de autor y la propiedad común, el primero en su ámbito patrimonial otorga un tiempo de protección regulado en la normativa que por lo regular es la vida del autor y un tiempo posterior a su fallacimiento, que favorece a los causahabientes; a diferencia de la propiedad tradicional que es perpetua, a menos que el titular decida realizar un acto traslativo de dominio respecto de su bien.

Teoría del derecho sobre bienes inmateriales

La teoría de los bienes inmateriales —*Immaterialrechte*— desarrollada por el tratadista alemán Josef Kohler, señala que los derechos sobre las cosas incorpóreas se dividen en dos vertientes: 1) derechos inmateriales: que incluye derecho de autor y patente, lo que se conoce como propiedad intelectual e industrial) y 2) derechos individuales —*Individualrechte*— que abarca los derechos sobre el nombre, enseña, marcas. Sobre estos derechos inmateriales surgen derechos absolutos, no confundible con los derechos reales justamente por la inmaterialidad del objeto. Esta corriente representa una reacción en antítesis a la doctrina del derecho de propiedad, por resultar insuficiente o inadecuada para precautelar los derechos de autores y sus creaciones, allí la necesidad del surgimiento de esta nueva categoría del derecho inmaterial diferente a la propiedad clásica, regularmente vinculada a bienes materiales.

Kohler observa en el derecho de autor dos categorías diferentes que se complementan: de una parte, un conjunto de prerrogativas patrimoniales que posee el autor para la explotación económica de la obra (similares a la categoría de los derechos reales), pero que recaen sobre un objeto inmaterial; y un haz de prerrogativas morales, de otra, reconducible a la categoría de los derechos de la personalidad. Invoca como precedente a Kant, para quien el derecho de autor forma parte de la personalidad de éste, de tal

manera que cualquier publicación no autorizada constituye un atentado a su entidad intelectual, paralelo a la agresión a su persona física.¹⁹²

A la concepción Kohler al basarse en las dos facultades tanto patrimoniales y morales, se la ubica como una teoría dualista. Sin embargo, ha recibido críticas, se considera que el nuevo criterio únicamente perfecciona la teoría del derecho de propiedad clásico, por ejemplo Remo Franceschelli la ha criticado por cuanto la inmaterialidad abarca la “naturaleza del bien, no explica la verdadera naturaleza del derecho” y Remo señala que podría tratarse de “derechos de propiedad sobre cosas inmateriales”, sin distanciarse del concepto clásico de propiedad, sin necesidad de otorgarle una nueva categoría independiente, este autor justamente es quien promueve la corriente de los derechos de monopolio.

Teoría del derecho de la personalidad, se la define como tesis monista vinculada con el derecho de la personalidad, en virtud de la cual, las facultades y prerrogativas que corresponden al autor se derivan de la protección de su personalidad. Uno de sus proponentes es Kant, para quien el “derecho de autor es la manifestación del derecho de la personalidad, lo cual otorga la posibilidad de impedir que otro le haga hablar en público sin su consentimiento”.

Dentro de esa línea y con más desarrollo, se ubica Otto Von Gierke, para este autor el derecho de autor es un derecho de la personalidad, la obra creadora del ingenio es una prolongación de la personalidad del autor, quien la exterioriza a través de expresión creativa, el objeto mismo es decir la obra intelectual es considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad.

La obra intelectual, sin embargo, no es objeto del derecho de autor en su totalidad, sino únicamente y en tanto que es y permanece como bien personal de su autor. Esta es la razón en que Gierke funda su conclusión de que se trata de un derecho de la personalidad. En efecto, el autor tiene un señorío sobre su obra, pero no sin más, ni siquiera en consideración a que ésta es una criatura suya; sino en tanto en cuanto se encuentra dentro de su esfera personal.¹⁹³

Para esta corriente, la protección de la obra por el régimen del derecho de autor no se otorga por la utilidad, mérito o finalidad, se la realiza a partir de la originalidad y

¹⁹² Rengifo García, *Propiedad intelectual*, 66.

¹⁹³ Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (Madrid: Ed. Civitas, 1993), 463, 464.

ésta se vincula directamente con la personalidad del creador. En resumen, para Gierke la obra es una prolongación de la personalidad del autor y el uso de la obra no conlleva necesariamente un acto de contraprestación o de corte patrimonial, por cuanto el autor puede realizar actos de explotación sin recibir ningún tipo de compensación económica.

Se cuestiona esta corriente por cuanto la pretensión de incluir el derecho moral como parte de los derechos personales, no sería adecuado ya que el ordenamiento jurídico no protege al autor, sino las relaciones del autor con su obra, volviéndose imposible separar las facultades de exclusión del autor acorde a los intereses protegidos.

Teoría del derecho de autor como derecho moral y patrimonial

Esta posición es prevalente y de gran acogida, de sobre manera para sistemas jurídicos de corte romano-germánico, el contenido del derecho de autor se desprende en sus facultades y prerrogativas tanto en el ámbito patrimonial y moral formando un todo inseparable, inescindible. Por una parte, el objeto del derecho, la obra es un bien económicamente explotable y un bien de la personalidad de su creador.

En ese sentido el derecho de autor cuenta con una zona mixta entre los derechos patrimoniales y los de la personalidad, constituyendo una unidad indisoluble de intereses del creador y jurídicamente reconocidos.¹⁹⁴

De esta corriente se desprenden dos posiciones, por una parte quienes la consideran como un derecho único del que fluyen las facultades que lo integran, así autores como Ulmer sostienen esta línea de planteamiento, para éste la tutela de los derechos patrimoniales también está destinado a tutelar el interés personal del autor, si bien desde el concepto se generan dos tipos de intereses —materiales e ideales—, no significa necesariamente dos derechos subjetivos por separado; tal cual, lo sostienen quienes se inclinan por la teoría dualista, en ese aspecto autores como Piola Caselli,

¹⁹⁴ “Ulmer comienza por señalar la imposibilidad de distinguir de un modo neto y estricto entre las medidas que el derecho dedica a la protección de los intereses ideales y aquellas otras que se destinan a la tutela de los intereses económicos del autor. En general, todas cuantas prescripciones se refieren a la exclusiva de explotación de la obra, van dirigidas de modo fundamental a la defensa de intereses materiales, mientras que se refieren a la de los intereses personales de autor las facultades que se describen de índole jurídico-personal. Pero, a la hora de caracterizar y catalogar el derecho, hay que tener en cuenta que no existe una absoluta coincidencia entre tales facultades e intereses, porque se producen relaciones estrechísimas entre uno y otro sector, el sector ideal y el sector económico que originan que, a través de facultades de orden patrimonial, se defiendan a veces intereses morales del autor y viceversa. Un ejemplo típico de este doble carácter del derecho —señala Ulmer— lo proporciona el examen de su facultad de publicación de la obra. Mediante ella, es evidente que se le asegura al autor una posición jurídica en virtud de la cual puede obtener unos beneficios económicos determinados de terceros; pero en realidad también y fundamentalmente la decisión relativa a la publicación de la obra y a los demás actos de multiplicación de la misma se orienta a la protección de sus intereses ideales”. *Ibid.*, 475.

señala que el derecho de autor es de naturaleza mixta: derecho personal-patrimonial, asume la tesis del derecho doble, protección en su naturaleza personal reflejo de la creación y patrimonial desde su publicación.

Teoría de los derechos intelectuales

Bajo esta teoría se encuentran los derechos de obras literarias, artísticas y científicas, las patentes, inventos, los modelos y dibujos industriales, los signos distintivos como marcas y nombres comerciales. El mentor de esta teoría es el tratadista belga Edmond Picard quien, en 1873, mediante un ensayo denominado: *Embriología jurídica*, planteó la “insuficiencia de la clasificación tripartita de los derechos —reales, personales y obligaciones—” en relación con las creaciones del espíritu. En resultado, planteó una cuarta categoría denominada como derechos intelectuales, justamente para ubicar allí a los derechos de autor. El planteamiento de Picard confronta los derechos reales —*iura in re materiali*— en relación con los derechos intelectuales —*iura in re intellectuali*—. En Latinoamérica quien ha sostenido y difundido esta teoría es Isidro Satanowsky.¹⁹⁵

aunque los derechos del patrimonio, ambos numerosos e importantes, son los derechos reales y los derechos de crédito, no son, sin embargo, los únicos. Hay una categoría de elementos de riqueza que no pueden entrar ni en uno ni en otro, de aquellas dos clases. Se le denomina derechos intelectuales. Son aquellos que tienen los autores, escritores, artistas sobre sus obras (escritos, cuadros, estatuas, grabados, partituras), los derechos de los inventores sobre sus inventos, los de los comerciantes e industriales sobre sus marcas de fábrica, privilegios de invención, dibujos, nombre y clientela de la casa.¹⁹⁶

Picard expone los derechos de corte romanista de forma tripartita, 1) derechos personales —*iura in persona propria*—: patria potestad, interdicción, mayoría, etc.; 2) derechos obligacionales —*iura in altero*—: compraventa, comodato, mandato, etc., y 3) derechos reales —*iura in re materiali*—: propiedad, usufructo, servidumbre, garantías reales, etc., justamente para efectos de explicar las creaciones e inventos del intelecto, y sobre todo para evitar las inconsistencias que encontraba al tratar de exponer este tipo de creaciones a la luz de los derechos reales por medio de la clasificación tradicional tripartita de bienes; justamente propone como necesario crear una cuarta categoría a la que denomina derechos intelectuales —*iura in re intellectuali*—.

¹⁹⁵ Sobre el tema sugiero revisar la obra de Isidro Satanowsky, *derecho Intelectual*, (Buenos Aires, Ed. TEA), 1954.

¹⁹⁶ Ambroise Colin y Henri Capitant, *Curso elemental de derecho civil* (Madrid: Edit. Reus, T. I, 1952), 270.

Se critica la teoría de Picard al incluir dentro de los derechos intelectuales a los signos distintivos, ya que las marcas por ejemplo señala André Francon, aseguran una ventaja comercial, no es una actividad del intelecto humano, no se crea o inventa algo al momento de designar el nombre de una marca.¹⁹⁷ En esa línea crítica justamente se la realiza a la naturaleza de la obra por ejemplo las obras literarias y artísticas por ejemplo pueden pasar inexorables en el tiempo a diferencia de los demás que por ser objeto de aplicación industrial pueden ser con facilidad sustituidos por el progreso técnico.

Teoría del derecho de autor como un monopolio de explotación

Al tratadista Remo Franceschelli se lo considera como el creador de la categoría de los derechos de monopolio para explicar la naturaleza jurídica de los bienes inmateriales, ésta consiste en “una categoría del derecho que tiene características propias y definidas: el derecho de monopolio”.¹⁹⁸ Por medio de esta facultad el titular del derecho es el único quien está en la potestad de realizar actos de explotación de cualquier tipo sobre su bien, incluida la potestad de prohibición para terceros.

El poder jurídico que tiene el titular, por ejemplo, de un derecho de autor, es el de impedir, excluir y prohibir a los extraños el ejercicio de una actividad que queda reservada únicamente a él (reproducción distribución, transmisión, etc. de la creación). Para el jurista Franceschelli, en resumen, tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial son monopolios, por la función económica que cumplen. Ellos, más que permitir, excluyen, prohíben que otros realicen lo mismo. Ese *ius excluendi alios*, ese *ius prohibendi* constituye el verdadero contenido del derecho.¹⁹⁹

La corriente recibe críticas en cuanto a los derechos monopólicos que resultan sobre las obras o invenciones, al cumplir una función competitiva, la tendencia actual es ubicar estos bienes y régimen jurídico dentro del derecho de competencia, por ejemplo, hay autores como Ascarelli que desarrolla los efectos de la teoría de los bienes inmateriales cobijado directamente en la competencia y no en los derechos intelectuales.²⁰⁰

Teoría del derecho de datos personales

¹⁹⁷ Véase Francon André, *Cours de Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle*, (París, Les Cours de Droit), 1981.

¹⁹⁸ Véase Remo Franceschelli, “Beni immateriali, saggio di una critica del concetto”, 1956. De igual manera: Remo Franceschelli, *Trattato di diritto industriale* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1959).

¹⁹⁹ Rengifo García, *Propiedad intelectual*, 73.

²⁰⁰ Véase Tulio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (Barcelona: Ed. Bosch, 1970).

The Right to Privacy, artículo publicado en 1890 por Warren y Brandeis en la *Harvard Law Review*, marca en Estados Unidos y el mundo una referencia para el reconocimiento y garantía de la esfera privada. La intimidad es el primer escenario a regularse en este aspecto, se lo entiende como el derecho a ser dejado solo o a no ser molestado.

En una visión negativa o reactiva, significa una defensa frente a la intromisión ilegítima. Se evidencia que el concepto de intimidad es limitado, y se extiende a cualquier información, sea o no íntima, debe ser protegida, puesto que puede vulnerar nuestra privacidad. El concepto de intimidad es insuficiente, ya que los conflictos actuales no se reducen únicamente a los datos referidos a la vida íntima, sino a cualquiera que le identifique o se identificable y pueda ser empleado para elaborar un perfil. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —STJUE—, de 20 mayo 2003, al respeto señala:

Para demostrar la existencia de tal injerencia, carece de relevancia que los datos comunicados tengan o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no eventuales inconvenientes en razón de tal injerencia (véase, en este sentido, la sentencia *Amann c. Suiza*, antes citada, § 70). Basta con observar que el empleador ha comunicado a un tercero los datos relativos a los ingresos que percibe un trabajador o un pensionista.²⁰¹

Es de gran importancia señalar el antecedente emitido por el Tribunal Constitucional de Alemania que desarrolla el derecho a la autodeterminación informativa y declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población de 1982 —*Volkszählungsgesetz*—. Este fallo es de significativa importancia inclusive hasta la actualidad, sus enunciados resultan aún vigentes. Sus principales aportes podrían resumirse en tres aspectos: 1) Consagró el derecho a la “autodeterminación informativa” —*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*— como parte fundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad. 2) Es facultad de todo ciudadano de una sociedad democrática en determinar quién, qué y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen —*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*—. 3) Establece el principio obligatorio del consentimiento y sus límites.²⁰²

²⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, No. Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01, C-139/01 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 20 de mayo de 2003).

²⁰² Para más información revisar: Ley de censo de 1983, No. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (Tribunal Constitucional Federal Alemán 15 de diciembre de 1983).

En cuanto al derecho de datos personales, las primeras leyes de protección de datos surgen a finales de los años 70 (Alemania 1977, Francia 1978). Posteriormente se emite la Directiva EU 95/46/EC de 24 de octubre de 1995 misma que influyó en la creación de leyes de protección de datos en Latinoamérica, por ejemplo, en Argentina, Colombia y México. El referente actual y más importante sobre el tema es el Reglamento General de Protección de datos (RGPD/GDPR) que entró en aplicación el 25 de mayo del 2018, el RGPD/GDPR deja obsoleta a toda la normativa de protección de datos personales, cuenta con 173 considerandos y 99 artículos, protege los datos personales de personas físicas o naturales, no de personas jurídicas, cabe mencionar que se aplica al tratamiento automatizado y no automatizado de datos, y en resumen considero que es la normativa de mayor impacto en el siglo XXI a escala global.

El derecho de datos personales, se podría intentar definirlo como el derecho que persigue garantizar a la persona natural o física un poder de control absoluto sobre sus datos personales, se encuentren mediante tratamiento automatizado o no, sobre su uso y destino, con el objetivo de imposibilitar su gestión, tráfico ilícito y lesivo en relación con la dignidad y derechos de la persona afectada.

Teoría de los derechos digitales

Los derechos digitales de algún modo acogen y abarcan como un abanico los derechos relacionados con el ámbito digital, intelectuales, datos personales, *Microsoft*, *analytics*, algoritmo, anonimato, privacidad, encriptación y lo relacionado de manera general con la gobernanza de internet.

España ha sido el primer país de la Unión Europea en reconocer derechos digitales en todos los ámbitos, tanto individuales como colectivos: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. De igual manera, ha habido intentos informales y borradores para abordar la temática, por ejemplo, Declaración de derechos en el Ciberespacio (1997); Carta de derechos Humanos y Principios para Internet (2015); y tal vez lo que será un gran inicio para una regulación global respecto a la inteligencia artificial, por medio del Borrador Unesco: Declaración Universal de la inteligencia artificial (2020), que se aspira sea aprobado en el 2021.

A pesar de ser una propuesta de derechos relativamente nueva, sin embargo, debe basarse en contenidos universales para construir su propuesta, podríamos señalar que los derechos tienen una triple dimensión, derechos prestacionales, derechos

subjetivos y sus garantías, sin ánimo de debatir sobre la posición que señala que los derechos acogen las garantías como un solo elemento.

Los derechos prestacionales se refieren a la obligación de los poderes públicos de poner todos los medios necesarios para lograr el pleno desarrollo personal en el entorno digital. Entre otros son los relacionados con: derecho de acceso universal a Internet; derecho a la neutralidad en la red; derecho a la seguridad digital; derecho a la educación digital.

Los derechos subjetivos, vistos como lo define la legislación española en el Preámbulo IV de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: “los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital”.

Entre otros se puede destacar: derecho a la “desconexión digital”; derecho a la “intimidad” y “uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”; derecho a la “intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia” y de “grabación de sonidos en el lugar de trabajo”; derecho a la “intimidad ante la utilización de sistemas de geo localización en el ámbito laboral”; derecho a la “portabilidad”; derecho al “testamento digital”.

Sumado a las garantías de los derechos digitales es imprescindible en un sistema que se garanticen los derechos digitales reconocidos, para ello es importante fortalecer instituciones clásicas del derecho y abordar necesidades acordes al ámbito digital, entre otras cabe mencionar: Juridicidad; Legalidad; Estado de derecho; Separación de poderes; Garantizar *take down* dentro del ámbito legal y jurisdiccional;²⁰³ derecho al olvido; derecho de rectificación digital; derecho a la actualización de informaciones.

Teoría de los derechos fundamentales

²⁰³ “El núcleo de la polémica reside en establecer el límite entre la Propiedad Intelectual, por un lado, y el libre acceso a los contenidos de Internet, lo cual no implica que el acceso a esos contenidos deba ser gratuito. Estamos asistiendo a una colisión entre los derechos del autor por una parte, y los derechos de los usuarios, por otra...”

Defendemos que no basta una autoridad administrativa para cerrar una página de Internet. Se requiere una autorización judicial previa. No se puede vulnerar derechos fundamentales por un órgano administrativo, sin autorización judicial”. Ricardo M. Mata y Martín y Antonio Ma Javato Martín, eds., *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet* (Las Rozas, Madrid: La Ley, 2011), 122, 123.

Es decir, emancipar los derechos de propiedad intelectual, cuyo núcleo básico tendría un rango fundamental, de la propiedad común. Si bien esta teoría es controversial por cuanto existen dos sujetos susceptibles de protección por un parte el autor/titular y por otro los usuarios o beneficiarios de la sociedad.²⁰⁴ En efecto, la aspiración de los derechos en general pretende conseguir una protección amplia a nivel constitución.

No nos hallamos ante meros juegos de palabras sin consecuencias prácticas. El trasfondo del problema es bastante más profundo. Por una parte, la entrada en juego de los llamados derechos morales parece denunciar que los derechos del autor van más allá de un derecho de propiedad, entendido con el alcance estrictamente patrimonial que un mínimo rigor exige. Hace una siglo la propiedad aparecía como un “derecho innato”, “inherente al ser humano”, que abarca las facultades que constituyen su ser; es el elemento que completa su personalidad [...] Hoy, por el contrario, la propiedad ha dejado de identificarse con la libertad [...] Podríamos, pues, señalar que al crecimiento de la relevancia de los derechos de autor se une un decrecimiento de la del derecho de propiedad, que no hace sino reforzar idéntico fenómeno: la insuficiencia de la segunda —la propiedad— como marco de referencia de los primeros —derechos de autor—. ²⁰⁵

Justamente Ollero Tassara distingue y resume tres posturas: “1) Propiedad común: propone la reconducción estricta de los derechos de autor a los esquemas de la propiedad común; 2) Reinventar la propiedad: de manera tal que los derechos de autor puedan transitar y habitar libremente en su esencia; 3) Rango fundamental: otorgar y liberar a los derechos de autor con un rango de derechos fundamentales, animada por documentos y convenios internacionales”.²⁰⁶

Teoría del derecho de ponderación

²⁰⁴ “C. Geiger subraya que los derechos fundamentales se aplican cada vez más a los conflictos entre particulares con el fin de limitar el Derecho de Propiedad Intelectual. La doctrina privatista francesa se ha mostrado durante largo tiempo reacia a reconocer un valor jurídico a los derechos fundamentales en las relaciones entre personas privadas. No han sido raros los casos de decisiones, relacionadas con los derechos de autor, en las que la libertad de expresión (o su corolario, el derecho del público a la información) ha sido invocado con el fin de justificar una utilización no cubierta por una excepción prevista por la Ley. Es decir, se puede preconizar un análisis de la Propiedad Intelectual a través del prisma de los derechos fundamentales lo que permitirá recordar que, frente al Derecho de Propiedad del titular del derecho, existen igualmente los derechos también fundamentales de los usuarios tales como la libertad de expresión o el derecho de información, que son de igual valor. Justificados en gran parte por el interés general, los Derechos de Propiedad Intelectual son cada vez más frecuentemente considerados por la opinión pública como armas ilegítimas en manos de industriales sin vergüenza, dando lugar a unos excesos <<proteccionistas>> de la Propiedad Intelectual”. Ibid., 87.

²⁰⁵ Andrés Ollero Tassara, *Entre creación y propiedad. El problemático carácter “fundamental” de los derechos de autor, en Introducción a los Derechos fundamentales.*, vol. I (Madrid: Ministerio de Justicia, 1988), 548.

²⁰⁶ Ibid., I:543–72.

La ponderación concentra varias acepciones y se la vincula con diferentes materias como la comunicación, matemática, economía, estadística, informática y por supuesto el derecho, cada una lo aborda con sus elementos propios.²⁰⁷

En materia jurídica, el planteamiento lo dividiré en dos corrientes; por una vía, la ponderación como técnica de interpretación y por otra vía como un derecho a la justa ponderación en la inteligencia artificial o del ecosistema jurídico poshumano.

En el primer supuesto la ponderación principalmente ha despertado airados debates y pasionales posiciones desde las corrientes del derecho como una técnica para la interpretación legal, constitucional y de los derechos. En definitiva, es una técnica para la interpretación de principios y reglas. Los principios a veces pueden entrar en contradicción, por ejemplo, la libertad con la igualdad, la libertad de expresión frente a la privacidad o del honor de las personas. La ponderación se convierte en una especie de medidor de cada uno de los principios en juego, por ello, se presenta como una técnica de optimización, a diferencia de otras técnicas de solución de conflictos, que nos otorga una jerarquía, una priorización, nos otorga lineamientos respecto de qué principio o regla puede prevalecer sobre otros y resolver un determinado conflicto.

A pesar de toda la polémica que desata el tema, existe una sólida base conceptual que lo desarrolla y critica, lo que debería constituir el pilar para una especie de sentido común jurídico, que los juzgadores pueden suscribir y aplicar. Al contrario, parece ser que la ponderación es un tema que divide a los juristas en positivistas, naturalistas, post positivistas; los coloca como amigos, enemigos y críticos lógicos —de quienes apuntan a la técnica como un elemento indispensable en determinadas situaciones—.

Empero, resulta innecesario seguir fomentando un debate inorgánico centrado en posturas a favor o en contra de la ponderación, debemos superar ese debate y estudiar en qué circunstancias y bajo qué criterios es justificado ponderar.

Comprende la tesis y responde a la lógica jurídica que existen situaciones en las cuales es necesario e inevitable ponderar; en ese sentido, el criterio es la necesidad de ponderación justificada por ausencia de regla, una nueva o compleja circunstancia. Ciertos casos no pueden resolverse mediante reglas o pautas específicas de

²⁰⁷ J. Ferrer, “Ponderación”, *Definición MX*, septiembre de 2014, <https://definicion.mx/ponderacion/>. Concepto definición, “¿Qué es Ponderación?» Su Definición y Significado [2021]”, *Concepto - Definición*, 20 de marzo de 2021, [//conceptodefinicion.de/ponderacion/](https://conceptodefinicion.de/ponderacion/).

comportamiento y al tener los jueces la obligación de resolver todos los casos de los cuales avocan conocimiento, la ponderación se justifica plenamente.

Entonces, marcada la primera tesis de sentido común, necesidad e inevitabilidad de ponderar ciertos casos, es importante identificar cuando es necesario ponderar y cuando no. La segunda tesis, se enmarca en la racionalidad, cuáles son los criterios racionales de ponderación, mediante los cuales se puede realizar una correcta ponderación; sin embargo, se puede ponderar de manera errónea aplicando criterios irracionales; lo cual, no afecta directamente a la ponderación sino a sus criterios ya que constituiría una falacia si un juzgador mediante la ponderación obtiene una conclusión absurda, lo cual no se justifica ya que no todas las ponderaciones concluyen en una absurdez, en ese aspecto el contra argumento resulta inválido. Es importante determinar los criterios de racionalidad, su aplicación y análisis en debida forma, tema esencial para estudio y debate. Sin ser lo central de la teoría a desarrollar, cabe dejar enunciado ciertos criterios de racionalidad, entre otros: 1) Licitud: que tenga un fin lícito, previsto en la norma o no contradictorio con ella; 2) Coherencia: que sea coherente o congruente con el fin lícito; 3) Proporcionalidad: que sea equilibrada, la limitación del derecho debe tener a su vez unos límites, no puede ser desmedida o desequilibrada.

El presupuesto de la ponderación es una concepción del derecho, en el que no hay únicamente reglas sino también principios, debate que ha ocupado intensamente a la Teoría del derecho gracias a Ronald Dworkin y su crítica al positivismo jurídico, generando una pugna en la cuestión del derecho, misma que sigue vigente en relación con la dogmática, la moral, ética, metodología y sistema jurídico en general. Si bien, la temática comienza con un artículo de Dworkin publicado en 1967 denominado: ¿Es el derecho un sistema de reglas?, mismo que fue incluido en 1995, como segundo capítulo, en su obra: Los derechos en serio. La polémica, en relación con los principios jurídicos no es de su exclusividad; para el ámbito jurídico ha despertado gran interés los aportes de juristas como Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta; Josef Esser en Alemania en los años cincuenta —quien ya planteó una diferencia entre principios y reglas—; Norberto Bobbio en Italia o en España Eduardo García de Enterría.

Partiendo de la posibilidad de diferenciar entre reglas y principios, las pautas específicas de comportamiento no siempre permiten solucionar todos los asuntos, en ese sentido se pueden citar varios casos, por ejemplo, cuando un periodista toma una imagen o fotografía de la vida privada de un político y aparece publicada en un periódico, trababa así la litis las posiciones vertidas serán a favor de la libertad de

expresión en el caso del periodista; y, a la privacidad, intimidad o el honor en el caso del político.

Es posible que un ordenamiento jurídico regule puntualmente la situación, pero es el propio legislador quien, ante cuestiones complejas, legisla de manera abierta y por medio de principios. Por tanto, existe la libertad de expresión, pero también existe un límite el derecho al honor y el derecho a la intimidad. Este tipo de casos, justamente se valen de la técnica de la ponderación para emitir una resolución, el juzgador dicta la primera premisa, al no haber regla específica parte de los dos principios —libertad de expresión versus intimidad—, a continuación fija una segunda premisa en base a los hechos del caso, si la fotografía fuese dada en actuaciones públicas de interés público vinculado a manejo de dinero; o en su defecto, difunde únicamente aspectos íntimos mal sanos del político, sin necesidad de que lo revelado sea tema de escrutinio o afectación pública.

De allí, nace la conclusión, una regla cuyo supuesto de hecho surge a partir de un caso de conflicto entre estos dos principios, en función de una determinada circunstancia; entonces, se emite la conclusión jurídica del principio que prevaleció en el caso específico.

Ante la ausencia de una regla en el ordenamiento jurídico, es el juzgador quien la construye en base a principios, una vez construida la regla funge como premisa mayor, el caso puntual se convierte en premisa menor; por tanto, se llega a una determinada conclusión.

Lo que consigue el juzgador es un referente jurisprudencial, por ejemplo, en el supuesto que el Tribunal Constitucional resuelva este caso, fija una regla y en el futuro si existe un caso similar es posible subsumir las circunstancias del supuesto de hecho, es decir, la solución podría ser similar a la ya adoptada, resolviéndose en base a lo antes ponderado.

La segunda vía y lo central en cuanto a la teoría de la ponderación, es lo relacionado al derecho a la justa ponderación algorítmica en la inteligencia artificial o del ecosistema jurídico poshumano.

El derecho y las tecnologías de la información guardan una íntima relación teórica y práctica, es inobjetable la relación del sistema jurídico entre los datos, el *Microsoft*, el algoritmo, el software, la inteligencia artificial —ecosistema jurídico poshumano— e inclusive la matemática, economía y la estadística, a manera de una relación sistémica conceptual.

En ese aspecto las decisiones mecánicas o automatizadas vinculadas directa o indirectamente a los derechos de una persona, en relación con sus datos personales o no, la forma de aplicación del algoritmo o el resultado por medio analógico o por medio de inteligencia artificial, los seres humanos debemos tener el derecho a una justa ponderación tanto desde el diseño, la asignación de un valor, dato, procesamiento, el resultado y una evaluación posterior. Integrando garantías ex ante en el diseño y ex post en el resultado del derecho a una justa ponderación.

“La ponderación puede cambiar la estructura de tus datos de forma adversa, por lo que se debe tener precaución al aplicarla”.²⁰⁸ A manera de ejemplo, es cuestionable “amplificar grupos pequeños de encuestados para que representen una proporción significativa de la muestra total, ya que esto significa que los resultados de la encuesta están afectados desproporcionadamente por una pequeña minoría de encuestados”.²⁰⁹ Es trascendental comprender las diversas formas de realizar una ponderación, sus elementos y efectos en relación con la información o datos particulares.

En concreto, la valoración que se otorga a una variable debe ser justa, igualitaria y no discriminatoria, para que desde el diseño y el resultado no se vean afectados derechos o garantías, según su importancia relativa dentro de un determinado procesamiento, conjunto o sistema.

¿Cuál es el criterio con el que asignamos un valor a la proporción, promedio, umbral, equilibrio, mediana, justo medio, término medio —*mesotēs*—?

Los años asignados a cumplir una pena privativa de libertad, el aporte de tributos, el salario básico en esencia la distribución numérica, la misma matemática surge ante la necesidad de medir la tierra y la recolección de tributos.²¹⁰ Un referente que servirá de base teórica y crítica es el trabajo realizado por Aristóteles alrededor de la justicia, específicamente la proporción ese término medio —*mesotēs*— desarrollado magníficamente en su obra *Ética Nicomáquea*.

La proporcionalidad aristotélica se relaciona directamente con la ponderación, su coincidencia se embarca en el método de cálculo del promedio ponderado, se aplica cuando, dentro de una serie de datos, uno de ellos cuenta con mayor importancia que el

²⁰⁸ “¿Qué es ponderación y cómo aplicarla?”, *QuestionPro*, 1 de octubre de 2018, <https://www.questionpro.com/blog/es/ponderacion/>.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Howard Whitley Eves, *Foundations and Fundamental Concepts of Mathematics*, 3. ed, Dover Books on Mathematics (Mineola, NY: Dover Publications, 1997), 1–5.

resto. El principio de la proporcionalidad, en esencia, se sigue manteniendo hasta la actualidad. Aristóteles distingue entre el uso de una proporción geométrica para la distribución justa de las cosas y una distribución aritmética para lo que responde a las relaciones entre individuos,²¹¹ pero se puede ver que ésta es un caso particular de aquella.²¹²

El promedio es una medida que ha sido usada y pasa sin mayor crítica como justa entre las encuestas, estadísticas, los datos, cosas e incluso entre las virtudes. Empecemos por detallar el ejercicio como lo plantea Aristóteles:

$$\text{promedio} = \frac{x_1 + x_2}{2}$$

¿Qué se está suponiendo implícitamente en esta supuesta inocente fórmula? Si la reescribimos:

$$\text{promedio} = \frac{1}{2}x_1 + \frac{1}{2}x_2 = \beta_1 x_1 + \beta_2 x_2 \quad ^{213}$$

$$\text{donde } \beta_1 + \beta_2 = 1$$

Una forma de entender esto, es imaginar que un malabarista debe equilibrar un palo cuya masa está distribuida de manera uniforme. Si no agrega peso en ningún extremo, basta con sostener el palo en exactamente el medio para mantenerlo en equilibrio —promedio simple—, pero si hay más peso, digamos del lado derecho, el malabarista deberá sostener el palo más cerca de ese mismo extremo para mantener el equilibrio —promedio ponderado—. Esto se debe a que geoméricamente el promedio es el centroide de un polígono convexo, en la física y la estadística es el centro de masa o centro de equilibrio. El promedio actúa como medida, como un punto de referencia, incluso se puede entender como una relación de medida.²¹⁴

La homogeneización creada en la relación de medida genera un sistema frágil, sediento de equilibrio, anhelante de centro, la búsqueda constante de la armonía. El promedio actúa como ese centro pasivo que, en realidad siendo ficticio, le da una sensación de seguridad al ciudadano. Pero, ¿por qué buscamos ese centro? Se quiere

²¹¹ Josep Clusa Capell, “Aristóteles: Justicia y eudaimonia. Una investigación sobre la ética neoaristotélica” (<http://purl.org/dc/dcmitype/Text>, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=117338>.

²¹² Es un caso particular en el sentido enunciado en la *Ética a Nicómaco*, donde la proporción aritmética está dada por $\frac{a+b}{2}$ y la geométrica por 2: 4 :: 4: 8.

²¹³ En general se puede plantear la fórmula del promedio de n números como $\frac{1}{n} \sum_{i=1}^n x_i$

²¹⁴ Ricardo Espinoza Lolas, “Una lectura ‘desmesurada’ de la ciencia de la lógica de Hegel: en torno a ‘la línea nodal de relaciones de medida’”, *Revista Philosophica* 30 (2006): 98.

pensar que ese centro contiene —o incluso es— la cosa misma —el punto deseable al que debe aproximarse un sistema—. Se piensa que el centro devela el sistema, que contiene la realidad de las variables sometidas a su cálculo.

Sin embargo, el criterio con que la sociedad asigna esa proporción es determinante y puede responder a varios elementos basados en referencias, ideologías o formas de gobierno o autoridad: los demócratas preferirán pesos iguales, los oligarcas optarán por la riqueza como variable de proporcionalidad, los aristócratas se inclinarán por la inteligencia y el rendimiento y los anarquistas la autodeterminación y ausencia de poder público. En cualquiera de ellos se sigue teniendo el mismo principio, lo que cambia es el criterio arbitrario sobre el cuál se lo define y los efectos que de ellos se desprenden.

Claramente la medición cuantitativa de algo cualitativo, plasmar numéricamente y evaluar indicadores de temas de diversidad cultural, construcción de derechos, paridad de género, diversidad sexual, todos plantean desafíos importantes; pero la concepción de equidad/inequidad a partir del clásico promedio parece violar descaradamente un axioma básico de lo que debe hacer un dato estadístico: reflejar la realidad en cuanto le sea posible²¹⁵.

¿Cómo relacionamos esta medida, el promedio, en las cifras que nos rodean en el cotidiano? En la práctica, mediciones como la pobreza por ingresos es realizada en función de un umbral. Para el Banco Mundial si una persona tiene como ingreso más de dos dólares diarios: ya no es pobre. Sin perjuicio, existen otras formas de medir la pobreza que pretenden evidenciar su carácter multidimensional.²¹⁶ Aun así, en todas se mantiene la lógica del umbral.²¹⁷ Hasta cierto punto se puede considerar como verdadero el argumento de que es inevitable usar ese umbral debido a limitaciones metodológicas; más el umbral, como se lo establece en la práctica, carece de correlato con la realidad del diario acontecer ciudadano. Por ejemplo, ¿la persona que gana USD 2.01 deja de ser no-pobres?

Las personas hemos generado una costumbre nociva sobre la noción de promedio como equilibrio, o de ponderación justa por defecto, como punto de

²¹⁵ Entiéndase estadística desde su etimología latina Status o Ciencia del Estado, propia del quehacer de un estadista.

²¹⁶ Pobreza multidimensional, Pobreza por necesidades básicas insatisfechas (NBI), Línea de Pobreza (LP) la que emplea el Banco Mundial, y el Integrado, que combina las dos anteriores (NBI y LP).

²¹⁷ El valor promedio también puede ser entendido como un umbral en cuanto punto de referencia.

referencia; ello puede responder a factores como la educación o los medios de comunicación, a pesar de ello, todos los promedios calculados y difundidos obedecen en última instancia a un criterio arbitrario; sin que se cuestione el promedio, el umbral, el —*mesotēs*—.

Todas las variables que se encargan de medir inequidad son asimétricas. Desde la teoría estadística, el promedio en este tipo variables no da cuenta del comportamiento real de la variable. Un llamado directo a los oferentes, los privilegiados, quienes calculan el dato y lo transforman en información, el estadístico, programador, matemático, analista de datos o científico de datos; son conscientes de las debilidades y amenazas del promedio o la ponderación como estimador para difundir indicadores o resultados de naturaleza asimétrica, sus acciones y proceso en la oferta de información debe ser accesible, auditable, transparente, verificable desde su inicio hasta luego de su aplicación.

En la era de los datos masivos, tendremos que ampliar nuestra visión de la justicia y exigir que incluya salvaguardias para el albedrío humano, del mismo modo que, en la actualidad, velamos por la imparcialidad procesal. Sin esas salvaguardias, la idea misma de la justicia podría debilitarse por completo. Al garantizar la capacidad de decisión del ser humano, nos aseguramos de que el gobierno juzga nuestro comportamiento basándose en acciones reales, no simplemente en análisis de datos masivos.²¹⁸

La ponderación debe contar con el derecho de acceder, estudiar y supervisar el código del algoritmo que tome la decisión cuando se encuentren implicados mis derechos o mis datos sean parte del procesamiento, el objetivo consiste en evitar incorporar, de manera intencional o no, actos de discriminación, sesgos, prejuicios u otros criterios desde la construcción o en su aplicación que pueda afectar o inducir a violar derechos. En esa línea Mayer-Schönberger & Cukier proponen salvaguardias:

Cuando estas decisiones se basen principalmente en predicciones a partir de datos masivos, recomendamos que se adopten determinadas salvaguardias. La primera es la transparencia: los datos y el algoritmo en que se fundamenta la predicción que afecta al individuo han de estar disponibles. La segunda es la certificación: una tercera parte experta ha de certificar que el algoritmo es correcto y válido para determinados usos sensibles. La tercera es la refutabilidad: hay que especificar formas concretas de que las personas puedan refutar una predicción sobre ellas. (Esto viene a ser análogo a la tradición, en el ámbito de la investigación científica, de revelar aquellos factores que

²¹⁸ Viktor Mayer-Schönberger y Kenneth Cukier, *Big Data La Revolución de Los Datos Masivos.*, trad. Antonio J Iriarte Jurado (Madrid: Turner Publicaciones S.L., 2013), 116.

pudieran debilitar los hallazgos de un estudio). Lo más importante es que una garantía del albedrío humano nos protege de esa posible dictadura de los datos, la de atribuirles más sentido e importancia de la que merecen.²¹⁹

Es fundamental garantizar una justa ponderación y construir mecanismos de protección previos y posteriores, dejar de creer que, por el hecho de que la información estadística proviene de fórmulas matemáticas, el ser de la ciencia del estado sea el cálculo aritmético, son imparciales y justos por defecto, su acción puede ser manipulable y sesgada por el imaginario de bienestar centrado.

9. Fundamento y características del derecho de propiedad o dominio

El derecho de propiedad desde su esencia toma varias aristas desde la individualidad, lo colectivo, lo público, lo estatal, lo privado, lo comunal, lo común, lo cooperativo. Su génesis en un primer momento parte como un instinto natural e imprescindible para que el ser humano pueda acceder y hacer uso de determinados bienes que satisfagan sus necesidades esenciales, el ser humano como amo y señor de las cosas que puede disponer en un ámbito antropocéntrico e individualista a su género humano, con altas dosis de superioridad y disponibilidad, ya no únicamente su satisfacción de necesidades, lo cual marca la primera línea de fundamentos éticos-sociales entre la descomunal acumulación de bienes y riquezas alejados completamente de pretender únicamente acceder a bienes bajo una mirada de simplemente bienestar inmediato.

En esos dos aspectos justamente las posturas divididas de juristas en cuanto a poseer bienes para satisfacer necesidades con un fuerte componente ético como Luis Parraguez:

Es por ello que no puede vincularse a su esencia y justificación la descomunal acumulación de la riqueza resultante de la propiedad privada que, muy lejos del argumento inicial, agrade, con sus gigantescas dimensiones, a la ética de la conservación, pues conspira precisamente contra la supervivencia de la mayoría de nuestra especie.²²⁰

Igualmente, en esa línea Valencia Zea denuncia: “una cosa es el instinto de poseer las cosas necesarias para vivir, y otra, totalmente diferente, es la posesión ilimitada de bienes, que no se emplean para satisfacer las necesidades primarias, sino

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 228.

como instrumento de explotación de los demás miembros del grupo social que carecen de todo bien”.²²¹

En contraste quienes defienden una acumulación sin límites de manera legítima, otorgándole una categoría jurídica como el derecho a la acumulación resultado de la apropiación para justificar lo que él denomina: “la facultad de prever el porvenir”.²²²

Abordar una posición sobre la distribución justa o injusta de la tierra desde tiempos inmemoriales, llevaría en sí un desarrollo de amplio estudio de manera independiente, sin embargo en cuanto al ámbito jurídico se desprenden quienes justifican que la sola ocupación de la tierra genera derechos, por ejemplo en su discurso Portalis: “por nuestro trabajo hemos conquistado el suelo que ocupamos”, y en contra posición quienes señalan que la propiedad no se deriva de la ocupación “sino bajo el imperio de una legislación que admita ya la propiedad individual, que las organice y clasifique la ocupación entre los medios de adquirirla [...] los medios de adquirir implican la preexistencia teórica del derecho adquirido por su empleo”.²²³

Respecto de las múltiples características que cobijan al dominio o propiedad, me permito resaltar las siguientes tanto tradicionales y modernas:

Absoluto y pleno

Facultad que posee una persona para detentar sobre un bien de manera total e íntegra, como un soberano sobre su cosa, un poder dominante, lo que en derecho civil se denomina el señorío —*dominium*— respecto a su objeto, duración fórmula plasmada en el artículo 599 del código civil ecuatoriano, derecho a gozar y disponer de la cosa. Sin embargo, esta absolutez es en su aspecto operativo ante terceros —*erga omnes*—, facultad que cuenta con excepciones, que busca evitar los excesos y posibles afectaciones, regulada por la ley, el derecho ajeno, individual o social, de la mano de la norma constitucional ecuatoriana (artículo 321) que trata sobre la función social y ambiental que deberá cumplir la propiedad.

Por tanto, se generan restricciones al derecho absoluto, que excluyen la arbitrariedad del propietario que limita la destrucción irrestricta por ejemplo en temas de bienes de primera necesidad, patrimonios naturales y culturales. La norma civil ecuatoriana no aborda lo relacionado con el abuso del derecho, la doctrina, legislación

²²¹ Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, Noven, vol. Tomo I, Parte general y personas, Tomo II Derechos reales (Bogotá: Temis, 1981), 127.

²²² Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, I:382.

²²³ Planiol y Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*, 130.

comparada y fallos judiciales han desarrollado el tema, no se permite que el propietario disponga de su bien con la intención de perjudicar o molestar a un tercero.²²⁴ Las limitaciones como tal no significan en sí una pérdida de su característica de absoluto, de hecho, se comprende que tanto sus facultades y limitaciones son parte de su propia naturaleza.

Exclusividad y exclusión

Implica un único derecho ejercido por uno o varios titulares sobre un mismo bien, así que de manera paralela provoca la exclusión de las demás personas ajenas, lo cual significa que el titular del dominio goza de la facultad para precautelar e impedir la intromisión de terceros. Si se trata de un bien inmueble esa facultad de exclusividad y exclusión por ejemplo podría ejemplificarse al momento de colocar un cerramiento dentro de los límites de su propiedad. Esta característica no se ve afectada por la presencia de otros derechos reales que se benefician del bien como en el caso de un usufructuario, tampoco en el caso de existir varios copropietarios, no existen varios derechos de dominio, sigue radicado en el titular o dividido entre los copropietarios.

Perpetuidad

Implica que la duración estará de la mano de la duración del bien sobre el que recae el derecho. “Su esencia es la de ser un derecho extra temporal, ya que su duración es indefinida y no depende sino de la durabilidad de la cosa sobre la que se afinca y la del titular”.²²⁵ La característica es su cuestión atemporal, vinculada de manera directa a la perdurabilidad de la cosa. En cuanto a la existencia del titular la afirmación no es

²²⁴ Código civil de Bolivia: “Artículo 107º.- (Abuso del derecho) El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”.

Código civil de Perú: “Ejercicio abusivo del derecho Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

“Ejercicio abusivo del derecho de propiedad Artículo 924.- Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados”.

Código civil D.F. México: “Artículo 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció fin de causar daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

Código civil Alemania: “Artículo 226.- El ejercicio de un derecho es inadmisiblesi su propósito sólo es el de causar daño a otro”.

²²⁵ Leonardo Rivas Cadena, *Derecho civil. Estudios del libro II del código civil ecuatoriano. Tomo I. De los bienes y modos de adquirir el dominio.*, Casa de la Cultura Ecuatoriana (Quito, 1974), 101.

correcta, por cuanto en el caso del titular lo que acontece es un cambio del mismo, ya sea a sus herederos o al Estado como último beneficiario, nuestro sistema civil no contempla la posibilidad de la existencia de un titular. Sin perjuicio de ello, esta perpetuidad no necesariamente implica toda la vida de su titular, por cuanto éste puede realizar actos de disposición respecto de su propiedad por ejemplo una transferencia voluntaria, sucesión por causa de muerte, expropiación, reversión o por medio de la extinción legal del dominio, el derecho y la característica analizada sobre el bien sigue intacta, ahora en manos de un nuevo titular, es decir el nuevo sucesor de la propiedad. De igual manera esta característica no se agota por la falta de su ejercicio o actos de negocio o comercio, es decir su inactividad no constituye una pérdida del derecho.

Abstracción del dominio

Si bien es una característica que podría denominarse clásica, sin embargo, la misma puede ser de mucha utilidad a fecha actual para nuevas formas de bienes y aspectos de abordar el dominio. Lo central implica en el valor jurídico y económico que aglutina al derecho de propiedad respecto de un bien, de manera práctica puede desdoblarse tanto en las facultades sobre su derecho de dominio propiamente y en segundo plano sobre las facultades como el uso o el goce del bien por medio de actos y negocios jurídicos como el usufructo o el derecho de uso, lo cual resulta en una abstracción e independencia del dominio y sus facultades como titular.

Elasticidad – flexibilidad

Para la época de las tecnologías de la información, esta característica, si bien tradicional, puede resultar fundamental para conseguir concretar determinados usos de bienes que por su naturaleza misma requieren una elasticidad o flexibilidad para adaptarse a los desafíos jurídicos del régimen de propiedad. Con la figura del usufructo justamente se produce un fenómeno de elasticidad en la facultad del dominio, el ejercicio práctico tanto de la nuda propiedad y el beneficio de los frutos una vez constituidos son flexibles de manera que una vez cumplida la condición regresan en plenitud el ejercicio del derecho de dominio.

Fundante u originario

El derecho de dominio es el tronco y el origen de donde se pueden desprender otro tipo de derechos subjetivos limitados y supeditados al derecho de propiedad, por ejemplo, el derecho de uso o el mismo usufructo, no deriva de otro derecho subjetivo dotado de mayores facultades, sino que es él quien sirve de supuesto para el

desmembramiento de otros derechos necesariamente limitados porque se construyen a partir de alguna de sus prerrogativas.

Búmeran

El efecto búmeran consiste en retornar al punto de origen en caso de no dar en el objetivo, la propiedad si bien fundamentada en el régimen jurídico, ha sido parte esencial del aspecto político de los Estados, lo cual ha tendido a variar su aspecto de regulación acorde al poder político de turno, a manera de referencia durante el siglo XIX lo predominante fue lo relacionado con el *laissez faire*, en una fase liberal o neoliberal marcada por una mínima participación del Estado, basada en el ejercicio irrestricto del derecho de propiedad; a diferencia de lo acontecido en el siglo XX en donde la tendencia protagónica del Estado se mide en las distintas áreas de su incidencia participativa dentro del aspecto social y jurídico. En suma, el efecto búmeran inicia o retorna con una invasión o alejamiento del derecho público en el ámbito privado, dependiendo si logra afectar al objetivo se produce una intervención o alejamiento del papel del Estado y los particulares en el régimen de propiedad.

Diversificación

La capacidad de adaptación dentro el uso y abuso de las figuras del derecho de propiedad, especialmente lo relacionado con las facultades de uso, goce y disfrute, con las limitaciones tanto en su ejercicio y temporalidad, que se podrían resumir en un derecho real limitado sobre cosa ajena, por ejemplo, la llamada multipropiedad, propiedad de tiempo compartido o de aprovechamiento por turnos.

En este aspecto, han surgido nuevas modalidades dominicales propiamente, basadas en las particularidades y naturaleza del bien en relación con la categoría jurídica que pueda ostentar, justamente una figura particular y reconocida en la propia normativa civil, es la propiedad intelectual; empero, por varios motivos de la dinámica social y cultural han incrementado y puesto en desafío la diversificación y complejidad de diversas formas modernas de propiedad en varios ámbitos como la propiedad horizontal, propiedad comunal, el fideicomiso mercantil, el *leasing* financiero, biotecnología, patentes de invención, el cuerpo humano, los *cyborgs*, los datos personales, etc.²²⁶

²²⁶ La propiedad horizontal, por un lado, especie híbrida de dominio individual y de copropiedad que responde a las necesidades de aprovechamiento intensivo del espacio urbano; la propiedad comunal que apunta a la supervivencia y desenvolvimiento social y económico de las comunidades campesinas; la propiedad de sí mismo, que es la forma que asume el patrimonio con personería jurídica, como el fideicomiso mercantil; la propiedad disociada con la actividad económica relativa al mismo bien, como

Transformadora

Las transformaciones que sufre el dominio son desde distintos ejes, principalmente en el ámbito económico y en cuanto a restricciones sobre bienes raíces en lo rural y urbano. En lo económico la propiedad inmobiliaria ha sido una fuente de recursos y un parámetro para medir la riqueza de las personas, de hecho, los inmuebles siguen teniendo un valor considerable, sin perjuicio de ello, los bienes intangibles como un software, una aplicación móvil, una marca, los títulos valores, el inventario de bienes inmateriales que una persona pueda tener, a fecha actual justamente su valor ha incrementado de una manera exorbitante.²²⁷ Ha llegado el día que un bien intangible como un sistema operativo puede llegar a valer mucho más dinero que unos miles de hectáreas de un lote de terreno. De la mano con este cambio de paradigma, justamente se produce una transformación en la forma de ejercer el derecho de propiedad sobre determinados bienes.

La transformación inmobiliaria, se produce en paralelo con los cambios ambientales y sociales, tanto en áreas urbanas como rurales, por distintos factores como por ejemplo la gentrificación, limitación de división de lotes, expropiación de tierras, migración del campo a la ciudad, déficit habitacional, limitaciones en contratos de arrendamiento como pensiones y desalojo, etc. Esa constante transformación pone en pugna al derecho de acceso a la propiedad de cualquier tipo, en cuanto a la necesidad de habitar directamente se refiere a los bienes inmuebles, en donde es necesario pensar opciones creativas tanto desde el derecho y la economía, de manera de no afectar a titulares legítimos, pero al mismo tiempo otorgar este derecho a la mayor cantidad de personas posibles, por cuanto no tiene sentido que haya casas sin gente y gente sin casas.²²⁸

ocurre en el leasing financiero, que es algo más que una simple concurrencia de propiedad y arrendamiento. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 241.

²²⁷ De los Mozos sobre la propiedad raíz “ha ido perdiendo el significado que tuviera [...] como representativa de acumulación de riqueza y de poder económico [...] sobre todo cuando aparecen otros bienes que entran, cada vez más, en concurrencia con los bienes inmuebles, como las participaciones sociales, el dinero y los títulos valores en general.” José Luis De los Mozos, *Nueva enciclopedia jurídica* (Barcelona: Ed. Fco. Seix, S.L., 1993), 924.

²²⁸ “Ni casas sin gente, ni gente sin casa” es la tesis y argumento del movimiento de vivienda digna o del movimiento okupa. Muchas veces la distribución de vivienda digna se vincula al socialismo por fines de expropiación o nacionalización, sin embargo, tener acceso a una vivienda es una demanda justa, legítima por razones sociales y humanitarias que debería escapar un sistema económico y político. Es importante repensar los bienes públicos como edificios estatales por ejemplo y analizar su uso efectivo, por cuanto podría ser destinado a vivienda o a la gestión de espacios culturales, en lugar de estar

El dominio de manera fundamental permite el ejercicio del derecho de propiedad en cuanto a su uso, goce y disposición, en materia civil se encuentra regulado en el código civil ecuatoriano en los artículos 599 “derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social” y 600 “Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. Aunque el artículo 599 no mencione la facultad de usar de manera expresa, la misma quedaría integrada en la facultad de gozar la cosa.

Esta facultad clásica se encuentra regulada desde el Código de las Siete Partidas: *Señorío es poder que home ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quisiere, según Dios e según Fuero*. P.3, T.28,2; la versión original del Código de Andrés Bello contenía la facultad de disponer arbitrariamente, sin embargo el código civil del Ecuador excluyó esta facultad, no obstante sobre este aspecto hay legislaciones civiles comparadas en los dos aspectos, unas que han mantenido la potestad de disposición arbitraria como en el caso de Chile y Colombia y otras como México D.F. y Bolivia que justamente han decidido regular formalmente el abuso del derecho como un límite al ejercicio del derecho de propiedad.²²⁹

Desarrollada una aproximación conceptual y las características del dominio ¿cuál es su ámbito de aplicación? Básicamente se desprenden dos tipos de facultades: 1) Los actos materiales de la propiedad, que permiten al titular obtener ventajas económicas al momento del uso y goce de sus frutos por medio de su disposición material. 2) Los actos jurídicos de la propiedad, potestad para celebrar actos o negocios jurídicos respecto del bien, por medio de una utilidad civil devenida por lo regular en un

destruyéndose sin ninguna utilidad, figuras como el comodato podrían ser utilidad para este tipo de proyectos.

Ver: Wikipedia, “Movimiento por una vivienda digna en España”, en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 5 de noviembre de 2020, https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Movimiento_por_una_vivienda_digna_en_Espa%C3%B1a&oldid=130662719.

Wikipedia, “Movimiento okupa”, en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 5 de noviembre de 2020, https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Movimiento_okupa&oldid=130678441.

²²⁹ Chile, “artículo 582: El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, par gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

Colombia, “artículo 669, la expresión “arbitrariamente” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional de ese país, mediante sentencia de 18 de agosto de 1999”.

México D.F., (1928) “artículo 840: No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”.

Bolivia, “artículo 107: (Abuso del derecho) El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”.

aprovechamiento monetario. Dentro de los actos materiales de la propiedad se encuentran las siguientes facultades: a) el uso, b) el goce y c) la disposición.

Facultad de uso —usus o ius utendi—,

Como facultad máxima el propietario tiene la potestad de destinar la cosa tanto para la finalidad acorde propiamente a su naturaleza o en su defecto otorgar un uso totalmente diferente en relación con el uso que normalmente se le otorgaría al bien. Parecería que justamente en el margen de esa amplia libertad de disposición cabría el principio: quien puede lo más, puede lo menos —*qui potest plus, potest minus*— por ejemplo, destinar un camión que normalmente es destinado para movilidad, emplearlo como un local de venta de comida o *food truck*.

Facultad de disfrute —fructus o ius fruendi—

La palabra disfrutar proviene del latín, compuesta de dos palabras: del prefijo *dis* —separación o repartición por múltiples vías, intensificación, negación o contrariedad—; de la palabra *fructus* —gozado, consumido, fruto—, esta palabra está compuesta por el verbo *frui* —gozar de, disfrutar de, hacer uso de, consumir— y el sufijo *tus* —*to* —usado para formar participios e indicar que ha recibido la acción— y finalmente del sufijo —*ar* usado para crear verbos como asombrar o enredar. En suma, disfrutar significa: aprovechamientos de los frutos que la cosa produce, gozar del producto de algo, sacar la fruta, tener placer o diversión con algo.

El derecho de dominio implica el derecho de percibir y aprovechar los frutos civiles y naturales de la cosa, se aclara que este derecho forma parte del derecho de propiedad, no es un derecho distinto de éste, empero, el titular del dominio puede en su defecto gozar de ambas prerrogativas por una parte gozar de la propiedad y de los frutos, o en su defecto, puede ser propietario, pero por un acto suyo o por causas legales —Artículo 780 código civil Ecuador— puede encontrarse desprovisto de la facultad de percibir los frutos, por cuanto entregó a otra persona el usufructo, en ese caso, “la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad” —Artículo 599 código civil Ecuador—. ²³⁰

Facultad de disposición material —abusus o ius abutendi—

²³⁰ “Según el artículo 660 los frutos pueden ser naturales o civiles. Son naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana, como los vegetales que produce la tierra o la lana de los animales, que pone como ejemplos el artículo 662. Frutos civiles, en cambio, son los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de los capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido (artículo 663); en otras palabras, lo que el dueño de una cosa percibe de un tercero a cambio del uso que de la misma le concede”. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 245.

Justamente esta prerrogativa suele ser susceptible de debates, por cuanto limita entre la libertad total sobre el ejercicio del derecho de dominio y del otro lado la posibilidad estatal de colocar límites al ejercicio por cuestiones de carácter social, por medio de disposiciones legales. El derecho de abuso en la disposición material comprende la potestad para destruirla, transformarla, o degradarla. Sin embargo, el límite se coloca justificado en el derecho de terceros y de orden público por cuestiones sociales, culturales o ambientales.²³¹

En cuanto a los actos jurídicos y lo que implica la facultad de disposición jurídica, consiste en la facultad del propietario de decidir sobre el bien en un aspecto netamente jurídico, sin afectar en su dimensión material. Esta determinación se exterioriza por medio de la celebración de negocios jurídicos por medio de actos o contratos como la transferencia de dominio —tradición— por medio de un contrato de compraventa o disponer sobre ellos la constitución de derechos reales a favor de terceros por ejemplo el usufructo, servidumbre, hipoteca.

Si bien la regla general contiene la libre disposición jurídica, existen determinados casos en los cuales está facultad de libre disposición enajenadora se encuentra limitada por varios escenarios: a) legales, b) judiciales, c) testamentarios, donación entre vivos; o, d) decisión propia del titular.

Legales, la ley regula de manera particular una prohibición legal de disposición, por ejemplo, el patrimonio familiar —código civil Ecuador, Título XI Del Patrimonio Familiar. - Artículos del 835 al 858—. Asimismo, los bienes pertenecientes al patrimonio cultural —Ley Orgánica de Cultura, Artículo 91—.

Judiciales, limitación judicial por medio de una resolución judicial en la cual se ordena un embargo o se disponga la prohibición de enajenar, actos regulados en el

²³¹ El límite al abuso del derecho en relación con terceras personas, se lo regula en varios Códigos Civiles, En el Ecuador en el artículo 599 señala la disposición del dominio o propiedad: “respetando el derecho ajeno, sea individual o social”. El mismo cuerpo legal mediante artículo innumerado dice: “Art. [...] .- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”. En esa línea lo han regulado las legislaciones civiles de Bolivia: Artículo 107°; Perú: Artículo II., Artículo 924, D.F. México: Artículo 1912, Alemania: Artículo 226. En relación a los límites, por aspectos de orden ambiental los establecidos en el Código Orgánico del Ambiente (Artículos 37, 54, 94, 99, 265, 269). En cuanto al ámbito patrimonial por ejemplo la prohibición “al propietario de destruir, deteriorar, adulterar y sacar del país los bienes de su dominio que integran su patrimonio” (Ley Orgánica del Cultura.- Artículos: 67, 86, 91. Código Orgánico Integral Penal.- “Sección Quinta.- Delitos contra el derecho a la cultura.- Artículos: 237 al 240)”.

artículo 126 del Código Orgánico General de Procesos, esta limitación temporal estará atada al proceso judicial del cual emana del cumplimiento de una obligación principal.

Testamentaria o donación entre vivos, vía testamentaria es parcial la limitación de imponer al legatario la prohibición de enajenar, por cuanto aplica siempre y cuando comprometa derechos de terceros, caso contrario la cláusula se tendrá por no escrita, tampoco aplica a “la legítima rigurosa por cuanto no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno” —Artículo 1153 y 1215 código civil de Ecuador—. En el caso de la donación entre vivos, cuenta con mayor efectividad la prohibición de enajenar, siempre y cuando, en la escritura pública de donación se hay incluido de forma expresa la prohibición al donatario para enajenarlas —Artículo 1148.1 código civil Ecuador—.

Decisión voluntaria, el titular de un bien decide voluntariamente afectar un bien y constituirlo como patrimonio familiar —Artículo 835 al 858 código civil de Ecuador—, si bien este acto es voluntario una vez constituido como tal se convierte en una prohibición y limitación al dominio tiene de fuente una normativa.

La libre disposición de un bien como hemos analizado puede verse afectada por las causas antes descritas, sin embargo, en definitiva, el debate se profundiza en dos elementos claves para considerar en cuanto a la propiedad de cualquier tipo de propiedad, de un extremo la autonomía de la voluntad y por el otro la libre circulación de los bienes.

La dificultad estriba en que este tema orbita alrededor de los conceptos de orden público y el principio de la autonomía de la voluntad. Si se asume que la libre circulación de los bienes forma parte del orden público, no podrían admitirse una cláusula de no enajenar voluntaria, que es una clarísima afectación a esa libertad de tráfico. Pero de otro lado está la fuerza de atracción del principio de autonomía de la voluntad que apunta, en el plano de las relaciones de derecho privado, hacia la legitimidad de toda acción no prohibida por la ley, de manera que si las partes son libres para contratar y configurar el contenido de sus contratos, deben serlo igualmente por convenir tales prohibiciones.²³²

En base a la libertad máxima de la propiedad ¿es posible que el propio titular pueda autoimponerse una limitación para disponer de su bien libremente? Determinadas legislaciones lo regulan de forma limitada,²³³ existe jurisprudencia nacional,²³⁴ y; las

²³² Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 249.

²³³ En cuanto a normativa comparada la legislación civil mexicana señala en su “artículo 2301.- Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna”.

posiciones doctrinarias son de las más variadas. Por ejemplo, Morales Guillén quien comenta el código civil de Bolivia concluye que “los bienes adquieren carácter de inalienables a veces por virtud de la Ley, a veces por la voluntad de los particulares, en ciertas situaciones excepcionales”.²³⁵

10. El camino de Roma a la inmaterialidad y a la protección especial

La propiedad intelectual, puntualmente el derecho de autor tutela como bien jurídico el ámbito inmaterial de la cosa. Es decir, estamos bajo un cuerpo inmaterial caracterizado esencialmente por provenir del poder creativo del ser humano, en el ámbito externo su manifestación es una reproductibilidad continua. Desde el derecho romano su categoría de bienes se basa en cosas corporales —*res corporal*— y crearon la categoría opuesta para las cosas incorpóreas —*res incorporal*—.

Clásicamente, se ha sostenido que una relación jurídica demanda la coincidencia tanto de sujeto y objeto para que concurra. Autores como Maiorca, Biondi y Pugliatti coinciden en el planteamiento sujeto-objeto exponen que, todo derecho al tener un

En este caso se valida la limitación a determinada persona y se invalida la prohibición general de vender.

El código civil de Bolivia “Artículo 109°.- (Prohibiciones de enajenar) Las prohibiciones legales de enajenar se rigen por las leyes que las establecen. Las prohibiciones voluntarias sólo se admiten cuando son temporales y están justificadas por un interés legítimo y serio”.

La situación boliviana aporta tres elementos importantes (temporalidad, interés legítimo y serio) para considerar aplicar la limitación.

El código civil de Ecuador no regula disposición expresa sobre el tema, sin embargo, prevé ciertas circunstancias en artículos dispersos como el “artículo 1153 (Legado: valor limitado de la cláusula de no enajenar en los legados)”; “1905 (Hipoteca: pacto de no enajenar la cosa arrendada, el arrendatario podrá permanecer hasta su terminación natural)”; “2317 (Arrendamiento: niega la eficacia de no enajenar, por cuanto señala que el dueño de bienes hipotecados podrá enajenarlos o hipotecarlos)”.

²³⁴ “el pacto que en este sentido se incluya en un contrato de cualquier naturaleza no es una limitación a la libre transferencia del bien que impida la transferencia de dominio o la constitución de derechos reales sobre el mismo, ya que únicamente el mandato expreso de la ley o la orden del Juez sustraen del comercio a los bienes y su enajenación se convierte en objeto ilícito, al tenor de lo que dispone el artículo 1507 No. 3 del código civil[...] en modo alguno es causal de nulidad de un negocio jurídico de transferencia de dominio o de constitución de derechos reales... sino que tan sólo se traduce en deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el deudor[...] la amortización de los bienes, y más particularmente de los raíces, es una situación inconveniente para el tráfico jurídico y la organización de la economía nacional porque produce la escasez de los bienes, propiciando el encarecimiento de los precios y las maniobras especulativas, por lo que al excluir los bienes del libre comercio y amortizarlos únicamente se justifica por razones de orden público y en ningún caso por la voluntad de los contratantes. Nuestro ordenamiento civil ha señalado la ineficiencia de estas prohibiciones voluntarias de enajenar en varias disposiciones legales tales como los artículos 1932 (relativo al arrendamiento) (actual artículo 1905) y 2341 (relativo a la hipoteca) (actual artículo 2317) del Código Civil”. RO 666 de 19 de septiembre de 2002 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 29 de agosto de 2002). Sentencia que se encuentra en: Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico de los bienes*, 2018, 251.

De igual forma la sentencia del 5 de octubre de 2004 señala: “únicamente en los casos de excepción expresamente señalados por la ley puede limitarse ese derecho” casos que son “de interpretación estricta y, entre ellos, no está la prohibición de enajenar voluntaria”. RO 39 de 15 de Junio de 2005 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 5 de octubre de 2004).

²³⁵ Carlos Morales Guillén, *Código Civil* (La Paz, Bolivia: Ed. Gisbert, 1994), 229.

titular detrás existe un sujeto con una dimensión subjetiva, asimismo se presenta un objeto, no es concebible sostienen la idea de un derecho sin sujeto lo mismo ocurre inversamente con el objeto.

El derecho romano ideó el entendimiento de *res incorporalis*, la distinción entre bienes corporales e incorporales es notable en su diferencia por cuanto únicamente sobre los primeros se concibe una protección relacionada con figuras jurídicas como la posesión, que no ocurre para los bienes incorporales por cuanto no pueden ser susceptibles de sujeción física. Asimismo, los bienes corporales instituyen el concepto jurídico de la *traditio* figura que ha servido para generar el traslado de la propiedad respecto de bienes corporales por medio de la entrega.

el paso de manos del cedente a manos del cesionario; y GAIO lo consideró necesario también a los efectos de la organización sistemática del derecho privado. Como consecuencia de esta distinción, el término *res* se convierte en una latitud de significado muy amplia, por lo que un tratamiento de las cosas así entendidas habría agotado todo el derecho de propiedad y, por tanto, la exposición de las reglas relativas a todo el patrimonio (constituido justamente por cosas materiales, pero también por derechos y obligaciones que igualmente tienen un valor económico) de un sujeto. En esta idea se basa lo referente sobre las cosas de las Instituciones gaianas y justinianeas, que ocupa los libros segundo y tercero de estos manuales.²³⁶

En cuanto a la relación entre *res incorporalis* del derecho romano y los bienes inmateriales es clarificadora la posición de autores como Troller en su obra *Inmaterialgüterrecht*, quien es rotundamente contrario a identificar como similares éstas dos categorías, indica que las cosas incorporales o *res incorporalis* obtienen esta condición debido a su abstracción jurídica, bajo su denominación se incluyen cosas corporales como el dinero, por ejemplo. Hecho que no sucede con los bienes inmateriales que su naturaleza y esencia es a mérito propio y de manera plena. En ese sentido los bienes incorporales podrían abarcar tanto corporales, pero los inmateriales son esencialmente determinados en sus relaciones jurídicas propietarias con base en la inmaterialidad del objeto.

Gayo con un fundamento filosófico y práctico aporta al derecho con la clasificación de bienes corporales —*res quae tangi possunt*— así como de bienes incorporales —*res quae tangi non possunt*— clasificación que ha generado fuertes

²³⁶ Traducción propia Aldo Schiavone y Eva Cantarella, *Diritto privato romano: un profilo storico*, 226 (Torino: Einaudi, 2003), 274.

críticas en el ámbito jurídico, en esa línea se encuentran autores como Coviello o Ferrara cuestionan que tanto en la antigüedad como actualmente carece de beneficio calificándola como anodina.

A pesar de ello hay posiciones como las de Biondi que se sitúan en la época y resalta la importancia de la clasificación, al respecto las cosas corporales —*res quae tangi possunt*— las distingue de las demás categorías, señala el valor en la operatividad de instituciones jurídicas como la *traditio*, *possessio* o *usucapio* que servían respecto de esos bienes materiales, por ejemplo, la posesión es la aprehensión y el señorío sobre la cosa en tanto recaiga sobre una cosa corporal. Poderío o atribución que no aplicaría en relación con las cosas incorpóreas tales como obligaciones o actos traslativos de dominio, cuestión problemática que ha acompaña a la historia del derecho civil romano.

Y ¿en el caso de los derechos, se consideran cosas incorpóreas o corporales? los derechos al ser percibidos intelectualmente se consideran cosas incorpóreas. Si bien la paradoja se problematiza por una errónea vinculación entre derechos y cosas corporales —*corpora e iura*—.

De manera concluyente podría diferenciarse entre cosa corporal o incorpórea y su vinculación con la cosa material e inmaterial afirmando que cosas incorpóreas son los derechos y corporales lo que se pueda tocar, la materialidad constituye una característica de la cosa en sentido jurídico.

Al respecto Biondi enfatiza que: “podemos percibir un animal, una máquina, un fundo, pero no ciertamente un derecho de crédito o un derecho de usufructo. Los romanos precisamente en la categoría de la *res incorporalis* enumeraban los derechos, o sea, aquellas entidades que *in iure consistunt*”.^{237 238}

Los derechos pueden tener como objeto tanto cosas corporales como incorpóreas, entonces ¿cabe tener derechos sobre derechos? es la paradoja en cuestión, únicamente si se piensa que el derecho tiene un valor intrínseco de interés o utilidad,

²³⁷ Biondi Biondi, *Los bienes*, trad. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, 2ª ed. (Barcelona: Bosch, 2003), 50.

²³⁸ Entonces, “cuando decimos que el fundo es cosa corporal y el usufructo incorpórea, nos referimos a la cosa sobre la que recae el derecho, no al derecho mismo; mientras, inversamente, cuando decimos que el usufructo es incorpórea nos referimos al derecho más que a la cosa. En realidad, si consideramos la cosa sobre la que recae el derecho, es cosa corporal el fundo sobre el que recae, sea la propiedad, sea el usufructo; si, por el contrario, consideramos al derecho, todos los derechos son incorpóreas, o sea, tanto el derecho de propiedad como el usufructo. La incoherencia deriva del hecho de que los romanos indican la cosa para designar el derecho de propiedad; dicen *res mea est* para indicar la sujeción total de la cosa al propietario, en vez de decir: yo tengo un derecho de propiedad sobre la cosa” *Ibid.*, 50, 51.

puede formularse la posibilidad de que un derecho se constituya en objeto de otros derechos, siendo teórica y jurídicamente posible constituir usufructo, prenda, hipoteca sobre derechos, por ejemplo, la existencia de un derecho que tiene como objeto un derecho en instituciones como el mutuo.²³⁹

Bien inmaterial entre el corpus mechanicum y mysticum

El abordaje de lo inmaterial conlleva a varias posiciones y percepciones, desde lo tradicionalmente planteado por el derecho romano basado en la negativa posibilidad de ser aprehendido el ente u objeto por medio de los sentidos —imposibilidad sensorial o física— hasta incluir una versión positiva del asunto, basada en el hecho de considerar a la esencia del ente en su sentido positivo de creación, materializar el pensamiento y las ideas en creaciones, es decir conformar el ente inmaterial. Resulta insuficiente una concepción negativa sensorial para lo inmaterial debido al avance de la tecnología y de la ciencia que han hecho posible revelar la existencia de entidades abstractas, por ejemplo, el software. De ahí que la esencia de los bienes inmateriales reposa en la acción de la reificación, es decir la cosificación, la inmaterialidad toma sentido una vez que se hacen perceptibles.

Se entiende que esta acción trasciende la exteriorización material, se plasma la creación intelectual y logra tener una protección independiente del medio —puente de materialización—, es decir la creación persiste y tiene protección independiente del objeto material por el cual se hace reproducible y apreciable. Este vínculo teje un laso entre lo inmaterial y el régimen de propiedad, por cuanto la creación no queda abandona, al contrario, reconoce una autoría, por tanto, se vincula al autor como titular del derecho sobre el ingenio plasmado en la obra, ese reconocimiento de protección legal entre otros factores le otorga exclusividad y licencia de explotación económica.

Entre las características de los bienes inmateriales destacan su carencia de presencia material, derivan de una creación del intelecto de una persona y gozan de amparo legal en relación con los derechos subjetivos que les otorgan particularidades propias, exclusivas y excluyentes en relación con otros. Sin perjuicio de lo dicho, no se debe confundir que el derecho recae sobre el objeto inmaterial, como lo matiza el alemán Joseph Kohler —considerado fundador de la corriente de los bienes

²³⁹ Pizarro Moreno, *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, 39, 40.

inmateriales— el bien inmaterial es la idea creadora en sí misma, un aspecto es el bien que encarna la creación y otra el acto de la creación propiamente.

Existe consenso al abordar a los bienes inmateriales desde lo relacionado al *corpus mechanicum* y al *corpus mysticum*, el primero considerado el medio o instrumento que posibilita concretizar el conocimiento, el segundo que contiene la idea o pensamiento.

Pizarro condensa de muy buena manera las características de los bienes inmateriales: a) Necesidad de extrinsecación o plasmación corpórea, b) Repetibilidad ilimitada, c) Indestructibilidad, d) Posibilidad de un goce integral contemporáneo, e) No-susceptibilidad de goce económico inmediato.²⁴⁰

La protección de los bienes inmateriales se concentra en el debate de tutela jurídica por una parte en la realidad pre normativa como lo sostiene Are Mario y a diferencia de Ascarelli Tulio quien ata al bien inmaterial fabricado conjuntamente con la protección normativa. Ambas posiciones no las encuentro distantes por cuanto su objeto inmaterial al ser exteriorizado goza inmediatamente de una protección legal, en ello las creaciones, la propiedad intelectual y los comunes del conocimiento tienen por objeto y esencia la inmaterialidad.

Todo apunta a un uso constante y desmedido de la terminología jurídica, lo cual indica claramente a un tránsito y evolución de conceptos: *res incorporal*, bien inmaterial, bien intangible, creación intelectual o del ingenio, propiedad intelectual, derechos intelectuales, bienes comunes, bienes comunes del conocimiento, comunes, comunes del conocimiento, bienes digitales, criptoactivos el camino ha sido en cierta forma cíclico y evaporativo, al inicio sin protección —comunes—, seguido de un reconocimiento cautelar al derecho sin énfasis en lo económico, posteriormente una protección patrimonial fuerte basada en el monopolio, recaída en el debate equilibrista y actualmente una tutela líquida que reivindica derechos fundamentales para lograr satisfacer necesidades.

¿Derecho real de propiedad o derecho de la personalidad?

El derecho romano propone la categoría de cosa —*res*— tanto corporal como incorporal, ambas incorporan al derecho subjetivo de propiedad. La problemática se identifica al momento de conectar la inmaterialidad con estas categorías, por cuanto

²⁴⁰ Ibid., 45, 46, 47.

singularmente las cosas incorpóreas según la clasificación romana incluyen a los derechos, es decir todos los derechos se conciben como cosas incorpóreas así: *res incorporal*=derechos, mientras que las cosas corpóreas abarcan la propiedad en relación con objetos materiales o inmateriales, por tanto, sería: *res corporal*=propiedad [cosas materiales o inmateriales]. La doctrina por medio de Astuti acude a una especie de aspectos que se le olvidaron a Gaio para explicar la cuestión:

se observó que entre los derechos pertenecientes a la categoría de cosas incorpóreas GAIO omitió señalar la propiedad, el primero de los derechos patrimoniales, mientras que mencionó otros derechos reales, usufructo y servidumbres predial rústicas y urbanas. Esto ha llevado a muchos escritores a creer, con varios matices, que GAIO pretendía indicar con la palabra *res*, en ambos miembros de esta distinción, los elementos constitutivos del patrimonio, es decir, por un lado, la propiedad, es decir, las cosas propiedad, y por otro lado, los demás derechos de propiedad: las cosas corpóreas se habrían indicado en lugar del dominio de que son objeto, ya que el derecho de propiedad afecta las cosas de manera tan inmediata y completa, que incluso en lenguaje legal, así como en uso común, afirma la pertenencia de la cosa (*res mea est; hominem meum esse aio*), más que el derecho de propiedad sobre la cosa. Sin embargo, la oposición sigue siendo injustificada, porque, como lo señaló agudamente el BONFANTE, “La cosa entonces no indica si no precisamente el derecho de dominio, es decir siempre a *res incorporalis*”.²⁴¹

En la misma línea y de forma complementaria refiero la claridad de exposición de Pugliatti al respecto que se convierte en una fuente de consulta necesaria para aterrizar los conceptos:

Las fuentes romanas, que nos han transmitido la distinción, presentan otra anomalía: mientras consideran los derechos como cosas incorpóreas (todos los derechos, por tanto, y sólo ellos), consideran como cosa corpórea el (derecho de) propiedad, la cual, siendo un derecho, debe tener la cualidad de cosa incorpórea.

La anomalía, sin embargo, es sólo aparente, porque el derecho de propiedad se confunde con la cosa que forma su objeto y lo abarca enteramente, y esto lleva a postular la equivalencia de la designación del bien con la referencia al objeto (cosa) o el derecho que este objeto absorbe en todos sus usos posibles. Surge, pues, la distinción entre *res corpóreas*, esto es, cosas en propiedad, y *res incorpóreas*, esto es, derechos (sobre las cosas), distintos de la propiedad.

De ello se sigue que la referencia al derecho puede omitirse, y en cambio puede referirse directamente a la cosa, cuando el derecho del que ésta forma el objeto y por el que adquiere la calidad de bien jurídico, es pleno, como lo es (sólo) el derecho a la propiedad.²⁴²

²⁴¹ Guido Astuti, *Cosa (storia)*, vol. V, Enciclopedia del diritto (Milano: Giuffrè, 1962), 6.

²⁴² Traducción personal Salvatore Pugliatti, *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, vol. X, Enciclopedia del diritto (Milano: Giuffrè, 1962), 34.

En ese sentido, a pesar de que la propiedad se refiera a bienes inmateriales, se debe asumir de manera amplia la titularidad con relación a la propiedad, ya que de modo concreto la propiedad de ese bien inmaterial pertenece a cosas corporales.

Clásicamente se vislumbra como enfoques al bosquejo del régimen de propiedad intelectual en dos tendencias, una del lado de los derechos reales con enfoque civilista, con ello un derecho real de propiedad sobre la creación del intelecto-bien inmaterial y la otra relacionada con la creación del ingenio que protege el derecho de la personalidad.

La teoría de la propiedad basada en los derechos reales es la que ha superado la temporalidad y sobrevivencia para ello se ha valido en el desempeño jurídico de aplicar figuras jurídicas —aún sin mayor análisis— como la reivindicación, posesión e inclusive la ocupación que le ha servido posesionarse como actuación de la propiedad. Esta situación puede producirse por cuestiones como la flexibilidad del concepto de la propiedad, servir de modelo perfecto —arquetipo— para expresar el señorío sobre un bien y la expresividad que engancha el concepto al traducirse en derechos de pertenencia entre el creador y su ingenio.

El camino de los derechos reales que conecta la teoría de la propiedad con los bienes inmateriales, incluso con anterioridad a la definición de derechos de autor propiamente, se vale del derecho de señorío que el autor ejerce sobre su obra, lo que proyecta el derecho de autor en la dimensión de la propiedad, con sus respectivos matices.

En la vía de los derechos de la personalidad derivados de la creación, se compone de un derecho subjetivo que radica en el bien inmaterial producto del creador y resultado en la obra, la protección es en la obra como manifestación del sujeto y del sujeto vinculado a la creación que cuenta con una entidad y utilidad económica propia, de otro lado el espíritu de la autoría e impronta del autor que representan el derecho moral del creador de la obra, que se convierte en un legítimo derecho de la personalidad.

De manera conciliatoria en la línea de lo que plantea Roeber que la teoría de la propiedad no solamente es una teoría, contiene intrínsecamente un método comparativo que analiza las diferencias y semejanzas, lo deseable es juntar los aspectos

conciliatorios y apostar por una aplicación unitaria del derecho de propiedad ordinaria en relación con el derecho de propiedad sobre bienes inmateriales.²⁴³

La propiedad se concibe en relación con bienes corporales y la ubicación de los bienes inmateriales en ese esquema constituye la problemática que hemos venido desarrollando, en relación con la corporalidad del objeto el derecho de propiedad en las cosas corporales —*res quae tangi possunt*— recae tanto sobre cosas materiales e inmateriales y mantiene a las cosas incorpóreas lo relacionado con los derechos. Esa inocente huida de los bienes inmateriales en la categoría de las cosas corporales constituye el debate en el modelo propietario tradicional.

Aunque parecería un oxímoron regular cosas corporales inmateriales, esta categoría responde a un acto normativo no en su esencia por la naturaleza del bien. La distinción separa a las cosas incorpóreas contenidos en los derechos y no a los bienes inmateriales por su naturaleza, falto incluirse a la propiedad como parte del derecho patrimonial al momento de regular los otros derechos reales. Entonces, se puede afirmar que el derecho subjetivo de propiedad recae sobre cosas corporales —materiales o inmateriales— y derechos sobre los bienes inmateriales, así en abstracto, en la línea de lo que propone Kohler.

Justamente se produce este caminar entre el derecho subjetivo de propiedad ordinaria y derechos subjetivos sobre bienes inmateriales, hecho que aterriza a describir las diferencias sobre el régimen de propiedad en relación con los bienes materiales e inmateriales. Para ello Are coloca ciertos indicadores para su análisis:²⁴⁴ a) la limitación en el tiempo: bienes inmateriales protección temporal, bienes materiales protección ilimitada, sujeto a excepciones, b) imposibilidad de una posesión exclusiva y ausencia de tutela posesoria: en los bienes inmateriales imposibilidad técnica de posesión y en los bienes materiales es posible, por cuanto logra excluir físicamente a terceros. Sin embargo, hay posiciones rebatibles que mantienen la posibilidad de equiparar conceptos a los bienes materiales apoyados por cierta normativa, concluyendo que es posible una posesión sobre bienes inmateriales. Un ejemplo es el magistral planteamiento de Carnelutti que reflexiona que: la creación es un modo de adquirir —el dominio— casi equidistante entre la ocupación (con pre-existencia del objeto *in rerum*

²⁴³ Georg Roeber, *Urheberrecht oder geistiges eigentum*, Schriftenreihe der UFITA, Heft 1 (Alemania: Baden-Baden: Verlag für angewandte Wissenschaft, 1956), 45.

²⁴⁴ Mario Are, *L'oggetto del diritto di autore*, Saggi di diritto commerciale (Milano: Giuffrè, 1963), 260.

natura) y la denominada *specificatio*, que la hace desembocar en una “cosa nueva”. En la creación, no habría nada pre-existente afuera o al margen del hombre, que al crear la *res nova* se convierte en autor,²⁴⁵ c) configuración más bajo la órbita de la *proprietatis* que del *dominium*: los bienes inmateriales por ejemplo en el caso de creaciones del intelecto pueden tener dos momentos, cuando la obra es inédita y está bajo control del autor aplica igual que los bienes materiales, pero una vez que la obra sale de la esfera íntima y se comunica públicamente ese acto aleja la posibilidad cierta y total de una *possessio rei* —posesión de una cosa— con todo siempre deja el camino para activar una *possessio iuris* o *quasi possessio* —posesión de derecho— justamente porque falta la cosa, con ello quien realice un acto sin autorización del creador comete una infracción. En el caso de las obras tal es su característica que no necesita la posesión del bien para poder realizar actos de uso y goce. A diferencia de los bienes materiales que la disposición en concreto del bien legitima su propiedad, sin perjuicio de ello también puede haber excepciones como en el caso del fundo mal vallado, por ejemplo, d) diferentes modos de adquirirla: los bienes inmateriales cuentan con limitaciones por ejemplo no es aplicable adquirir la propiedad por medio de la accesión, igualmente se diferencia en los inmateriales en las distintas formas de adquirir a título originario.

Sin embargo, existe una coincidencia que construye una fuerte base sólida en ambos tipos de bienes, se produce un derecho absoluto frente a todos —*erga omnes*— de manera pública, podría condensarse así: bien inmaterial, exclusividad, oponible frente a terceros, transmisibles en su ámbito patrimonial.

De la propiedad ordinaria a la propiedad especial

Lo analizado deja entrever ciertas limitantes en el tipo de propiedad inmaterial, que la doctrina y la legislación conducen a denominarlo como propiedad especial o *sui generis* sentada en la institución de la propiedad. El caso de la propiedad intelectual se acentúa este criterio en razón de la singularidad de su objeto, en afinidad respecto de los bienes inmateriales surge una ramificación basada en los derechos de la personalidad —autoría, secreto— y el derecho patrimonial con distintivo dominical.

El derecho real coincide de manera amplia con la propiedad intelectual en sus facultades de uso goce y disposición, este derecho real —sobre una cosa— recae sobre un bien corporal que abarca los inmateriales en lo que podría incluirse figuras de

²⁴⁵ Francesco Carnelutti, *Usucapione della proprietà industriale* (Milán: Giuffrè, 1938), 65.

propiedad intelectual, la diferencia que marca un considerable contraste, radica en que la propiedad intelectual cuenta con una significación como derecho personal, caracterizado por una vigencia temporal para su explotación dependiendo de la figura —obras, patentes—, regularmente un plazo de tiempo luego de la muerte del autor. Adicionalmente recordar que en el contexto del debate se ubican el denominado *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, el objeto físico que incorpora la obra creativa y la creación per se, con ello dos ámbitos de protección tanto de forma independiente y de manera concurrente. Hecho que no ocurre con los derechos reales que residen netamente en el *corpus mechanicum*.

Es interés de la sociedad y la búsqueda de la armonía de la sociedad que instaura el patrón de la propiedad respecto de los bienes que se van desarrollando, es lo que marca como característica a esta figura jurídica el hecho de su flexibilidad y elasticidad, su facilidad de adaptarse parecería indestructible.

Aterrizando la teoría de la propiedad en los bienes inmateriales el horizonte de manera clásica coloca dos potenciales extremos entre alba y ocaso, la protección del interés privado por medio del derecho privado —civil— y del interés público a través del derecho público —constitucional y administrativo—.

Con ello se marcan reglas que han acompañado a la propiedad, la facultad de usar, gozar y disponer del bien de forma exclusiva, con lo cual impone una obligación de respeto a los otros y asimismo la limitante a estos que puedan incidir u obligar el destino o uso que el propietario decida respecto de sus bienes, pero, si bien este dominio se concibe en primera instancia como algo absoluto, autónomo e ilimitado de la mano se plantea un régimen de excepciones y limitaciones por cuestiones debidamente justificadas en su anomalía y dentro del marco de la legalidad.

La propiedad especial que resguarda a la propiedad intelectual es el eslabón que la constituye como una forma de propiedad singular esencialmente bipartito personal y patrimonial. La nomenclatura asignada se respalda en las características de la naturaleza objeto del bien, además de que sus acciones demandan mediación administrativa. En un repaso cronológico por el código civil ecuatoriano desde su publicación de 1860 lo regula de esa forma en el artículo 570, del título del dominio que destaca la

categorización de especial en relación con “las producciones del talento o del ingenio como propiedad de sus autores que se registrá por leyes especiales”.²⁴⁶

11. Diálogo entre Garrett Hardin²⁴⁷ y Elinor Ostrom²⁴⁸

Es Quito una tarde fría y lluviosa, cerca de la plaza de San Francisco en una cafetería tradicional de la ciudad se encuentran casualmente Garrett Hardin y Elinor Ostrom, les llama la atención la leyenda que decía: “Los indios ecuatorianos pactamos y le ganamos al Diablo”, luego de soltar una carcajada conjunta; ambos querían una tasa caliente de leche con chocolate y queso, Garrett pregunta a la propietaria de la cafetería si la materia prima es provista por vacas que se encuentran en la zona urbana o en la zona rural, seguido comenta que cada vez es más escaso tener acceso a recursos como leche, queso y al mismo tiempo el alimento de las vacas cada vez se encuentra más escaso y va a llegar un punto en el que simplemente va a dejar de existir. Este enunciado llama la atención de Elinor Ostrom, quien luego de hacer su pedido, le dice: no he podido dejar de escuchar tu comentario, podrías explicármelo más a detalle, justamente estoy trabajando un documento que se relaciona con lo que comentas; acto seguido, toman asiento e inician una charla.

Garrett Hardin: Lo que comento podemos llamar *la tragedia de los recursos comunes*, utilizando la palabra tragedia como la usó el filósofo Whitehead: “La esencia de la tragedia no es la tristeza. Reside en la solemnidad despiadada del desarrollo de las cosas”.²⁴⁹

Elinor Ostrom: Si, casualmente he escuchado el planteamiento sobre la tragedia de los comunes, que buena coincidencia, cuéntame más detalles por favor, al mismo tiempo te voy contando puntos que se relacionan o contraponen con mi trabajo.

Garrett Hardin:

Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres

²⁴⁶ “Art. 570.-Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.

Esta especie de propiedad se registrá por leyes especiales”. código civil, 1860 Registro Auténtico 1860 de 03-dic.-1860.

²⁴⁷ Garrett Hardin, “La tragedia de los comunes”, trad. Horacio Bonfil-Sánchez, s. f., 4-5-6. Texto del diálogo, tomado de la cita y páginas mencionadas.

²⁴⁸ Charlotte Hess y Elinor Ostrom, *Los bienes comunes del conocimiento*, trad. Pablo Carbajosa Pérez et al. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016), 31-32-35-36-37. Texto del diálogo, tomado de la cita y páginas mencionadas.

²⁴⁹ Hardin, “La tragedia de los comunes”, 4.

como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia.

Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo.

1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1.

2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1.²⁵⁰

Elinor Ostrom: Lo que me pides es:

que imagine un pastizal “abierto a todos”; después examine la estructura de esta situación desde la perspectiva de un pastor racional. Cada pastor recibe un beneficio directo por sus animales (que pastan allí) y enfrentan un costo posterior por el deterioro de los bienes comunes cuando su ganado y el de otras personas pastan en exceso. Cada pastor se siente impulsado a introducir más y más animales porque recibe el beneficio directo de sus propios animales y carga únicamente con los costos resultantes del sobrepastoreo.²⁵¹

Garrett Hardin: ¡Exacto!

Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más[...] Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado.²⁵²

Elinor Ostrom: Me parece una metáfora memorable, por un lado, “ha llegado a simbolizar la degradación del ambiente que puede esperarse siempre, cuando muchos individuos utilizan simultáneamente un recurso escaso”;²⁵³ por otra parte, puede ser usada como “metáfora de la sobrepoblación, analizando cómo los pastores de ganado

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Elinor Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, trad. Leticia Merino-Pérez, 2a. ed. en español, Economía contemporánea (México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2011), 36, 37.

²⁵² Hardin, “La tragedia de los comunes”, 5.

²⁵³ Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes*, 36.

que comparten pastos comunes ponen a pastar el máximo de ganado posible, obrando en su propio interés”,²⁵⁴ lo que planteas seguro da mucho que hablar.

Sin embargo, si estudiamos los bienes comunes podría rebatir lo que propones con los siguientes planteamientos que he investigado y los compilo y señalo la referencia al pie de página al final del numerado:

- 1) “En realidad, discutes el acceso abierto más que los bienes comunes gestionados;
- 2) Das por hecho la existencia de poca o nula comunicación;
- 3) Postulas que la gente actúa solo de acuerdo con su propio interés inmediato (en lugar de asumir que algunos individuos tienen en cuenta beneficios conjuntos, al menos en cierta medida);
- 4) Me parece que solo ofreces dos soluciones para corregir la tragedia, la privatización o la intervención del Estado”.²⁵⁵

Ya sea que estudiemos las cuencas de agua subterránea californiana, las pesquerías del Atlántico Norte, los bosques comunitarios africanos o los sistemas de regadío nepalíes, los estudios científicos de caso parecen responder: *Au contraire, Monsieur Hardin!* Tal vez haya situaciones en las que pueda aplicarse este modelo, pero muchos grupos pueden gestionar y mantener de manera eficaz recursos comunes si tienen condiciones adecuadas, tales como:

- a) Existencia de límites claramente definidos.
- b) Las reglas de uso se ajustan bien a las necesidades y condiciones locales.
- c) Los individuos afectados por estas reglas pueden participar por lo general en la modificación de las mismas.
- d) El derecho de los miembros de la comunidad a trazar sus propias reglas es respetado por las autoridades externas.
- e) Se ha establecido un sistema para auto supervisar el comportamiento de los miembros.
- f) Se dispone de un sistema graduado de sanciones.
- g) Los miembros de la comunidad tienen acceso a los mecanismos de resolución de conflictos de bajo coste.
- h) Las tareas integradas, es decir, la apropiación, el suministro, la supervisión y la sanción, la resolución de conflictos y otras actividades de gobierno se organizan en una estructura anidada con múltiples estratos de actividades.²⁵⁶

Estos principios se descubrieron tras llevar a cabo un ingente conjunto de estudios empíricos sobre el gobierno de recursos de uso común, que es la investigación en la que estoy trabajando, lleva por nombre: “El gobierno de los bienes comunes”.

²⁵⁴ Ibid., 38.

²⁵⁵ Ibid., 45, 46, 68, 11, 35, 52.

²⁵⁶ Ibid., 63, 64, 59, 60, 11, 74, 75.

El problema con tu planteamiento, es que han sido sobre utilizados

como modelos realistas de situaciones mucho más complejas y dinámicas. Se proponen con frecuencia para explicar por qué los participantes se ven “atrapados” en incentivos perversos y no pueden encontrar por sí mismos formas para aumentar la confianza, desarrollar normas de reciprocidad o idear nuevas reglas.²⁵⁷

No predicen desde luego todas las situaciones que implican dilemas sobre los bienes comunes o cualquiera de las soluciones específicas preferidas ofrecidas para resolver estos problemas. Como queda demostrado en un estudio tras otro, no hay una sola solución a todos los dilemas de los bienes comunes.²⁵⁸

Garrett Hardin: Me gusta lo que propones, lo voy a revisar. Mira, en concreto lo que planteo es lo siguiente:

La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos.

Para algunos esto puede ser un lugar común. ¡Ojalá y lo fuera! [...]El individuo se beneficia como tal a partir de su habilidad para negar la verdad incluso cuando la sociedad en su conjunto, de la que forma parte, sufre.²⁵⁹

Elinor Ostrom: Disculpa querido, acabo de recordar, tu teoría me parece que tiene varios antecedentes y postulantes anteriores; repaso que, hace mucho, Aristóteles observó que “lo que es común para la mayoría es de hecho objeto del menor cuidado. Todo mundo piensa principalmente en sí mismo, raras veces en el interés común”.²⁶⁰

De igual manera, me parece que viene al tema “la parábola de Hobbes sobre el hombre en un estado natural es el prototipo de la tragedia de los bienes comunes: los hombres persiguen su propio bien y terminan peleando entre sí. En 1833, William Foster Lloyd (1977) esbozó una teoría de los bienes comunes que predecía un uso descuidado de la propiedad en común”.²⁶¹ Mira incluso, en (1954) H. Scott Gordon expuso con claridad una lógica semejante en otro texto clásico:

“La teoría económica de una investigación sobre la propiedad común: la pesca”. Gordon describió tu misma dinámica:

“Parecería, entonces, que hay cierta verdad en la máxima conservadora según la cual la propiedad de todos es la propiedad de nadie. Nadie valora la riqueza que es gratuita para

²⁵⁷ Ibid., 66.

²⁵⁸ Hess y Ostrom, *Los bienes comunes del conocimiento*, 37.

²⁵⁹ Hardin, “La tragedia de los comunes”, 5.

²⁶⁰ Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes*, 37.

²⁶¹ Ibid.

todos, porque el que es lo suficientemente arriesgado para esperar que llegue el tiempo propicio para su uso, sólo encontrará que ese recurso ya ha sido tomado por otro [...] Los peces en el mar no tienen valor para el pescador, porque no hay ninguna garantía de que estarán esperándolo mañana si hoy los deja ahí.²⁶²

Bueno, disculpa ¿qué debemos hacer?

Garrett Hardin: Es muy sencillo, voy a poner un ejemplo específico “los parques nacionales son otra instancia donde se muestra la forma en que trabaja la tragedia de los recursos comunes. En el presente se encuentran abiertos para todos, sin ningún límite”.²⁶³

Los parques en sí mismos tienen una extensión limitada —sólo existe un Valle de Yosemite— mientras que la población parece crecer sin ningún límite. Los valores que los visitantes buscan en los parques son continuamente erosionados. Es muy sencillo, debemos dejar de tratar a los parques como recursos comunes[...] o muy pronto no tendrán ningún valor para nadie.²⁶⁴

En ese sentido, tenemos varias opciones.

Podemos venderlos como propiedad privada. Podemos mantenerlos como propiedad pública, pero asignando adecuadamente quien ha de entrar. Esto debe ser con base en la riqueza, a través del uso de un sistema de adjudicación. También podría hacerse con base en méritos, definidos por estándares acordados. O podría ser por sorteo. O bien ser con base en el sistema de que el primero que llega entra, administrado a partir de filas. Estos, creo, son todos procedimientos objetables. Pero entonces debemos escoger, o consentir la destrucción de nuestros recursos comunes llamados parques nacionales.²⁶⁵

Elinor Ostrom: En suma, lo que planteas es que “el Estado” controle la mayoría de los recursos naturales para evitar su destrucción, es decir una regulación centralizada, igualmente sugieres la privatización como otra opción.

Sin embargo, lo que se observa en el mundo real es que ni el Estado ni el mercado han logrado un éxito uniforme en que los individuos mantengan un uso productivo, de largo plazo, de los sistemas de recursos naturales. Distintas comunidades de individuos han confiado en instituciones que no se parecen ni al Estado ni al mercado para regular algunos sistemas de recursos con grados razonables de éxito durante largos períodos.²⁶⁶ Aunque todos saben que el problema básico es la sobreexplotación de los bancos pesqueros, no hay acuerdo entre los interesados en el problema sobre cómo resolverlo...

²⁶² Ibid.

²⁶³ Hardin, “La tragedia de los comunes”, 5.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Ibid., 5, 6.

²⁶⁶ Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes*, 35, 36.

El punto en este caso, y en muchos otros, es encontrar la mejor manera de limitar el uso de recursos naturales para asegurar su viabilidad económica en el largo plazo.²⁶⁷

Garrett Hardin: “Estamos atrapados en un sistema de “ensuciar nuestro propio nido”, y así seguirá mientras actuemos únicamente como libres empresarios, independientes y racionales”.²⁶⁸

Elinor Ostrom: “Si los únicos “bienes comunes” de importancia fueran unas cuantas áreas de pasto o algunas pesquerías, la tragedia de los comunes tendría poco interés general”,²⁶⁹ lo cual evidentemente no es el caso. En la metáfora planteada, de hecho, tú mismo usas a los pastizales comunes para comparar el problema general de la sobrepoblación. Por tanto, la “tragedia de los comunes” podría:

describir problemas tan distintos como la hambruna del Subsahara en los años setenta (Picardí y Seifert, 1977), la crisis de incendios forestales en el Tercer Mundo (Norman, 1984; Thomson, 1977), la lluvia ácida (R. Wilson, 1985), la organización de la Iglesia mormona (Bullock y Baden, 1977), la ineptitud del Congreso de los Estados Unidos para evitar su gasto excesivo (Shepsle y Weingast, 1984), el crimen urbano (Neher, 1978), las relaciones entre el sector público y el sector privado en las economías modernas (Scharpf, 1985, 1987, 1988), los problemas de cooperación internacional (Snidal, 1985) y los conflictos comunales en Chipre (Lumsden, 1973).²⁷⁰

En resumen, “gran parte del mundo depende de los recursos que están sujetos a una posible tragedia de los comunes”.²⁷¹

²⁶⁷ Ibid., 35.

²⁶⁸ Hardin, “La tragedia de los comunes”, 6.

²⁶⁹ Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes*, 38.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

Capítulo tercero

Comunes del conocimiento: el derecho de acceso llave del conocimiento

1. Los comunes desde la visión de Stefano Rodotà

“El modelo propietario, dado su enraizamiento histórico y social, ha acabado siendo la más intensa forma de protección jurídica a la que recurrir siempre que se quiere disponer de una tutela fuerte”.²⁷²

El principal antecedente teórico como referente en el ámbito jurídico y filosófico jurídico para la construcción de los bienes comunes en la presente investigación es el profesor Stefano Rodotà, quien ha trabajado varias obras en lo relacionado al tema propuesto, desde la conceptualización de la propiedad en su libro *El Terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (2019) su versión en italiano data de 1981, la obra *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni* (2013), *Il mondo nella rete Quali i diritti, quali i vincoli* (2014) y finalmente una perspectiva compilatoria y actualizada de la construcción de los bienes comunes en su libro *El derecho a de tener derechos* (2014).

Intentaré compilar sus planteamientos y pensamiento en lo tendiente a la investigación, para ello iré desglosando su propuesta y estructura manteniendo sus enunciados primordiales, pero aterrizando lo manifestado de forma concreta y por medio de una interpretación a manera de puente directo en lo pertinente a los bienes comunes.

Lo contrario a la propiedad

Para abordar este tránsito de la propiedad a la no propiedad, la base conceptual máxime reposa en Charles Reich y su artículo: *The New Property* (1964), James Boyle en: *The Opposite of Property?* (2003) y Franco Cassano por medio de lo que ha denominado: la razonable locura de los bienes comunes en su libro *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni* (2004).

The New Property, realiza una constatación del poder del Estado como agente del poder económico y del mercado, que interviene como dispensador de riqueza de manera directa a determinados sujetos por medio de la distribución de recursos

²⁷² Stefano Rodotà, *El Derecho a tener derechos* (Madrid: Trotta, 2014), 104.

financieros, concesión de ventajas económicas, subsidios, incentivos, contratos, desgravaciones fiscales, licencias para el ejercicio del comercio, autorizaciones para el ejercicio de profesiones, concesiones de emisoras de radiotelevisión, en concreto el papel del Estado y sus atribuciones desde lo público traducidas en (*largess*) dádivas.²⁷³ Este devenir de la propiedad a la no propiedad para Reich se manifiesta doblemente tanto por la pérdida de garantías y la inestabilidad ya que podrían ser desprovistos por una decisión de lo público. “El camino empleado para afrontar las ‘no propiedades’ fue atribuirles las mismas prerrogativas existentes en el histórico modelo propietario. Y de aquí ‘la nueva propiedad’, proyección en el mundo nuevo de aquel pasado seguro”.²⁷⁴

En James Boyle se inspira para denominar el apartado justamente como lo contrario a la propiedad, la propuesta de Boyle no se centra en el modelo propietario tradicional, propone un desplazamiento de la propiedad a la gestión de los bienes —no de todos los bienes— alejado del individualismo y de la exclusividad.

Entre los dos estudios previos señalados han transcurrido alrededor de 40 años, en ese lapso, la razonable locura de los bienes comunes, como los denomina Franco Cassano en su obra, ha despuntado y se poseionan de manera transversal en varios ámbitos social, político, cultural y jurídicamente por supuesto, Cassano en su obra caracteriza al nuevo *homo civicus* como quien pretende liberarse de la obsesión propietaria provocadora de separación y alejamiento de los lazos sociales. Señala a la condición omnipotente del mercado la que produce la destrucción de todos los bienes públicos. La hegemonía individualista ciega y destructiva pone a tope al mundo de mercancías, pero ello conlleva cada vez más injusticias y desesperación. Descrito el mundo así, pensar racionalmente en el cuidado y protección de los bienes comunes — que pertenecen a todos— parece una locura, o mejor dicho una razonable locura; sin

²⁷³ “Cuando Charles Reich publicó en 1964 su trabajo *The New Property*, ensayo destinado a abrir inmediatamente un nuevo frente en las discusiones sobre la propiedad, eran ya muchos los que habían comprendido el nuevo papel del Estado como directo dispensador de riqueza, bien a través del canal de los gastos públicos o bien a través de las diferentes formas de autorización de acceso a los sectores relevantes de la actividad económica. Reich parte precisamente de esta realidad, formada por subsidios, desgravaciones fiscales, incentivos, contratos, licencias para el ejercicio del comercio, autorizaciones para el ejercicio de profesiones, concesiones de emisoras de radiotelevisión y otros fenómenos análogos, que define resumidamente como “dádivas” (*largess*), subrayando la falta de correspondencia que existe entre la creciente dependencia en que un número cada vez mayor de individuos se encuentra respecto de este tipo de liberalidades públicas y la escasez de garantías jurídicas frente a una discrecionalidad administrativa, que, en nombre de un no bien definido interés público, puede privarles de la fuente principal o exclusiva de su bienestar”. Stefano Rodotà y Luis Díez-Picazo, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Primera (Santiago de Chile: Olejnik, 2019), 51.

²⁷⁴ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 103, 104.

embargo, sostiene que esta vía constituye la única respuesta razonable al proceso de privatización del mundo, el único remedio para evitar que se convierta en el botón exclusivo de los más fuertes.

Luego de consolidar su marco teórico de partida, Rodotà inicia su relato y planteamiento sobre los bienes comunes, hace un llamado a comprender diversas formas de racionalidad y superar el esquema binario dominante en occidente enclaustrado en lo público y privado, apostando por la ciudadanía, sus diversas relaciones entre personas y necesidades satisfechas.

Los bienes comunes exigen una forma diferente de racionalidad, capaz de asumir los profundos cambios que estamos viviendo y que afectan a las dimensiones social, económica, cultural y política. Nos vemos, pues, obligados a ir más allá del esquema dualista, más allá de la lógica binaria que ha dominado en los dos últimos siglos la reflexión occidental: propiedad pública o privada. Y todo esto se proyecta en la dimensión de la ciudadanía por la relación que se instituye entre las personas, entre sus necesidades, entre los bienes que pueden satisfacerlas, modificando de esta manera la configuración misma de los derechos, definidos precisamente por la ciudadanía, y de las modalidades de su ejercicio.²⁷⁵

Es necesario examinar la propiedad desde diversas ópticas no únicamente la pública, privada e incluso la cooperativa, los problemas no se agotan en estos tres ejes de la propiedad, “pues todos estos planteamientos reflejan más categorías interpretativas ligadas al pasado que datos que la realidad actual ponga de relieve”.²⁷⁶

Surge una tercera dimensión delimitada por los intereses colectivos y un entorno no propietario, caracterizada por bienes primarios, aquellos necesarios para garantizar el disfrute de los derechos fundamentales, con lo cual se delimita los intereses colectivos y fundamentalmente las modalidades de uso y gestión de esos bienes primarios.

Los valores colectivos, vistos al mismo tiempo como complemento y alternativa de los públicos y privados que tradicionalmente se consideraban idóneos para agotar la tipología de los intereses. Intereses colectivos y retaguardia no propietaria han hecho que el mundo institucional adquiera una tercera dimensión, en la cual se mueven a disgusto los cultivadores de una geometría constitucional plana[...] la dimensión colectiva penetra ahora en las mismas áreas públicas y privadas, imponiendo un reexamen de los criterios de distribución y, sobre todo, de gestión de los recursos atribuidos a tales áreas.²⁷⁷

²⁷⁵ Ibid., 104, 105.

²⁷⁶ Rodotà y Díez-Picazo, *El terrible derecho*, 48.

²⁷⁷ Ibid., 49.

El entorno no propietario emerge como garantía de satisfacción de las necesidades de las personas. Postulado que lo planteó desde 1981, de plena vigencia y se mantiene hasta sus más recientes trabajos.

Estamos ante una reconstrucción residual o mínima de la noción de propiedad en torno a la necesidad de asegurar al individuo la satisfacción de algunas necesidades esenciales a través de la garantía del trabajo, de la vivienda o de algunas prestaciones sociales. Estos bienes primarios constituirán el nuevo núcleo duro del derecho de propiedad y, a través de su directo ligamen con la persona, proporcionarán una nueva legitimación al nexo propiedad-libertad.²⁷⁸

“Ya no todos proletarios, sino todos propietarios”, con esta frase se explica dos aspectos importantes en el régimen de propiedad, uno la propiedad debe ser accesible para todos, se alude al acceso como necesidad y dos el papel de la propiedad en cuanto a su función social.

De estos dos elementos destaca y profundiza en el acceso, el cual no debe ser visto de manera superficial, la propiedad y el acceso deben ser entendidas como categorías autónomas, la independencia del acceso no se encuentra ligado a la adquisición de un título de propiedad, este hecho puede colocar situaciones potenciales o reales de conflicto entre ambas categorías. “Se puede acceder a un bien, disfrutar de su utilidad, sin asumir la cualidad de propietario”.²⁷⁹ A nivel constitucional el acceso se convierte en un instrumento que permite satisfacer la necesidad del uso del bien, indistinto de generar una forma de exclusiva de apropiación, el debate público se centra en la distinción entre propiedad y acceso.

²⁷⁸ “Estamos ante una reconstrucción residual o mínima de la noción de propiedad en torno a la necesidad de asegurar al individuo la satisfacción de algunas necesidades esenciales a través de la garantía del trabajo, de la vivienda o de algunas prestaciones sociales. Estos bienes primarios constituirán el nuevo núcleo duro del derecho de propiedad y, a través de su directo ligamen con la persona, proporcionarán una nueva legitimación al nexo propiedad-libertad”. Stefano Rodotà, *Il terribile diritto Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, 3a edizione, Collezione di testi e di studi (Bologna: il Mulino, 2013), 40. Rodotà y Diez-Picazo, *El terrible derecho*, 45.

Al respecto hace una afirmación importante: “Ora, se pur si volesse considerare del tutto corretto questo nuovo rapporto tra diritto di proprietà e situazione della persona sarebbe comunque evidente che esso non basta a rifondare una legittimazione generale del diritto di proprietà. Anzi, l'ancoraggio della proprietà ai bisogni essenziali dell'individuo darebbe risalto ancora maggiore alla difficoltà (o impossibilità) di adoperare il medesimo schema al di là dell'area in tal modo individuata”. Rodotà, *Il terribile diritto*, 40. “Ahora bien, aunque consideráramos correcta esta nueva relación entre derecho de propiedad y situaciones de la persona, sería siempre evidente que no es suficiente para ofrecer un nuevo fundamento a una legitimación general del derecho de propiedad. Antes bien, el anclaje de la propiedad en las necesidades esenciales del individuo resaltaría más todavía la dificultad (o la imposibilidad) de utilizar tal esquema más allá del área de este modo dibujada”. Rodotà y Diez-Picazo, *El terrible derecho*, 45.

²⁷⁹ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 106.

Se produce una translación de propiedad exclusiva a inclusiva, del derecho a excluir a terceros al derecho a no ser excluido en vista del uso y satisfacción de algunos bienes, la inclusión abarca el acceso y disfrute tanto de sujetos como de intereses diferentes, de la exclusión tradicional del régimen de propiedad cambia por la accesibilidad. “La propiedad [...] no necesita ser confinada, como la ha confinado la teoría liberal, a un derecho a excluir a otros del uso o beneficio de algo, pero igualmente puede ser un derecho individual a no ser excluido por otros del uso o beneficio de alguna cosa”.²⁸⁰

Esto marca la nueva racionalidad adecuada a la función social de la propiedad, que históricamente se ha comprendido en su inicio como límites a las atribuciones del propietario, luego instrumento definitorio del contenido mismo del derecho y en relación con los bienes comunes vista “como poder de una multiplicidad de sujetos para participar en las decisiones que afecten a determinadas categorías de bienes”.²⁸¹

La revisión de las categorías propietarias, por tanto, arrastra tras de sí la revisión de las categorías de bienes, dando lugar a los bienes comunes que asumen características también irreducibles a los modelos históricamente conocidos. Pero no solo nace una nueva categoría de bienes. La abstracción propietaria se disuelve en la concreción de las necesidades, que surgen para conectar los derechos fundamentales con los bienes indispensables para su satisfacción[...] La propiedad, sea pública o privada, ni puede abarcar ni agotar la complejidad de la relación persona/bienes. Un conjunto de relaciones queda hoy confiado a lógicas no propietarias.²⁸²

Ciertos bienes se colocan en el centro del universo de allí se desprenden varios intereses y sujetos que ahora emergen y se les otorga voz, emerge en sí mismo un modelo participativo. Este ecosistema de los bienes comunes basado en la relación persona—bienes, se interrelaciona con los derechos fundamentales, el acceso y un modelo participativo.

²⁸⁰ “Property [...] need not to be confined, as liberal theory has confined it, to a right to exclude others from the use or benefit of something, but may equally be an individual right not to be excluded by others from the use or benefit of some thing” C. B. Macpherson, *Property: Mainstream and Critical Positions* (Oxford: Blackwell, 1978), 201.

²⁸¹ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 106, 107.

²⁸² *Ibid.*, 107.

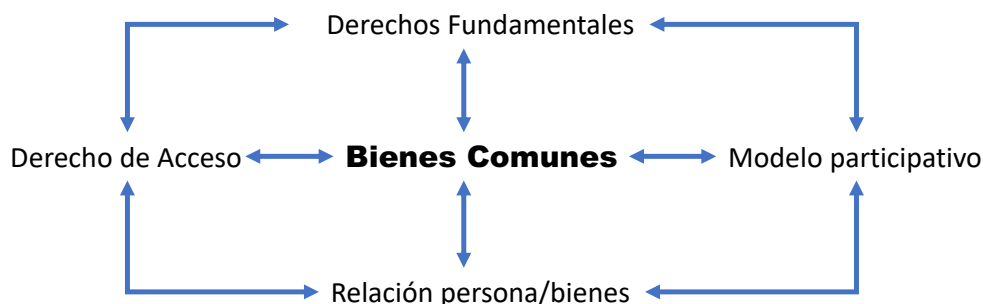


Figura 25. Bienes comunes
Fuente y elaboración propias

Propiedad y acceso a la propiedad

Las diversas formas propietarias están redefiniendo las categorías de bienes. Para abordar a la propiedad se realiza una analogía a la propiedad con un gran campo de batalla, que según Alexis de Tocqueville este campo incluye a “las grandes agitaciones públicas y los grandes partidos” y de acuerdo a Honoré de Balzac: quien tiene propiedad, guerra tiene, según el nombre de su novela *Qui proprieté a, guerre a*. Con ello vislumbra que la institución de la propiedad se transforma en un asunto de sociedad y en tanto se advierte el conflicto como algo inevitable, propio de la dinámica de la institución propietaria. Este antecedente de interpretación bélica de la propiedad es una constante cronológica, se advierte presente en el paso de la construcción social por ejemplo en 1848 cuando la propiedad fue elevada a categoría de religión, considerando a los socialistas ateos y caníbales, la guerra santa se da a favor de la civilización, en 1827 por medio del Código Forestal que facilitaba la venta de los bosques comunales sobre los derechos de pasto, erosionando derechos comunitarios que amenazaban a las comunidades campesinas y un ejemplo más actual provocado por las guerras del agua en vista de la privatización ocurrido en Bolivia en 1999.

Si bien el campo de batalla de Tocqueville se concentraba en la tierra, actualmente la disputa abarca a los bienes comunes como el agua, aire y el conocimiento, que se encuentran en el ojo del huracán a vistas de un conflicto global que escapa las tradicionales distinciones entre bienes públicos y privados. La disputa actualmente se encuentra en el acceso y con énfasis en esas nuevas formas de acceso — acceso libre, software, no *copyright*, acceso libre al agua, al alimento, a los fármacos, a Internet— asumen la condición de derechos fundamentales, esto se configura como un trámite necesario entre los derechos y los bienes alejados de la condición propietaria.

Todas las formas contemporáneas de acceso son importantes, debo resaltar el acceso a Internet como un derecho humano tanto por vía legislativa nacional en determinados países como Estonia, Grecia e Islandia que ha hecho de Internet un espacio libre sin precedentes donde se permite una total libertad, inclusive es legítimo hacer públicos documentos clasificados como secretos; o, mediante documentos oficiales internacionales por medio de la Organización de Naciones Unidas -ONU- que afirman en mayo del 2011 el acceso a internet como un derecho fundamental. Desde la sociedad civil activista por ejemplo en las protestas de la primavera árabe, debido a la censura provocada, se llegó inclusive a exigir la libre utilización de *Facebook* y que sea reconocido como un derecho fundamental, lo cual puede convertirse en una arma de doble filo, si bien no es deseable la censura de contenidos y debe favorecerse la libertad de expresión, cabe indicar que Internet no es solo *Facebook* y que la conexión a la red implica una amalgama más amplia de utilidades, en ese sentido tampoco la vía está en consolidar y otorgar poder de decisión a una sola corporación como *Facebook* que puede abusar de su posición y realizar mal uso de datos personales.

cuando se habla del acceso a estos bienes se está realizando una doble operación: la efectiva construcción de la persona “Constitucionalizada” se adscribe a otras lógicas diferentes a la propietaria, es decir, al margen de la dimensión puramente mercantil; el acceso se configura, no como una situación puramente formal, como una llave que da paso a una estancia vacía, sino como el instrumento que hace inmediatamente utilizable un bien por parte de los interesados sin ulteriores mediaciones.²⁸³

Además, contar con el derecho fundamental de acceso a Internet este hecho se transforma en una condición necesaria para el efectivo ejercicio de otros derechos fundamentales, en especial para garantizar la igualdad, la supervivencia —agua, alimentos, fármacos— y el derecho a la libre construcción de la personalidad — conocimiento— y para la libertad de expresión.

Bienes comunes y nexos social

La distinción principal que aborda Rodotà es lo relacionado a los usos rivales y no rivales, en el ejemplo de Tocqueville se refiere a la tierra, o el agua no admite usos rivales, es agotable y escaso, sin ser posible usos análogos y simultáneos. A diferencia de la Internet o la red que no cuenta con esa condición, siendo susceptible de usos no rivales, en ese aspecto los denomina *common*.

²⁸³ Ibid., 109, 110.

Por una parte, no ha sido posible eliminar las áreas colectivas o de gestión pública de los bienes o en su defecto la imposición del régimen de propiedad del Estado o comunitario no ha sido capaz de anular la atribución de la propiedad exclusiva, precisamente es la lógica binaria pública y privada la que es inadecuada, por cuanto es cada vez más extenso el listado de bienes afectados a la propiedad común. Esto no implica el retorno a otro modo de poseer sino la construcción de lo que Boyle denomina lo opuesto a la propiedad.

Dependiendo las características de cada bien y no su naturaleza es lo que le otorga la capacidad para satisfacer necesidades colectivas activando la intervención de los derechos fundamentales, en propuesta sería las características del bien permiten la satisfacción de necesidades de corte fundamental.

Los bienes comunes son de titularidad difusa, significa que “pertenecen a todos y a ninguno, en el sentido de que todos deben poder acceder a ellos y nadie puede alardear de tener pretensiones exclusivas sobre ellos”.²⁸⁴ Incluye principios como el de solidaridad, igualdad, sin discriminaciones en el acceso, democracia, derechos de cada persona, dimensión de futuro, gobernarse pensando en los intereses de las futuras generaciones, para lo cual lo aborda como un patrimonio de la humanidad, extendiendo la capacidad de defensa y tutela incluso alejado del lugar en el que un sujeto vive.

Se presentan nuevas formas de distribución, relaciones de poder y despotismos, tanto el poder público, privado se encuentran en pugna por el gobierno del recurso escaso y vital del agua, así como por el control del infinito bien del conocimiento, frente a los nuevos despotismos se alza la lógica no propietaria de los bienes comunes — contrario a la propiedad—.

El conocimiento se presenta como un punto clave de análisis y discusión, lo denomina bien común global, para lo cual se sugiere evitar caer en clausuras o *enclosures*, que, a pretexto de incrementar la productividad de la tierra, se repita lo ocurrido en Inglaterra entre los siglos XVII y XVIII eliminando el disfrute común de tierras cultivables.

Se plantea una gran interrogante, ¿El conocimiento, bien común o mercancía global? el nuevo territorio común del conocimiento que puede generarse a través de Internet, no puede caer en una codicia insolente que pretenda transformarlo de recurso

²⁸⁴ Ibid., 112.

ilimitado en un recurso escaso por medio de nuevas y progresivas formas de clausuras que permite el acceso por medio de una contraprestación dinerario para quien esté dispuesto y en la capacidad de realizarla.

Se pretende que los bienes comunes no se reduzcan a la lógica del mercado, sino al contrario proponen marcar un aspecto basado en la sostenibilidad, no solo del abuso del consumo como en el caso de bienes naturales —aire, agua, ambiente— sino basados en el objetivo de evitar que los desarrollos tecnológicos y científicos se conviertan en cercamientos y les arrebatan la oportunidad de acceso y uso a las personas, en caso de triunfar el aspecto económico, lo que se ha generado socialmente es lo que denomina como una erosión de las bases morales de la sociedad, con ello el concepto como el bien común resurge ahora en la pluralidad de bienes comunes, lejos de la exclusividad, ahora se convierte en el nexo social de la mano con iniciativas colectivas de variada índole y *hacktivistas* por medio de internet.

En la dimensión global por ejemplo la lógica privada es la que ha dominado provocando un doble efecto: la *commodification of sovereignty* y la ausencia del *global good*. Debemos apuntar a una plena conciencia de los bienes comunes que garanticen una protección planetaria de los comunes —*protection of planetary commons*— sin caer en reduccionismos de mercado o que se permita encerrarlos en confines nacionales.

Público, privado y común

Los bienes comunes imponen una nueva clasificación que supera la lógica pública/privada, su atención se basa en los sujetos y su gran variedad de finalidades, sin limitarse al reconocimiento formal de la atribución de la titularidad del bien. En la propiedad privada se ha marcado un rompimiento entre propiedad y control, propiedad formal y sustancial es decir quien gestiona el bien puede ser alguien diferente del titular formal, lo cual ha desembocado en atreverse en abordar no una sola forma de propiedad sino de más propiedades lejos de la dogmática, lo simplista y reducirse a repetir la pluralidad de formas propietarias que han avalado los códigos y doctrinas del siglo XIX. Lo público se presenta con caracteres del Estado patrimonial y la relación entre el soberano y sus elementos como el territorio, en Estados socialistas es la propiedad estatal de los medios de producción la que los ha configurado.

Los bienes comunes se han convertido en una ineludible referencia y han posicionado una importancia renovada, su ampliación de catálogo podría ser perjudicial ya que podría restarle fuerza analítica y reconstructiva, si todo llegase a tener la condición de bien común para que realizar una especificación determinada. En lo

jurídico el deber consiste en definir las condiciones de uso de la categoría al momento de trasladarlo a la norma.

El fenómeno de los bienes comunes no radica en su descubrimiento ya que es algo que ha estado presente en los sistemas jurídicos como forma de propiedad colectiva o en su defecto como potencialidad no expresada, a pesar de su presencia, lo importante que genera es el cambio de paradigma, una renovada fundación no propietaria que cultural y políticamente cuestiona el modelo individualista.

Resaltar la actitud de los bienes comunes históricamente vinculada con los derechos fundamentales y la satisfacción de necesidades de una persona constitucionalizada no en abstracto. “La imbricación de los bienes comunes con los derechos fundamentales produce un enriquecimiento concreto de la esfera de los poderes personales que, a su vez, realizan precondiciones necesarias para la efectiva participación en un proceso democrático”,²⁸⁵ con ello se delimita un espacio común más allá de la relación del individuo y del Estado, un espacio y relación meta—estatal y meta—individual generadores de espacios comunes y colectivos, aquello arroja una afectación a un gobierno del cambio con dos objetivos concretos, la salvaguarda del ecosistema y la supervivencia de la humanidad —medio ambiente, generaciones futuras—.

el “común” es una referencia ineludible para identificar los recursos necesarios para gobernar el cambio global, el “global change” —un proceso en constante devenir, no un aserto consolidado—. También estos recursos pueden presentarse a sí mismos como bienes que hay que salvaguardar: las diversas formas del conocimiento, producidas no solo por la innovación tecnológica, sino como un precipitado histórico de culturas, tradiciones, experiencias y “saber hacer” sedimentado durante siglos; los recursos naturales; los bienes culturales, medioambientales, arqueológicos, paisajísticos. Todo este conjunto de bienes plantea problemas de tutela, para evitar nuevas “clausuras”, para aislarlos de lógicas que fomentan las condiciones institucionales para su entrada en el circuito mercantil; y problemas de “puesta en valor”, para evitar la tragedia de los *anticommons*, para impedir la infravaloración de su potencialidad.²⁸⁶

Más allá de la soberanía nacional

²⁸⁵ Ibid., 117.

²⁸⁶ Ibid., 118. En ese sentido: “Es posible así definir más las características de los bienes comunes, que se encomiendan a una acción colectiva diversamente articulada en las formas de gestión, participación, acceso; confianza mutua y comunicación eficaz entre las partes interesadas, también para reducir costes de transacción; la existencia de reglas que se pueden adaptar a la diversidad de situaciones y sus dinámicas”. Rodotà, *Il terribile diritto*, 480.

Lo común no tiene que ver con lo comunitario, común no es igual a comunitario, “la palabra “común” puede llevar a un equívoco que consiste en considerar que su dimensión propia es la comunitaria”.²⁸⁷ Los bienes comunes es un movimiento ascensional que permite alejarse de la imagen de la pequeña comunidad con derechos comunes de libre ejercicio en relación con el pasto, leña, agua, los bienes comunes abarcan el centro del sistema, que hace prácticamente imposible el retorno a los modelos acaecidos. “La búsqueda de raíces más profundas, más lejanas, que supongan una continuidad con el pasado, suscita otro equívoco”.²⁸⁸

Sin embargo, —esto debe resultar obvio— la propiedad de hoy no es la propiedad de ayer. Cabalmente porque en el sistema social y en el ordenamiento jurídico emergen intereses no dominicales de intensidad por lo menos igual a la de los intereses dominicales, la propiedad debe arreglar las cuentas continuamente los primeros y no puede sustraerse a su condicionamiento en sistemas definibles todavía como *property-owning democracy*.²⁸⁹

El alcance de los bienes comunes se ve marcado más allá del confin comunitario, incluso más allá del lugar de vivienda, se determina por la interdependencia que condicionan el acceso y salvaguardas, la lógica del común, no la de la comunidad construye el espacio de los bienes comunes cada vez más globales.

Los bienes comunes posibilitan pensar dinámicas más allá del modelo occidental y del individualismo propietario, enfocadas en la relación variante entre persona y el mundo externo. En ese sentido es donde saltan intuitivamente los conceptos clásicos y la relación compleja entre propiedad y soberanía que podrían convertirse en potenciales amenazas destructoras de los bienes comunes.

Se coloca de ejemplo la selva Amazónica de Brasil como ecosistema local en relación con el ecosistema global. El conflicto se determina en caso de solicitarle a Brasil que salvaguarde la selva como bien global de la humanidad, conflictuando directamente con la soberanía nacional del país y la facultad de libre disposición de recursos por parte del Estado. Este caso nos invita a reflexionar cómo sobrepasar las dimensiones de la propiedad y soberanía, para ello la posible vía es una soberanía común o una soberanía de la solidaridad, nomenclatura propia, no usada por Rodotà, que se traduce en la comunidad de los Estados. La propuesta coloca de centro a la

²⁸⁷ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 18.

²⁸⁸ *Ibid.*, 119.

²⁸⁹ Rodotà y Díez-Picazo, *El terrible derecho*, 48.

solidaridad, de base el ecosistema global, apoyado tanto en responsabilidades y salvaguardas destinadas a los bienes comunes.

Al respecto se han pensado en soluciones a través de la categoría de patrimonio de la humanidad, el profesor es claro en su postura crítica.

En casos como este no es posible seguir la vía de la calificación de un bien como patrimonio de la humanidad, precisamente para evitar la rapacidad propietaria y soberana, como ha sucedido ya con el fondo de los mares, con el espacio extra-atmosférico, con la Antártida, porque habría que ajustar cuentas con una pertenencia nacional ya formalizada con lo que eso implica de cancelaciones de un derecho contemplado en documentos internacionales.²⁹⁰

Para la lógica del común es indispensable adecuar la institucionalidad, políticas que prevean las interdependencias de espacios comunes y eliminen empresas destructivas de los bienes comunes.

Vida y bienes comunes

“El acceso al conocimiento, desde esta perspectiva, se convierte en una condición necesaria para impedir que la salud esté gobernada exclusivamente por quien la considera una mercancía que se compra en el mercado y no un derecho fundamental de la persona”.²⁹¹

Los bienes comunes se poseen como lo contrario a la soberanía y a la propiedad, su logro abarca objetivos sociales y el disfrute de derechos fundamentales. En lo jurídico la condición de la titularidad basada en el sujeto se desplaza y es indiferente, los bienes comunes “pertenecen a todos y a ninguno: todos pueden acceder a ellos, pero nadie puede jactarse de disponer de derechos exclusivos”.²⁹² Para ese cometido nuevamente se concurre a los principios de igualdad, solidaridad y dimensión de futuro —solidaridad intergeneracional— en este último aspecto es donde podría tomar sentido construir un verdadero patrimonio de la humanidad.

En tanto los bienes comunes promueven una ciudadanía e igual, la legitimación es difusa, recae en el derecho de tutela de todos para buscar su protección, conservación y garantía, el caso del agua una preocupación de agenda política planetaria, el derecho al agua su condición básica se relaciona con otros derechos fundamentales como el derecho a la salud, alimento, lo que Rodotà denomina el derecho a la vida misma.

²⁹⁰ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 120.

²⁹¹ *Ibid.*, 122.

²⁹² *Ibid.*, 121.

La relación dinámica entre vida y bienes es evidente, para ello el referencial directo se basa en el derecho a la salud y su vínculo con el derecho de acceso a medicamentos, lo que pone en conflicto del campo de batalla las lógicas propietarias del mundo del derecho a las patentes. Tanto en este caso como en general los bienes comunes no tienen un tratamiento lineal o de organizaciones únicas y fijas, en la situación de medicamentos por ejemplo la gran variedad de los niveles y actores — Estado, personas, farmacéuticas—.

Esta disputa pone en el tablero la impostación no propietaria, sobre todo en donde la tutela de la vida y la salud se enfrentan vorazmente a la lógica del mercado, en ese conflicto surgen impostaciones nuevas, diversas o complementarias, las cuales son instrumentos de acceso y satisfacción de derechos fundamentales como las licencias obligatorias, importaciones paralelas, coaliciones de Estados, al respecto Brasil, Sudáfrica o Tailandia han empleado estas herramientas muchas de las veces de forma estratégica, logrando curar a millones de personas enfermas de sida o malaria “violando si es preciso los derechos de los que son titulares las grandes multinacionales farmacéuticas”.²⁹³

En el caso de producción farmacéutica en la lógica propietaria provoca una metamorfosis, su producto final, el resultado del proceso, implica fuertemente al conocimiento en su transformación total o parcial. “No estamos, pues, frente a una simple asociación entre derechos fundamentales y bienes comunes sino frente a la producción de bienes comunes a través de los derechos fundamentales”.²⁹⁴

El derecho al alimento “adecuado”

El derecho al alimento en su relación con los bienes comunes subraya dos escenarios principales, por un aspecto se comporta como lo más destacable en cuanto a la ciudadanía global y por otro lugar, se configura con como el derecho referencia de una serie de derechos fundamentales. En el primer aspecto es un pilar para poder pensar en una constitucionalización universal de la mano de la constitucionalización de la persona que constituye el desarrollo más significativo de los sistemas jurídicos.

La evolución del derecho al alimento ha ido en una evolución tanto de arriba hacia abajo y se ha reposado de manera horizontal en el papel de los Estados como protagonistas de estos procesos. Esa evolución normativa acoge en su seno a un derecho

²⁹³ Ibid., 122.

²⁹⁴ Ibid.

fundamental de la persona el cual se convierte de manera bipartita tanto en un componente esencial de la ciudadanía y en una precondition de la democracia.

Las diversas etapas de este proceso pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- de una genérica lucha contra el hambre en el mundo a un específico derecho a acceder al alimento;
- de una impostación paternalista a la directa responsabilidad de los organismos públicos;
- de su condición de formar parte de los principios a su concreto reconocimiento basado en disposiciones puntuales;
- de derecho construido en torno a los worst off, para los más desfavorecidos, al derecho que afecta en su conjunto a la condición humana.²⁹⁵

El derecho al alimento implica el derecho a un alimento adecuado, no en su interpretación elemental de liberación del hambre, sino adecuado en el sentido de seguridad, nutrición y dignidad, en ese aspecto el derecho al alimento implica el derecho a la dignidad de la persona y entrecruzado con el derecho y respeto a la diversidad cultural.

Sobre el derecho al alimento y su implícita referencia a otros derechos fundamentales, evita que la persona se convierta en un consumidor pasivo, busca fortalecer su punto de convergencia de principios jurídicos y derechos fundamentales como la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, para ello pretende contribuir “a la fundación de un nuevo contexto político— institucional”.²⁹⁶

Conocimiento y ciudadanía

Para abordar este apartado lo dividiré numerariamente en aspectos específicos con nomenclatura asignada de mi parte.

Conocimiento e internet, el conocimiento es el bien que especial relevancia ha adquirido en nuestros días, es usual vincularlo a Internet, espacio público sin precedentes en la humanidad. Es el entorno de red el predilecto para comprender la dimensión de los bienes comunes en base a todo lo que contiene y produce internet, entonces el conocimiento más Internet produce, aloja y constituye el espacio público global de los bienes comunes del conocimiento.

²⁹⁵ Ibid., 123.

²⁹⁶ Ibid., 124.

En este espacio, todos y cada uno adquieren la posibilidad de tomar la palabra, de adquirir conocimientos, de producir ideas y no solo informaciones, de ejercer el derecho de crítica, de discutir, de participar en la vida pública, construyendo de esta manera una sociedad diferente en la que cada cual puede reivindicar su derecho a ser ciudadano en plena igualdad.²⁹⁷

Bajo estos parámetros, cabe preguntarse, ¿es posible encerrar el conocimiento? según Rodotá encerrar al conocimiento se hace más difícil casi imposible, encerrar el conocimiento y abandonarlo exclusivamente a la lógica del mercado, la amenaza de exclusión por diversos mecanismos compromete derechos fundamentales del hecho que el conocimiento en red constituye el más evidente de los bienes comunes, para el efecto reiterar el acceso a Internet constituye un derecho fundamental.

La efervescencia social, la participación popular política en situaciones como la primavera árabe, por ejemplo, construyen un camino para exigir que “Internet deba ser considerado como un *common*, un espacio común donde debe ser rechazada cualquier forma de desigualdad digital, control externo o censura”.²⁹⁸

Derechos de autor, no obstante, la pluralidad de Internet y del conocimiento, se hacen manifiestas las contradicciones. “Contra más aumenta y se hace accesible el conocimiento, más se recurre a instrumentos que, como los derechos de autor, limitan la utilización de conocimientos antes libremente disponibles”.²⁹⁹ Existen situaciones de restricciones que limitan el uso de manera asimétricamente excluyente, por ejemplo, al momento de realizar una obra audiovisual —película— al momento de realizar tomas para las diferentes escenas en donde se comuniquen públicamente la fachada de una obra arquitectónica, una escultura, un cuadro, fotografía o un tatuaje podrían constituirse legal y económicamente en medios de limitación a la secuencia del guion cinematográfico, por tanto al favorecer la balanza a favor de la titularidad, se provocan cercamientos al conocimiento, los cuales se traducen en abusos y límites el libre uso de obras.

Pero la disociación entre propiedad y acceso también debe ser considerada desde otro punto de vista. Es bien sabido que la disponibilidad de piezas musicales, películas o libros, obtenidos gracias a un acceso garantizado por aplicaciones particulares, no atribuye a los interesados la libre disponibilidad de esos objetos. Únicamente han adquirido el derecho a acceder a ellos y utilizarlos durante un tiempo determinado, que

²⁹⁷ Ibid., 125.

²⁹⁸ Ibid., 126.

²⁹⁹ Ibid.

en todo caso no excederá de su vida, respetando las condiciones indicadas en la licencia que pone a su disposición dichos contenidos digitales. Estas condiciones muy detalladas e imperativas excluyen una serie de facultades, en primer lugar, la de transmitir a otros el material recogido. Se consume así un nuevo divorcio entre la disponibilidad de un bien y su propiedad, que queda en manos de otros. Las ventajas de esta forma de adquirir activos intangibles se han ilustrado de diversas formas.³⁰⁰

La era del acceso no es suficiente por sí solo, aún se encuentran presentes constricciones que se imponen por medio de la propiedad.

La expansión de la lógica de acceso, hasta configurarse como un derecho autónomo, afecta sustancialmente a bienes que no sean escasos y que permitan usos no rivales. Pero hasta en esta dimensión se insinúa la lógica propietaria pues, al producir “artificialmente” escasez, transforma bienes comunes en productos accesibles solo mediante las reglas del mercado.³⁰¹

Nuevo equilibrio, el profesor Rodotà señala el nuevo desafío parlamentario, que no se trata simplemente de encontrar puntos de equilibrio entre lo excluyente de la propiedad y lo incluyente de los bienes comunes, lo que está en juego es la categoría de ciudadanía.

Pasamos de una ciudadanía “excluyente” a una “incluyente”, gracias precisamente a la identificación de un patrimonio de derechos que nos pertenecen como personas. Los derechos de ciudadanía, por esta cualidad, se sustraen de la atracción en el contexto de la propiedad y no deben ser sometidos a formas de equilibrio con derechos de propiedad. Por tanto, no pueden reducirse a mercancías, a valores para ser intercambiados en el mercado; y sus características económicas, sino a la función que cumplen en la sociedad. En esta perspectiva, además, la relación entre los derechos fundamentales y los bienes funcionalmente necesarios para su efectividad no pasa necesariamente por la apropiación, ya que en un número cada vez mayor de casos basta con que los bienes sean de libre acceso.³⁰²

³⁰⁰ “Ma la dissociazione tra proprietà e accesso deve essere considerata anche da un altro punto di vista. È ben noto che la disponibilità di brani musicali, film o libri, ottenuta grazie ad un accesso assicurato da particolari applicazioni, non attribuisce agli interessati la libera disponibilità di quegli oggetti. Essi hanno soltanto acquistato il diritto di accedere ad essi e di utilizzarli per un periodo determinato, comunque non eccedente la loro vita, rispettando le condizioni indicate nella licenza che mette a loro disposizione quei contenuti digitali. Queste dettagliatissime e imperiose condizioni escludono appunto una serie di poteri, primo tra tutti quello di trasmettere ad altri il materiale raccolto. Si consuma così un nuovo divorzio tra la disponibilità di un bene e la sua proprietà, che rimane nelle mani di altri. I vantaggi di questo modo di acquisire beni immateriali sono stati variamente illustrati”. Rodotà, *Il terribile diritto*, 490, 491.

³⁰¹ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 126.

³⁰² “Dalla cittadinanza «escludente» siamo passati ad una «inclu-siva», grazie appunto alla individuazione di un patrimonio di diritti che ci appartengono in quanto persone. I diritti di cittadinanza, per questa loro qualità, sono sottratti all'attrazione nell'ambito della proprietà e non debbono essere sottoposti a forme di bilanciamento con i diritti proprietari. Non possono, quindi, essere ridotti a merce, a titoli da scambiare sul mercato; e la loro caratteristiche economiche, ma alla funzione che adempiono nella società. In questa prospettiva, inoltre, il rapporto tra diritti fondamentali e beni funzionalmente

El reconocimiento del conocimiento como derecho fundamental plantea el siguiente problema ¿cuáles son los bienes necesarios para su concreta realización que, en el caso aquí considerado, conduce a la construcción del conocimiento como “bien público global”? No consiste simplemente en afirmar principios, es necesario reconsiderar la estructura misma de instrumentos jurídicos tanto de patentes y de derechos de autor.

El mencionado nuevo equilibrio renovado incluye una fuerte conexión con derechos fundamentales y salvaguardas al ser humano, es necesario “delimitar un nuevo y más adecuado equilibrio entre los intereses de los autores, de los inventores y de la industria en su conjunto, y los intereses colectivos, no solo al libre acceso al conocimiento, sino a la salvaguarda del ser humano y de la sabiduría cultural acumulada por la comunidad”.³⁰³

Nuevas formas de organización social, se plantea como una panacea el referéndum electrónico, no obstante, el potencial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el poder de las redes, la cantidad de saber y herramientas disponibles permite en cierta medida otorgar cuotas de poder personalizadas, auto controladas, crear proyectos autónomos que permiten observar y constituir nuevas formas de organización social.

Las lógicas oligárquicas sufren desafíos y, como ya se ha dicho, la idea misma de democracia está sometida a discusión. Pero ya no valen las contraposiciones netas, las lógicas binarias: democracia directa contra democracia representativa, transparencia contra control, mundo sin centro contra territorio jacobino. Ante nosotros surgen nuevos cruces, sintetizados[...] la presencia compartida de lógicas que no se excluyen entre sí y para las que habrá que encontrar modalidades de convivencia y renovados puntos de equilibrio.³⁰⁴

Repensar y mostrar a la luz nuevas formas de democracia directa, sin ánimo de conflictuar con la democracia representativa y en el binarismo totalitario, sino implementar nuevas modalidades de integración. Abrir paso a la posibilidad de

necessari alla loro effettività non passa necessariamente attraverso l'appropriazione, essendo in un numero crescente di casi sufficiente che i beni siano liberamente accessibili”. Rodotà, *Il terribile diritto*, 15.

³⁰³ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 128.

³⁰⁴ *Ibid.*, 130.

intervenciones y votaciones directas durante el proceso parlamentario, tanto para la persona o su avatar, dando un sentido eficaz a la participación popular.

No se trata de “aligerar” genéricamente el peso de las relaciones de propiedad, sino de empezar a hacer que también en este sector exista una correspondencia entre el tejido de las instituciones y la difusión de la presencia organizada de los ciudadanos, haciendo posible una dinámica que permita que el interés dominical no continúe siendo el motor del sistema.³⁰⁵

Lógicas de mercado, el mercado y su dinámica toma fuerza así también los usos comerciales de la web, que en base a números se podría decir que superan a los usos no comerciales. Se produce un uso no equilibrado de las redes desde dos aspectos:

La World Wide Supermarket, incluso el espacio gestionado por la lógica de consumo necesita tomar en consideración ciertos aspectos, como por ejemplo precautelar la seguridad, privacidad e intimidad de sus usuarios, no únicamente en el acto transaccional de negocio en línea, sin alteraciones grotescas tanto pornográficas obviamente pero más allá en general de aspectos desagradables o agresivos.

Si el acceso se condiciona por medio del pago dinerario, este acceso condicionado por medio de la contraprestación abre un abismo de desigualdad digital, que permite el acceso directamente en proporción al dinero, afectando el núcleo duro de la igualdad.

Crítica al derecho de autor desde el capitalismo, la ineficacia de las reglas tradicionales del derecho de autor que conducen a la gestión de los contenidos en relación con las modalidades del mercado, ha provocado optar incluso por el abandono del sistema del derecho de autor como estrategia comercial, por ejemplo el giro de negocio en ciertas obras como la música o un libro podría tener éxito en liberalizar contenidos para libre descarga en ese sentido llegar a más cantidad de personas en relación con la obra, esa recaudación no se equipararía a lo que podría cobrar en una tienda de música o en una librería en relación con un concierto en vivo o por medio de una conferencia.

Esa primera opción, aunque no es descabellada y hay varios creadores que optan por esta opción, existe un mecanismo gradual de regulación de contenidos que señala el profesor Rodotà y es *creative commons*, “afrenta de modo abierto el acceso y la

³⁰⁵ Rodotà y Díez-Picazo, *El terrible derecho*, 50.

circulación del conocimiento [...] permite al autor fijar el grado de tutela de su obra”.³⁰⁶ Tradicionalmente la forma de licenciar contenidos es conflictiva, el común se manifiesta para equilibrar y satisfacer intereses.

Tránsito de cualidad, de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento: el libre conocimiento genera una constante alta de exposición, enfrentamiento de opiniones y críticas.

Ese tránsito de la sociedad de la información —menos usado— es reemplazado por la sociedad del conocimiento, esta variación cualitativa es provocada por la avalancha de información, que permite superar el rumor, generando opiniones fundadas generadas del pluralismo informativo y la independencia de juicio, citar *Wikileaks* es un ejemplo de ello, tanto en su función de transparentar información mantenida en secreto, al mismo tiempo un contrapeso a lo establecido y finalmente otorgando formas más directas de acción y provocativa al control del poder.

Apuntar a las características de la democracia en lo profundo “que, por una parte, exigen el rechazo de la censura y de las posiciones monopolísticas o dominantes en el sistema de la comunicación y que, por otra, imponen transparencia y acceso directo a las fuentes”.³⁰⁷

Derechos civiles y políticos, existe una conexión entre derechos civiles y políticos y el acceso al conocimiento, este último “contribuye de manera determinante a garantizar el cumplimiento de aquellos y que, por eso, se configura como bien común”.³⁰⁸ Mientras mayor acceso al conocimiento mayor cumplimiento de los derechos civiles y políticos por ende consolidación de bienes comunes. “Son los derechos y su cualidad de garantes los que llevan a la calificación de un bien como “común” y al ulterior y necesario acercamiento, en el ámbito de los derechos, al acceso a tales bienes”.³⁰⁹

Problema moral, ¿quién está legitimado para hablar en su nombre y dando así pábulo a las tentaciones autoritarias de quien considera que su tutela debe quedar al margen de cualquier procedimiento democrático? ¿es suficiente contar con la categoría de patrimonio común de la humanidad?

³⁰⁶ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 129.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Ibid., 130.

³⁰⁹ Ibid.

Si queremos señalar un razonable trazo unificador podríamos encontrarlo en la voluntad de sustraer los bienes comprendidos en los patrimonios de la humanidad de la lógica de la soberanía nacional, del dominio del mercado, de las prepotencias individuales, para así salvaguardar sus caracteres y para que puedan disfrutar de ellos una pluralidad de sujetos, en la mayor parte de los casos indeterminada.³¹⁰

Los patrimonios contribuyen en la difusión y legitimación del anuncio sobre el hecho futuro de los bienes comunes, es una forma de premonición, que anuncia ciertamente un gran desafío en categorías fundadoras del derecho moderno la soberanía y la propiedad, además de la distribución del poder y su incidencia en el sistema democrático. Insistiendo en la responsabilidad de la riqueza, definimos también la forma en que la propiedad se coloca en el ornato social, que se convierte en una obligación hacia una determinada categoría de personas, y así termina identificando un límite, derivado de una obligación moral a ser considerada en el contexto de una teoría de la justicia.³¹¹

Podemos enunciar ciertos efectos de la calificación de un bien en la categoría de común, uno ligado directamente al acceso sin encontrarse subordinado a un cálculo financiero, es decir el acceso no debe depender de la disponibilidad de recursos financieros, para ello los reguladores públicos podrían delimitar qué bienes pueden ser accesibles a través de la lógica del mercado y cuales se mantienen al margen, para lo cual deben comprender que los derechos no se convierten en títulos de cambio en el mercado, sino son los pilares constitutivos de la persona y la ciudadanía, en ese sentido los bienes comunes se transforman en garantía de los derechos de ciudadanía alejados de la lógica redistributiva.

En ese sentido otro efecto es la relación de los bienes comunes y los derechos fundamentales, se sugiere superar la dicotomía abstracta de derechos y deberes reemplazadas por “la relación entre plenitud de la vida individual y responsabilidades sociales compartidas. La solidaridad halla su función de principio constitutivo de la convivencia”.³¹²

³¹⁰ Ibid., 131.

³¹¹ “Insistendo sulla responsabilita della ricchezza, si definisce anche la modalita con la quale la proprieta si colloca nell'ornizzazione social, che si converte in un obbligo verso una particolare categoria de persone, e cosi finisce con l'individuare un limite, derivante da un obbligo morale da considerare nell'ambito di una teoria della giustizia”.Rodotà, *Il terribile diritto*, 9.

³¹² Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 131.

Se produce igualmente otra mutación de conceptos, se reemplaza al sujeto abstracto de la modernidad occidental en contraposición surgen “la persona y el constitucionalismo de las necesidades”.³¹³

Esta es una oportunidad valiosa para proyectar a escala global por medio de los bienes comunes una alternativa a la desigualdad radical de la humanidad que afecta a la esencia de la persona afectando su dignidad, calidad y condición de vida misma.

Ausencia de soberanía e invasión de poderes

La discusión primigenia de internet y que aún sigue vigente es en cuanto a su regulación, si su gobernanza exige libertad absoluta y autodeterminación o debe fundamentarse en una regulación como una constitución para la red, entre estos dos escenarios aparece la acción innata de navegar en la red, comparación que en el derecho asume acepciones considerables, dando la idea de un sin confín, es decir sin una demarcación geográfica de lo que implica, y por otro lado comparándolo con realidades móviles como el derecho al mar, en relación con su dificultad institucional, extracción, principios, reglas que permitirían un mar o internet más libre y seguro. En la línea de lo que plantea Schmitt los mares abren una nueva libertad esencialmente no estatal.

“Internet, el mayor espacio público que haya conocido la humanidad, la red que envuelve al planeta entero, no tiene soberano”.³¹⁴ Para acompañar esta afirmación volcarnos a 1996 y a la Declaración de independencia del ciberespacio:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos... Debemos declarar nuestros "yos" virtuales inmunes a vuestra soberanía, aunque continuemos consintiendo vuestro poder sobre nuestros cuerpos. Nos extendaremos a través del planeta para que nadie pueda encarcelar nuestros pensamientos.³¹⁵

Internet ha revolucionado el mundo, su autodefinition, su estructura libertaria hasta el límite anárquica, se ha convertido en la plaza global de una nueva disputa de poder, sin duda esa libertad se ha visto amenazada y ha sufrido réplicas de control y abusos que podríamos relacionar con que mientras más aumenta las funcionalidades e

³¹³ Ibid., 132.

³¹⁴ Ibid., 345.

³¹⁵ Existen varias traducciones distintas en Internet, sugiero la siguiente: John Perry Barlow, “Declaración de independencia del ciberespacio”, *Periférica Internacional. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, nº 10 (2009): 241, 242, doi:10.25267/Periferica.2009.i10.22.

importancia social Internet, más agresiva la intención del control tanto de los Estados, agentes corporativos, estos últimos por medio de la lógica del mercado voraz, el Estado acudiendo a la soberanía como argumento arcaico. “De manera que los Estados nacionales tratan de hacer valer el poder de que disponen, que no es precisamente residual, pero no son capaces de establecer una soberanía sobre el ciberespacio”.³¹⁶

La relación entre propiedad y sociedad, y el problema del uso social de los bienes, requieren por tanto análisis que tengan en cuenta estas diferentes dinámicas, que inciden directamente tanto en el esquema binario que ha acompañado a la propiedad en la modernidad, identificándola casi exclusivamente con lo público o privado; es la reivindicación más reciente de un abandono de este esquema, reduciendo sustancialmente la referencia propietaria a la dimensión privada únicamente, llevándola de vuelta íntegramente al mercado. Por un lado, en efecto, la progresiva emergencia de los bienes comunes no solo escanea la exclusividad de la fundación de la propiedad en el sector público o privado, sino que también cuestiona la relación histórica entre soberanía y propiedad, ya que algunos bienes comunes -el agua y el conocimiento de una manera particularmente evidente- se presentan como "globales", no se pueden cerrar en las fronteras de los estados. Por otro lado, el poder de excluir a otros del goce de la propiedad, como característica típica de la propiedad, es concretamente cuestionado por la multiplicación de las formas de compartir, que van desde las licencias obligatorias de patentes hasta los esquemas creative commons, desde el compartir hasta el remix, y; así desafiar la lógica exclusivamente individualista de la relación con los bienes.³¹⁷

La regulación de Internet que parece hasta cierto punto mitológica y de una figura salvadora, surge precisamente de las propias violaciones que han afectado al estatuto libertario de la red, presenciadas en calidad de observador y afectado.

Los derechos políticos de la plaza virtual

El tránsito del tiempo, de los espacios y las acciones iniciarían con el mito fundador de la democracia en el ágora de Atenas, pasando por la Web 1.0, 2.0 y actualmente la Web 3.0 o internet de las cosas, nuevas dimensiones en la correlación

³¹⁶ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 345.

³¹⁷ “Il rapporto tra proprietà e società, e il problema dell'uso sociale dei beni, esigono dunque analisi che tengano conto di queste diverse dinamiche, che investono direttamente sia lo schema binario che nella modernità ha accompagnato la proprietà, identificandola quasi esclusivamente con quella pubblica o privata; sia la più recente pretesa di un abbandono di questo schema, riducendo sostanzialmente il riferimento pro-prietario alla sola dimensione privata, riportandolo integralmente nel mercato. Da una parte, infatti, l'emersione progressiva dei beni comuni non solo scanlina l'esclusività del fondamento della proprietà nel pubblico o nel privato, ma rimette pure in discussione lo storico rapporto tra sovranità e proprietà, poiché alcuni beni comuni - acqua e conoscenza in modo particolarmente evidente - si presentano come “globali”, non possono essere chiusi nelle frontiere degli Stati. Dall'altra, il potere di escludere gli altri dal godimento del bene, come connotato tipico della proprietà, è messo concretamente in discussione dal moltiplicarsi di forme di condivisione, che vanno dalle licenze obbligatorie in materia di brevetti agli schemi di creative commons, dallo sharing al remix, e così sfidano la logica esclusivamente individualistica del rapporto con i beni”. Rodotà, *Il terribile diritto*, 13, 14.

entre democracia y derechos. La democracia en ese desplazamiento del tiempo se cimienta en la democracia representativa a la democracia directa o inmediata. Los espacios en disputa son la plaza virtual global a la plaza física, sin duda las herramientas de las tecnologías de la información y comunicación han sido fundamentales en la construcción de esta forma de ejercitar los derechos políticos ejemplos como Seattle —manifestaciones contra la Organización Mundial del Comercio OMC— y la Primavera Árabe despuntan como ejemplos de una tensión permanente entre los sistemas democráticos, la difusión del poder, el control de los ciudadanos y entre la dimensión personal y las innovaciones tecnológicas. “A las tecnologías de la información y de la comunicación se les confía la tarea de construir desde abajo una nueva democracia de los ciudadanos”.³¹⁸ En este orden de ideas las dimensiones público y privada se empiezan a redefinir y de la mano una nueva programación de la redistribución del poder.

Si bien destacan las herramientas digitales, existen voces críticas que argumentan como un error sobredimensionar este hecho y dejar fuera del radar al papel central de las revueltas que fueron iniciadas por medio de manifestaciones laborales, que sin contar con Twitter o incluso después del bloqueo provocado por Mubarak continuo, los miles de personas en las calles y en las plazas son los agentes de cambio real, reproducidas y potencializadas por la difusión exponencial del mensaje en la red. “Los efectos políticos de las iniciativas de la red son todavía muy dependientes del modo con que se concretizan en el mundo real”³¹⁹ las plazas, parques y calles lugares simbólicos e históricos de la comunicación y disputa del poder político, alejados por los medios tradicionales, vuelven a ocuparse gracias a las redes sociales.

Episodios de enfrentamientos ante regímenes autoritarios como los ocurridos al norte de África han provocado que muchos activistas de manera ingenua hayan exigido en sus planteamientos que *Facebook* sea reconocido como derecho fundamental, petición inocente que provocadora de varias críticas, sin perjuicio de ello evidencia de la superación del papel netamente tecnológico de la herramienta y su posicionamiento como una nueva modalidad de acción ofrecida por la red como parte de un conjunto de garantías constitucionales existentes —derecho de reunión y asociación—, en la línea de nuevas acciones viejas garantías. Asimismo, puestas en el debate de manera más

³¹⁸ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 347.

³¹⁹ *Ibid.*, 348.

extensa, como la consagración del derecho fundamental de acceso a Internet no únicamente a *Facebook*.

Acceso y ciudadanía

La propia persona en su relacionamiento con el ciberespacio coloca un sinnúmero de situaciones, por ejemplo, los derechos fundamentales en la red, ciudadanía digital y el acceso a internet.

El acceso a internet entendido de forma bipartita tanto en su aspecto técnico, así como en la forma de ser o expresarse de la persona frente a la nueva redistribución del poder, lo técnico definido como instrumental o en el ámbito del derecho sería lo formal y lo material tendría cabida en una serie abierta de los poderes que la persona puede ejercer en la red.

Suele surgir una equivocación en cuanto al derecho de acceso a Internet e Internet considerado como bien objeto del derecho de las personas. Berners-Lee equipara “el acceso a Internet con el acceso al agua en la perspectiva de la relación entre personas y bienes, con los relativos derechos como instrumentos que permiten a cualquier interesado usar bienes esenciales para su existencia”.³²⁰

La ciudadanía no se presenta como otra, la idea misma de ciudadanía es dinámica por su naturaleza, la cual está integrada por una dotación de derechos sujetos a ampliación, mutación sea por avances tecnológicos, científicos y principalmente producto de las dinámicas sociales en las que se desenvuelve.

Pero el malentendido es evidente, y surge de la confusión entre el derecho de "acceso" a Internet e Internet como objeto de derechos de las personas. Capta mejor el fondo del problema de Berners-Lee, comparando el acceso a Internet con el acceso al agua, en la perspectiva de la relación entre personas y bienes, con los derechos conexos como herramientas que permiten a cada interesado poder utilizar los bienes en la práctica esencial para su existencia.

De esta forma, la ciudadanía digital no se presenta como “otra” que la idea de ciudadanía tal como se ha ido consolidando en la fase más reciente, que enfatiza precisamente el patrimonio de derechos del que la persona puede disponer concretamente. Más bien, nos enfrentamos al hecho de que esta idea de ciudadanía es por su naturaleza dinámica, acompaña a la persona en su ser en el mundo y, en consecuencia, integra su dotación de derechos siempre que esta expansión sea impulsada por el cambio incesante que produce la innovación científica y tecnológica, y sobre todo por las dinámicas sociales así determinadas.³²¹

³²⁰ Ibid., 350.

³²¹ “Ma l'equivoco é evidente, e nasce dalla confusione tra il diritto di «accesso» a Internet e Internet come un bene oggetto del diritto delle persone. Coglie meglio la sostanza del problema Berners-Lee, accostando l'accesso a Internet all'accesso all'acqua, nella prospettiva del rapporto tra persone e beni,

Es necesario regular el derecho de acceso a internet o resulta suficiente lo regulado en el artículo 19 de la Declaración universal de derechos del hombre de la ONU deja claro el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas a través de cualquier medio y sin atender a fronteras”, el hecho de que en ciertas legislaciones se puedan invocar normas constitucionales o instrumentos internacionales de derechos humanos no implica una condición resolutive final, el hecho es incluir de manera específica a Internet.

Rodotà formuló una propuesta modificatoria al artículo 21 de la constitución italiana, con ocasión del *Internet Governance Forum Italia* el 29 de noviembre de 2010, el texto ha sido recogido en el Proyecto de ley constitucional No. 2485, presentado el 6 de diciembre de 2010 en el Senado de la República, la propuesta realizada consta de la siguiente manera: “Todos tienen igual derecho a acceder a la red internet, en condiciones de igualdad, con modalidades tecnológicamente adecuadas que eliminen cualquier obstáculo de orden económico y social”.

La propuesta de una integración del art. 21[...] va en la dirección de corroborar y expandir los principios constitucionales referentes a la igualdad y a la libre construcción de la personalidad[...] No se trata, pues, de una propuesta sobre el *digital divide*. Más bien, la apertura hacia un derecho a Internet refuerza indirectamente, aunque de manera evidente, el principio de neutralidad de la red y la consideración del conocimiento en la red como un bien común cuyo acceso debe ser siempre posible.³²²

El derecho de acceso a internet como derecho fundamental conlleva dos implicaciones, una la garantía de la libertad de la red, la interacción de sujetos y el pleno desarrollo de las capacidades creativas y dos limitaciones selectivas como afectaciones al uso por utilizar la red, por ejemplo las grandes sociedades como titulares de películas y música han generado presión para tutelar sus derechos de autor que se han convertido

con i relativi diritti come strumenti che consentono a ogni interessato di poter utilizzare concretamente beni essenziali per la sua esistenza.

In questo modo, la cittadinanza digitale non si presenta come «altra» rispetto all'idea di cittadinanza quale si é venuta consolidando nella fase piú recente, che mette l'accento proprio sul patrimonio di diritti di cui la persona può concretamente disporre. Siamo piuttosto di fronte al fatto che questa idea di cittadinanza é per suá natura dinamica, accompagna la persona nel suo essere nel mondo e, di conseguenza, integra la sua dotazione di diritti tutte le volte che questo suo ampliamento viene sollecitato dall'incessante mutamento prodotto dall'innovazione scientifica e tecnologica, e soprattutto dalle dinamiche sociali che così si determinano”. Stefano Rodotà, *Il mondo nella rete Quali i diritti, quali i vincoli*, Prima edizione, ILibra (Roma: Editori Laterza GLF La Repubblica, 2014), 14.

³²² Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 352.

en normativa que regula la desconexión de internet como sanción para quien reproduce o descarga contenidos de la red de manera ilegal, sanción que se debate sean descartadas tanto por su ineficacia desde lo económico y jurídico. Como ciudadanos este hecho implica una forma de exclusión de actividades y formalismos administrativos.

No es casual que el acceso a internet genere preocupaciones desde organismos supranacionales como la ONU y las recomendaciones de sus informes en Asambleas Generales le asigne un tema de prioridad para todos los Estados, la pugna de todo poder y el poder de la red en manos del gobierno es difuso por cuanto ciertas veces pueden aplaudir lo democrático de la red sin embargo, cuando son los afectados no dudan en aplicar tecnologías de control para entorpecer las dinámicas sociales y culturales como una forma de vigilar y castigar.

Neutralidad y anonimato

“El mundo de la red pone a prueba las relaciones de poder y los conflictos que generan en la dimensión del ciberespacio, lo que obliga a un replanteamiento de categorías que parecían consolidadas y a una elaboración de principios nuevos”.³²³ Entre estos nuevos principios destaca la neutralidad de la red y el conocimiento en la red como bien común.

La neutralidad de la red se fundamenta en la igualdad y la prohibición de todo tipo de discriminación que pueda perturbar: datos, tráfico en Internet, contenidos, características de las personas, origen y destino de los cometidos, servicio y aplicaciones. El derecho de acceso a internet encuentra una precondition en el principio de neutralidad de la red, su objetivo es impedir una censura del mercado y contribuir a que sujetos o contenidos contribuyan a incrementar el conocimiento como bien global.

Emerge un conflicto entre la lógica del mercado y la lógica de los derechos, un emprendedor en la red puede como principio general navegar libremente, pero debe estar atento al surfear con dos principios, la neutralidad de la red donde se prohíbe cualquier discriminación y el principio del conocimiento en la red como bien común que pretende cuidar que este bien no se convierta en mercancía, en esta tensión lo que se busca es un justo término, es decir se deben considerar tanto los derechos del emprendedor como los derechos de autor frente a actos de piratería.

³²³ Ibid., 354.

El derecho de autor, por su lado, no puede petrificarse en una versión histórica que le impide entender una realidad en constante mutación y que debilita incluso las defensas tradicionales que generan ineficacia económica. La atención, pues, debe dirigirse a la búsqueda de nuevos caminos para hallar los adecuados equilibrios entre los intereses en juego, teniendo siempre firme la referencia a una red que encarna una nueva dimensión del saber.³²⁴

Internet es ese espacio común donde se privilegia la contribución creativa y la construcción colectiva de obras, bienes, servicios, formas de comunicación basados en los principios de neutralidad de la red y el derecho al acceso tanto en la entrada y en la salida. En este afán de consolidar espacios comunes denominados como *non-market commons* las empresas privadas están aprovechando la economía de lo gratuito, apropiándose del valor creado por la legión de nativos digitales afectando la dimensión de los derechos principalmente el derecho al trabajo.

La contradicción se hace evidente: la defensa de los derechos de autor tradicional es perseguida, pero los “nuevos” autores son expropiados del fruto de su trabajo con una forma de explotación cognitiva que puede llegar a asumir los rasgos de una nueva lucha de clase y que nos permite, una vez más, entender el sentido y el alcance de la lucha por los derechos.³²⁵

El derecho de acceso a internet en su dimensión de entrada de información que regula el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información, último que puede ser violado tanto de forma análoga en formas de censura antiguas como en la red, es donde se conecta con el derecho al anonimato, principalmente en el caso cuando el develamiento del autor de la información pueda provocar un daño a éste, su círculo cercano u a otras personas involucradas.

El anonimato se presenta como una precondition de la libertad de expresión del propio pensamiento, de manera que no puede ser considerado solo como un componente del estatuto del refugiado, sino como un elemento constitutivo de la versión digital de la ciudadanía, con los ajustes necesarios cuando, por ejemplo, hay que tutelar a las personas de la difamación en red.³²⁶

³²⁴ Ibid., 355.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Ibid., 356.

El valor del anonimato y del pseudónimo forjan su valor para interferir que se eviten posibles agresiones de todo tipo, discriminaciones, limitaciones de derechos y exclusiones premeditadas, precisamente por conocer el origen del autor de la información, inclusive en el caso de quien las revela, así no sea quien las emite. En ambos casos es fundamental reconocer las situaciones de riesgo en las que puede encontrarse las personas enfrentadas a la revelación de la identidad en la red y de lo que implica este espacio público. En el caso del pseudónimo opera no necesariamente para falsificar la identidad propia, sino está ligado al reconocimiento social fuerte al que está vinculado el signo que lo identificada atado con los datos del registro civil.

En el caso del anonimato se desprenden tres posibles escenarios en extremos y uno intermedio, uno el anonimato sin limitaciones, el anonimato protegido y el *real name*, es decir sin lugar al anonimato.

En el primer escenario puede existir la necesidad de revelar la identificación ya sea por conductas o comunicaciones socialmente inaceptables, difamaciones o infracciones evidentes, de este supuesto surge la propuesta intermedia de un anonimato protegido, no se lo identifica en la red, sino únicamente a un tercero autorizado que garantiza el acceso, el nombre podría ser revelado excepcionalmente mediando orden judicial, finalmente el tercer escenario al otro extremo, el *real name* o la obligación de dar el propio nombre y cuál es el interés público o comercial de ese propósito, en la línea de lo que exige el gobierno de China, *Google* y *Facebook* que han solicitado la política del nombre real —*real name policy*— entrando en conflicto con los intereses del mercado y del orden público, para los privados su interés reside en contar con datos fiables en cuanto a gustos, costumbres, actitudes, *likes*, que puedan ser vendidos en el mercado, lo que consistiría de una expropiación de los derechos de datos personales en la red.

Como todo derecho el acceso a internet deriva en ciertas modalidades concretas de su ejercicio la pugna por el poder censor planetario en manos del Estado o en sujetos privados sin ninguna legitimidad democrática, esta pugna de la sociedad de la información o de la sociedad del control. Esto ha dado resultados en acciones individuales o colectivas como *Anonymous*, “quienes actúan como una verdadera

guerrilla tecnológica, para eliminar obstáculos y para abrir vías adecuadas para la efectividad de los derechos en la red”.³²⁷

Dimensiones de la vida privada

Existe indivisibilidad de derechos, “los derechos en red no son jerarquizables porque es la red misma la que rechaza las jerarquías promoviendo así una ciudadanía más “horizontal””.³²⁸ Lo cual no implica que los niveles de poder sean directamente proporcionales a esta horizontalidad, al contrario, los desniveles de poder pueden ser más violentos.

Una nueva forma de poder es convertir a la persona en objeto, por medio de técnicas de datificación y herramientas tecnológicas se construyen perfiles, identidades, se crean preferencias, se establecen nexos, relaciones y obtener del objeto persona todo lo que priorice e interese al mercado, se contraponen la persona virtual y la persona real, el ámbito de operación de las personas se ha dilatado no solo al computador sino en toda la red, al clic y la navegación en la web.

El ámbito de la privacidad ha sufrido un cambio, la forma tradicional de asumirla como el derecho a estar solo y originariamente entendida en el esquema de la propiedad privada *My home, my castle* ha mutado significativamente debido a la revolución electrónica, la forma de intercambio es en la red donde se producen varias interacciones tanto a la entrada y a la salida las apropiaciones e invasiones son inminentes.

Me parece acertada la analogía con el monstruo come galletas —*Cookie Monster*— con la *cookie* informática,³²⁹ que se ve como una amenaza y con alta probabilidad de atentar contra la privacidad de las personas, aunque Rodotà no se refiere específicamente a las cookies es a lo que se refiere “cedemos informaciones, dejamos

³²⁷ Ibid., 358.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Traducción personal: “Un pequeño archivo colocado en el disco duro de un usuario por un servidor, que contiene detalles sobre el uso del sitio web por parte del usuario. Se devuelve al servidor cada vez que el navegador accede al sitio. En general, las cookies ayudan al usuario y en algunos casos son imprescindibles. Por ejemplo, si el usuario está comprando una cantidad de artículos en línea, entonces se necesita una cookie para que el servidor realice un seguimiento de los artículos de diferentes páginas colocados en un ‘carrito de compras’. Sin embargo, su uso ha planteado problemas de privacidad y los navegadores modernos permiten a los usuarios bloquear las cookies en su totalidad o de sitios web seleccionados”. Andrew Butterfield, Gerard Ekembe Ngondi, y Anne Kerr, eds., *A Dictionary of Computer Science*, Seventh edition, Oxford Quick Reference (Oxford, United Kingdom ; New York, NY, United States of America: Oxford University Press, 2016), 1078, 1079.

datos cuando se nos ofrecen bienes y servicios, cuando buscamos información, cuando nos movemos tanto en el terreno real como en el virtual”.³³⁰

Nuestra identidad ahora está directamente asociada a nuestros datos, por ello se afirma que “somos nuestros datos” los cuales cada vez más se encuentran dispersos en varias entidades financieras, de consumo, educativas lo cual nos expone y podríamos ser conocidos por sujetos públicos y privados, la persona objeto es descarnada exige una tutela a lo que denomina como “cuerpo electrónico”. Conexión directa con la garantía jurisdiccional del *habeas corpus* se liga el *habeas data*, la libertad no únicamente física o personal sino ahora como forma de protección o corrección en la red ante posibles afectaciones como censura, discriminación y la vulnerabilidad a la privacidad en general.

El proceso evolutivo de la privacidad lo sintetiza en tres momentos, el primero e histórico es el derecho a que nos dejen en paz, el segundo corresponde a la autodeterminación informativa y desemboca en lo que actualmente se tutela como derecho a la protección de datos personales, reconocido como derecho autónomo, alejado de su protección inicial que se relacionaba con la vida privada y familiar.

Actualmente la manipulación y apropiación de los mismos podría afectar a la libre construcción de la personalidad y el pleno gobierno de uno mismo, en ese sentido se han generado algunas opciones de soluciones.

Las respuestas institucionales se dan en diversos niveles que pueden esquematizarse de la siguiente manera: bloqueo de la posibilidad de producir determinadas categorías de datos personales; circulación limitada o controlada de datos; intervención del interesado sobre los datos recogidos; cancelación de cuanto haya sido recogido con formas ilegítimas. Estamos ante una estrategia integral, fiada a diversos instrumentos, que sin embargo tienen su común fundamento en el reconocimiento a la persona del derecho a seguir los datos, allá donde estén, para poder así gobernarlos.³³¹

Las acciones jurisdiccionales y los mecanismos legales en general son una respuesta pero deben venir acompañados de un componente técnico, de garantías tecnológicas se me ocurre la criptografía por default, es decir sin necesidad de acudir a líneas de código o complejos sistemas, que la criptografía constituya la regla al momento de enviar o recibir informaciones, puede resultar exagerado y devendrán

³³⁰ Rodotà, *El Derecho a tener derechos*, 359.

³³¹ *Ibid.*, 361.

excepciones, pero este hecho visualiza la necesidad de que lo jurídico debe ir a la par de garantías informáticas a favor de los derechos fundamentales.

Dictadura del algoritmo y prerrogativas de la persona

La categoría que engloba el derecho al acceso se convierte en unificadora, abarca tanto el ejercicio de poderes para la persona en la red en varios supuestos desde la entrada, comunicación, educación, el control del sí mismo electrónico y consolida la relación con los bienes comunes. Entonces abarca tanto el poder de gestión electrónico y su vínculo con las categorías de los bienes comunes en la red.

Existe un vínculo entre la tecnología y la persona su georreferenciación, ubicaciones, educación, pagos tributarios hacen que la persona pueda ser rastreada en ello la persona debería contar con mecanismos que le permitan impedir ese recogimiento de sus datos, en ese sentido surgen dos situaciones posibles, lo que se denomina como “silenciar el chip” y la función de no registrar mis recorridos “*do not track*” con lo cual se imposibilita revisar la navegación en la web y su historial, con ello se limita la posibilidad de uso comercial de construcción de perfiles con fines de control o publicitarios.

Si bien estas opciones se convierten en herramientas de autonomía y control en relación con el rastreo y posibles abusos invasivos, sin embargo, genera asimetría de poder al uso de tecnología para poder contar con actos defensivos como una tarjeta electrónica, que puede resultar engorroso e inútil en comparación con el campo de acción que pueden tener los señores de la información.

Ante la navegación en red un aspecto que resalta son las “trampas del consentimiento” es decir la legitimidad del recogimiento de datos se subordina a la voluntad previa de la persona si acepta o no las condiciones de uso del tratamiento de sus datos, lo cual se profundiza cuando se trata de datos sensibles.³³² En este caso se suele colocar en las leyes de protección de datos personales condiciones adicionales como reducir la autorización por escrito previa autorización del garante, en este caso la voluntad del interesado no es suficiente y se acompaña un contrapeso en el sujeto público que por medio de norma jurídica pueda admitir y compensar la debilidad en la voluntad del usuario por posibles afectaciones profundas a su derecho a la personalidad.

³³² Se entiende que “datos sensibles son los que afectan a la salud y la vida sexual, las opiniones y la pertenencia étnica o racial, con un elenco análogo al existente en las normas sobre casos de discriminación. Estamos, pues, frente a algo que excede la simple tutela de la vida privada y que se pone como salvaguarda de la igualdad entre las personas”. *Ibid.*, 363.

De la mano surgen extensiones de los principios de prevención y de precaución, acceso a categorías como quien proporciona trabajo o usos para fines publicitarios.

En cuanto al tratamiento o resoluciones automatizadas que puedan comprometer decisiones con efectos jurídicos significativos en contra de una persona, se reconoce en la normativa europea el derecho de no sometimiento.

El resultado del análisis, procesamiento y decisión de aspectos que afecten a derechos de personas usuarias de un posible otorgamiento crediticio, fiabilidad, comportamiento podría ser el resultado de que se está denominando como “dictadura del algoritmo” la persona que decide es desplazada por procedimientos automatizados a través de *software* o modelos matemáticos, la sociedad despersonalizada provoca que la persona en sí misma desaparezca y sea transformada en un objeto predecible automatizado de formas incontrolables, nuestra identidad individual, familiar y social está confiada a algoritmos y cálculos.

En la sociedad del algoritmo las garantías deben ser reforzadas y resguardar a las personas del poder de la tecnología no ser expropiados y sujetos al control de las máquinas al momento de recopilar, tratar o decidir sobre informaciones personales, con ello el derecho a conocer desde el diseño y procesamiento automatizado de los datos, las reglas deben estar presentes y claras, no pueden ocultarse en el algoritmo para evitar asumir responsabilidades. Es una máxima del derecho evitar nuevas formas de discriminación, pero la tendencia parecería mostrar que las personas nacen perfiladas no libres, condenadas a las decisiones automatizadas.

Cuando la relación entre los poderes públicos y privados y las personas se basa en un incesante *data mining*, en la recogida sin límites de cualquier información que les afecte, y confiada después al algoritmo, las personas quedan transformadas en abstracciones, la construcción de sus identidades se hace sin su conocimiento, su futuro fiado al determinismo tecnológico. Todo esto incide sobre derechos fundamentales, pone en tela de juicio la libre construcción de la personalidad y la autodeterminación.³³³

¿La sociedad del algoritmo puede ser democrática? Una apuesta por lo menos debe ser el principio de precaución en donde la relación entre la persona y la máquina no sea gobernada únicamente por lógicas económicas.

Un derecho al olvido

³³³ Ibid., 366.

“El derecho al olvido se presenta como derecho a gobernar la propia memoria para restituir a cada uno la posibilidad de reinventarse, de construir personalidades e identidades liberadas de la trama donde una memoria omnipresente y total quiere encerrarnos a todos”.³³⁴

El escrutinio social en los tiempos de la memoria colectiva de internet y de las redes sociales se magnifica a gran escala. El derecho al olvido, a la cancelación de datos personales, el derecho a no saber, a no ser escrutado, identificado, el derecho a silenciar el chip acredita que la transformación tecnología incide en una metamorfosis antropológica. Esos cambios de tratamiento de memoria individual se ven afectados por la creación de bancos de datos que permiten la recopilación y ubicación de información, ello profundizado con la indexación que permite Internet y los motores de búsqueda al ubicar al alcance global de cualquier persona, no resulta exagerado que esta forma penetrante de observación podría devenir en sometimiento por medio de la rastreabilidad, donde cada persona puede ser escrutada, reconocida, reconocible o fichada, con un perjuicio adicional la memoria de la red podría ser constante y dispuesta a emerger de las capas de información en las que reposa.

La tutela del derecho al olvido actual y en posibles pretensiones futuras se podrían agrupar en los siguientes derechos: a) derecho a cancelar determinadas informaciones, b) derecho a impedir recogida de datos, c) derecho a prohibir la conservación de datos personales por más de un tiempo, d) derecho de prohibir que los datos personales puedan derivarse a categorías determinadas —publicidad, empleadores—, e) derecho a contar con mecanismos tecnológicos que otorguen la capacidad de cancelación automática de ciertos datos personales luego de un lapso de tiempo, f) derecho a la cancelación de gran parte de las informaciones luego de transcurridos diez años, una especie de borrón y cuenta nueva.

Surgen varios cuestionamientos y desafíos, que los replantearé de manera resumida con la misma estructura de pregunta y problema que los coloca Rodotà ¿Puede el derecho al olvido convertirse en el derecho a reescribir la propia historia de una persona? ¿Puede el derecho al olvido falsificar la realidad? ¿Puede el derecho al olvido limitar la transparencia? ¿Puede el derecho al olvido alterar la verdad y la democracia?

³³⁴ Ibid., 368.

¿Puede el derecho al olvido otorgar a los nuevos patrones del mundo la usura sobre los datos recopilados?

Lo medular de este derecho se mueve en relación de la memoria individual y la memoria social, debe Internet aprender a olvidar o estamos condenados al recuerdo perenne de nuestra información, se plantea la necesidad de un equilibrio visto en tiempos de transformación tecnológica que sumen las variables de memoria selectiva ligado al respeto de derechos fundamentales.

La revolución digital: ¿qué redistribución de poderes?

En este tránsito de la sociedad de la información al conocimiento, de las memorias individual y social *Wikileaks* pone una demostración de ese salto cuando documentos reservados son revelados, un aporte contundente de globalización, “que no nace de la potencia transnacional de los sujetos económicos, sino que tiene sus raíces en la difusión planetaria de los derechos, acompañada de nuevos y más serios problemas”.³³⁵ Actuaciones e información de parte de los Estados, la forma de activar su poder ha recorrido fronteras llegando a todo el mundo, con una forma de accesibilidad a escala planetaria. “La fórmula del conocimiento como “bien común”, vital para la democracia, se ha hecho concreta”.³³⁶

Las posiciones que se colocan en el tablero son dos extremos y posibles zonas grises, por un extremo la vía de una transparencia y acceso total a la información y de otro la reserva y resguardo a la privacidad, en el medio pueden ocurrir varias posibilidades.

El derecho de la libertad de expresión materializado en buscar, recibir, difundir información por cualquier medio de difusión ahora es a otro nivel de escala que la humanidad no había experimentado “tsunami digital”, no es una cuestión que se puede reducir a aspectos de orden público o privado, nos encontramos frente a nuevas formas de distribución del poder, estamos viviendo un cambio de paradigma, incrementos de seguridad física y a los bancos de datos, lo que significó la cacería de brujas, ahora ha derivado en cacería de *hackers*.

La emergencia y el modelo *Wikileaks*, es decir la posibilidad de colocar información, documentos reservados de manera segura y anónima se reproducen y convierten en un modelo de otras formas de comunicación. Otras iniciativas similares

³³⁵ Ibid., 369.

³³⁶ Ibid., 370.

empiezan a activarse en el mundo esto se puede notar en iniciativas como *Al Jazeera Transparency Unit* (AJTU), *Open Leaks*, *LocalLeaks* o *City University* de New York además de varios medios como el *The New York Times* están en construcción de su propio *Wikileaks*, la forma de operación es un medio que brinde seguridad y anonimato al momento de difundir la información.

Estos hechos han generado un cambio en los contextos institucionales países como Islandia o Alemania apuestan por legislaciones a favor de la difusión de documentos inclusive considerados como clasificados, lo que incide en mediar equilibrios entre transparencia y reserva. Las esferas públicas y privadas son superadas con alternativas que conllevan estas dos prerrogativas transparencia o reserva total. ¿Cuál es el destino de los *arcana imperii* en el tiempo de *Wikileaks*?

Fronteras de la democracia

El catálogo de derechos en su esencia dinámico entre el reconocimiento y negaciones, entre la libertad y democracia, ahora democracia electrónica desenvuelto en el nuevo mundo de las tecnologías de la información y comunicación que no se reduce a una participación inmediata en línea o por medio de redes sociales, la expansión del poder ciudadano puede convertirse en instrumentos totalitarios, populismos contemporáneos o “fascismo digital”. Surgen cuestionamientos en el espacio planetario de la red: el mercado sigue imponiéndose, es un infinito supermercado de donación y por tanto constituye nuevas formas de explotación al trabajo liberado, el conflicto nos invita a encontrar nuevas formas adecuadas para garantizar los derechos en la red.

Ciertos derechos quieren mantener su estatus en la red colocando la fortaleza de sus intereses tradicionales esto se puede notar en los derechos de autor concebidos en discordancia con la lógica de la red. A pesar de ello, surge un marco constitucional que cimienta los relatos para derechos fundamentales en clave de Internet esto es claro en el acceso y la neutralidad de la red.

Los ejes de la frontera democrática los marca la democracia en Internet, la pluralidad de actores representada en el “pueblo de la red” si la base de la democracia radica en el pueblo, no es deseable una marcada privatización del gobierno de Internet frente al despunte de comunidades digitales pongamos por caso *Facebook* podría ser considerada como la tercera comunidad en el mundo en relación con el número de habitantes después de China e India, Rodotà enfatiza: “no puede dejarse esta tutela en manos de sujetos privados que, obviamente, solo ofrecerán garantías compatibles con

sus intereses y que, en ausencia de otras iniciativas, aparecerán como las únicas “instituciones” capaces de intervenir”.³³⁷

De modo similar, pero con un poder en sí mismo superior incluso al de Estados nacionales tenemos a *Google* que se ha convertido en el interlocutor de una gran parte del universo digital. “Gobierna cuerpos, conocimientos, relaciones sociales”.³³⁸ Su estrategia de fuerte legitimación política en conflicto con gobiernos como China o Estados Unidos, lo hace ver como el campeón de los derechos civiles del futuro. El hecho de contar con esta fuerte legitimación no es una condición de entrega de gobernanza y control a un sujeto privado con gran poder económico.

Pluralidad de actores, reglas comunes

Los ataques contra Internet no vienen únicamente desde los “señores de la información” que por medio de recogida de datos o el Big Data pretenden controlar la vida de las personas, las ofensivas a Internet su libertad también ocurre desde los gobiernos nacionales. El camino apuesta por garantías constitucionales a favor de los derechos tanto “en” y “de” la red en oposición a la usual regulación de reglas constrictivas. En el contexto de ONU y de los *Internet Governance Forum* ha calado embrionariamente la propuesta de un Internet *Bill of Rights* algo semejante ocurre con nuevas iniciativas de participación en la lógica de red y multiplicidad de sujetos involucrados en la natividad digital.

La elección de la antigua fórmula del *Bill of Rights* tiene una fuerza simbólica, pone en evidencia que no se quiere limitar la libertad en la red sino, más bien al contrario, mantener las condiciones para que pueda seguir floreciendo. Y para eso se necesitan garantías constitucionales. Pero, de conformidad con la naturaleza de la red, el reconocimiento de principios y derechos no puede venir desde arriba.³³⁹

El *método wiki* nombre tomado de la tecnología de poder realizar trabajos colaborativos en línea y que pueden ser editados con facilidad, la herramienta tecnológica además se encuentra acompañada de una gobernanza horizontal y participación entre iguales, bajo esta dinámica de trabajo wiki se pueden construir propuestas comunes, códigos de autorregulación y propuestas legislativas. La

³³⁷ Ibid., 376.

³³⁸ Ibid., 377.

³³⁹ Ibid., 378.

interacción es no jerarquizada, no desde un mismo territorio y provocadora de una evaporación de los poderes soberanos en una pluralidad de actores.

El avance desmedido de la tecnología y la innovación científica colocan en un alto desafío a los jueces que se encuentran en la tarea de dar voz a los emergentes derechos fundamentales “que representan hoy el único poder capaz de oponerse a la fuerza de los intereses económicos”.³⁴⁰

No es cuestión de una constitución para internet, lo cual devendría en múltiples constituciones civiles sectoriales a manera de *lex mercatoria*, *lex constructionis*, *lex digitalis*, *lex labori internationalis*, *lex sportiva internationalis* con un doble inconveniente construidas con intereses sectoriales y por los mismos interesados. Al contrario, se debe resaltar el valor unificador y universal del constitucionalismo en apuesta por una redefinición de los principios fundadores de las libertades individuales y colectivas.

Constitucionalismo global para una constitución infinita

En este punto se plantea tres líneas de análisis: 1) El marco jurídico tradicional ya no es abasto para las nuevas situaciones tecnológicas, el derecho clásico ya no puede mantenerse incólume con sus criterios hermenéuticos pretecnológicos solamente, sin tomar en consideración como la innovación científica pronostica diversas situaciones de variada índole. “La referencia a derechos y libertades fundamentales en el nuevo contexto identificado de la red exige una relectura del conjunto de los derechos elaborada por toda la modernidad constitucional”.³⁴¹

En ese paso entre modernidad electrónica y génesis jurídica tradicional el profesor Rodotá plantea problemáticas de inmediata respuesta con una respuesta de gran alcance en el tiempo.

¿Las comunidades virtuales creadas en el ciberespacio forman parte también de las “formaciones sociales”? ¿Las garantías de la libertad personal deben extenderse también al cuerpo “electrónico”, siguiendo la trayectoria de la relectura del habeas corpus como habeas data? ¿Rige la distinción entre datos “externos” e “internos” de las comunicaciones cuando estas se desenvuelven en Internet, modificando los términos con que debe hablarse de su libertad y secreto? ¿Cómo se articula en la red la libertad de asociación? ¿El derecho a expresar libremente el propio pensamiento debe ponerse en relación con el derecho al anonimato de las comunicaciones electrónicas? ¿El acceso a la propiedad debe traducirse en la libre apropiación de determinados bienes por vía

³⁴⁰ Ibid., 379.

³⁴¹ Ibid., 383.

electrónica, según una lógica de los *commons* que tiende incluso a excluir la identificación personal de los sujetos que a ella acceden?³⁴²

2) No se pretende la creación de un gobierno global con una soberanía planetaria, el análisis radica en las más variadas manifestaciones concretas del ejercicio de un poder centralizado en un mundo articulado. La efectiva tutela de los derechos no necesariamente en manos de los procedimientos judiciales tradicionales, sino encaminada a la progresiva constitución de una *Global community of courts* en donde la iniciativa provenga de la sociedad civil con referencia en documentos internacionales a través de los cuales se logre efectivizar las garantías. Es decir, los procedimientos judiciales formales no son la única opción, existen casos de garantías de derechos confiadas al activismo social, sanciones no formalizadas, transparencia de comportamientos ilegítimos por medio de sistemas de información.

3) Internet constituye el mayor espacio público de la humanidad, en donde se procura salvaguardar su naturaleza de los intereses netamente de mercado, con un reconocimiento de la libertad en la red, traducido en el ejercicio de “virtudes cívicas” expresadas por medio de una ciudadanía activa. En ese orden de ideas los broqueles de Internet radican en: a) mantener la red como recurso para la democracia pero no para los populismos, b) amparar la neutralidad de la red como escudo de censura y promotor de innovación, c) acceso a Internet como un derecho fundamental de la persona, d) tutela dinámica de los datos personales, no solo la reserva sino como un componente cardinal de la ciudadanía digital y de la construcción de identidad, e) tránsito de la autodeterminación de la información a la redistribución del poder en la red, f) desestructuración/reconstrucción de la esfera pública y privada; y, el más preponderante en cuando a este trabajo de investigación g) el conocimiento —bien público global— sin mirar hacia el pasado de las categorías de “patentes” o derechos de autor, “sino evitando fenómenos de “cierre” con respecto a este *common*, que caracteriza nuestra sociedad justamente como la “del conocimiento”, convirtiendo en recurso escaso un bien común susceptible de la más amplia utilización”.³⁴³

En la reflexión de Internet es posible delinear un constitucionalismo global, no en la lógica de normas supraestatales incorporadas en la normativa interna de cada país, más bien pensar una construcción del derecho horizontal con normas jurídicas

³⁴² Ibid., 383.

³⁴³ Ibid., 385.

correlativas a la dinámica mudable del tiempo como una especie de “constitución infinita”, una constante evolución.

2. Herramientas jurídicas y técnicas para generar comunes del conocimiento

Dominio público del conocimiento

El dominio público del conocimiento cumple una función garantizadora y reguladora del uso común y público respecto de estos bienes, por esta circunstancia, se excluyen de la apropiación estatal o particular individual. Su uso corresponde a todas las personas, su titularidad a nadie en concreto.

Cabe señalar cuáles son los bienes comunes del conocimiento y cuándo adquieren la calidad de dominio público. Los bienes comunes del conocimiento abarcan los bienes relacionados con los derechos intelectuales e industriales, lo que incluye el derecho de autor y derechos conexos; las patentes de invención —producto o procedimiento—, modelo de utilidad y diseño industrial; variedades vegetales; y, conocimientos tradicionales o conocimientos colectivos.

Para efectos del presente apartado se trabajará los comunes del conocimiento en el derecho de autor, lo vinculado con obras literarias, artísticas y científicas,³⁴⁴ dentro de

³⁴⁴ El Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación, clasifica las obras en literarias, artísticas y científicas y señala de forma ejemplificativa las siguientes:

“Art. 104.- Obras susceptibles de protección.- La protección reconocida por el presente Título recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas, que sean originales y que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse.

Las obras susceptibles de protección comprenden, entre otras, las siguientes:

1. Las obras expresadas en libros, folletos, impresos, epistolarios, artículos, novelas, cuentos, poemas, crónicas, críticas, ensayos, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, conferencias, discursos, lecciones, sermones, alegatos en derecho, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma;
2. Colecciones de obras, tales como enciclopedias, antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales originales, sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre las obras, materiales, información o datos;
3. Obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales;
4. Composiciones musicales con o sin letra;
5. Obras cinematográficas y otras obras audiovisuales;
6. Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas;
7. Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería;
8. Ilustraciones, gráficos, mapas, croquis y diseños relativos a la geografía, la topografía y, en general, a la ciencia;
9. Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía;
10. Obras de arte aplicado, en la medida en que su valor artístico pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas;
11. Obras remezcladas, siempre que, por la combinación de sus elementos, constituyan una creación intelectual original; y,
12. Software”.

esta categoría de obras se protege el software y las obras remezcladas, bienes que por sí solos son muy atractivos de reflexión e investigación.

Se puede definir a los bienes comunes del conocimiento de dominio público como el conjunto de obras o prestaciones —objeto de derechos conexos— a las cuales toda persona puede acceder, usar, estudiar, distribuir, re distribuir, modificar, transformar, gozar, explotar, disponer, etc. sin autorización, pago y sin que esto signifique el cometimiento de ninguna infracción legal.

Delimitado el tipo de bienes comunes del conocimiento, a través de los cuales se provocan reflexiones jurídicas, ahora cabe mencionar las condiciones cuándo estos bienes son considerados parte del dominio público.

a) Cuando las obras o prestaciones no son objeto de protección por derechos intelectuales, debido a que no están protegidos en virtud de la legislación nacional o internacional. Legalmente no cumple los requisitos para ser considerada obra, específicamente: 1) por falta de “originalidad”, 2) porque no “puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse”;³⁴⁵ y, 3) “si una idea sólo tiene una forma única de expresión, dicha forma no quedará sujeta a protección”.³⁴⁶

Dentro de este literal, se describen posibles escenarios; a) “las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”, b) “los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”,³⁴⁷ c) “las disposiciones legales y reglamentarias, los proyectos de ley, las resoluciones judiciales, los actos, decretos, acuerdos, resoluciones, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, y los demás textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como sus traducciones oficiales”; y, d) “los discursos políticos ni las disertaciones pronunciadas en debates judiciales. Sin embargo, el autor gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas”.³⁴⁸

b) Cuando ha fenecido el tiempo de protección respecto de las obras protegidas

³⁴⁵ Primer inciso del “artículo 104 del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación”.

³⁴⁶ Tercer inciso del “artículo 102 del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación”.

³⁴⁷ Cuarto inciso del “artículo 102 del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación”.

³⁴⁸ “Artículo 107 del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación”.

por derechos intelectuales. Para explicar esta condición es necesario remitirse principalmente a los artículos 210³⁴⁹ y 201³⁵⁰ del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

c) Cuando el creador o autor de la obra o prestación sujeta a protección de derechos intelectuales decide renunciar a sus derechos, de conformidad con el artículo 165³⁵¹ del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

d) Cuando existe decisión de autoridad competente que desconoce y declara la nulidad respecto del derecho intelectual.

Coinciden varios autores de la teoría del dominio público, en lo relacionado con sus cuatro elementos básicos, 1) *subjetivo*; 2) *objetivo*; 3) *legal o normativo*; y, 4) *finalista o teleológico*. Estos elementos, se encuentran profundamente desarrollados desde el lado del derecho Administrativo, justamente vamos a servirnos de ellos para de alguna manera plantear de forma sucinta similitudes o diferencias en cuanto al dominio público del conocimiento en relación con las obras del derecho de autor que han alcanzado esta condición.

Subjetivo, el derecho administrativo de forma clásica, plantea que el titular y representante del dominio público es el Estado por cuanto es la individualidad jurídica, sin embargo, hay autores que señalan tesis contrarias, en la línea de los bienes comunes del conocimiento de dominio público.

No hay que confundir, entonces, el ejercicio de la representación, que corresponde a los órganos del Estado, con la titularidad de los bienes que este administra. Además, el origen del dominio público y su titularidad por el pueblo respecto de los bienes destinados al uso común es anterior a la formación del Estado moderno y el pueblo constituye una “realidad jurídica” reconocida en distintas partes de la Constitución.³⁵²

³⁴⁹ “Art. 210.- Finalización de los plazos de protección de una obra.- Cumplidos los plazos de protección previstos en este párrafo, las obras pasarán al dominio público y, en consecuencia, podrán ser utilizadas libremente por cualquier persona, respetando la paternidad de la obra”.

³⁵⁰ “Art. 201.- Duración de los derechos patrimoniales.- La duración de la protección de los derechos patrimoniales comprende toda la vida del autor y setenta años después de su muerte”.

³⁵¹ “Art. 165.- Disposición de los derechos de autor.- Con sujeción a las normas de este Libro, se reconoce la facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilidades de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia”.

³⁵² Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz, y Francisco José Villar Rojas, *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor doctor Gaspar Ariño Ortiz* (Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011), 865.

En cuanto, específicamente al dominio público del conocimiento el sujeto activo y pasivo es el pueblo y el Estado, es decir cualquiera de los dos están en la capacidad de usar, gozar y disponer materialmente —no disposición jurídica—, así como tanto el Estado —inclusive de oficio— como cada persona individualmente puede activar procesalmente en caso de comprobar una posible infracción sobre los derechos morales sobre estos bienes.

Objetivo, de manera clásica en cuanto al derecho administrativo, recae el objeto principalmente sobre bienes inmuebles, y actualmente se acordado que, de igual manera sobre los bienes muebles, el debate aún persiste si los bienes fungibles y consumibles deberían ser considerados bienes dominiales.

En cuanto al dominio público del conocimiento, coincide la doctrina moderna del derecho Administrativo y de sobre manera los derechos intelectuales en cuanto que el objeto recae principalmente en un bien inmaterial que abarca los derechos de autor —obras—.

Normativo o legal, tanto el derecho administrativo como el dominio público del conocimiento, coinciden en que el régimen del dominio público corresponde a la ley, los mismos surgen a partir del Estado de derecho y el imperio de legalidad, en cuanto al primero el elemento normativo es esencialmente administrativo y civilista y en cuanto al segundo en relación con los derechos intelectuales, el elemento normativo es específico en cuanto a la normativa de propiedad intelectual en Ecuador el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Finalista o teleológico, en cuanto al derecho Administrativo, en suma, el fin es la satisfacción del uso público de los bienes del Estado por parte de las personas no estatales, lo cual plantea un uso común o especial, y al mismo tiempo una interdependencia con el dominio público y el servicio público a manera de coexistencia. En cuanto, el dominio público del conocimiento, su fin puede ser diverso y de gran amplitud, desde un uso por fines recreativos, educativos e inclusive de explotación, ya que los bienes del conocimiento una vez en el dominio público son bienes comunes de todas las personas, mismas que pueden hacer uso libre de los mismos inclusive con fines comerciales —el dominio público no solo es objeto de una riqueza colectiva sino también de un objeto de explotación—, es decir pueden usar, gozar, disponer, acceder, transformar, estudiar, distribuir, comercializarlo, sin que se necesite autorización por parte del titular de derechos o pagar algún valor.

Surge inmediatamente una pregunta, entonces ¿cuál es el límite del uso de los bienes en dominio público del conocimiento?, el límite viene dado por dos vías, 1) autoría: respetar la autoría de la obra, por cuanto la atribución del autor de la creación es imprescriptible; y, 2) modificaciones o transformaciones: que atenten contra el decoro de la obra, o el honor, la reputación de su autor, este segundo regularmente es imprescriptible, pero el Convenio de Berna deja abierta la posibilidad de que cada país regule su temporalidad, en Ecuador a través de una novedosa reforma, ha otorgado a este derecho moral un plazo similar al derecho patrimonial.³⁵³

El neo lenguaje, conceptos, corrientes, doctrinas para que sean adoptadas por una comunidad, incluida la jurídica, debe ser recibida y legitimada por medio del uso, acuerdo y la costumbre, luego de ser empleada de forma espontánea podría generar un entorno natural de un paradigma en el derecho.

No se trata, como bien se apuntado, de eliminar conceptos tradicionales sino de ser provocadores de nuevas reflexiones e introducir un sentido útil a la dinámica, cultural, social y economía en beneficio de todas las personas.

El derecho de acceso y uso de la propiedad

Las dinámicas sociales y el avance tecnológico han dado como resultado que el régimen de propiedad tal cual ha sido desarrollado, haya desembocado en diversas formas de aprovechamiento, concentrando su principal giro en el atributo del uso. Si bien la máxima de la propiedad reside en el uso, goce, disfrute y disposición, estas facultades justamente constituyen la plenitud del dominio, las mismas cuentan con una institucionalidad particular e independiente propias, de hecho, justamente esta separación permite el disfrute del usufructo de un bien o el derecho de uso sobre un determinado bien.

En cuanto a los bienes inmateriales y en general el ecosistema de la red, internet, software, *blockchain*, algoritmos, inteligencia artificial, en general bienes del conocimiento, el uso es el principal atributo de la propiedad que consiente acceder a estos bienes.

El acceso y el uso se convierten en la línea que permite la democratización o en su defecto el cercamiento artificial a los bienes por diversos mecanismos técnicos, económicos y legales, como medidas tecnológicas, contratos de suscripción o

³⁵³ “Artículo 118 del Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación”.

licenciamiento. Precisamente el derecho de acceso y uso son las facultades del derecho de propiedad que se incluyen en el ámbito y debate constitucional, no la propiedad de manera amplia sino enfocada en las condiciones de acceso y uso.

Si el uso es legal, permitido de manera expresa por el titular de derechos o se encuentra dentro de las limitaciones y excepciones legales, su uso no tendrá inconveniente alguno, abonando a la comunalidad y democratización de uso común de bienes, sin embargo, si existe una prohibición legal o expresa del titular de derechos que no consiente el uso, acarrea un cercamiento e individualidad de acceso y uso de determinados bienes.

3. Usos justos —fair use—

Es parte del régimen de limitaciones y excepciones de uso de obras en determinadas circunstancias, lo cual permite realizarlos sin necesidad de autorización de su titular o el pago de una regalía. Sin perjuicio de ello, para cada situación en particular es complejo que se encasille en una definición concreta.

Estos factores no son necesariamente los determinantes exclusivos de la investigación sobre el uso justo, y no resuelven mecánicamente los problemas de uso justo; no es posible una definición de aplicación general, y cada caso que plantea la cuestión debe decidirse sobre la base de sus propios hechos... [L]a interminable variedad de situaciones y combinaciones de circunstancias que pueden surgir en casos particulares impide la formulación de reglas exactas en el estatuto.... Sin embargo, los factores legales brindan una guía sustancial a los tribunales que realizan la investigación apropiada de hechos específicos.³⁵⁴

Prehistoria e historia del fair use

El *fair use*³⁵⁵ nace con su antecedente en relación con el *abridgment*, de creaciones jurisprudenciales inglesas a través de los fallos de Philip Yorke, primer

³⁵⁴ Traducción propia. “17 U.S.C. § 107. These factors are not necessarily the exclusive determinants of the fair use inquiry, and do not mechanically resolve fair use issues; “no generally applicable definition is possible, and each case raising the question must be decided on its own facts.” H.R.Rep. No. 94-1476, at 65. See also *id.* at 66 (“[T]he endless variety of situations and combinations of circumstances that can arise in particular cases precludes the formulation of exact rules in the statute”); S.Rep. No. 94-473, p. 62 (1975). The statutory factors do, however, provide substantial guidance to courts undertaking the proper fact-specific inquiry”. US Supreme Court, *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985), No. *Harper&Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985) (US Supreme Court 20 de mayo de 1985).

³⁵⁵ “El fair use / uso justo es una construcción doctrinaria y jurisprudencial del copyright norteamericano que permite evaluar si ciertos usos sobre obras intelectuales están habilitados sin solicitar permisos a las/os autoras/ es y titulares de derechos. Es una limitación y excepción de los derechos reconocidos a las/os autoras/es / titulares de derechos”. Ariel Vercelli, Lucas Becerra, y Agustín Bidinost,

conde de Hardwicke en adelante Lord Hardwicke,³⁵⁶ el primer antecedente registrado ocurre el 7 de agosto de 1739 caso Austen v. Cave, tres libreros ingleses Austen, Gilliver, and Clark demandan en contra de Edward Cave, quien era el propietario de la revista *Gentleman's Magazine*, en donde solía publicar extractos y resúmenes de libros. Los resúmenes —*abridgment*— eran una característica básica del emergente negocio de las revistas a mediados del siglo XVIII, estos resúmenes usualmente mensuales, como en el caso de la revista, presentaban obras originales, así como extensos extractos de otras publicaciones periódicas y libros. El uso liberal de los resúmenes por parte de Cave se puso a prueba en este caso. Los actores demandaron a Cave por haber copiado treinta y siete páginas del libro: *The nature, folly, sin and danger of being righteous over-much*, del Dr. Trapp, el cual contenía sesenta y nueve páginas en total.

Lord Hardwicke emitió una orden judicial temporal para prohibir que Cave imprimiera el libro o cualquier parte del mismo hasta que respondiera a la demanda. Sin embargo, cuando llegó la respuesta, la Corte la consideró insuficiente. Aunque a Cave se le dio tiempo adicional para volver a presentar sus alegatos, nunca se introdujeron tales alegatos, y la medida cautelar permaneció en vigor. Por lo tanto, a pesar de la insistencia de Johnson en que la legalidad de la abreviación estaba justificada “por una serie ininterrumpida de precedentes”, uno de los primeros casos de abreviación parece haber encontrado que una reproducción de trece páginas de las sesenta y nueve originales era excesivo.³⁵⁷

Este primer precedente si bien aborda el tema, deja un antecedente negativo en contra de los resúmenes, sin embargo, este hecho cambiará radicalmente el 6 de marzo de 1740 en el caso Gyles v. Wilcox, Barrow y Nutt resuelto por el mismo Lord Hardwicke, en el cual claramente se desarrolla elementos que funda la doctrina del *fair use* por medio del *fair abridgment* es decir usos justos.

“El caso *Google Books*: ¿usos justos y/o privilegios de copia?”, *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n° 133 (31 de diciembre de 2016): 117, doi:10.16921/chasqui.v0i133.2939.

“El fair use es la excepción más conocida del copyright en los Estados Unidos, habilita el uso limitado del material protegido por derecho de autor, sin la necesidad de requerir permiso a los titulares de tal derecho. Esta doctrina nace de la jurisprudencia americana, caracterizada por su criterio utilitarista, entendiendo que el fair use disminuye los costos de transacción típicos de la generación de autorizaciones”. Lucía Pelaya, “Excepciones a favor de las bibliotecas en la legislación de derechos de autor - copyright en Estados Unidos, España, Chile y Argentina” (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2015), 82, <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/8075>.

³⁵⁶ Para más info de la vida de Lord Hardwicke ver: R. L. Schuyler, “The Life of Lord Hardwicke”, *Political Science Quarterly* 29, n° 2 (junio de 1914): 307–14, doi:10.2307/2141776.

³⁵⁷ Traducción propia. Matthew Sag, “The Prehistory of Fair Use”, *Brooklyn Law Review* 76 (1 de junio de 2011): 1388–89.

Wilcox había encargado un compendio de la *The History of the Pleas of the Crown* de Sir Matthew Hale, que se titularía *Modern Crown Law*. Los demandantes alegaron que el trabajo tomaba prestados fragmentos textuales, omitía los antecedentes e incluyó traducciones de citas en latín y francés del libro de Hale al inglés.³⁵⁸

El enfoque del fallo de Lord Hardwicke es dual, por un lado la interpretación del Estatuto de la Reina Ana de 1710 mediante la cual se otorga derecho monopólicos a los autores asumidos en su libertad exclusiva de imprimir y reimprimir las obras en su totalidad, sin embargo es la segunda forma de abordaje la que se convierte en un relevante precedente, al abordar el —*abridgment*— realizando una diferenciación bipartita y clasificándolo en *unfair abridgments*, *unreal abridgments* resúmenes injustos, irreales, aparentes y los *fair abridgments* o *true abridgments*, resúmenes justos, reales.

Según Lord Hardwicke la primera distinción en los *unfair abridgments* implica alteraciones menores, es decir cuando los libros son acortados simplemente, se abrevian aparentemente, son una mera evasión a la protección del Estatuto de la Reina Ana, no puede tomar la categoría de resumen —*true abridgments* o *fair abridgments*—. En cuanto a los *real and fair abridgment*, señala Hardwick que no es posible impedir que las personas puedan crear un resumen real y justo, cuando este trabajo puede ser considerado como un libro nuevo, por cuanto no es algo mecánico, del papel e impresión simplemente, sino implica la invención, el conocimiento y el juicio del autor, que en muchos casos son extremadamente útiles sin perjuicio de que puede existir casos contrarios que pretendan perjudicar, confundir o restringir el sentido del autor. Advirtió Lord Hardwicke, posiblemente influenciado por los comentarios de Samuelson Johnson, que una regla que restringiera o prohibiera todos los compendios tendría consecuencias

³⁵⁸ “El caso de Gyles v. Wilcox se inició porque Wilcox y Nutt le pagaron a un escritor llamado Barrow para abreviar un libro llamado Pleas of The Crown cambiando algunas palabras, cambiando las leyes para que tuvieran más sentido o eliminando viejas leyes obsoletas. Gyles declaró que se habían violado sus derechos bajo el estatuto de Ana. A medida que comenzó el caso, surgieron preguntas importantes, como qué libros protegía el estatuto de Ana y si el compendio era lo suficientemente diferente como para ser considerado una segunda obra. Los demandados argumentaron que solo unos pocos capítulos eran iguales y que en realidad habían agregado su opinión a este compendio. También dijeron que el original tenía más de doscientas páginas y que el resumen tenía apenas treinta y cinco páginas. Hardwicke no comparó los libros porque no quería escucharlos leer en voz alta. Hizo dos categorías una hábilmente o aparentemente resumida y la otra bastante resumida. desafortunadamente para Gyles, Hardwicke falló a favor de la acusación de Wilcox de que Gyles violó sus derechos”. Ver más info: “Gyles V. Wilcox”, *Gyles V. Wilcox*, 6 de marzo de 1740, <http://gylesvwilcox.weebly.com/>.

dañinas para los estudiosos y eruditos porque los libros de los eruditos, por ejemplo, el *Les Journals des Scavans*.

En Inglaterra, el fallo emitido por Lord Hardwicke en el caso *Gyles v. Wilcox*, es el primer referente directo en relación con el *fair use*, en su parte de análisis de los resúmenes reales y justos, ampliando lo regulado en el Estatuto de la reina Ana, dejando abierta la posibilidad de desarrollo de obras derivadas justas. Este fallo constituye el precedente histórico inglés que servirá de base para analizar casos en Estados Unidos como en los casos *Gray v. Russell* (1839) y *Folsom v. Marsh* (1841), sentencias dictadas por el juez Joseph Story.

En los antecedentes del *copyright* en de los Estados Unidos, destacan y se desenvuelven entre la autoría, originalidad, propiedad y comercio en relación con la obra y su titularidad. La doctrina original del *copyright* se limitaba al tradicional derecho económico de imprimir, reproducir o copiar la obra del autor, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XIX, en donde se experimentan cambios doctrinales y conceptuales, mediante los cuales se amplía la protección del *copyright*, mediante la creación de nuevos derechos e incorporando un concepto novedoso de *copyright* como propiedad, dando cabida a las obras intelectuales. De igual manera, se desprende la doctrina de la originalidad la cual vincula la imagen del autor como creador.

La protección inicial del *copyright* se otorgaba de manera concreta, es decir para proteger la realización de copias y reproducciones idénticas de la obra, no a sus trabajos derivados, esto se evidencia en el caso de 1854 *Stowe v. Thomas*. En el caso se realiza una traducción al alemán de la obra *Uncle Tom's Cabin*, el juez Grier, rechazó la demanda, por cuanto el *copyright*, funciona como propiedad exclusiva a su multiplicación de copias, sin que este derecho incluya otras abstracciones o derivaciones, esta visión del fallo coincidía con la época y la concepción de protección del *copyright*, la cual aún no se veía influenciada por las nuevas concepciones de originalidad y propiedad de obras originarias y derivadas. Esta vertiente tiene efectos a nivel legislativo, logrando el Congreso enmendar la Ley de derechos de autor colocando explícitamente prohibir las traducciones no autorizadas de obras protegidas por *copyright*.

Cuando las presiones del siglo XIX para ampliar la protección de los derechos de autor se intensificaban, la corriente de la autoría suministró una importante fuente de conceptos para traducir los intereses del *copyright* en argumentos jurídicos. Dos fueron las principales estrategias basadas en la autoría, las cuales se emplearon repetidamente

para derribar la antigua estructura de los derechos de autor. La primera se basó en la noción de propiedad, los derechos de autor eran propiedad de un objeto intelectual creado por el autor en lugar de un privilegio económico para imprimir. Una representación elaborada de la obra como una esencia del intelecto, podría tomar una multiplicidad de formas y variaciones. En segundo lugar, basándose en el tema de la originalidad, apareció un categórico jerárquico entre obras originales y obras derivadas. La postura tradicional del *copyright* trató muchas obras derivadas como obras meritorias en su propio derecho. En la nueva jerarquía, sin embargo, algunas obras se presentaban como intrínsecamente superiores por su supuesta originalidad, mientras que otras quedaban relegadas ahora, por la definición, de un estatus inferior como obras derivadas.

En la línea de lo que concluye Bracha al respecto, el concepto e ideología que envuelve la autoría tanto históricamente y en la contemporaneidad resulta complejo, no será cuestión de una mera tarea literaria de deconstrucción y reconstrucción. Su análisis apunta a las relaciones de poder, desde sus inicios las formas ideológicas incrustadas en el *copyright* son productos de estructuras sociales de poder, incluidas las fuerzas económicas, los poderosos intereses comerciales y la influencia política, entre otras cosas. Tales fuerzas e intereses no se han ido hoy. De hecho, las reglas de propiedad del *copyright* moderno a menudo favorecen a las corporaciones y otras entidades comerciales a expensas de los creadores reales de las obras, sin embargo, en ocasiones son las propias reglas de los derechos de autor, las que privan a los autores, basados en su autoría. De igual forma señala que, comprender críticamente la estructura de esta ideología puede ayudar a fomentar una actitud que facilite su transformación. Termina su análisis señalando que, sin embargo, dada la voluntad política, los recursos ideológicos para el cambio ya están allí. Todo lo que se necesita es la acción humana.³⁵⁹

Octubre de 1839 en el caso *Gray v. Russell*, se marca una hoja de ruta de antecedentes judiciales que desarrollarán los —*abridgment*— y el *faire use*. Harrison Gray, James Brown y Charles Brown, librerías y copartícipes, bajo la firma de Hilliard, Gray & Co., eran los propietarios de los derechos de autor y los editores de cierto libro, titulado *Adam's Latin Grammar* demandan a John B. Russell, Lemuel Skattuck, and

³⁵⁹ Oren Bracha, "The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright", *The Yale Law Journal* 118, n° 2 (noviembre de 2008): 265, 270, 271, doi:10.2307/20454710.

John D. W. Williams, librerías y socios bajo el nombre de Russell, Shattuck & Company, indican los actores que sin su consentimiento se expusieron a la venta y vendieron copias de la obra pero con mejoras, diseñadas para ayudar al estudiante, el caso declara la infracción de derechos, pero no por la obra literaria como tal, sino por las notas que constaban en él.

El autor de una edición de Adam's Latin Grammar hizo ciertas adiciones y alteraciones en ese trabajo, y también preparó notas, que el autor de una edición posterior del mismo trabajo adoptó. Sostuvo que tal adopción fue una infracción de los derechos de autor de las notas, en la medida en que las notas, aunque no son nuevas, nunca antes habían sido recopiladas e incorporadas.³⁶⁰

Por cuanto si bien los resúmenes de libros no podrían ser vistos como actos de piratería de la obra original, esta afirmación debe ser analizada meticulosamente. Por medio de este caso se amplió el límite de protección del copyright, abarcando tanto la reproducción literal y sometiendo la fuerte regla que protege el *copyright* de los usos secundarios o derivaciones. En el caso se indica que cualquier compilación puede estar sujeta a derechos de autor, siempre que el plan, el arreglo y la combinación de los materiales sean nuevos. De igual manera, el caso es relevante en cuanto realiza un análisis de la cantidad y la calidad de partes de la obra utilizada, señalando que la cuestión de la violación de los derechos de autor puede depender del valor, más que de la cantidad.³⁶¹

El caso insignia y referente de la génesis del *fair use* justamente desde octubre de 1841 hasta la presente fecha es *Folsom v. Marsh*.³⁶² Los actores son Folsom, Wells y

³⁶⁰ Traducción propia. Joseph Story, “Gray v. Russell, 10 F. Cas. 1035, 2 Law Rep. 294, 1 Story, 11 (1839) | Caselaw Access Project”, *Caselaw Access Project Harvard Law School*, octubre de 1893, <https://cite.case.law/f-cas/10/1035/6678736/>.

³⁶¹ En palabras del Juez Story, “In some cases, indeed, it may be a very nice question, what amounts to a piracy of a work, or not. Thus, if large extracts are made therefrom in a review, it might be a question, whether those extracts were designed bona fide for the mere purpose of criticism, or were designed to supersede the original work under the pretence of a review, by giving its substance in a fugitive form. The same difficulty may arise in relation to an abridgment of an original work. The question, in such a case, must be compounded of various considerations; whether it be a bona fide abridgment, or only an evasion by” “the omission of some unimportant parts; whether it will, in its present form, prejudice or, supersede the original work; whether it will be adapted to the same class of readers; and many other considerations of the same sort, which may enter as elements, in ascertaining, whether there has been a piracy, or not. Although the doctrine is often laid down in the books, that an abridgment is not a piracy of the original copyright; yet this proposition must be received with many qualifications”.Ibid.

Se recomienda revisar: Bracha, “The Ideology of Authorship Revisited”, 224, 225, 228, 229.

³⁶² Un análisis resumido podría ser de la siguiente forma, traducción propia: “Caso decidido por el juez Joseph Story que amplió el alcance de la protección de los derechos de autor y sentó las bases para

Thurston, una sociedad de editores a quienes les pertenecía los derechos de varios volúmenes de la colección *The writings of George Washington*, del autor Jared Spark, la obra acusada era *The Life of Washington* de la firma editorial Marsh, Capen & Lyon, cuyo autor fue el reverendo Charles Upham, quien reprodujo en su libro principalmente varios extractos de los propios escritos del presidente Washington, aproximadamente una tercera parte del libro demandado contenía los textos inéditos del ex presidente, los cuales fueron parte de la obra originaria de Spark y supuestamente extraídos sin consentimiento y usados en la obra del religioso. Comparando las dos obras en conflicto la compilación de Spark recogía 6763 páginas en relación con las 866 páginas de la obra de Upham, destinada a las bibliotecas de las escuelas locales.

Los argumentos de la parte demandada son interesantes y podrían ser empleados incluso en la actualidad, argumentaron principalmente cuatro argumentos, en resumen, señalaron que las cartas de Washington no son, en el sentido de la ley, sujetos propios de derechos de autor, el compendio era justo y no infringía derechos, por cuanto, una vez que los documentos y la correspondencia de Washington eran publicadas, cualquier persona goza del derecho a utilizar selectivamente esos contenidos para crear una nueva y original obra.

(1) Porque son manuscritos de una persona difunta, no perjudicada por la publicación de la misma; (2) porque no son composiciones literarias y, por lo tanto, no son susceptibles de ser propiedad literaria, ni estimadas en valor por el autor; (3) porque son, en su naturaleza y carácter, tanto cartas públicas u oficiales o son cartas privadas de negocios; y (4) porque fueron diseñados por el autor para uso público, y no para derechos de autor o propiedad privada.³⁶³

A pesar de, que el juez Story, quien resolvió el caso *Folsom v. Marsh*, no se inclinaba por una posición abierta favor de los resúmenes y ampliación de las

la posterior doctrina del uso justo[...] El comentario describe las formas en que la disputa creó un choque entre la ideología republicana popular del período anterior a la guerra, que celebraba el acceso amplio y desinhibido al conocimiento por parte de una ciudadanía informada, y una tendencia creciente de entender los derechos de autor en términos de mercado comercial. La identidad de los textos en cuestión agudizó esta tensión y produjo imágenes contrapuestas de las cartas de Washington como recurso público nacional o propiedad privada comercial. El comentario argumenta que la decisión del caso del juez Story reinterpreto las doctrinas tradicionales de derechos de autor que anteriormente habían protegido la mayoría de los usos secundarios de las obras protegidas por derechos de autor, sometió dichos usos a limitaciones más estrictas y sentó las bases doctrinales e intelectuales para desarrollos futuros adicionales en este sentido". Ver más info en: Oren Bracha, "Commentary on *Folsom v. Marsh* (1841)", *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, 2008, www.copyrighthistory.org.

³⁶³ Joseph Story, "Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 2 Story, 100; 6 Hunt, Mer. Mag. 175 (1841) | Caselaw Access Project", *Caselaw Access Project Harvard Law School*, octubre de 1841, <https://cite.case.law/f-cas/9/342/>.

excepciones por tales argumentos, asumió y enfatizó lo expuesto por la autoridad judicial inglesa en los fallos que diferenciaron, un compendio justo y de buena fe de una obra original, no equivalía a piratería de copyright, también se basó en esas mismas autoridades para señalar una serie de principios limitantes. Este tipo de casos relacionados con patentes y derechos de autor señalaba el juez Story no son fáciles de llegar a una conclusión satisfactoria de los hechos, así como tampoco establecer principios generales, dando distinciones muy sutiles, refinadas y evanescentes, este tipo de conflictos podrían llamarse *metaphysics of the law*.

Tanto en patentes como en derechos de autor dependiendo de las características del caso, habrá situaciones que resulten sumamente obvias que el resumen es una reproducción idéntica y que toda la sustancia y el corazón de la obra han sido reproducidas de forma íntegra, o con muy ligeras omisiones y diferencias de forma, sin perjuicio existen casos en los cuales la identidad y sustancia de las obras en análisis no será sencillo, y dependerá de analizar y ponderar un buen equilibrio comparativo, en el caso en referencia se analizaron entre otros los siguientes criterios: “la naturaleza, extensión y valor de los materiales utilizados; los objetos de cada obra; el uso justo de mismas fuentes comunes de información, o la diligencia común en la selección y disposición de los materiales”.

En palabras del juez Story se indican dos aspectos relevantes, por una parte: “Está claro que una mera selección, o una disposición diferente de partes de la obra original, de modo que la obra se reduzca a un ámbito más reducido, no se considerará como tal un resumen”³⁶⁴ es decir, una mera selección y reducción a una más pequeña, ese acto por sí mismo no constituye un resumen justo y de buena fe.

En ese sentido, su segundo aspecto indica lo ya resuelto en su sentencia del caso *Gyles v. Wilcox*: “Debe haber una condensación real y sustancial de los materiales, y el trabajo intelectual y el juicio otorgados a los mismos; y no meramente el fácil uso de las tijeras; o extractos de las partes esenciales, constituyendo el principal valor de la obra original”.

³⁶⁴ Ibid. Coloca en la sentencia del caso citado, el siguiente ejemplo, traducción propia: “Así, por ejemplo, nadie puede dudar de que un revisor puede citar en gran parte del trabajo original, si su intención es real y verdaderamente usar los pasajes con el propósito de una crítica justa y razonable. Por otra parte, es tan claro que si cita así las partes más importantes de la obra, con miras, no a criticar, sino a suplantar el uso de la obra original y sustituirla por la reseña, tal uso se considerará en la ley una piratería”.

Si bien en el caso el fallo es contrario a la parte demandada por cuanto concluye y emite orden judicial perpetua que impida a los demandados, sus agentes, sirvientes y vendedores, seguir imprimiendo, publicando, vendiendo o enajenando cualquier copia o copias de la obra denunciada; la “*Life of Washington*”, por el reverendo Charles W. Uphain, que contenga cualquiera de las trescientas diecinueve cartas de Washington y nunca antes publicadas. Desde mi análisis, considero que el juez Story, además del informe pericial de las dos obras, de igual forma, les otorgó a las cartas del presidente Washington un valor de propiedad privada para las partes, las cuales fueron legadas a su sobrino, el difunto Sr. Juez Washington, justamente el Sr. presidente del Tribunal Supremo Marshall y el Sr. Sparks adquirieron una participación en las mismas; como consta del contrato entre estos caballeros en el juicio, anexo al informe, con ello la publicación de estos escritos emprendida por los actores como editores, generaba un beneficio conjunto respaldado del gran trabajo, investigación, esfuerzo e inversión que resultaron de adquirir y publicarlas. Incluso se resalta en el caso que el Congreso había comprado estas mismas cartas y manuscritos, a un gran precio, para beneficio de la nación, de su dueño y poseedor bajo la voluntad del juez Washington, como propiedad privada y muy valiosa.

Pese al fallo negativo, lo más importante de la sentencia es el precedente del *fair use*, condiciones que marcan el antecedente empleado tanto en la normativa del *copyright* en los Estados Unidos y hasta el día de hoy. Claramente señala: “Mucho debe, en tales casos, depender de la naturaleza de la nueva obra, el valor y la extensión de las copias, y el grado en que los autores originales pueden resultar perjudicados por ello”.³⁶⁵ Dejando sentado los criterios base de los usos justos: 1) naturaleza de la nueva obra, 2) el valor y la extensión de las copias, y; 3) el grado en que los autores originales pueden resultar perjudicados por ello.

En Estados Unidos justamente el debate y la visión del derecho de autor respecto de los resúmenes —*abridgment*— en primera instancia y de cierta manera sarcástica en comparación al papel que juega el *fair use* actualmente, se dio de forma proteccionista al *copyright*, abriendo el margen de protección no solamente en la reproducción textual de una obra, sino ampliando el límite de protección y protegerlos en contra de los usos secundarios o derivados de una obra, esto ocurre tanto en los casos *Gray v. Russell* y

³⁶⁵ En el texto original: “Much must, in such cases, depend upon the nature of the new work, the value and extent of the copies, and the degree in which the original authors may be injured thereby”.

Folsom v. Marsh. Justamente Bracha realiza un doble análisis al respecto de este último caso, de una forma destaca el papel del juez Story al abordar el uso justo como parte fundamental de la transformación del argumento central del copyright en los Estados Unidos, para lo cual separa su posición en un copyright antes y después del precedente, reflexiona: “antiguamente, la infracción se limitó a la reproducción casi literal y todos los demás usos posteriores fueron considerados legítimos. En el nuevo entorno de uso justo, todos los usos posteriores se presumen infractores a menos que se determine que es un uso justo”.³⁶⁶

Además de la posición transformadora, el autor señala lo contradictorio que resulta la figura del *fair use*, en la época del juez Story comparada con su funcionalidad doctrinaria actual. Irónicamente, la doctrina del uso justo se celebra comúnmente hoy en día como una de las principales salvaguardias contra la expansión excesiva de la protección del copyright. En el momento en que fue presentada por el juez Story, sin embargo, era un vehículo para una ampliación radical del alcance del copyright.³⁶⁷

En definitiva, el caso *Folsom v. Marsh* es fuente jurisprudencial para las Cortes norteamericanas, porque con muy pocas excepciones, la gran mayoría de jurisprudencia previo a este caso, provenía de la jurisprudencia inglesa, con lo cual confirma que este cuerpo jurisprudencial mucho más desarrollado fue tratado como persuasivo en los Tribunales estadounidenses de mediados del siglo XIX. Por ejemplo, en el primer caso de derechos de autor de la Corte Suprema en 1834, *Wheaton v. Peters*, se citaron ocho casos ingleses y ninguna de autoridad estadounidense; la disidencia citó tres casos ingleses adicionales y dos casos estadounidenses.³⁶⁸

Cien años distancian los antecedentes jurisprudenciales ingleses a los desarrollos norteamericanos. Los esfuerzos y criterios doctrinarios que sentaron los precedentes teóricos del *fair use*, tomaron cuerpo legal en el caso de los Estados Unidos, mediante la promulgación de una ley en la Sección 107 del Copyright Act de 1976.

Limitaciones a los derechos exclusivos: uso justo

Sin perjuicio de las disposiciones de las secciones 106 y 106A, el uso justo de una obra protegida por el derecho de autor, incluido su uso mediante la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en dicha sección, con fines tales

³⁶⁶ Bracha, “The Ideology of Authorship Revisited”, 229.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Del mismo modo, en *Folsom v. Marsh*, el juez Story citó dieciséis autoridades inglesas y ni un solo caso estadounidense. Sag, “The Prehistory of Fair Use”, 1379.

como críticas, comentarios, noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones, no constituye una infracción del derecho de autor.

Para determinar si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo, los factores a considerar incluirán:

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

El hecho de que una obra sea inédita —no publicada— no impedirá por sí mismo una constatación de uso justo si dicha constatación se realiza teniendo en cuenta todos los factores anteriores.³⁶⁹

De la normativa se desprenden tres elementos a considerar.

- 1) Señala que el uso justo de una obra —incluyendo la reproducción— no constituye una infracción al derecho de autor,
- 2) Señala de manera ejemplificativa y no de forma cerrada o taxativa los usos de obras que podrían ser considerados como justos, colocando de forma ilustrativa a las “críticas, comentarios, noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones”,
- 3) Uno de los aspectos más importantes justamente radica en los cuatro factores que configuran los usos justos, con lo cual un juzgador deberá analizar y subsumir si los parámetros y el caso en concreto se considera o no como un uso justo, estos parámetros de forma resumida son: propósito, naturaleza, cantidad y efecto del valor.

Cabe señalar que no es necesario demostrar los cuatro elementos del uso justo de manera concurrente, basta que uno de los elementos sea determinante y persuasivo para el juzgador. Por ejemplo, el tercer criterio de la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por el derecho de autor en su totalidad, existe un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1984 en el caso *Sony Corp. of America con Universal City Studios Inc.* mediante el cual se dictaminó que la realización de una copia íntegra de un programa de televisión para poder mirarlo posteriormente, constituye un uso justo.

Elementos constitutivos del fair use con enfoque en casos

³⁶⁹ Traducción personal. U.S. Copyright Office, “Chapter 1: Subject Matter and Scope of Copyright - Circular 92 | U.S. Copyright Office”, accedido 12 de enero de 2022, <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>.

Es necesario detallar de manera individualizada cada uno de los elementos que la normativa norteamericana determina necesarios para que se configure un uso justo. “El propósito y el carácter del uso”, incluyendo si tal uso es de “naturaleza comercial”, o tiene “fines educativos sin fines de lucro”.

En general el uso que se le otorgue a una obra llega a ser transformador, cuando las modificaciones o alteraciones de la obra protegida por el derecho de autor se convierte en una obra nueva, para el efecto existen varios casos y de técnicas artísticas como el collage o el remix, en el cual podría tomar extractos de varias obras literarias poemas, partes de cuentos y combinarlas con alegatos y finalmente con este remix componer una canción.

En ese sentido, el carácter transformativo que surge de la obra constituye un factor importante a analizar, para el efecto es ilustrativo el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* en 1994, el cual contribuyó notoriamente a la discusión de las obras transformativas “el objetivo de los derechos de autor, para promover la ciencia y las artes, generalmente se ve favorecido por la creación de obras transformadoras”.³⁷⁰ En este aspecto la misma Sección 107 del Copyright Act de 1976 indica ciertos usos transformativos como “críticas, comentarios, noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones, no constituye una infracción del derecho de autor”.

Dada la importancia del caso para efectos del *fair use*, cabe contextualizarlo en los hechos. Los miembros del grupo de música rap *2 Live Crew* compusieron una canción llamada *Pretty Woman*, la cual es una parodia basada en la balada rock *Oh, Pretty Woman* del compositor estadounidense Roy Orbison. El manager del grupo le preguntó a la editorial musical Acuff-Rose Music Inc. si podían obtener una licencia para usar la melodía de Orbison para que la balada se usara como una parodia. Acuff-Rose Music Inc. se negó a otorgar una licencia a la banda, pero aun así el grupo musical *2 Live Crew*, produjo y lanzó la canción parodia. Luego de un año y después de que se vendieran casi un cuarto de millón de copias de la grabación, Acuff-Rose demandó a *2 Live Crew* y su compañía discográfica, Luke Skyywalker Records, por infracción de derechos de autor.

³⁷⁰ En el texto original: “the goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works”. US Supreme Court, “*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)”, *Justia Law*, 7 de marzo de 1994, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>.

En el ámbito legal el caso tuvo tres instancias, de manera resumida, en su primera instancia el Tribunal de Distrito fallo a favor de *2 Live Crew*, sosteniendo que su canción era una parodia que hacía un uso justo de la canción original según la Sección 107 del Copyright Act de 1976.

La Corte de Apelación revocó y devolvió el caso, sosteniendo principalmente lo siguiente: 1) la naturaleza comercial de la parodia la hizo presuntamente injusta bajo el primero de los cuatro factores relevantes de la Sección 107 del *Copyright Act* de 1976 el —“propósito y el carácter del uso”—, 2) que al tomar el corazón de la obra original y convertirlo en el corazón de la nueva creación, la agrupación musical *2 Live Crew* había tomado demasiado, en relación con el tercer factor de la Sección 107 del *Copyright Act* de 1976 —la cantidad y sustancialidad—, 3) que el daño de mercado se establece por presunción asociada a los usos comerciales, de conformidad con el cuarto factor la Sección 107 del Copyright Act de 1976 el —efecto del uso sobre el mercado—.

La Corte Suprema decide el caso el 7 de marzo de 1994, en la sentencia existen varios elementos interesantes, sin perjuicio de ello, detallaré aspectos importantes en concreto. “De manera similar, Lord Ellenborough expresó la tensión inherente en la necesidad de proteger simultáneamente el material protegido por derechos de autor y permitir que otros se basen en él cuando escribió, ‘si bien me consideraré obligado a asegurar a cada hombre el disfrute de su derecho de autor, uno debe no poner grilletas a la ciencia’”.³⁷¹

En concreto, la Corte Suprema tuvo que resolver a la cuestión principal: ¿Puede la canción parodia del grupo musical de rap *2 Live Crew* basada en la canción de Roy Orbison *Oh, Pretty Woman* ser considerada un *fair use* dentro del significado de la Copyright Act de 1976?

La Corte Suprema respondió sí. En una opinión unánime emitida por el juez David H. Souter, la Corte sostuvo los siguientes puntos: 1) Que el carácter comercial de una parodia es solo un elemento que debe sopesarse en una investigación sobre el uso legítimo y que no se consideró suficientemente la naturaleza de la parodia al sopesar el grado de copia. 2) La Corte consideró que el Tribunal de Apelaciones se equivocó al aplicar la presunción de que la naturaleza comercial de la parodia la hacía presuntamente injusta, ya que no se disponía de tal presunción probatoria para abordar

³⁷¹ Ibid.

el carácter y el propósito del uso o el daño al mercado. 3) El juez Souter indicó que la Corte de Apelación se equivocó al sostener que *2 Live Crew* necesariamente había copiado excesivamente la obra original de Orbison, sin tomar alta consideración al propósito paródico del uso. En el caso el juez Anthony M. Kennedy presentó una opinión concurrente.³⁷²

El carácter transformativo de las obras y en general el uso, acceso y modificación de contenidos protegidos por propiedad intelectual, tiene una fuerte relación con la libertad de expresión, lo que Samuelson sugiere vincular el *fair use* con los clústeres de políticas relevantes —*policy-relevant clusters*—.

Las políticas que sustentan la ley moderna de uso justo incluyen la promoción de la libertad de palabra y de expresión, el progreso continuo de la autoría, el aprendizaje, el acceso a la información, el decir o la búsqueda de la verdad, la competencia, la innovación tecnológica y los intereses de privacidad y autonomía de los usuarios.³⁷³

Si bien esta política relevante no pretende ser un sustituto a los cuatro factores del *fair use*, proporciona otra dimensión al análisis que lo complementa, agudizando la conciencia sobre cómo ciertos hechos y factores legales deben ser analizados en contextos particulares. En ese sentido el *fair use* se convierte en un factor determinante para lograr un equilibrio entre la protección de obras y ciertos derechos y garantías como por ejemplo la libertad de expresión.³⁷⁴

La naturaleza comercial, es decir analizar el criterio del uso en su ámbito comercial, o educativos sin fines de lucro. Es un factor determinante en el análisis por cuanto el derecho de propiedad intelectual otorga una exclusión y exclusividad a su titular para explotar la obra y cuando un uso derivado de la misma genera beneficios económicos despertará intereses monetarios para exigir a quienes se están beneficiando del uso de la obra originaria. Por ejemplo, en el aspecto comercial del *fair use*, el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music* deja dos criterios interesantes, el primero, establece que el propósito comercial o educacional no lucrativa constituye tan solo uno de los factores analizar, en ese aspecto, el segundo criterio refuerza este planteamiento al considerar

³⁷² US Court of Appeals for the Sixth Circuit, “Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.”, *Oyez*, accedido 2 de febrero de 2022, <https://www.oyez.org/cases/1993/92-1292>.

³⁷³ “The policies underlying modern fair use law include promoting freedom of speech and of expression, the ongoing progress of authorship, learning, access to information, truth telling or truth seeking, competition, technological innovation, and privacy and autonomy interests of users”. Pamela Samuelson, “Unbundling Fair Uses”, *Fordham Law Review* 77 (2008): 2541, 2542.

³⁷⁴ *Ibid.*

que el aspecto transformativo que se le dé a la obra es importante, por cuanto mientras más transformativo sea, el ámbito comercial será de menor consideración, por cuanto se tratará de una obra nueva, “cuanto más transformativo sea el nuevo trabajo, menor será la importancia de otros factores, como el comercial, que pueden pesar en contra de un hallazgo de uso justo”³⁷⁵ lo cual implica tener en cuenta los otros criterios del *fair use*, sin embargo hace sentido que a mayor transformación de la obra se convierta en un trabajo nuevo y que su beneficio económico sea independiente del de la obra originaria.

En este considerando normativo, es interesante lo relacionado con el uso comercial de la obra dentro del caso *Sony Corp. of America con Universal City Studios Inc.* donde se analiza el aspecto comercial, Sony fue demandada por Disney y Universal por responsabilidad secundaria, debido al supuesto uso ilegal que cometían los usuarios de Betamax, recordar que en 1970 Sony saca al mercado Betamax, el hecho alegado por los actores consistía en que el equipo contenía un botón de grabar audiovisuales, lo cual permitía grabar a los usuarios los contenidos protegidos por el derecho de autor, en ese sentido Sony se beneficiaba de las grabaciones.³⁷⁶

La Corte de Apelaciones encuentra a Sony como responsable de las infracciones al derecho de autor las cuales se ejecutaban por medio de sus aparatos, y en esta instancia asume que todo uso comercial podría ser ilegal e injusto, por tanto, no cabía el uso justo.

Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos en una opinión de cinco a cuatro votos, ponencia realizada por el juez John Paul Steven, su sentencia cambia la decisión y revoca el fallo, tomando en consideración que los potenciales usos infractores al permitir la grabación no constituye una tecnología ilegal o ejecuta actos infractores a los derechos de autor en sí mismo, de igual manera, señaló que los usuarios tenían derecho justamente por los usos justos, de realizar *time shifting*, con lo cual estaban autorizados a grabar un programa y mirarlo de manera privada en un horario diferente, justamente este tipo de uso, consideró la Corte, no constituye un uso comercial, por cuanto no implicaba pérdidas económicas a los titulares del derecho de

³⁷⁵ US Supreme Court, “Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)”.

³⁷⁶ Un resumen audiovisual del caso se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=CLMyWX1Dk08>

autor, ya que las obras seguirían siendo consumidas y el mercado no tendría variaciones importantes.³⁷⁷

En concreto la Corte debió responder la siguiente interrogante: ¿La venta al público en general de las video grabadoras “Betamax” de Sony constituye una infracción de las transmisiones públicas protegidas por derechos de autor según la *Copyright Act*? Quisiera abordar los argumentos del voto de mayoría y el voto de minoría, en el mayoritario el juez Stevens escribió para el Tribunal que:

la venta de equipos de copiado[...] no constituye una infracción concurrente si el producto se usa ampliamente para propósitos legítimos e inobjetables o, de hecho, es simplemente capaz de usos sustanciales no infractores. A diferencia, en el argumento disidente de minoría, el juez Blackmun era de la opinión de que grabar un programa de televisión con derechos de autor es una infracción y que los fabricantes de grabadoras eran culpables de inducir y contribuir materialmente a la infracción.³⁷⁸

El legado de la sentencia reside en analizar los factores del *fair use* de manera amplia evitando construir presunciones categóricas.

En consecuencia, el mero hecho de que un uso sea educativo y sin fines de lucro no lo exime de ser considerado como una infracción, como tampoco el carácter comercial de un uso impide una determinación de uso justo. Si, de hecho, el aspecto comercial tuviera una fuerza presunta contra una determinación de uso justo, la presunción absorbería casi todos los usos ilustrativos enumerados en Sección 107 del Copyright Act, incluidos los informes de noticias, comentarios, críticas, enseñanza, erudición e investigación, ya que estas actividades generalmente se llevan a cabo con fines de lucro en este país.³⁷⁹

Es necesario analizar los asuntos o casos determinados, tomando en consideración los cuatro factores de manera integral, por cuanto no necesariamente puede haber un uso comercial si se trata de una obra esencialmente transformativa, o podría considerarse como una infracción los usos no lucrativos en el caso de obras que

³⁷⁷ US Supreme Court, “Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984)”, *Justia Law*, 17 de enero de 1984, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>.

³⁷⁸ Traducción propia. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, “Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.”, *Oyez*, accedido 3 de febrero de 2022, <https://www.oyez.org/cases/1982/81-1687>.

³⁷⁹ Traducción propia. Roland B. Standler, “Fair Use: No Excuse for Wholesale Copyright Infringement in the USA”, 2009, <http://www.rbs2.com/unfair.pdf>. “Accordingly, the mere fact that a use is educational and not for profit does not insulate it from a finding of infringement, any more than the commercial character of a use bars a finding of fairness. If, indeed, commerciality carried presumptive force against a finding of fairness, the presumption would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of 107, including news reporting, comment, criticism, teaching, scholarship, and research, since these activities are generally conducted for profit in this country”.

no han sido transformativas, por tanto, es importante revisar todos los elementos con su respectivo énfasis acorde a las circunstancias.

La naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor

En cuanto a la naturaleza de las obras protegidas principalmente podrían caber por el tipo de obras, con lo cual de forma amplia consta las obras literarias, artísticas o científicas. La jurisprudencia ha problematizado con dos categorías generales de obras, por una parte, las del ámbito creativo y por otro las informativas.

La tendencia de los fallos es a darle mayor valor creativo a las obras artísticas o de ficción por cuanto demandan mayor grado de creatividad por tanto el uso justo podría devenir en menor forma. Con lo cual, si lo resumimos en un planteamiento sería, a mayor creatividad de la obra, mayor protección y por ende menor margen de aplicación de los usos justos.

A diferencia de las obras informativas que resulten de hechos o acontecimientos como por ejemplo una noticia, en mayor cuenta con la posibilidad de argumentar la excepción del uso justo, además por cuanto este tipo de obras su acceso beneficia el desarrollo investigativo. Su planteamiento sería, a menor creatividad de la obra, menor protección y por ende mayor margen de aplicación de los usos justos.

Otro aspecto analizar en relación con la naturaleza de la obra surge en cuanto a las obras publicadas y las obras inéditas, en el primer caso hace relación a las obras que han visto la luz, que ha sido divulgada o reproducida en cualquier forma, es decir que se han exteriorizado. En cuanto a las obras inéditas, se refiere aquellas que no han sido divulgadas con el consentimiento del autor o sus derechohabientes, obras que no han visto la luz y que el autor las mantiene en su esfera íntima por cualquier motivo, hecho que no las exime de protección.

Hasta antes de 1992 la tendencia jurisprudencial reguló que el *fair use* no era aplicable a obras inéditas, por cuanto la obra del demandante no se encontraba divulgada o reproducida. Enunciaré varios casos con esta línea de jurisprudencia: *Harper and Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* (1985), *Salinger v. Random House, Inc.* (1987), *Wright v. Warner Books, Inc.* (1991). Los argumentos que observaron estos casos giran por ejemplo en dar valor a la obra inédita en sí misma, lo cual genera la posibilidad de plantear acciones de infracción por la divulgación o reproducción pública de la obra protegida, por cuanto gozan de protección si se presenta una copia no autorizada, antes que inclinarse por el *fair use*.

Los fallos y criterios antes expuestos, perdieron validez por cuanto en 1992 se enmienda Sección 107 del *Copyright Act* de 1976, mediante la cual se incorporó un inciso adicional y elemento a considerar al uso justo: “El hecho de que una obra sea inédita —no publicada— no impedirá por sí mismo una constatación de uso justo si dicha constatación se realiza teniendo en cuenta todos los factores anteriores”.³⁸⁰

La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por el derecho de autor en su totalidad

La cantidad de la obra protegida no solo responde a criterios cuantitativos sino de igual manera a cuestiones cualitativas. Tanto es así, que tomar toda una obra y su reproducción íntegra, podría ser considerado como un uso justo acorde a determinada situación excepcional, a diferencia de tomar lo sustancial de una obra, el coro, estrofa o incluso una frase que determine la esencia característica de esa obra, lo que se conoce como el corazón de la obra, podría ser considerado un uso injusto.

En ese sentido podemos imaginar riffs de guitarras, escenas con diálogos característicos de una obra determinada, que en su elemento cuantitativo no llegue a ser significativo, por cuanto lleva detrás una parte mínima, sin embargo, cualitativamente contiene un gran sentido de identidad de la obra. Por ejemplo, casos como el *riff* del *intro* de la canción de la agrupación musical Metallica, *Seek & Destroy*, si suena unos cinco segundos es posible identificarlo de forma inmediata a pesar de que la canción dura alrededor de seis minutos y medio. De igual manera, en la frase icónica: Luke, yo soy tu padre, al momento en que Darth Vader exteriorizaba a Luke Skywalker que es su padre en la legendaria película *Star Wars*, Episodio V: El Imperio contraataca (1980).

El hecho de que otras películas usen esta frase o realicen transformaciones alrededor de la misma, en particular parecería que por sí misma no causaría afectación, sin embargo, dependerá del caso en particular y los usos concretos. Este ejemplo nos permite claramente identificar que la cantidad no es un factor que muestre la sustancialidad, pueden darse casos que la cantidad sea mínima en extensión, pero resulta de lo medular de la obra lo cual recaería en una posible infracción o al contrario que se tome una gran parte de la obra de aspectos secundarios, sin que se vean afectados derechos.

³⁸⁰ Traducción personal. U.S. Copyright Office, “Chapter 1: Subject Matter and Scope of Copyright - Circular 92 | U.S. Copyright Office”, 1.

Cabe dejar sentado que, de manera general al tomar una obra de forma íntegra y replicarla superaría el despropósito de un uso justo, en cuanto a su criterio cuantitativo únicamente.

Para el análisis del presente factor, hay casos icónicos sobre obras musicales en particular sobre el uso del *sampling* que en pocas palabras “es el es el proceso mediante el cual el artista utiliza un segmento de otra grabación musical como parte de un nuevo trabajo”.³⁸¹

Procedo a detallar los casos en cuestión, el primero es *Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc.* ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, el juez del Distrito fue Kevin Thomas Duffy. El demandante solicita obtener una orden judicial preliminar contra los acusados por uso indebido y sin licencia de una composición *Alone Again (Naturally)* escrita, interpretada y grabada por Raymond Edward O’Sullivan conocido como Gilbert O’Sullivan.

Entre los demandados constan *Warner Bros. Records Inc*, que firmó al rapero Biz Markie, estos admiten que el álbum de Biz Markie *I need a Haircut* incorpora la grabación de rap *Alone Again* que utiliza tres palabras de *Alone Again (Naturally)* compuesta por Gilbert O’Sullivan y una parte de la música tomada de la grabación de O’Sullivan. El juez en su resolución se remite a una cita bíblica: “No robarás” Éxodo, Capítulo 20: Versículo 15, este fallo deja un pronunciamiento muy polémico en el *sampling*, obligando que para el uso futuro de un *sampling* se requiere contar con el debido consentimiento del titular. Indica: “dicha acción no surgirá por el hecho de que Biz usó los *samples* en sus composiciones grabadas, sino por el hecho de que *Cold Chillin’* (demandado) lanzó dicho material antes de se obtengan los consentimientos apropiados en relación con dichos *samples*”.³⁸² Finalmente se acepta la medida cautelar y se remite el caso a la Fiscalía para su consideración.

El siguiente caso es *Bridgeport Music v. Dimension Films*, surge del uso de un *sample* de la composición y grabación de sonido de la canción *Get Off Your Ass and Jam (Get Off)* de la banda Funkadelic, en la canción de rap *100 Miles and Runnin (100*

³⁸¹ Traducción propia. Merriam-Webster, Inc, ed., *Merriam Webster’s Collegiate Dictionary*, Eleventh edition (Springfield: Merriam-Webster, 2003), 1100.

³⁸² “Grand Upright Music Limited, Demandante, v. Warner Brothers Records, Inc., Wea International Inc., Marcel Hall, professionally known as Biz Markie, Biz Markie Productions, Inc., Cool V Productions, Inc., Cold Chillin’ Records, Inc., Biz Markie Music, Inc., Cold Chillin’ Music Publishing, Inc., Tyrone Williams, and Benny Medina, Demandados”. US District Court, S.D. New York, “Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)”, *Justia Law*, 17 de diciembre de 1991, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/182/1445286/>.

Miles) del icónico grupo de rap N.W.A. —abreviatura de Niggaz With Attitude—, que se incluyó en la banda sonora de la película *I Got the Hook Up* (Hook Up). El *sampling* eran dos segundos de un riff de guitarra del comienzo de *Get Off* que se bajó de tono y se repitió para que durara siete segundos.³⁸³ Lo trascendental del caso en cuanto al uso cuantitativo principalmente y cualitativo es fundamental por cuanto el Tribunal realiza ciertas afirmaciones en su sentencia.

El juez Ralph B. Guy, Jr. de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos realiza una afirmación categórica y que ha sido icónica en el ámbito de la música, especialmente en la electrónica “*Get a license or do not sample*”. Dice el juez Guy no vemos esto como sofocar la creatividad de alguna manera significativa. Debe recordarse que, si un artista quiere incorporar un *riff* de otro trabajo en su grabación, es libre de duplicar el sonido de ese *riff* en el estudio. El *sample* nunca es accidental. No es como el caso de un compositor que tiene una melodía en la cabeza, quizás sin siquiera darse cuenta de que la razón por la que escucha esa melodía es porque es obra de otro que había escuchado antes. Cuando realizas un *sample* de una grabación de sonido, sabes que estás tomando el producto del trabajo de otra persona. Hemos adoptado un enfoque de “lectura literal”. La historia legislativa es de poca ayuda porque el muestreo digital no se estaba haciendo en 1971.

La sentencia no aceptó la regla de los *minimis* para el *sampling*, el *minimis* consiste en poder tomar y usar tres notas de una composición musical, el argumento del juez Guy señala incluso cuando se realiza un *sampling* de una parte pequeña de una grabación de sonido, la parte tomada es algo de valor. No se necesita más prueba de ello que el hecho de que el productor del disco o el artista del disco realizaron un *sample* intencionalmente porque podrían (1) ahorrar costos, o (2) agregar algo a la nueva grabación, o (3) ambos. Para el titular de los derechos de autor de la grabación de sonido, no es la “canción” sino los sonidos los que se fijan en el medio de su elección. Cuando se realiza un *sample* a esos sonidos, se toman directamente de ese medio fijo. Es una toma física más que intelectual.

A manera de conclusión se inclina por enfatizar el valor de una regla de línea brillante basada en principios se hace evidente “*Get a license or do not sample*”, los

³⁸³ Es posible escuchar las obras en conflicto en el siguiente enlace: <https://www.whosampled.com/sample/35629/N.W.A-100-Miles-and-Runnin'-Funkadelic-Get-Off-Your-Ass-and-Jam/>

propietarios de derechos de autor tienen el derecho exclusivo de duplicar la obra, el *sample* independiente de su extensión constituye infracción a los derechos de autor, salvo que haya autorización. Incluso en el aspecto económico señala, parecería ser más barato otorgar una licencia que litigar. Finalmente, el caso deja a salvo la posibilidad de otro tipo de teorías de defensas, como el *fair use* por cuanto la decisión no lo analizó si podría aplicarse en el presente caso.³⁸⁴

Un caso icónico para considerar es el denominado legalmente por el Tribunal Federal de Justicia como *Metall auf Metall* y popularmente conocido como *Kraftwerk Decision*, el caso involucra a la banda alemana de culto *Kraftwerk*, considerada como los pioneros o quienes potencializaron a otro nivel la música electrónica, usando únicamente instrumentos electrónicos para sus obras incluida la voz que era sintetizada.

Si bien el caso se desarrolla en Alemania bajo esa jurisdicción, refleja y se asemeja en muchos sentidos al caso *Bridgeport Music v. Dimension Films* resuelto en Estados Unidos en 2005 previamente comentado.

El caso *Metall auf Metall* podría resumirse de la siguiente forma, en 1977, el grupo *Kraftwerk* publicó un fonograma con la canción *Metall auf Metall*. Moses Pelham y Martin Haas compusieron la canción *Nur mir*, que fue lanzada el fonograma grabado por Pelham GmbH en 1997. Los integrantes del grupo *Kraftwerk*, Ralf Hütter y Florian Schneider-Esleben, afirman que Pelham copió, mediante la técnica conocida como *sampling*, aproximadamente dos segundos de una secuencia rítmica de la canción *Metall auf Metall* y usó esa secuencia en un bucle en la canción *Nur mir*. Sobre la base de que su derecho conexo como productores del fonograma en cuestión fue infringido, *Kraftwerk* por medio del Sr. Hütter y el Sr. Schneider-Esleben solicitan, una medida cautelar, daños y perjuicios y la entrega de los fonogramas con la canción *Nur Mir* con el propósito de su destrucción.³⁸⁵

³⁸⁴ US Court of Appeals for the Sixth Circuit, “*Bridgeport Music, Inc.; Westbound Records, Inc., Plaintiffs-Appellants, Southfield Music, Inc.; Nine Records, Inc., Plaintiffs, v. Dimension Films; Miramax Film Corp., Defendants, No Limit Films Llc, Defendant-Appellee. Bridgeport Music, Inc.; Southfield Music, Inc.; Nine Records, Inc., Plaintiffs-Appellants, Westbound Records, Inc., Plaintiff, v. Dimension Films, et al., Defendants, No Limit Films Llc, Defendant-Appellee*, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005)”, *Justia Law*, 28 de marzo de 2005, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/410/792/574458/>.

³⁸⁵ Más info: Álvaro Antonio Ocampo Grey, “Largos años de batalla legal por dos segundos de *sampling* musical: comentarios al reciente fallo de la Corte Federal Constitucional de Alemania”, *Mi Patente*, 24 de junio de 2016, <https://www.mipatente.com/largos-anos-de-batalla-legal-por-dos-segundos-de-sampling-musical-comentarios-al-reciente-fallo-de-la-corte-federal-constitucional-de-alemania/>.

Bernd Justin Jütte y Giulia Priora, “The End of a Legal Franchise – The German BGH Concludes the *Sampling Saga in Metall Auf Metall IV*”, *Kluwer Copyright Blog*, 5 de agosto de 2020,

En el ámbito jurídico es trascendental el caso por cuanto atraviesa todas las instancias legales, en el año 2008 fue resuelto por el Tribunal Federal de Justicia — *Bundesgerichtshof*—, en el 2016 resuelve el Tribunal Constitucional Federal — *Bundesverfassungsgericht*— y finalmente en el 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea absuelve la consulta planteada y da por terminado el caso.³⁸⁶

Empecemos por analizar la primera sentencia, el 20 de noviembre de 2008, el Tribunal Federal de Justicia —*Bundesgerichtshof*—, culmina un primer segmento de disputas en Alemania ante la máxima Corte de asuntos civiles, sobre la cuestión de si el *sampling* de pequeñas partes de una grabación de sonido constituía una infracción de los derechos conexos de los productores fonográficos que ostentan sus derechos respecto de los sonidos incorporados en la grabación. Entre lo relevante de la sentencia indica:

El propósito de la Sección 24 (1) UrhG es crear espacio para un examen creativo de obras existentes y así posibilitar un mayor desarrollo cultural. Sería contrario a esto que el autor tuviera que aceptar el libre uso de su obra, pero el productor de fonogramas pudiera impedir el libre uso del fonograma que contiene la obra. Si el propio autor tiene que aceptar una restricción de sus derechos de autor, también se puede esperar que el productor fonográfico restrinja sus derechos de autor secundarios.³⁸⁷

Con ello el Tribunal Federal de Justicia —*Bundesgerichtshof*— asume que las restricciones que operan para el derecho de autor en cuanto a la creación de obras, las mismas son aplicables a los derechos conexos. En ese sentido la Corte fue clara en aplicar las mismas prohibiciones que operan al autor a los derechos conexos y en el caso no otorga como procedente justificar el uso conexo como una excepción, por cuanto el uso tanto como el de la obra y el uso del fonograma de igual manera genera una infracción al derecho conexo de autor.

Las diferentes normas legales que se aplican al libre uso de obras musicales, por un lado, y de soportes sonoros, por el otro, no contradicen el requisito del Art. 3 (1) GG de tratar esencialmente lo mismo de la misma manera y cosas esencialmente diferentes de manera desigual. El requisito adicional en comparación con el uso libre de obras según el § 24 párrafo 1 UrhG de que el prestatario no puede producir la grabación de sonido por sí mismo está justificado en vista del hecho de que los derechos de autor sobre la

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/08/05/the-end-of-a-legal-franchise-the-german-bgh-concludes-the-sampling-saga-in-metall-auf-metall-iv/>.

³⁸⁶ En el siguiente link se puede observar las obras en controversia: <https://indiehoj.com/noticias/tras-20-anos-batalla-legal-kraftwerk-pierde-juicio-derechos-autor/>

³⁸⁷ Bundesgerichtshof, “BGH, Urteil vom 13. 12. 2012 – I ZR 182/11”, *lexetius.com*, 20 de noviembre de 2008, <https://lexetius.com/2012,6749>.

obra musical y los derechos de autor accesorios sobre el fonograma tienen diferentes objetos de protección.³⁸⁸

En ese sentido, a pesar de que la ley autoral alemana no preveía la restricción o prohibiciones específicamente para el caso de productores fonográficos, el Tribunal los asimila como iguales derechos, como si se trataran de objetos de protección diferentes, al contrario, les otorga y aplica el régimen a ambos derechos de autor y conexos. En el apartado siguiente lo propone y se asume terminado el caso de la siguiente manera.

Los demandados infringieron el derecho de los demandantes al grabar sus fonogramas en virtud de la Sección 85 (1) oración 1 de la Ley de derechos de autor al realizar *sampling* de dos compases de una secuencia rítmica titulada “*Metall auf Metall*” del fonograma producido por los demandantes y copiarlos en la pieza. “Nur mir”. Al utilizar la grabación de sonido de otra persona para producir su propio soporte de sonido y luego colocar este soporte de sonido en el mercado, interfirieron con el derecho exclusivo de los demandantes a reproducir y distribuir el fonograma o soporte de sonido que habían producido.³⁸⁹

Ante el fallo del Tribunal Federal de Justicia —*Bundesgerichtshof*— por acción constitucional planteada por los demandados, el caso pasa al Tribunal Constitucional Federal —*Bundesverfassungsgericht*— el cual mediante sentencia de 31 de mayo de 2016 analiza y resuelve el caso. En la acción constitucional los peticionarios alegan esencialmente una violación de sus derechos fundamentales de libertad artística y principio de igualdad ante la ley.

El Tribunal Constitucional Federal indica que cuentan con un margen de maniobra adecuado para interpretar la ley y aplicarla al *sampling* para lograr un equilibrio proporcionado entre el derecho a entablar un diálogo artístico con fonogramas existentes, por un lado, —que está protegido por la libertad artística— y los derechos de propiedad de los productores de fonogramas, por otro lado. Sin embargo, indica el Tribunal que en el procedimiento inicial no se hace este análisis de balance necesario; por lo tanto, la interpretación y aplicación de las disposiciones legales en las decisiones impugnadas no tienen suficientemente en cuenta la libertad artística de los recurrentes. Con lo cual a nivel constitucional prevalece la libertad artística y creativa frente a los derechos conexos de propiedad intelectual. A pesar de ello, en su decisión el Tribunal Constitucional resuelve:

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

En la medida en que el Tribunal Federal de Justicia dude de la compatibilidad de la Directiva de derechos de autor con los derechos fundamentales europeos, debe remitir la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea[...] En el caso de que la legislación alemana sobre derechos de autor esté determinada por la Directiva, las disposiciones pertinentes de la legislación nacional deben interpretarse en consecuencia de conformidad con la Directiva, asegurando un equilibrio adecuado entre los diversos derechos fundamentales protegidos por la legislación de la Unión.³⁹⁰

En suma, el Tribunal Constitucional alemán rechazó esta interpretación restrictiva por ser incompatible con el derecho fundamental a la libertad artística.³⁹¹ Sin perjuicio de ello, el 01 de junio de 2017 el Tribunal Federal de Justicia — *Bundesgerichtshof*— emite la resolución pertinente y procede a enviar la consulta respectiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la misma que fue recibida el 04 de agosto de 2017.

En esencia, se consulta si la inclusión no autorizada de un *sample* de sonido en un fonograma mediante *sampling* tomado de otro fonograma constituye, a la luz de la legislación de la Unión Europea sobre derechos de autor y derechos afines y de los derechos fundamentales consagrado en la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vulneración de los derechos del productor del fonograma del que se tomó el *sample* en cuestión. De resumida forma lo central que se absolverá es si el *sampling* sin autorización puede infringir los derechos de un productor fonográfico.

En la sentencia del caso C-476/17 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 29 de julio de 2019, emite criterios respecto al caso. Si bien en primer plano afirma la infracción, de igual manera deja abierta la posibilidad de realizar obras derivadas originales, a las que denomina obras irreconocibles. En primer lugar, indica que los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo para autorizar o prohibir

³⁹⁰ 1 Senat Bundesverfassungsgericht, “Bundesverfassungsgericht - Decisions - The Use of Samples for Artistic Purposes May Justify an Interference with Copyrights and Related Rights”, Gerichtsentscheidung (Bundesverfassungsgericht, 31 de mayo de 2016), de, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/05/rs20160531_1bvr158513en.html.

³⁹¹ Mimler analiza el caso a nivel constitucional y señala: “El Tribunal Constitucional Federal alemán ha dictado una importante decisión con respecto a la permisibilidad del *sampling* que se usa ampliamente en el hip hop y la música electrónica... El Tribunal Constitucional alemán argumentó que el *sampling* era una forma de arte protegida por el derecho fundamental de libertad artística y puede pesar más que el interés de explotación del productor de fonogramas que sólo se verá afectado en una medida mínima por el *sampling*”. Para más detalles ver su publicación: Marc Mimler, “Metall Auf Metall - The German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling Music Tracks: Bunderverfassungsgericht BVerfG 1 BvR 1585/13– ‘Metall Auf Metall’”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 7 (1 de abril de 2017): 119–27, doi:10.4337/qmjip.2017.01.06.

la reproducción total o parcial de sus fonogramas. Como consecuencia, la reproducción por parte de un usuario de una muestra de sonido, aunque sea muy breve, extraída de un fonograma debe considerarse, en principio, como una reproducción “parcial” de ese fonograma, de modo que tal la reproducción cae dentro del derecho exclusivo concedido al productor del fonograma.

En segundo lugar, observa que cuando un usuario, “en el ejercicio de la libertad de las artes, toma un *sample* de sonido de un fonograma para incorporarlo, en una forma modificada irreconocible al oído en otro fonograma, eso no es una reproducción y no constituye una infracción”.³⁹²

En ese escenario, el uso de un *sample* de sonido tomado de un fonograma, que se encuentre sujeto a la autorización del productor del fonograma sería contrario, en particular, al requisito de lograr un justo equilibrio entre, por una parte “los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos en la protección de sus derechos de propiedad intelectual garantizados por la Carta”³⁹³ y, por otra parte, “la protección de los intereses y derechos fundamentales de los usuarios amparados por la libertad de las artes, también consagrada en la Carta, así como el interés público”.³⁹⁴ En lo medular para el presente análisis, el numeral primero indica:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse, a la luz de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que el derecho exclusivo conferido por esta disposición al productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma, a menos que esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla.³⁹⁵

Si bien, se sanciona el uso en el presente caso, por cuanto se considera una obra reconocible, es prometedor la defensa al nivel creativo, artístico y de interés público por

³⁹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Curia - Documentos. Sentencia en el caso C-476/17 Pelham GmbH, Moses Pelham and Martin Haas v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben”, *InfoCuria Jurisprudencia*, 29 de julio de 2019, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216552&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12298516>.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

medio de un uso pluralista y sistemático de los derechos de autor. Con ello se deja abierta la posibilidad para este tipo de circunstancias, al crear obras derivadas e irreconocibles, pueda resultar una forma eficaz de aportar a la flexibilidad que se convierte fundamental en el paradigma del conocimiento libre y común en contraposición a la visión ultra proteccionista de los derechos de autor.

Realizaré un detalle general que permita comparar los fallos emitidos por Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos dentro del caso *Bridgeport Music v. Dimension Films* en el año 2005 y por el Tribunal Federal de Justicia — *Bundesgerichtshof*— dentro del caso —*Metall auf Metall*— en el año 2008.

Si bien en los aspectos resolutivos del caso existen más semejanzas que diferencias, las diferencias son de raíz en cuanto a sus regímenes jurídicos, en ese sentido iniciaré por describir las diferencias.

De fondo, el régimen legal autorial en Estados Unidos es el *copyright* basado en el *common law* o derecho anglosajón a diferencia del alemán que protege el derecho de autor y derechos conexos continental, en un Estado democrático, federal y social de derecho con base en la ley escrita característico del sistema Romano Germánico.

En específico la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos considera a las grabaciones de sonido como obras originales de autoría y las mismas tienen derecho a la protección de los derechos de autor. Con lo cual interpreta que una grabación de sonido protegida contiene al menos un grado mínimo de creatividad. Por lo tanto, se está protegiendo la creatividad y la originalidad que los creadores de una grabación de sonido crearon en su grabación.

En Alemania, sin embargo, Tribunal Federal de Justicia —*Bundesgerichtshof*—, no otorga derechos de autor a las grabaciones sonoras porque no se consideran una creación intelectual originaria, es decir, una creación que contiene originalidad y creatividad. En cambio, la ley alemana de derechos de autor otorga a las grabaciones de sonido le otorga un derecho conexo, que protege el esfuerzo empresarial (es decir, el tiempo, dinero y esfuerzo) que los productores fonográficos es decir los productores de la grabación de sonido invirtieron en hacer la grabación de sonido.

El Tribunal Federal de Justicia —*Bundesgerichtshof*— sostuvo que la doctrina de *Freie Benutzung* previsto en la Ley alemana de derechos de autor se aplica tanto a los derechos conexos como se lo hace con los derechos de autor, a pesar de que en el caso de los derechos conexos no se establece explícitamente en la Ley alemana. En el caso de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos la decisión no

determinó si una defensa de *fair use* podría aplicarse en tal caso. Simplemente dejar que existe diferencia entre los conceptos *freie Benutzung* y *fair use* no se asimilan. Aunque *Freie Benutzung* se traduce literalmente como *Free Use*, no debe equipararse este concepto legal alemán con el concepto legal estadounidense de uso justo, ya que los elementos y alcances de ambos conceptos difieren considerablemente.

Respecto a similitudes, ambos casos se refieren a la cuestión de uso de un *sample* musical de grabaciones sonoras y una determinación de la cantidad de una grabación de sonido que debe utilizarse para constituir una infracción.

Igualmente, los dos juzgadores sostuvieron que la calidad o cantidad del material que usa en el *sampling* no constituye un factor relevante para determinar si ha habido una infracción del derecho exclusivo de una de las partes a reproducir y distribuir su grabación de sonido.

Las dos autoridades coincidieron que, si se prueba el uso sin permiso de cualquier parte de una grabación de sonido protegida, constituye una infracción, hecho determinante para que llegasen a la misma conclusión sancionatoria.³⁹⁶

Finalmente, para el factor relacionado con la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de una obra, el caso *VMG Salsoul v Ciccone* del año 2016 en el que la parte demandada involucra a la reina del pop Madonna. El caso es importante por cuanto reafirma la regla *de minimis* y redefine el *sampling* en los derechos de autor.

VMG presentó una demanda por infracción de derechos de autor contra Madonna y otros, alegando que el productor de la canción *Vogue* copió un segmento de trompeta de 0,23 segundos de una canción anterior, de principios de la década de 1980, específicamente de la canción *Ooh I Love It* conocida como *Love Break de la Orquesta Salsoul* y al grabar *Vogue* se usó una versión modificada de ese fragmento.

En primera instancia fallan a favor de Madonna, el actor no se encuentra conforme con la decisión del Tribunal de Distrito por lo cual VMG apeló. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito el dos de junio de 2016, con opinión de la jueza Susan P. Graber como ponente, estuvieron de acuerdo con la aplicación del Tribunal de Distrito de la regla legal de larga data de *de minimis* conocida como *de minimis*, de que la copia de una mínima parte no constituye una infracción y

³⁹⁶ Neil Conley y Tom H. Braegelmann, “English Translation: Metall Auf Metall (Kraftwerk, et al. v. Moses Pelham, et al.), Decision of the German Federal Supreme Court No. I ZR 112/06, Dated November 20, 2008”, *Journal of the Copyright Society* 56 (1 de noviembre de 2009): 1017–19.

que una audiencia general no reconocería el breve fragmento en *Vogue* como originario de *Love Break*. El Tribunal de Apelaciones rechazó el argumento de VMG de que el Congreso eliminó la excepción *de minimis*.

Aunque el Tribunal de Apelaciones reconoció que la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos en el caso —*Bridgeport Music v. Dimension Films*— sostuvo lo contrario a su análisis, pero consideró que el razonamiento utilizado en el caso de Bridgeport no era convincente.

Un aspecto fundamental es que el Tribunal de Apelaciones afirma que la excepción de mínimos —*de minimis*— se aplica a las acciones de infracción relacionadas con las grabaciones de sonido con derechos de autor —fonogramas—, como se aplica a todas las demás acciones de infracción de derechos de autor. En consecuencia, reafirma el fallo de instancia inferior y da la razón a los demandados—apelados. No obstante, el juez Barry G. Silverman disintió de la sentencia, salvando su fallo, argumentó que el Tribunal debería seguir lo resuelto por Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos en el caso —*Bridgeport Music v. Dimension Films*— y sostener que el uso de una copia idéntica de una parte de una grabación de sonido fija con derechos de autor es una infracción.³⁹⁷

El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor actual de la obra protegida por el derecho de autor

En 1985 dentro del caso *Harper & Row v. Nation Enterprises* la Corte Suprema de Estados Unidos consideró este factor como el más importante al momento de analizar el *fair use*, sin embargo, como se comentó en líneas arriba, el caso *Campbell v. Acuff-Rose Music* cambia el criterio indicando que: “Los cuatro factores estatutarios tampoco pueden ser tratados en forma aislada, uno de otro. Todos deben ser explorados y los resultados sopesados juntos, a la luz de los propósitos de los derechos de autor”.³⁹⁸ Con lo cual se deja sentado la importancia de su interpretación y análisis de forma integral, sin perjuicio de que en una situación concreta pueda ponderar con mayor importancia un factor en particular. Para ello de manera general, sin dejar de mirar los otros factores, parecería que el factor de uso transformativo de la obra, generaría una suerte de alejamiento de los demás, por cuanto mientras más novedosa y mayor

³⁹⁷ US Court of Appeals for the Ninth Circuit, “VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, No. 13-57104 (9th Cir. 2016)”, *Justia Law*, 2 de junio de 2016, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-57104/13-57104-2016-06-02.html>.

³⁹⁸ US Supreme Court, “Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)”.

identidad creativa vincule a la obra transformada, los factores adicionales no se verían comprometidos de gran forma.

El efecto del uso sobre el mercado se lo asume de forma bipartita, tanto en el daño actual que provocaría el uso y el daño potencial. En el primer escenario lo determinante para el juzgador es analizar si se concreta un perjuicio económico en contra del titular de derechos de autor al momento mismo del uso.

En el segundo escenario, la afectación potencial podría medirse de varias formas, por un lado, puede ser evaluada la competencia con la obra original de manera directa o por otro aspecto se puede evaluar las evasiones de pago de los contratos de licencias de derechos afectados.

En ambos casos se podrían concebir criterios objetivos y subjetivos de valoración en cuanto al efecto del daño provocado. Existen voces disidentes, para Sag solo converge un factor subjetivo que puede lograr medir la afectación.

A pesar de que el efecto en el mercado tiene el tono de una investigación fáctica objetiva, es de hecho una valoración muy subjetiva[...]

La pregunta entonces se convierte en: ¿Hay algún contenido empírico en el cuarto factor legal, o es simplemente una conclusión legal? La manera más fácil de entender el factor de efecto en el mercado es como una investigación sobre daño competitivo o de pérdidas de ventas. Concebida como tal, la cuestión empírica solamente determina ese daño o esas ventas perdidas. Esta indagación es sencilla de concebir pero compleja de implementar porque el alcance de las pérdidas pasadas y el alcance probable de las pérdidas futuras son elementos muy disputados en la mayoría de los juicios de uso justo.³⁹⁹

Los daños presentes o potenciales dependerán de ciertos factores para incrementarlos o disminuirlos, por ejemplo, el aspecto de compartir las mismas líneas de industria, producción y distribución, logrará un impacto mayor de afectación, a diferencia de obras que no tengan un vínculo de mercado cercano.

4. Epílogo del fair use y casos relevantes contemporáneos

A manera de conclusión en relación con el *fair use* destaca su figura y naturaleza jurídica que ha acompañado paralelamente al *copyright*,⁴⁰⁰ en primera instancia amplificó la protección del copyright, de manera aparentemente contraria, actualmente

³⁹⁹ Matthew Sag, "Predicting Fair Use", *Ohio State Law Journal* 73:1 (25 de febrero de 2012): 63, 64, doi:10.2139/ssrn.1769130.

⁴⁰⁰ "But the suggestion that fair use should be seen as the exception to the norm of total copyright owner control is historically unfounded. As the prehistory of fair use makes plain, copyright owners' rights have been subject to and defined by the public's fair use rights since the beginnings of statutory copyright". Sag, "The Prehistory of Fair Use", 1410.

su presencia es fundamental para motivar un equilibrio entre la protección de derechos y el acceso al conocimiento, colocar estándares en una balanza que coteje los intereses individuales y los públicos. En ese aspecto, su empleo ha sido determinante tanto en el ámbito analógico como digital en las distintas etapas de la historia del derecho de autor.

Actualmente es un referente e institución jurídica de gran influencia para lograr una adaptabilidad a los avances tecnológicos, en armonía con las legislaciones de la materia. Justamente los abruptos cambios en la tecnología muchas veces no coinciden con los textos normativos, empero el *fair use* brinda ciertos elementos que se adecuan a circunstancias de la evolución, esto sin dejar de lado su objetivo central contemporáneo, lograr la promoción de la ciencia, la técnica y las artes, para el beneficio de la humanidad, por medio de una estrategia jurídica, política y cultural que permita el acceso, uso y libre circulación del conocimiento, sin menoscabar derechos, que permitirá fomentar una mayor democracia común.

El aspecto fundamental consiste en exponer como la figura del *fair use* que se realizan sobre obra pueden ser empleados en alta tecnología y en ese sentido considerar al uso justo como bien común del conocimiento, concretamente el uso como atributo del dominio, se convierte en una forma de expresión de la propiedad.⁴⁰¹

Casos relevantes contemporáneos de fair use

Caso *Google - Authors Guild v. Google, Inc.*, uno de los casos actuales más importantes en cuanto al *fair use* es el caso *Authors Guild v. Google, Inc.* quedó en firme el 18 de abril de 2016, por cuanto la Corte Suprema de los Estados Unidos dentro del caso No. 15-849, denegó a Authors Guild su pedido de revisión respecto de la sentencia de apelación del caso.⁴⁰² Con ello la notabilidad del fallo emitido por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito ha sido manifiesto.

De manera sucinta, como antecedentes procesales se necesita señalar ciertos hechos y fechas, los demandantes iniciaron la contienda legal por medio de una demanda el 20 de septiembre de 2005. Después de varios años de negociación, las partes llegaron a un acuerdo propuesto que habría resuelto los reclamos a nivel

⁴⁰¹ En esa línea Ibáñez: “Transformaciones económicas, políticas y culturales ocasionadas en gran medida por los avances tecnológicos, parecen ser el principal sustento de una institucionalidad como la del *fair use*”. Carolina Ibáñez, “Orígenes del Fair Use”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2, n° 2 (2013): 206, doi:10.5354/0719-2584.2013.30312.

⁴⁰² “Search - Supreme Court of the United States”, 18 de abril de 2016, <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/15-849.htm>.

colectivo.⁴⁰³ “Sin embargo, el 22 de marzo de 2011, el Tribunal de Distrito por medio del juez ponente Denny Chin, rechazó el acuerdo propuesto”.⁴⁰⁴

Si bien la digitalización de libros y la creación de una biblioteca digital universal beneficiaría a muchos, la ASA simplemente iría demasiado lejos. Permitiría que esta demanda colectiva, que se presentó contra el demandado (“Google”) para impugnar su escaneo de libros y la visualización de “fragmentos” para búsquedas en línea, implementar un acuerdo comercial con visión de futuro que otorgaría los derechos significativos de Google para explotar libros completos, sin el permiso de los propietarios de los derechos de autor. De hecho, la ASA le daría a Google una ventaja significativa sobre los competidores, recompensándolo por participar en la copia al por mayor de obras protegidas por derechos de autor sin permiso, al tiempo que libera reclamos mucho más allá de los presentados en el caso.

En consecuencia, y por las razones que más adelante se exponen con más detalle, se deniega la moción de aprobación definitiva de la ASA. Se deniega la petición adjunta de honorarios y costas de abogados, sin perjuicio.⁴⁰⁵

El 14 de noviembre de 2013, el Tribunal de Distrito resolvió a favor de *Google* concluyendo que los usos que hizo *Google* de los libros protegidos por derechos de autor fueron usos justos, protegidos por la Sección 107 del *Copyright Act* tras considerar

⁴⁰³ Herrera sobre el acuerdo: “9. En noviembre de 2009 las partes suscribieron un acuerdo de conciliación.

10. En el mencionado acuerdo, *Google* adquirió las siguientes obligaciones: 1) al pago de la suma de 125 millones de dólares a los titulares de los derechos sobre las obras escaneadas; 2) al pago de las costas del proceso a los demandantes, y 3) a la creación de un registro de derechos de autor sobre los libros escaneados.

11. Lo anterior se condicionó al cumplimiento de ciertas prerrogativas a favor de *Google*: 1) la posibilidad de difundir las copias digitales de los libros en internet y bajo el sistema “snippets”; 2) permitir el acceso al 20% de las obras por parte de los usuarios del buscador; 3) la posibilidad de ofrecer a la venta dichas versiones digitales.

12. En el acuerdo de conciliación se estipuló que los titulares de derechos de autor recibirían el 63% de las ganancias generadas a raíz de la comercialización de las copias digitales de sus obras.

13. En marzo de 2011, el juez Denny Chin rechazó el texto del acuerdo presentado por las partes...” 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*, n° 20 (20 de diciembre de 2015): 63, doi:10.18601/16571959.n20.04.

⁴⁰⁴ “Este -el Juez Denny Chin- consideró que el acuerdo no era justo, adecuado y razonable (“not fair, adequate and reasonable”) para los intereses de los miembros de la clase representada (U.S. District Court, 2011)”. Vercelli, Becerra, y Bidinost, “El caso *Google Books*”, 119.

⁴⁰⁵ “While the digitization of books and the creation of a universal digital library would benefit many, the ASA would simply go too far. It would permit this class action — which was brought against defendant Google Inc. (“Google”) to challenge its scanning of books and display of “snippets” for on-line searching -- to implement a forward-looking business arrangement that would grant Google significant rights to exploit entire books, without permission of the copyright owners. Indeed, the ASA would give Google a significant advantage over competitors, rewarding it for engaging in wholesale copying of copyrighted works without permission, while releasing claims well beyond those presented in the case”.

“Accordingly, and for the reasons more fully discussed below, the motion for final approval of the ASA is denied. The accompanying motion for attorneys' fees and costs is denied, without prejudice”. “ASA: Amended Settlement Agreement” David Kravets, “*Google Books Settlement Rejected*”, *Wired*, 22 de marzo de 2011, <https://www.wired.com/2011/03/google-books-2/>.

los cuatro factores legales de *fair use* de la Sección 107, el Tribunal de Distrito determinó que los usos de *Google* eran transformadores, que su exhibición de material protegido por derechos de autor estaba adecuadamente limitada y que el programa *Google Books* no servía inadmisiblemente como un sustituto de mercado para las obras originales.

La sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos Distrito Sur de Nueva York, contiene elementos importantes los cuales ser recogen posteriormente en la sentencia de apelación, en su análisis central lo expone.

Incluso suponiendo que los demandantes hayan demostrado un caso prima facie de infracción de derechos de autor, las acciones de Google también constituyen un uso justo aquí. Google proporciona a las bibliotecas los medios tecnológicos para hacer copias digitales de libros que ya poseen. El propósito de las copias de la biblioteca es promover los usos legales de las bibliotecas de los libros digitalizados de acuerdo con la ley de derechos de autor. Las bibliotecas luego usan estas copias digitales de manera transformadora. Crean sus propios índices de búsqueda de texto completo de libros, conservar copias con fines de conservación y hacer copias disponibles para personas con discapacidad de lectura, ampliando el acceso para ellos de maneras sin precedentes. Las acciones de Google al proporcionar a las bibliotecas la capacidad de participar en actividades sobre el avance de las artes y las ciencias constituye un *fair use*[...]

El análisis de uso justo establecido anteriormente con respecto a Google Books se aplica aquí también a el uso que hacen las bibliotecas de sus escaneos, y si no hay responsabilidad por infracción de derechos de autor por parte de las bibliotecas, no puede haber ninguna responsabilidad por parte de Google.⁴⁰⁶

Sin perjuicio de estos antecedentes señalados, me enfocaré en analizar los aspectos generales y detalles específicos en relación con el *fair use* señalados en la sentencia firme de última instancia emitida por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito por cuanto constituye la última instancia en la cual existe una sentencia firme, provocado por la denegatoria que realizó la Corte Suprema previamente indicado.

Los Demandantes-Apelantes son el Gremio de Autores —*Authors Guild*— en contra de *Google, Inc.* en calidad de Demandado-Apelado. Los demandantes-apelantes, son autores de libros publicados bajo derechos de autor, apelan a la sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York (Chin, J.) que fallo a favor del demandado *Google, Inc.* Los hechos involucran a dos proyectos de

⁴⁰⁶ Traducción propia: US District Court, S.D. New York, “The Authors Guild et al v. Google Inc., No. 1:2005cv08136 - Document 1088 (S.D.N.Y. 2013)”, *Justia Law*, 14 de noviembre de 2013, 26, 27, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/1088/>.

Google, respecto tanto del: *Library Project* and *Google Books*, los actores alegan que los mismos infringen sus derechos de autor. Básicamente a través de estos proyectos, *Google* crea y conserva copias digitales de los libros que le entregan las principales bibliotecas, permite que las bibliotecas que envían un libro puedan descargar y conservar una copia digital, y permite al público buscar los textos de los libros copiados digitalmente y ver visualizaciones de fragmentos de texto.⁴⁰⁷

El Tribunal de Distrito que conoció el caso previamente, otorgó la razón a la parte demandada basado en su conclusión de que la copia de *Google* es un uso legítimo según la ley de derechos de autor, específicamente la 17 U.S.C. § 107 y, por lo tanto, no está infringiendo derechos. En esa línea argumentativa, la Corte de Apelaciones en su sentencia concluye que la copia del acusado es transformadora en el sentido similar a lo que se falló en el caso de *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, en 1994, no ofrece al público un sustituto significativo del material protegido por los derechos de autor de los demandantes y argumenta basado en las pruebas que el uso que realiza *Google* se enmarca dentro de un *fair use*.

Los principales argumentos de la parte actora son los siguientes: 1) la copia digital de *Google* de libros enteros, permite a los usuarios leer a través de la función de fragmentos leer porciones, lo cual no es un “uso transformador” en el sentido de *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, y proporciona un sustituto de las obras de los demandantes, 2) a pesar de que *Google* proporciona acceso público a las funciones de

⁴⁰⁷ *Google* logró unificar tanto un detalle tecnológico atado a una categoría jurídica de obra en cuanto a su propiedad intelectual y ese aspecto otorgarle un vínculo tecnológico y jurídico, obra-permisos técnicos, con ello acorde al tipo de obra (dominio público, licenciamiento, privada) es accequible la visualización en mayor o menor medida. Vercelli, Becerra y Bidinost lo sistematizan. “Cada categoría jurídica de las obras intelectuales escaneadas se correspondió con el diseño de una solución tecnológica específica para su gestión...:

a. Las obras intelectuales de dominio público / común (es decir, obras con el plazo de protección vencido) se pueden descargar de la plataforma o se las puede visualizar de forma completa (visualización completa / full view);

b. Las obras intelectuales bajo licencias abiertas / libres se pueden acceder o disponer según las condiciones de cada licencia;

c. Las obras intelectuales de dominio privativo (es decir, obras con el plazo de protección aún no vencido) están alcanzadas por diferentes restricciones en su visualización. A su vez, estas formas de visualización presentan tres opciones diferentes:

c1) Visualización de forma limitada [limited preview] (de acuerdo a lo negociado con los titulares de derechos de autor en su Programa de Socios);

c2) Visualización a través de fragmentos textuales [snippets view] (de acuerdo a lo que *Google Inc.* interpretó que era el fair use / uso justo (dentro del copyright norteamericano);

c3) Visualización no disponible [no preview available], donde sólo se ofrece información de catalogación, tal y como lo hacen las bibliotecas”. Vercelli, Becerra, y Bidinost, “El caso *Google Books*”, 117, 118.

búsqueda y fragmentos sin cargo y sin publicidad, su motivación final de beneficio comercial y su derivación de ingresos de su dominio del mercado mundial respecto de búsquedas en Internet al que contribuye el proyecto de *Google Books*, imposibilita identificar un uso justo; (3) incluso si las copias y revelaciones de texto de *Google* no infringen los libros de los demandantes, infringen los derechos derivados de los demandantes en las funciones de búsqueda, privando a los demandantes de ingresos u otros beneficios que obtendrían de los mercados de búsqueda con licencia, 4) el almacenamiento de copias digitales por parte de *Google* expone a los demandantes al riesgo de que hackers hagan que sus libros estén disponibles gratuitamente (o baratos) en internet, destruyendo el valor de sus derechos de autor, y; 5) la distribución de copias digitales de *Google* a las bibliotecas participantes no es un uso transformador, y somete a los demandantes al riesgo de pérdida de ingresos por derechos de autor a través del acceso permitido por las bibliotecas.

La discusión legal se centró en el *fair use*, en ese aspecto es destacable la regla a favor del conocimiento que coloca el Tribunal, señala que el objetivo final de los derechos de autor es expandir el aprendizaje y conocimiento público, lo que los derechos de autor buscan es otorgar a los creadores el derecho y control exclusivo sobre el copyright de sus obras, brindándoles así un incentivo financiero justamente para crear contenido informativo e intelectualmente enriquecedor de obras para el consumo público. Este objetivo se enmarca en la facultad del Congreso de “Promover el Progreso de la Ciencia[...] asegurando por Tiempos limitados a los Autores[...] el Derecho exclusivo sobre sus respectivos Escritos”.⁴⁰⁸ Por lo tanto, si bien los autores son, sin duda, importantes beneficiarios previstos de los derechos de autor, el principal y último beneficiario identificado es el público, cuyo acceso al conocimiento de obras protegidas por los derechos de autor buscan avanzar en su progreso proporcionando para ello recompensas por la creación a sus autores.

El Tribunal señala el carácter histórico de la figura del *fair use* que surge prácticamente a la par del derecho de autor y lo remonta a Inglaterra, donde sus juzgadores analizaron que: “dar a los autores el control absoluto sobre sus obras,

⁴⁰⁸ “To promote the Progress of Science[...] by securing for limited Times to Authors[...] the exclusive Right to their respective Writings”

tendería en algunas circunstancias a limitar, en lugar de expandir, el conocimiento público”.⁴⁰⁹

Cita parte del análisis en el caso Cary contra Kearsley en 1802, en el cual el Lord Ellenborough señala: “Aunque me considero obligado a garantizar a todos los hombres el disfrute de sus derechos de autor, no se deben poner grilletes a la ciencia”.

En su análisis el Tribunal señala y se remite a varios casos analizados en el presente trabajo, por ejemplo: *Folsom v. Marsh*, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*. En lo central analiza las funciones de búsqueda y vista de fragmentos en relación con cada uno de los cuatro factores del *fair use*, detallaré sus aspectos más importantes. Hay autores que consideran que los criterios uno y cuatro fueron los que destacan.⁴¹⁰

A. Factor uno: 1) Propósito transformador, los usos transformadores tienden a favorecer el *fair use*, porque un uso transformador es aquel que comunica algo nuevo y diferente del original o amplía su utilidad, cumpliendo así el objetivo general de los derechos de autor de contribuir al conocimiento público. “La Corte de Apelaciones reconoce que se trata de un uso transformativo de las obras puesto que *Google* convierte las obras en una herramienta de búsqueda”.⁴¹¹

2) Buscando función, concluye que la creación por parte de *Google*, de una copia digital de los libros de titularidad de los actores, cuya finalidad es permitir una búsqueda que logre identificar los libros que contengan un término de interés para el buscador, entraña un objetivo altamente transformador, en el sentido previsto en el caso *Campbell*.

El caso estrella con el que asimila el caso el Tribunal es *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust* llevado en el 2014. Ese caso involucró una disputa que está estrechamente relacionada, aunque no idéntica, a la presente. En el caso referido, los autores

⁴⁰⁹ US Court of Appeals for the Second Circuit, “*Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015)”, *Justia Law*, 16 de octubre de 2015, 13, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>.

⁴¹⁰ “Tal y como se estila en la doctrina y la jurisprudencia, los jueces deben analizar cada uno de los factores por separado y luego sopesarlos conjuntamente. Cada uno de los factores tiene igual relevancia y debe ser atendido como criterio de la evaluación. Sin embargo, en la sentencia se expresa que los factores 1 y 4 fueron, a criterio de los jueces, los más relevantes para fundar su evaluación de *Google Books*: sobre todo, para analizar sus funciones de búsqueda (search function) y las funciones de visualización a través de fragmentos (snippet view function)” Vercelli, Becerra, y Bidinost, “El caso *Google Books*”, 121.

⁴¹¹ Herrera Sierra, “La doctrina del fair use frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books”, 67.

presentaron demanda por infracción de derechos de autor contra *HathiTrust*, una entidad formada por bibliotecas que participan en *Google Library Project* para agrupar las copias digitales de sus libros creados para ellos por *Google*. La demanda planteó varios usos que *HathiTrust* hizo de las copias digitales. Entre los usos cuestionados estaba la oferta de *HathiTrust* a sus usuarios de *full-text searches* muy similar a la búsqueda que ofrece *Google Books* a los usuarios de Internet, permitía a los usuarios de las bibliotecas ubicar palabras o frases específicas en libros digitalizados. Es importante destacar que la función de búsqueda de *HathiTrust* no incluía la función de visualización de fragmentos ni ninguna otra visualización de texto.

Las diferencias con el caso *HathiTrust* son dos aspectos potencialmente importantes. En primer lugar, *HathiTrust* no mostraba al usuario ningún texto de la búsqueda del trabajo de derechos de autor, mientras que *Google Books* proporciona al buscador fragmentos que contienen palabras que es objeto de la búsqueda. En segundo lugar, *HathiTrust* era una sociedad educativa sin finalidad de lucro, a diferencia de *Google* que es una corporación comercial motivada por las ganancias.

Sin perjuicio, el Tribunal concluye que tanto la realización de las copias digitales como el uso de esas copias para ofrecer la herramienta de búsqueda fueron usos legítimos.

3) Vista de fragmentos, los demandantes señalan correctamente que este caso es significativamente diferente de *HathiTrust* en el sentido de que la función de búsqueda de *Google Books* permite a los buscadores leer fragmentos del libro buscado, mientras que *HathiTrust* no permitía a los buscadores ver ninguna parte del libro. La vista de fragmentos agrega un valor importante transformador a la función básica de búsqueda, que solo indica si el término buscado aparece en el libro y con qué frecuencia. La sentencia coloca un ejemplo, una persona que busca libros que exploran las teorías de Einstein y encuentra que un libro en particular incluye 39 usos de “Einstein”, concluirá, no obstante, que puede omitir ese libro si los fragmentos revelan que el libro habla de “Einstein” pero resulta que es el nombre del gato mascota del autor. Por el contrario, el fragmento le dirá al buscador que este es un libro que necesita obtener si el fragmento muestra que el autor está interactuando es en relación con las teorías de Einstein.

La división de *Google* de la página en pequeños fragmentos está diseñada para mostrar al buscador solo suficiente contexto alrededor del término buscado para ayudarla a evaluar si el libro se encuentra dentro el alcance de su interés (sin revelar tanto como para amenazar los intereses del autor sobre sus derechos de autor). Por lo

tanto, la vista de fragmentos se suma de manera importante al propósito altamente transformador de identificar libros de interés en función de la búsqueda.

4) La motivación comercial de *Google*. Aunque *Google* no tiene ingresos directamente de su operación de las funciones de *Google Books*, los demandantes enfatizan que *Google* busca obtener ganancias y busca utilizar su dominio en la búsqueda de libros para fortalecer su imperio general en el mercado de búsquedas en Internet y que, por lo tanto, *Google* obtiene ganancias indirectamente de las funciones de *Google Books*. En esa línea argumentativa basaron su propuesta en dos argumentos, uno el tipo de propósito y uso en su carácter comercial tal cual lo señala la regla del *fair use*; y, dos lo resuelto por la Corte Suprema en su afirmación en el caso *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.* en 1984 donde señala que “todo uso comercial de material protegido por derechos de autor es presuntamente [...] injusto”. Al respecto la Corte Suprema, nuestra corte y otros finalmente han reconocido que el dictamen de Sony fue enormemente exagerado.

Concluye el Tribunal si bien reconocemos que, en algunas circunstancias, una motivación comercial por parte del usuario secundario pesará en su contra, especialmente, como sugirió la Corte Suprema, cuando falta un propósito transformador persuasivo, en el caso Campbell, no vemos ninguna razón en este caso por la cual la motivación general del fin de lucro de *Google* deba prevalecer como razón para negar el *fair use* por encima de su propósito transformador altamente convincente, junto con la ausencia de competencia sustitutiva, como razones para otorgar el *fair use*. Muchas de las formas de uso legítimo más universalmente aceptadas, como reportajes y comentarios de noticias, citas históricas o analíticas de libros, reseñas de libros y performances, así como parodias, normalmente se hacen comercialmente con fines de lucro.⁴¹²

⁴¹² Los autores Vercelli, Becerra y Bidinost resumen el primer factor de la sentencia de la siguiente manera: “1) Factor Primero, el propósito y el carácter del uso. La Corte de Apelación entendió que la función de búsqueda de *Google Books* no reemplaza el objeto de la creación original. Es decir, que el caso muestra un uso altamente transformativo de acuerdo al antecedente jurisprudencial *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*: los jueces entendieron que en el caso se presenta un uso específico que comunica algo nuevo, diferente y que podría dar lugar a expandir la utilidad pública de las obras intelectuales originales. A su vez, entendieron que las formas de visualización a través de fragmentos (*snippet view*) también son usos transformadores. En la sentencia se mencionan otros casos antecedentes que podrían considerarse similares. Para los jueces el fin de lucro de *Google Inc.* no obsta a que sus acciones de copia se puedan considerar *fair use* / uso justo. Entendieron que el carácter comercial de *Google Books* no era concluyente al momento de determinarlo”. Vercelli, Becerra, y Bidinost, “El caso *Google Books*”, 122.

B. Factor dos: el segundo factor de *fair use* dirige la consideración de la “naturaleza del trabajo protegido por derechos de autor”. Mientras la indagación del “propósito transformador” discutida anteriormente se trata convencionalmente como parte del análisis del primer factor, inevitablemente involucra también al segundo factor. No se puede evaluar si el trabajo de copia tiene un objetivo diferente del original sin considerar ambos trabajos y sus respectivos objetivos.

Los tribunales tienden a veces a favorecer más un hallazgo de uso justo cuando la copia es de obras fácticas que cuando la copia es de obras de ficción. Sin embargo, si bien los derechos de autor no protegen los hechos o las ideas expuestas en una obra, sí protege la forma en que el autor expresa esos hechos e ideas. Al menos que se trate de una justificación persuasiva de uso justo, los autores de obras fácticas, al igual que los autores de ficción, deberían tener derecho a la protección de los derechos de autor de su expresión protegida. El mero hecho de que el original sea una obra fáctica, por lo tanto, no debería implicar que otros puedan copiarlo libremente. Quienes reportan las noticias sin duda crean obras fácticas, sobre las cuales no se puede argumentar seriamente que, por esa razón, otros pueden copiar y re difundir libremente noticias e informes.

En esa línea argumentativa la Corte indica que si una (o todas) las obras demandantes fueran ficción, no creemos que eso cambiaría en nada nuestra valoración. Nada en este caso nos influye en un sentido o en otro con respecto al segundo factor considerado aisladamente. En la medida en que la “naturaleza” de la obra original protegida por derechos de autor se combina necesariamente con el “propósito y el carácter” de la obra secundaria para permitir la evaluación de si la obra secundaria o modificada utiliza el original de manera “transformadora”. El segundo factor favorece el *fair use* no porque los trabajos de los demandantes sean fácticos, sino porque el uso secundario proporciona información valiosa sobre el original de manera transformadora, en lugar de replicar la expresión protegida lo realiza de manera que proporciona una obra sustituta significativamente transformadora en relación con la original.⁴¹³

⁴¹³ Sobre este factor Vercelli, Becerra y Bidinost lo abordan: “2) Segundo factor, la naturaleza de la obra protegida. Este es uno de los factores menos analizados en la sentencia. Sólo fue tomado como un complemento del primero. Los jueces manifestaron que los tribunales en EE.UU., históricamente, son más proclives a encontrar *fair use* / usos justos sobre el uso de obras científicas (factual works) que sobre las obras intelectuales que pueden clasificarse como obras de ficción. Existe una razón evidente: el copyright no protege ni hechos ni ideas, sólo las formas en que se expresan esos hechos o ideas. La Corte de Apelación entendió que este segundo factor no era operativo (o tan relevante) y sí podía considerarse complementario de los otros tres”. Ibid.

C. Factor tres: el tercer factor legal nos instruye a considerar “la cantidad y la sustancialidad de la parte utilizada en relación con el trabajo protegido por derechos de autor en su conjunto”. La clara implicación del tercer factor indica que es más probable encontrar un uso legítimo cuando se copian pequeñas cantidades o pasajes menos importantes que cuando la copia es extensa o abarca las partes más importantes del texto original.

La razón obvia de esto radica en la relación entre el tercer y el cuarto factor. Cuanto mayor sea la cantidad, o más importante sea la parte, del original que se copia, mayor será la probabilidad de que la obra secundaria pueda servir como un sustituto que compita efectivamente por el original y, por lo tanto, podría disminuir las ventas y los beneficios del titular de los derechos de las obras originales.

1) Función de búsqueda. El programa *Google Books* ha hecho una copia digital de la totalidad de cada uno de los libros de los demandantes. A pesar de la implicación razonable del Factor Tres de que el uso justo es más probable que se vea favorecida por la copia de porciones más pequeñas, en lugar de más grandes, del original, los Tribunales han rechazado cualquier regla categórica de que una copia de la totalidad no puede ser un uso justo.

En este aspecto la Corte Suprema dijo en *Campbell* que “el alcance de la copia permitida varía con el propósito y el carácter del uso” y caracterizó las preguntas relevantes como si “la cantidad y la sustancia de la porción utilizada[...] son razonables en relación con el propósito de la copia” señalando que la respuesta a esa pregunta se verá afectada por “el grado en que [la obra copiada] puede servir como un mercado sustituto para las obras derivadas de los originales o potencialmente autorizados”.

Al caso en concreto, si bien *Google* hace una copia digital no autorizada de todo el libro, no revela esa copia digital al público. La copia se realiza para permitir que las funciones de búsqueda revelen información limitada e importante sobre los libros. Con respecto a la función de búsqueda, *Google* satisface la prueba del tercer factor, tal como lo iluminó la Corte Suprema en *Campbell*.⁴¹⁴

⁴¹⁴ Sobre esto Vercelli, Becerra y Bidinost: “la Corte de Apelación estimó que si bien *Google Inc.* hizo copias digitales enteras de las obras (es decir, las escaneó de forma completa, desde la tapa hasta la contratapa) no existe regla alguna que pueda excluir la posibilidad de considerar estas copias como fair use. La Corte de Apelación entendió que esas copias completas de las obras no son una sustitución de las obras antecedentes. Argumentaron que la totalidad de la obra era necesaria para habilitar la función de búsqueda. Entonces, aunque *Google Inc.* realizó copias completas de las obras intelectuales sin autorización ello no significa que la copia digital sea revelada al público”. *Ibid.*, 122, 123.

2) Vista de fragmentos, lo que importa en tales casos no es tanto “la cantidad y la sustancia de la parte utilizada” al hacer una copia, sino más bien la cantidad y la sustancia de lo que se hace accesible a un público para el cual puede servir como sustituto competitivo. Sin duda, permitir que los buscadores vean partes de los textos copiados podría repercutir en un efecto determinante en el análisis del *fair use*. Cuanto mayor sea la cantidad de texto con derechos de autor que el buscador pueda ver y más control pueda ejercer el buscador sobre qué parte del texto ve, mayor será la probabilidad de que esas revelaciones puedan servirle como un sustituto efectivo y gratuito para la compra del libro del demandante. No obstante, llegamos a la conclusión de que, al menos tal como está estructurado actualmente por *Google*, la vista de fragmentos no revela material que ofrezca al mercado un sustituto significativamente competitivo para el trabajo protegido por derechos de autor. *Google* ha construido la función de fragmentos de una manera tal que protege sustancialmente contra la intención de convertirse en un sustituto de competencia efectiva para los libros de los demandantes.

Hay una variedad de limitaciones que *Google* impone a la función de fragmentos, estos incluyen el tamaño pequeño de los fragmentos (normalmente una octava parte de una página), la inclusión en la lista negra de un fragmento por página y de una página de cada diez, el hecho de que no se muestran más de tres fragmentos, y no más de uno por página. Además, *Google* no proporciona una vista de fragmentos para ciertos tipos de libros, como diccionarios y libros de cocina, para los cuales es probable que la visualización de un segmento pequeño satisfaga la necesidad del buscador y por ende podría afectar a la función de sustituto competitivo.

Tan importante como el porcentaje de palabras de un libro que se revelan es la manera y el orden en que se revelan. Incluso si la función de búsqueda revelara el 100% de las palabras del libro protegido por derechos de autor, esto tendría poco valor sustitutivo si las palabras se revelaran en orden alfabético, o en cualquier otro orden que no sea el que siguen en el libro original. No se puede decir que una revelación es “sustancial” en el sentido previsto por el tercer factor del estatuto si la revelación tiene una forma que comunica poco del sentido del original.⁴¹⁵

⁴¹⁵ “Según la Corte de Apelación, *Google Inc.* diseñó una visualización restringida sólo a fragmentos de las obras intelectuales de forma tal que no representan una sustitución de mercado de la obra protegida. La Corte de Apelaciones llama “restricciones” a la forma particular en que *Google Inc.*

D. Factor cuatro, el cuarto factor de uso justo, “el efecto del uso —de la copia— sobre el mercado potencial o el valor del trabajo protegido por derechos de autor”, se centra en si la copia trae al mercado un sustituto competitivo del original, o su derivado, de modo que priva al titular de derechos de recibir ingresos significativos debido a la probabilidad de que los compradores potenciales opten por adquirir la copia en lugar del original.⁴¹⁶

Debido a que los derechos de autor igualmente responden a una corriente comercial cuyo objetivo es permitirles ganar dinero y estimular la creatividad entre los creadores con sus obras, menciona el Tribunal el caso *Harper & Row*, donde describe el cuarto factor como “sin duda el elemento más importante del *fair use*”.

Sin embargo, el Tribunal construye un elemento adicional al cuarto factor del *fair use*, incluyendo que el efecto en el mercado debe ser significativo o provocar un efecto importante sobre el mercado potencial o el valor de las obras, sostiene que la pérdida de algunas ventas no es suficiente para afectar a una obra como un sustituto efectivamente competitivo.⁴¹⁷

De manera concreta, en relación con el análisis de los cuatro factores, concluye el tribunal que la realización por parte de *Google* de una copia digital completa de las obras de los demandantes con el fin de proporcionar al público sus funciones de búsqueda y visualización de fragmentos —al menos como diseñado actualmente la visualización de fragmentos— es un uso justo y no infringe los derechos de autor de los demandantes en sus libros.

Otro elemento que analiza el Tribunal es el relacionado con los: derechos derivados en la vista de búsqueda y fragmentos. Al respecto, los demandantes sostienen que, según la Sección 106 (2), tienen un derecho derivado en la aplicación de funciones

construyó las formas de visualización[...] En este punto, la sentencia pierde el sentido común y da lugar a absurdos: ¿es igual escanear y usar un fragmento de una obra intelectual (unas páginas, por ejemplo) que toda la obra? La sentencia no ofrece argumento alguno al respecto”. Ibid., 123.

⁴¹⁶ “Para la Corte de Apelación el análisis del cuarto factor está estrechamente relacionado a los argumentos esgrimidos para el primero y el tercero. Es decir, no encuentran evidencias sobre una amenaza significativa para el mercado potencial de los demandantes. Entienden que la visualización a través de fragmentos no sustituye al original en términos de mercado y, por tanto, no existe amenaza al derecho de las/os autoras/es y titulares de derechos”. Ibid.

⁴¹⁷ “But the possibility, or even the probability or certainty, of some loss of sales does not suffice to make the copy an effectively competing substitute that would tilt the weighty fourth factor in favor of the rights holder in the original. There must be a meaningful or significant effect “upon the potential market for or value of the copyrighted work””. US Court of Appeals for the Second Circuit, “Authors Guild v. Google, Inc., No. 13-4829 (2d Cir. 2015)”, 35.

de búsqueda y visualización de fragmentos a sus obras, y que *Google* ha usurpado su mercado exclusivo para tales derivados.

No hay ningún mérito en este argumento. *Google* no infringe los derechos de autor de los demandantes en sus trabajos al hacer copias digitales de ellos, donde las copias se usan para permitir que el público obtenga información sobre los trabajos, usan palabras o términos específicos y con qué frecuencia o modo: junto con fragmentos periféricos de texto, suficientes para mostrar el contexto en el que se usa la palabra, pero demasiado pequeños para proporcionar un sustituto significativo de la expresión protegida por derechos de autor de la obra.

Los derechos de autor resultantes de los actores no incluyen un derecho exclusivo para proporcionar el tipo de información sobre las obras que los programas de *Google* brindan al público. Básicamente por las mismas razones, los derechos de autor que protegen las obras de los demandantes no incluyen un derecho derivado exclusivo para suministrar dicha información a través de la consulta de una copia digitalizada.

El Tribunal analiza un aspecto argumentado por los actores en relación con la exposición de los demandantes a los riesgos de hacking de los archivos de *Google*. Argumentan que el almacenamiento de *Google* de sus copias digitalizadas de los libros de los demandantes expone el riesgo de que hackers puedan obtener acceso y hacer que los libros estén ampliamente disponibles, por lo que podría destruir el valor de sus derechos de autor, este reclamo el Tribunal lo encuentra con un fundamento razonable, teóricamente sólido, pero no respaldado por la evidencia.

Google ha documentado que los escaneos digitales de *Google Books* se almacenan en computadoras separadas del acceso público a internet y protegidas por las mismas impresionantes medidas de seguridad que usa *Google* para proteger su propia información confidencial. Como señala *Google*, el propio experto en seguridad de los demandantes elogió estos sistemas de seguridad y señaló que “Google tiene la suerte de contar con amplios recursos y talentos técnicos de primer nivel” que le permiten proteger sus datos. Los demandantes tampoco han identificado ningún robo de *Google Books* (o del *Google Library Project*).

El tribunal finalmente analiza un punto planteado por los actores, lo relacionado con la: Distribución de copias digitales de *Google* a las bibliotecas participantes. Los actores sostienen que este hecho no es *fair use* ya que expone a las obras a riesgos de pérdida si la biblioteca utiliza su copia digital de manera infractora, o si la biblioteca no mantiene la seguridad sobre su copia digital con la consecuencia de que el libro puede

convertirse libremente disponible como resultado de las incursiones de los *hackers*. El reclamo falla.

El contrato entre *Google* y cada una de las bibliotecas participantes compromete a la biblioteca a usar su copia digital solo de manera compatible con la ley de derechos de autor y a tomar precauciones para evitar la difusión de sus copias digitales al público en general.

En estas circunstancias, la creación de *Google* para cada biblioteca de una copia digital de los libros que ya posee esa biblioteca, para permitir que la misma biblioteca haga un uso justo a través de la provisión de búsquedas digitales no es una infracción. Inclusive si la biblioteca hubiera creado su propia copia digital para permitir su provisión de búsquedas digitales de uso justo, la realización de la copia digital no habría sido una infracción. En el caso de análisis, tampoco se convierte en una infracción porque, en lugar de hacer su propia copia digital, la biblioteca contrató con *Google*, que *Google* usaría su experiencia y recursos para realizar la conversión digital en beneficio de la biblioteca.

Sin perjuicio de lo dicho, el Tribunal reconoció la posibilidad de que las bibliotecas puedan utilizar las copias digitales creadas por *Google* para ellos de manera infractora. En caso de que ocurra, si lo hacen, dichas bibliotecas pueden ser responsables ante los demandantes por su infracción. Igualmente, reconoce la posibilidad adicional de que las bibliotecas puedan incurrir en responsabilidad por negligencia del mal manejo y la falta de protección de sus copias digitales, dejándolos irrazonablemente vulnerables al hacking, sin embargo, aclara que este hecho no es más que una posibilidad especulativa, que no se ha demostrado en el expediente. En concreto respecto de este punto, los actores no lograron establecer ninguna base para responsabilizar a *Google* por la creación de una copia digital y su distribución a las bibliotecas participantes. En su parte resolutive el Tribunal dice:

En resumen, concluimos que: (1) la digitalización no autorizada de *Google* de obras protegidas por derechos de autor, la creación de una función de búsqueda y la visualización de fragmentos de esas obras son usos justos no infractores. El propósito de la copia es altamente transformador, la exhibición pública del texto es limitada y las revelaciones no proporcionan un sustituto de mercado significativo para los aspectos protegidos de los originales. La naturaleza comercial y la motivación de lucro de *Google* no justifican la denegación del uso justo. (2) El suministro de copias digitalizadas por parte de *Google* a las bibliotecas que suministraron los libros, en el entendimiento de que las bibliotecas utilizarán las copias de manera compatible con la ley de derechos de autor, tampoco constituye una infracción. Tampoco, en este registro,

Google es responsable infractor. CONCLUSIÓN. La sentencia de la Corte de Distrito es AFIRMADA.⁴¹⁸

Caso Google LLC v. Oracle America, Inc.

El caso *Google Vs. Oracle* es de suma importancia para los usos justos, principalmente porque involucra al *fair use* con un vínculo a los derechos de autor y su relación directa con el software y el desarrollo tecnológico dejando un precedente actual en relación con desarrollos, usos y aplicaciones de ciencias aplicadas y programas a diversos ámbitos como el *blockchain* o la inteligencia artificial. Luego de analizar los cuatro factores, la Corte finalmente realiza una conclusión adaptada al desarrollo del software en su vínculo con el *fair use*.

El hecho de que los programas de computadora sean principalmente funcionales dificulta la aplicación de los conceptos tradicionales de derechos de autor en ese mundo tecnológico. Véase *Lotus Development Corp.*, 49 F. 3d, en 820 (Boudin, J., concurrente). Al hacerlo aquí, no hemos cambiado la naturaleza de esos conceptos. No anulamos ni modificamos nuestros casos anteriores relacionados con el *fair use*; casos, por ejemplo, que involucran productos de “imitación”, escritos periodísticos y parodias. Más bien, aquí reconocemos que la aplicación de una doctrina de derechos de autor como el *fair use* ha demostrado durante mucho tiempo un esfuerzo cooperativo de las legislaturas y los tribunales, y que el Congreso, en nuestra opinión, tenía la intención de que continuara así. Como tal, hemos analizado los principios establecidos en el estatuto del *fair use*, §107, y establecidos en nuestros casos anteriores, y los hemos aplicado a este tipo diferente de trabajo protegido por derechos de autor.

Llegamos a la conclusión de que, en este caso, donde *Google* re implementó una interfaz de usuario, tomando solo lo que se necesitaba para permitir a los usuarios poner a trabajar sus talentos acumulados en un programa nuevo y transformador, la copia de *Google* de la API Java de Sun fue un uso justo de ese material como una cuestión de derecho. Se revoca la sentencia contraria del Circuito Federal y se remite el caso para procedimientos adicionales de conformidad con esta opinión.⁴¹⁹

En ese contexto argumentativo de conclusión, si bien el caso gana *Google*, en la Corte Suprema hubo posiciones a favor, en contra y una no participación en la

⁴¹⁸ Traducción propia: “In sum, we conclude that: (1) *Google*’s unauthorized digitizing of copyright-protected works, creation of a search functionality, and display of snippets from those works are non-infringing fair uses. The purpose of the copying is highly transformative, the public display of text is limited, and the revelations do not provide a significant market substitute for the protected aspects of the originals. *Google*’s commercial nature and profit motivation do not justify denial of fair use. (2) *Google*’s provision of digitized copies to the libraries that supplied the books, on the understanding that the libraries will use the copies in a manner consistent with the copyright law, also does not constitute infringement. Nor, on this record, is *Google* a contributory infringer”.

“CONCLUSION

The judgment of the district court is AFFIRMED”. Ibid., 46.

⁴¹⁹ US Supreme Court, “*Google LLC v. Oracle America, Inc.*, 593 U.S. ____ (2021)”, 5 de abril de 2021, 35, 36, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_new_3fb4.pdf.

consideración o decisión del caso por parte de la jueza Amy Coney Barrett. La posición a favor contó con seis votos, la ponencia estuvo a cargo del juez Stephen Breyer quien fue el autor de la opinión mayoritaria. En síntesis, la posición favorable a *Google*, supone que una interfaz de software pueda estar sujeta a protección de derechos de autor, con este presupuesto de análisis se circunscribe a la copia limitada de *Google* de la interfaz de programación de aplicaciones Java SE el cual determinan que constituyó un uso justo de ese material según la ley de derechos de autor.

El problema jurídico planteado responde a dos grandes preguntas:

1. ¿La protección de los derechos de autor se extiende a una interfaz de software?

Para decidir lo estrictamente necesario para resolver el caso, la Corte asumió que el código de software está sujeto a la protección de los derechos de autor. Se remite el espíritu de la ley de derechos de autor, que tiene como objetivo promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, otorgando simultáneamente a los creadores derechos de autor exclusivos y limitando el alcance de tales derechos a través de la doctrina del *fair use*.

2. En caso afirmativo, ¿el uso que hace el peticionario de una interfaz de software en el contexto de la creación de un nuevo programa informático constituye un uso legítimo?

Los Tribunales consideran cuatro factores legales al evaluar si un uso secundario es justo. Primero, el uso de *Google* de las API de Java es transformador. *Google* copió solo lo necesario para permitir a los programadores trabajar en un entorno informático diferente, pero con un lenguaje de programación familiar. En segundo lugar, las líneas copiadas están “inherentemente unidas con ideas que no tienen derechos de autor”, lo que sugiere que es poco probable que la aplicación del uso justo a este contexto socave la protección general de derechos de autor que el Congreso proporcionó para los programas de computadora. En tercer lugar, *Google* copió solo el 0,4 % de toda la API, lo que se inclina a favor del *fair use*. Finalmente, el registro muestra que la nueva plataforma de teléfonos inteligentes de *Google* no es un sustituto de mercado para Java SE. Debido a que los cuatro factores respaldan un hallazgo de *fair use*, la copia limitada de *Google* constituyó un caso de *fair use*.

Sin perjuicio de lo analizado en el voto mayoritario, el fallo contrario, es interesante, el juez Clarence Thomas fue el autor de la opinión disidente, a la que se unió el juez Samuel Alito, argumentando que la Corte debería haber abordado la

cuestión de si el código de Oracle tiene derechos de autor. El juez Thomas en cuanto a la primera pregunta planteada concluye que sí, y luego respecto a la segunda interrogante, ha encontrado que el uso de ese código protegido por derechos de autor por parte de *Google* no constituye *fair use*. Al copiar el código de Oracle, *Google* “borró el 97,5% del valor de la asociación de Oracle con Amazon, ganó decenas de miles de millones de dólares y estableció su posición como propietario del sistema operativo móvil más grande del mundo”.⁴²⁰

*Análisis del caso Google Vs. Oracle en clave de argumentación jurídica*⁴²¹

Pregunta o problema central: ¿El uso que hace *Google* de una interfaz de software en el contexto de la creación de un nuevo programa informático constituye *fair use* / uso justo?

Problema central = P

¿Una interfaz de software goza de protección por derechos de autor?

Si o No.

Q1.1 = cuestión 1.1

⁴²⁰ US Supreme Court, “Google LLC v. Oracle America Inc.”, *Oyez*, accedido 3 de marzo de 2022, <https://www.oyez.org/cases/2020/18-956>.

⁴²¹ Resumen del caso para contextualizarlo para el ejercicio argumentativo:

“Hechos: Oracle America, Inc., posee los derechos de autor de Java SE, una plataforma informática que utiliza el popular lenguaje de programación informática Java. En 2005, *Google* adquirió Android y buscó construir una nueva plataforma de software para dispositivos móviles. Cuando *Google* implementó su sistema operativo Android (Android OS), escribió su propio lenguaje de programación basado en Java, que es propiedad de Oracle.

Para permitir que los millones de programadores familiarizados con el lenguaje de programación Java trabajen con su nueva plataforma Android, *Google* copió aproximadamente 11500 líneas de código del programa Java SE, que son el 0,4% de toda la API en cuestión, que consta de 2,86 millones de líneas en total. Las líneas copiadas son parte de una herramienta llamada Interfaz de programación de aplicaciones (API). Una API permite a los programadores recurrir a tareas informáticas preescritas para usarlas en sus propios programas”. US Supreme Court, “Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. ____ (2021)”, *Justia Law*, accedido 3 de marzo de 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/18-956/>. US Supreme Court, “Google LLC v. Oracle America Inc.”

Juzgamientos previos:

“Oracle demandó a *Google* por infracción de derechos de autor. *Google* alega *fair use*.

1) Juez de Distrito federal: sostuvo que las API no están sujetas a derechos de autor porque permitir que una entidad privada posea los derechos de autor de un lenguaje de programación sofocaría la innovación y la colaboración, en contra de los objetivos de los derechos de autor.

2) La Corte de Apelaciones del Circuito Federal de EE. UU. revocó la decisión de la Corte inferior y encontró que las API de Java tienen derechos de autor (a pesar de que un jurado dictaminó a favor de *Google*), y dictaminó que la copia de *Google* no era un uso justo como cuestión de derecho.

3) La Corte Suprema de los Estados Unidos al revisar esa decisión, asumimos, en aras del argumento, que el material tenía derechos de autor. Pero sostenemos que la copia aquí en cuestión, no obstante, constituyó un uso justo. Por lo tanto, la copia de *Google* no violó la ley de derechos de autor”. US Supreme Court, “Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. ____ (2021)”. US Supreme Court, “Google LLC v. Oracle America Inc.”

¿El uso de una interfaz de software para crear un nuevo programa sin la autorización ni remuneración constituye una infracción de derechos de autor?

Si o No.

Q1.2 = cuestión 1.2

¿El uso de una interfaz de software para crear un nuevo programa constituye *fair use*?

Si.

Q1.2.1 = cuestión 1.2.1

Q1.2.1.1: naturaleza de la obra;

Q1.2.1.2: el propósito y el carácter, es transformativo;

Q1.2.1.3: la cantidad y la importancia de la parte utilizada

Q1.2.1.4: el efecto de la copia en el mercado o valor de la obra.

¿Cuál es el objetivo del derecho de autor? promover el Progreso de la Ciencia y las Artes

Q1.2.2 = cuestión 1.2.2

2. Conclusión: el uso de *Google* constituye un uso justo — *fair use*.

S = Respuesta / Conclusión

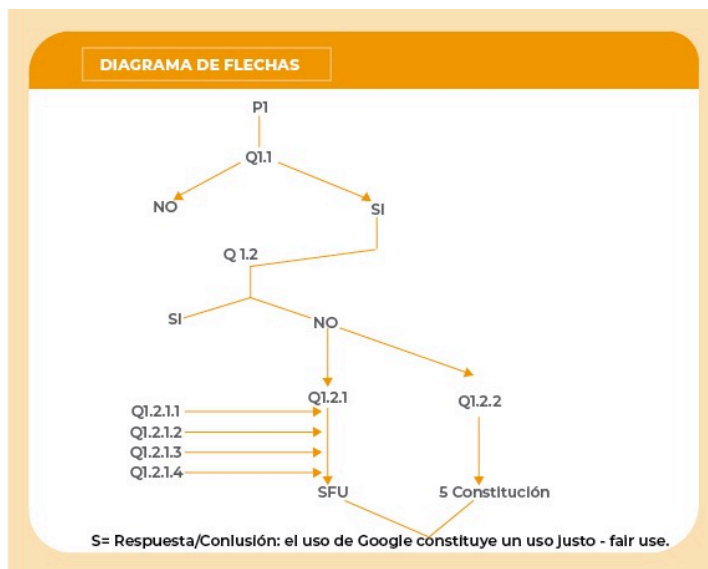


Figura 26. Diagrama de flechas
Fuente y elaboración propias

5. Relación entre el fair use y la regla de los tres pasos

Suele despertar el debate confrontar el *fair use*, la regla de los tres pasos y los usos honrados regulados en la normativa comunitaria andina, tanto por su génesis,

regulación general, particular y principalmente por una supuesta falta de cohesión entre el régimen continental del cual emana la regla de los tres pasos y el régimen norteamericano del *fair use*.

En cuanto al *fair use* y la regla de los tres pasos, analicemos su origen y qué se entiende por la regla de los tres pasos, la misma surge en la Conferencia de Estocolmo en el año de 1967, justamente se realizó una revisión del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del año 1886. Esta figura del derecho autorial se encuentra regulada en el numeral 2 del artículo 9 —Posibles excepciones—, la cual dispone de tres pasos o requisitos para determinar si el uso o en concreto la reproducción de una obra protegida por el derecho de autor, sin que medie una autorización o pago por parte del titular de derechos de autor es o no válido, para el efecto señalo el apartado en mención.

Artículo 9

2. Posibles excepciones

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

En concreto los tres pasos se resumen en: 1) Determinados “casos especiales”, 2) “No atentar a la explotación normal de la obra”, y; 3) “No causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

De igual forma, existen otros tratados internacionales que recogen la disposición normativa con la excepción antes detallada, en ese sentido el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio —ADPIC—, mantiene los mismos criterios, con una diferencia de fondo y forma en relación con el Convenio de Berna, por cuanto en el tercer requisito señala: “ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”, es decir el perjuicio no es al autor sino al titular de derechos, es decir en la cabeza de quien recae la gestión patrimonial regularmente vía contractual, lo cual no implica que el titular pueda ser el mismo autor.

A nivel de la Comunidad Andina, mediante la Decisión 351 a la regla de los tres pasos la identificado nominalmente como usos honrados, el régimen andino precautela los intereses legítimos tanto del autor y del titular o titulares, el primer aspecto lo regula en el artículo 3, de donde surge su denominación de usos honrados “Art. 3.- A los

efectos de esta Decisión se entiende por: Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”. El segundo aspecto se determina por medio del artículo 21 del mismo cuerpo legal, en el cual precautela a los “legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.

De igual forma, lo regula el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de Autor en su artículo 10.

Art. 10.- Limitaciones y excepciones.

Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor[...]

Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas en su artículo 16.

Art. 16.- Limitaciones y excepciones.

1) Las partes contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

La regla de los tres pasos si bien es un avance y clara intención de aportar a usos libres de obras sin que medie autorización o un pago de regalía, resulta deficiente y limitada, a diferencia del *fair use* que destaca su flexibilidad.

Es necesario analizar en detalle ciertos elementos mediante los cuales se expone la interacción entre la regla de los tres pasos y el *fair use*, el origen de este último se da en Inglaterra y los Estados Unidos mediante criterios jurisprudenciales los cuales luego se convierten en norma, regulando la situación en concreta y a la realidad de un país, a diferencia de la regla de los tres pasos que regula excepciones de manera abierta para

los países suscriptores del instrumento internacional pertinente, sin analizar un caso o realidad en particular sino más bien general a varios países. Incluso en su factor cronológico, el *fair use* surge en su desarrollo jurisprudencial en los años de 1739 y 1740, cuyo aporte va tomando forma en los años de 1839 y 1841, mientras que el Convenio de Berna se adoptó en 1886 y específicamente se incorporó al Convenio la regla de los tres pasos en el año de 1967, por tanto, no es casual que ciertos elementos guarden similitud entre ambas figuras, en ese sentido no son opuestos y podrían funcionar de manera complementaria, en el caso de la regla de los tres pasos sirve como una línea base para que los países puedan adherirse a un instrumento internacional. A continuación, se detallan los elementos de cada una de las figuras.

Regla de los tres pasos	<i>Fair use</i> (Sección 107 del Copyright Act de 1976)	Criterio
Determinados casos especiales	“El uso justo de una obra protegida por el derecho de autor, incluido su uso mediante la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en dicha sección, con fines tales como críticas, comentarios, noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones, no constituye una infracción del derecho de autor”	Los casos especiales se agrupan de manera ejemplificativa en el <i>fair use</i> “críticas, comentarios, noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), becas o investigaciones” y de manera general en el Convenio.
No atentar a la explotación normal de la obra	“(4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor actual de la obra protegida por el derecho de autor”.	En ambos criterios se pretende evitar la afectación “a la explotación de la obra”
No cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor	“(3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida por el derecho de autor en su totalidad (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor actual de la obra protegida por el derecho de autor”.	Los intereses del autor se ven reflejados tanto en la obra y su explotación.

Tabla 1. Regla según el Convenio de Berna

Fuente y elaboración propias

De una lectura comparativa entre ambas instituciones cabe destacar que el *fair use* es mucho más abierta que la regla de los tres pasos, por cuanto permite realizar interpretaciones en casos determinados, a diferencia de lo limitado y ambiguo que resulta la regla de los tres pasos, con lo cual se puede concluir que el *fair use* cumple con el esquema normativo que regula el Convenio de Berna y demás normativa internacional citada.

Dentro de un análisis comparativo entre la figura del *fair use* y de la regla de los tres pasos, la figura del *fair use* permite una amplia e infinita gama de posibilidades y circunstancias, las cuales si caben en sus lineamientos pueden ser directamente ejecutadas, en caso de conflicto y de interpretaciones deja abierta una gran posibilidad de aplicación dependiendo las circunstancias concretas de un caso específico. La limitación y forma de aplicar la regla de los tres pasos, se interpreta como requisitos adicionales a las limitaciones y excepciones, con lo cual desnaturaliza la flexibilización de uso.

Cabe destacar ciertos hechos del *fair use* que lo convierten en una excepción jurisprudencial y normativa abierta y fuerte, construyendo un legado jurídico, precisamente por el hecho de contar con mayor tiempo previo y haber resuelto casos en los cuales se pone en primer plano situaciones reales vinculados a los parámetros de los usos justos.

Una de las ventajas centrales del *fair use* evidenciado es su permanencia en el tiempo, la flexibilidad y capacidad de adaptación a la realidad, dinámica social y particularmente en el ámbito de las tecnologías de la información, es uno de sus principales atributos por cuanto más allá de una circunstancia o excepción jurídica amplia en cuanto a su definición y algunos de los criterios aplicables al mismo, son los juzgadores quienes deben tener libertad para adaptar la doctrina a situaciones particulares y adoptar una postura caso por caso.

Si bien en un primer análisis rápido podría pensarse que el *fair use* afectaría el ámbito patrimonial, sin embargo, la dinámica económica que ha provocado en los Estados Unidos ha sido significativa, beneficios no vistos únicamente en el creador sino en la sociedad en su conjunto de manera sistémica.

La investigación indica que las industrias que se benefician del uso justo y otras limitaciones y excepciones hacen una contribución grande y creciente a la economía de Estados Unidos. La economía del uso justo en 2006 representó \$4,5 billones en ingresos y \$2,2 mil millones en valor agregado, aproximadamente 16,2 por ciento del PIB de Estados Unidos. Empleó a más de 17 millones de personas y apoyó una nómina de sueldos de \$1,2 billones. Generó \$194 mil millones en exportaciones y un rápido crecimiento de la productividad.⁴²²

⁴²² Thomas Rogers y Andrew Szamoszegi, "Fair Use in the US Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use (2007)", Report (Computer & Communications Industry Association, 20 de septiembre de 2007), 52, <https://apo.org.au/node/15597>.

La figura del *fair use* es un modelo referencial tanto en la doctrina, jurisprudencia y de igual manera en el ámbito legislativo, lo que ha llevado a otros países como Brasil, Israel y Ecuador a adoptar su institución en su normativa interna.

En su defecto, la regla de los tres pasos regula el espacio para la adopción de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos en diferentes campos de la propiedad intelectual. La flexibilidad juega un papel crucial en la intersección entre la protección de la propiedad intelectual versus las áreas de libertad que sirven a los derechos e intereses económicos, sociales y culturales contrapuestos.

Según Senftleben la regla de los tres pasos tiene un carácter dualista. Por un lado, tiene una fuerte función habilitadora en el sentido de que constituye la base más amplia e importante para fijar límites a la protección de la propiedad intelectual. Por otro lado, tiene una función restrictiva en el ámbito legislativo, por cuanto solo puede plantearse limitaciones y excepciones en el régimen de propiedad intelectual diseñados y adaptados dentro del marco establecido por los criterios abstractos de los tres pasos.⁴²³

Dada la apertura de cada uno de los criterios de forma individualizada, la regla de los tres pasos no debería significar *per se* un fortalecimiento de la hegemonía de los propietarios de propiedad intelectual.

En la práctica suele ocurrir que la regla de los tres pasos se convierte en un instrumento de control adicional, el uso individual en el marco de las limitaciones y excepciones más la regla, lo cual es preocupante y peligroso por cuanto tiende a reforzar la hegemonía de los titulares de derechos de autor en el régimen de la propiedad intelectual. Ello podría ocasionar una transformación, en su espíritu de ser una herramienta de equilibrio flexible en una poderosa confirmación y fortalecimiento de la protección de los derechos intelectuales.

Si analizamos la regla de los tres pasos a la luz de derechos humanos, la normativa tal cual está planteada es incapaz de remediar su deficiencia estructural, por cuanto solo emplea la regla como una herramienta para restringir aún más las limitaciones y excepciones, no deja espacio para que la función habilitadora de la regla que respalde la evolución de nuevos privilegios de uso que pueden volverse necesarios

⁴²³ Martin Senftleben, “From Flexible Balancing Tool to Quasi-Constitutional Straitjacket – How the EU Cultivates the Constraining Function of the Three-Step Test”, ed. T Mylly y J Griffiths, *The Transformation of Global Intellectual Property Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2020 *Forthcoming*, 7 de marzo de 2020, 2.

de cara a los nuevos desarrollos tecnológicos y las correspondientes obligaciones de derechos humanos.

Una potencial ventaja a considerar de la regla de los tres pasos, debe ser la incursión en áreas de libertad que son importantes para salvaguardar necesidades de toda índole.

Es necesario dejar planteadas críticas que se han generado a la institución del *fair use*, que han contribuido a cuestionar su valor y convencionalmente han presumido que su aplicación es incierta. Dos críticas significativamente importantes las han planteado Madison y Lessig denominándolas como: “*a lottery argument*-un argumento de lotería.” “Quizás el defecto más grave de la doctrina del *fair use* es que funciona casi enteramente como un uso frecuente de jueces. El *fair use* es una determinación ex post, un argumento de lotería ofrecido por los infractores acusados forzados a apostar, después del hecho, que ellos no necesitaban permiso antes”.⁴²⁴

Y, “*the right to hire a lawyer*-el derecho a contratar un abogado” “pero el uso justo en EE.UU. solamente significa el derecho a contratar un abogado para que defienda tus derechos a crear”.⁴²⁵

En la era digital, la innovación y la libertad de expresión requieren cada vez más el uso, la reinterpretación y la remezcla de contenidos usualmente protegidos por propiedad intelectual; la doctrina del *fair use* es a menudo el único aspecto de la ley de derechos de autor que hace posible estas actividades. No son simplemente los usuarios finales quienes acuden y confían en el uso justo: la confianza en el *fair use* está arraigada en el núcleo de Internet, ya que es un componente vital del modelo comercial del motor de búsqueda, las empresas *Web 2.0*, *3.0* y las tecnologías de redes sociales. Si el *fair use* es verdaderamente arbitrario e incierto, nuestro sistema de derechos de autor está fundamentalmente roto concluye Sag.⁴²⁶

6. ¿El *fair use* se encuentra regulado en el Ecuador?

En el caso ecuatoriano los usos justos se encuentran regulados a partir del 09 de diciembre de 2016, recogido en el Código Orgánico de la Economía Social de los

⁴²⁴ Michael J. Madison, “A Pattern-Oriented Approach to Fair Use”, *Wm. & Mary L. Rev.* 45, n° 4 (1 de marzo de 2004): 1666.

⁴²⁵ Lawrence Lessig, *Cultura libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, trad. Antonio Córdoba y Daniel Álvarez Valenzuela (Chile: LOM ediciones, 2005), 154.

⁴²⁶ Sag, “Predicting Fair Use”, 48–50.

Conocimientos, Creatividad e Innovación, conocido como Código Ingenios, en su artículo 211.

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

Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecúa a lo dispuesto en este Art., se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. Además, se deberá considerar al menos los siguientes factores:

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

Es un avance que la normativa reconozca una institución como el *fair use* la redacción del mismo es confusa y deja la posibilidad de una doble interpretación. Para efecto de análisis a la norma nacional, debemos dividir el artículo en sus dos incisos.

En el primero se detalla y resalta que la excepción abarca tanto las obras y prestaciones, en ese sentido cobija tanto al derecho de autor y derechos conexos. El siguiente elemento del inciso se remite al siguiente artículo 212 e indica: “en los casos establecidos en el artículo siguiente”, el mismo regula un listado de actos que no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna, con lo cual existe un criterio contrario, por una parte se interpreta que a los requisitos de los usos justos se aumenta la excepción regulada en la norma, es decir, debe cumplirse tanto la doctrina de los usos justos y estar encasillado dentro de uno de los actos permitidos en las limitaciones y excepciones del artículo 212 al cual se remite.

Con ello se contempla una doble condición, que resulta contrario al espíritu y objetivo de aprovechar los usos justos, se condiciona los usos justos más adicionalmente un acto en concreto, encasillado en las limitaciones y excepciones. Los usos justos se plasman así: “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”, cumple el estándar normativo contemplado en el Convenio de Berna, la Decisión Andina 351 y ADPIC. Pero en este detalle de redacción presuntamente inofensivo, se evidencia una restricción adicional, el doble requisito

excepcional, tanto remitirse a un caso concreto señalado en el artículo siguiente (212) y además los parámetros generales de los usos justos.

El limitante y contra sentido justamente resulta por cuanto lo deseable y su objetivo es regular casos de forma ejemplificativa, tal como lo regula la legislación norteamericana por medio del *fair use*, al indicar de manera abierta y referencial ciertos casos tales como, dejando total apertura para incluir ciertas obras y actos diversos, incluso el Convenio de Berna abarca determinados “casos especiales” dejando abierta la posibilidad a estas circunstancias, en el caso ecuatoriano es un contrasentido que, en vez de lograr una apertura de excepciones, podría provocar un efecto totalmente inverso.

En el segundo inciso confirma e indica que el uso justo tendrá en cuenta lo que dispongan los tratados internacionales de los que el Ecuador es parte y “además” considerar los elementos tal cual indicados por el *fair use* de Norteamérica, incluyendo uno adicional, el numeral 5 “El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales”.

Podríamos plantear escenarios posibles de solución, a) Eliminar la remisión al siguiente artículo (212), por cuanto este detalle afecta tanto a una interpretación abierta de casos y directamente a la flexibilidad. Esto debido a la forma taxativa y cerrada de las limitaciones y excepciones, que actualmente colocarían un doble estándar, calzar en una situación y además en la regla del *fair use*, hecho perjudicial para la dinámica tecnológica y del conocimiento, b) Eliminar las limitaciones y excepciones reguladas en el artículo 212 del Código Ingenios y regular única y exclusivamente el *fair use*, y; 3) Las excepciones y limitaciones deberían ser una lista abierta y ejemplificativa, no una lista cerrada como actualmente se lo regula, de manera que resulte útil complementarlo al *fair use*, sin remitirse a su listado particular.

Resulta contradictorio en el espíritu y en la técnica legislativa empleada en el Código Ingenios al momento de implementar la figura del *fair use*, por cuanto su finalidad actual es potencializar la flexibilidad y adaptabilidad, sobre todo en entornos y situaciones tecnológicas que no pueden ágilmente incluirse por procesos legislativos. Por ello colocar el *fair use* y remitirse a una lista cerrada de limitaciones y excepciones es contradictorio, para lograr una posición a favor del *fair use*, debería implementarse su regulación sin atarse a un listado cerrado en particular, en se aspecto las limitaciones y excepciones deben ser ejemplificativas. En ese sentido el *fair use* no debe entenderse como un requisito adicional a las limitaciones y excepciones, sino un complemento en situaciones en las cuales los casos regulados de limitaciones y excepciones no logren

abarcar un hecho ejemplificativo en particular, dejando abierta la posibilidad de implementar el *fair use*. Con lo cual se otorga un criterio amplio de flexibilidad y adaptabilidad al *fair use* o usos justos, acorde al acelerado desarrollo tecnológico contemporáneo, que en muchas ocasiones la legislación no alcanza o no debería regularse tan específicamente, abusando de implementar una sobre carga de presupuestos regulatorios innecesarios o caducos.

¿Cabe el *fair use* en el sistema jurídico ecuatoriano en su régimen de derecho de autor, a pesar de ser una figura del derecho anglosajón?

Un aspecto a discutir es la posible contradicción que puede ocasionar al incluir en un sistema de derechos de autor continental una limitación y excepción de origen anglosajón. En ese sentido, las dos instituciones jurídicas, cuentan con su propia naturaleza, régimen y características, por lo que en su esencia guardan diferencias. Sin embargo, en cuanto al régimen de la propiedad intelectual y en específico los derechos de autor, cabe precisar que es una norma que se ha globalizado y ha alcanzado acuerdos de protección a nivel mundial, indistinto del régimen, tanto así que el marco normativo internacional regula a ambos países y sistemas jurídicos, por ejemplo Francia y Estados Unidos son parte del Convenio de Berna y de los Tratados de la OMPI, en ese aspecto, sus diferencias de sistema jurídico se han visto unificadas por una reglamentación internacional global, que impone un marco regulatorio mínimo general, el cual son adoptados por los países como un paraguas normativo.

En relación con el *fair use* se puede evidenciar lo expuesto, a pesar de su origen en un determinado sistema jurídico, no hay limitación para que tanto tratados internacionales y normativas internas de países de corte continental lo hayan implementado, sin que haya surgido conflictos de fondo en su planteamiento, justamente por la universalidad que ha alcanzado el régimen de propiedad intelectual.

7. Limitaciones y excepciones a favor de los comunes del conocimiento

¿Cuál es la finalidad del derecho de autor? La finalidad central y natural del derecho de autor es promover la cultura, la educación, el desarrollo científico, la investigación e innovación a través del acceso a sus contenidos. Sin embargo, la creación sobre las obras genera derechos a los autores como recompensa por su desarrollo, este reconocimiento en el ámbito de los derechos de autor otorga al titular derechos exclusivos y excluyentes en tres aspectos, tanto en su ámbito patrimonial, moral y temporal. Justamente su esencia se ratifica por cuanto, una vez concluido el periodo de tiempo de protección, las obras pasan al dominio público.

En síntesis, el derecho de autor tiene dos aristas, principalmente pretende incrementar el acervo cultural e intelectual de la humanidad, para lo cual su finalidad básica es el incentivo del cúmulo del conocimiento, por otro aspecto, genera derechos para efectivizarse a través de incentivos económicos por el esfuerzo creador. El ecosistema del derecho de autor se construye simultáneamente de estas dos intersecciones, los derechos de los creadores y sus incentivos de explotación sin descuidar el derecho de acceso, uso y libre disposición de los contenidos por parte de la sociedad en su conjunto.

La regla general de la propiedad incluida la propiedad intelectual al momento de reconocer su derecho como tal, consiste en su libre disposición y explotación, sin perjuicio de ello, el régimen del derecho de propiedad intelectual cuenta con limitaciones y excepciones. Estas limitaciones fijan una demarcación a la libre disponibilidad y uso en beneficio de determinadas circunstancias.

¿Cómo se vinculan las limitaciones y excepciones con los comunes?

La balanza situacional de la propiedad intelectual de un lado coloca el acceso al conocimiento y del otro los beneficios exclusivos al creador, resultado de este balanceo de intereses y derechos que se encuentran en una constante pugna entre la sociedad en general y los autores o titulares. Hablar del equilibrio de los derechos de autor y del sistema de propiedad intelectual es hasta cierto punto una especie de muletilla infaltable en el marco teórico de su ámbito de estudio. Su abordaje es diverso y propositivo desde lo teórico pero muy complejo de ponerlo en acción práctica.

De hecho, el equilibrio que acontece en el derecho de autor, no es exclusivo en este régimen jurídico, esta constante pugna entre los intereses privados, públicos y comunes se extrapolan a varios campos del derecho y situaciones, a nivel constitucional la Carta Fundamental ecuatoriana coloca ciertos elementos, por ejemplo, “es un deber primordial del Estado promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza” —Art. 3.5—, en cuanto al derecho al disfrute pleno de la ciudad indica el “equilibrio entre lo urbano y lo rural” —Art. 31—, en los derechos de naturaleza plantea un enfoque fuerte de “equilibrio ambiental” —Art. 250—, en ese sentido “el agua, sus recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos propone un equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua, con un enfoque sustentable y prioritario al consumo humano” —Art. 411—, en definitiva la propuesta concentra una apuesta por un equilibrio ecológico. Sin perjuicio de ello, combinar tanto los intereses privados en cuestiones de explotación minera y la protección al medio

ambiente es un ejemplo de la constante pugna para activar mecanismos de equilibrio, entre los intereses particulares y el bien común.

Una sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana que coloca la temática del equilibrio de derechos, se da en el caso No. 1149-19-JP/20 conocido como caso Los Cedros, dentro del caso “se alegaron vulnerados los derechos de la naturaleza, el derecho a un ambiente sano, el derecho al agua y la consulta ambiental”.⁴²⁷ Me remitiré en particular y respectivamente al voto concurrente del Juez Constitucional Alí Lozada Prado y particular mención que realiza el voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce. En el voto concurrente al referirse a los principios de prevención y precaución en material ambiental en lo referente al equilibrio expone el Juez Lozada:

las decisiones que se pueden adoptar en cada caso específico, ya sea en función del principio de precaución o del principio de prevención, deben estar abiertas al mejor equilibrio posible de los intereses, derechos, principios y valores en juego en cada caso, por lo que no cabe asociar la prohibición o la regulación con uno solo de los mencionados principios.⁴²⁸

En cuanto a los intereses de protección al entorno natural que precautela el bien común y el beneficio económico de intereses privados de fomento de riqueza, el voto salvado de la Jueza Corral señala:

Por lo tanto, no se trata de establecer la preeminencia de la naturaleza sobre el ser humano, ni viceversa; ya que ello conduce incorrectamente a un concepto binario reduccionista de una u otra postura. Debe existir un equilibrio entre la protección ambiental, que procede conforme los procedimientos y reglas previstas en el ordenamiento jurídico y el desarrollo de las actividades antrópicas de una manera racional, sostenible y sustentable. De tal manera, que así como resulta importante proteger al entorno natural cuando se encuentre en riesgo un ecosistema, también es trascendente promover el desarrollo y la distribución equitativa de la riqueza generada por la gestión responsable de los recursos naturales.⁴²⁹

⁴²⁷ “La Corte Constitucional revisa la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte Provincial de Justicia de Imbabura dentro de la acción de protección presentada por el GAD de Santa Ana de Cotacachi en favor del Bosque Protector Los Cedros, en la cual se alegaron como vulnerados los derechos de la naturaleza, el derecho a un ambiente sano, el derecho al agua y la consulta ambiental. La Corte Constitucional confirma la decisión adoptada, acepta la acción propuesta por el GAD de Cotacachi y desarrolla jurisprudencia vinculante sobre este tema”. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 1149-19-JP/21”, *Caso n.º 1149-19-JP/20*, 10 de noviembre de 2021.

⁴²⁸ Ibid. Voto concurrente del Juez Constitucional Alí Lozada Prado, Párr. 4.2.

⁴²⁹ Ibid. Voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, Párr. 3.

De manera general los derechos en principio —*prima facie*— se comprenden en un plano de igualdad, ese horizonte en el cual se deslumbran todas las posibilidades, pero de la mano de los derechos y sus dinámicas con el entorno social se enfrentan con diversas relaciones de poder. Sería en términos marxistas la concentración del poder en el Estado, como un agente clave para la dominación del capital sobre el trabajo por medio de la propiedad privada. La interacción entre individuos y el Estado, presupone un desbalance, en donde el papel fundamental de los derechos consistió y consiste en precautelar a las personas de los abusos de poder por parte del régimen. En ese ámbito, “es pertinente recordar que en la lógica de los derechos existe siempre una posición de desequilibrio a partir de la situación de poder del Estado frente a los particulares”.⁴³⁰

Foucault lo plantea de manera más amplia y señala que todas las relaciones implican una relación de poder, no se concentra en manos de un sujeto o en la clase capitalista, se extiende a todo el cuerpo social.⁴³¹ “El poder no es más que un tipo particular de relaciones entre individuos. Y estas relaciones son específicas: dicho de otra manera, no tienen nada que ver con el intercambio, la producción y la comunicación, aunque estén asociadas entre ellas”.⁴³²

Históricamente, los derechos nacieron para proteger a los individuos de los excesos del poder público, que ocupa una posición de poder en sus relaciones con los particulares. En la actualidad, si bien se reconoce la existencia de otros poderes distintos al Estado, este significado de los derechos sigue plenamente vigente, a la luz de las múltiples potestades y privilegios de los que el Estado y sus organismos son titulares. Es por ello que, al reconocer al Estado como titular de derechos, está en juego la propia definición de los derechos.⁴³³

Justamente este equilibrio en materia de derechos de autor parecería que necesita una renovación, desde lo semántico y concebir nuevos desafíos concretos para lograr una renovada forma de conseguir el propósito deseado, entre el acceso al conocimiento por parte de cualquier persona para efectuar usos determinados y los beneficios de explotación de la obra.

⁴³⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 282-13-JP/19”, *Caso n.º 282-13-JP*, 4 de septiembre de 2019, 282-13, <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=282-13-JP/19>. Párr. 49.

⁴³¹ Hernán Fair, “Una aproximación al pensamiento político de Michel Foucault”, *Polis* 6, n.º 1 (junio de 2010): 16.

⁴³² Michel Foucault, *Tecnologías del yo y otros textos afines*, trad. Mercedes Allendesalazar (Buenos Aires: Paidós, 2008), 138.

⁴³³ Ecuador Corte Constitucional, “Caso n.º 282-13-JP”. Párr. 29.

Para alejarnos de la terminología equilibrista precisamente planteamos un enfoque pragmático basado en las limitaciones sobre el uso de las obras, con ello lo que se pretende es definir parámetros claros, en concreto a manera de un listado ejemplificativo de limitaciones y excepciones y en lo reglamentario sobre aspectos categóricos basados en el *fair use*, vistos como herramientas que permitan el uso, acceso, transformación, el desarrollo tecnológico y del conocimiento, lo cual podríamos definirlo como usos comunes.

Las diversas causales de limitaciones y excepciones al régimen de propiedad intelectual devienen de un marco normativo nacional, comunitario e internacional en los cuales se especifican cada una de las circunstancias concretas restrictivas del derecho absoluto de propiedad, su propósito es definir ciertas condiciones en las cuales las personas puedan acceder y usar las obras.

Lo decisivo en este planteamiento excepcional en cuanto a los derechos se refleja en la garantía del acceso y uso común a las personas, donde lo predominante si bien parte de las excepciones lo de fondo busca precisamente fortalecer el acervo cultural, del conocimiento y tecnológico. En concreto, estas situaciones legitimadas y reguladas mediante ley confieren ciertos usos comunes sobre las obras protegidas, sin que sea necesario obtener una autorización o realizar remuneración alguna al autor o titular de derechos.

Las excepcionalidades y limitaciones a la propiedad intelectual permiten un derecho de uso común, si bien no genera automáticamente bienes comunes, es el uso el que destaca como común, por cuanto cualquier persona podría realizarlo dentro de los parámetros excepcionales, es decir no se genera por sí mismo un bien común, lo que se desarrolla es un atributo del dominio o propiedad basado en el uso común, visto el derecho de uso como un elemento del derecho de dominio. La dinámica del derecho de propiedad actualmente no versa sobre el ejercicio de la titularidad como tal, parecería no importar quién es el titular, siempre y cuando haya posibilidad de generar usos comunes respecto al derecho de uso por parte de terceras personas en determinadas circunstancias, como por ejemplo las limitaciones y excepciones o el *fair use*. Lo que acontece es que el uso se convierte por antonomasia en el principal elemento del dominio que permite acceder, desarrollar y transformar bienes intangibles dentro de la sociedad tecnológica que actualmente estamos atravesando.

¿Qué permiten las limitaciones y excepciones?

Reconocen que cualquier persona pueda hacer usos libres y comunes de obras protegidas por el derecho de autor, esa libertad de uso lícitamente se concretiza en el uso común que cualquier persona podrá hacer del material protegido, sin autorización ni realizar pago por concepto alguno.

Para formular un esquema de limitaciones y excepciones me basaré y adaptaré la propuesta realizada por Daniel Álvarez Valenzuela, quien las agrupa conforme a su finalidad o propósito: “Excepciones para la libertad de expresión y/o creación, excepciones para usos privados, excepciones para discapacitados, excepciones para fines educacionales, excepciones para bibliotecas y archivos, excepciones de interés público o usos públicos, excepciones tecnológicas, excepción de usos justos”.⁴³⁴

El objetivo del trabajo no consiste en realizar un análisis pormenorizado de cada una de las limitaciones y excepciones de forma individual, sino identificar de manera global los fines que permiten fijar una limitación y excepción al uso de obras.

Dentro de la selección realizada en las limitaciones y excepciones si bien responden a criterios específicos, salta lo referencial en temas concretos de protección de derechos en casos particulares como las personas discapacitadas, educación cultura, bibliotecas y tecnología.

La forma en la cual pretendo conducir la reflexión respecto a la institución de las limitaciones y excepciones es en el marco de los derechos de uso que se desprenden una vez que la actividad se ejecuta dentro de las causales. En ese sentido, centraré mi atención en aspectos provocados por la excepcionalidad de la ley, que permite construir bienes comunes en cuanto a su uso. Analizaré específicamente el derecho de uso expresado en la parodia y en la sátira vistos como elementos fundamentales de la libertad de expresión, para luego describir situaciones en cuanto a las personas discapacitadas.

Excepciones para la libertad de expresión

De forma precisa, para aterrizar lo señalado, usaré el caso de la parodia y la sátira encasillados como géneros literarios y artísticos que tienen de base al derecho de la libertad de expresión, información y creación.

⁴³⁴ Daniel Álvarez Valenzuela, “En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor” (Geneva, Switzerland: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2011), 4, 5, doi:10.7215/IP_PB_20111207.

El uso de estos recursos artísticos o literarios se produce por ejemplo cuando existe una obra originaria la cual será objeto de la parodia o sátira, o en su defecto puede realizarse una obra originaria de ciertas situaciones o eventos determinados que un autor decide parodiar o satirizar. El hilo armonizador de estas creaciones cuenta de base a la libertad de expresión, es el derecho y la limitación que le otorga una capa blindada de protección a quien decide realizar la parodia o sátira. En base a la libertad de expresión es que se justifica el uso libre y común por cualquier persona para poder parodiar sin autorización o pago a una obra que goza de protección de derechos de autor. En este caso la obra derivada, es decir la obra mediante la cual se realiza la parodia o sátira, se basa y depende de la creación originaria como requisito para poder generar la obra burlesca al trabajo originario. La obra satírica o paródica que se basa en una anterior, depende para su creación de una obra originaria.

La otra situación anunciada es el hecho de la creación paródica o satírica de ciertas circunstancias, hechos o personas, en ese caso el uso común se basa fuertemente en el derecho a la libertad de expresión, a diferencia de la situación anterior, en este caso no parte de una obra originaria, sino de una situación que genera la obra cual realiza la sátira o parodia. En ambos casos, el argumento base sobre el cual se fundamentan las obras es la libertad de expresión y creación artística, sin embargo, ello no significa que este derecho es absoluto, de igual manera que el derecho de propiedad y otros derechos, la libertad de expresión y creación también tiene límites.

La regla general comprendería dos escenarios, por una parte, el uso común y libre de las obras susceptibles de ser parodiadas o satirizadas como limitación al derecho de propiedad intelectual de la obra originaria, cuando justamente se enmarque dentro de una parodia o sátira. Por otro aspecto, la libertad de expresión y creación su regla máxima es contar con una independencia absoluta, susceptible de limitación una vez que la obra o discurso por ejemplo hayan sido comunicados, por medio de la responsabilidad ulterior. Es decir, el acto de la libertad de expresión es el derecho como máxima, el cual podrá ser analizado o no mediante responsabilidad ulterior. Asimismo, existen límites a la libertad de expresión, determinados excepcionalmente en normas jurídicas nacionales e internacionales y jurisprudencia de casos particulares, en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional ecuatoriana.

la Corte reconoce que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores que, según la Convención Americana “[...] deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los

derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. De ahí que para considerarse legítimas, las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben: (i) estar expresamente previstas en una ley, (ii) perseguir un fin legítimo y, (iii) ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales” para la consecución de tal fin.⁴³⁵

Empero, las restricciones deben ser excepcionales, lo que prima es el pluralismo y la tolerancia como garantía de protección a la libertad de expresión que reconoce su salvaguardia de manera dual, amparando “no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”.⁴³⁶

El derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en los artículos 18 y 66 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, así como en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre derechos Humanos). En cuanto al contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, es de suma importancia los criterios de la Corte IDH, en la Opinión Consultiva No. 05/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A No. 5, párr. 70, en el cual considera al derecho a la libertad de expresión como una “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. Existe robusta jurisprudencia sobre el alcance y contenido del artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos Humanos —Convención CADH—.⁴³⁷ El vínculo entre democracia y libertad de expresión es fundamental, lo señalado por la Corte IDH dentro del caso Herrera Ulloa v. Costa Rica constituye una gran referencia, por cuanto la libertad de expresión logra consolidar y dinamizar una sociedad democrática:

⁴³⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Caso n.º 282-13-JP”, 19. Párr. 61.

⁴³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 5 de febrero de 2001, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Párr. 69.

⁴³⁷ Ver por ejemplo, Corte Interamericana de derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, Párrafo 148.

Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.⁴³⁸

Esta línea jurisprudencial ha sido acogida por altas cortes de varios países, por ejemplo: “México: la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCNJ), acción de inconstitucionalidad 29/2011, decisión de 20 de junio de 2013”. “Brasil: Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), reclamacao 18.638, decisión de 17 de septiembre de 2014”. “Panamá: Órgano Judicial de la República de Panamá, registro judicial, advertencia de inconstitucionalidad, expediente No. 478-08, sentencia de 11 de abril de 2014”. “Uruguay: Suprema Corte de Justicia de Uruguay. 1UE 1-18/2015, Directv de Uruguay Limitada c/ Poder Legislativo, acción de inconstitucionalidad, sentencia No. 79 de 5 de abril de 2016”. “Colombia: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391/07 de 22 de mayo de 2007”.

La titularidad de la libertad de expresión recae en todas las personas no solo en profesionales de la comunicación o artistas, su ejercicio cuenta con una doble dimensión tanto de forma individual como social, por ello no consiste únicamente en la posibilidad de expresarse, sino difundir pensamientos por cualquier medio, en su dimensión social los medios de comunicación son determinantes por cuanto se convierten en un vehículo a través del cual es posible obtener información, opiniones y expresiones de terceros y de igual manera promover la discusión de asuntos de interés público y ser una forma de control y auditoría social al gobierno.

La protección reforzada al libre flujo de información respecto al discurso relativo a asuntos de interés público: (i) fomenta el debate y el cuestionamiento de las posturas y decisiones de los distintos órganos del Estado; (ii) promueve la participación ciudadana en ejercicio de las actividades, cumplimiento de competencias estatales y diseño de políticas públicas; (iii) permite a los ciudadanos formarse una opinión, adoptar posturas y participar de manera efectiva e informada del proceso democrático; (iv) facilita el escrutinio y vigilancia respecto de las actividades estatales, e incluso sirve como contrapeso frente a potenciales abusos o arbitrariedades en el ejercicio del poder público.⁴³⁹

⁴³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, 67, 68, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Párr. 116.

⁴³⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Caso n.º 282-13-JP”. Párr. 66.

Justamente en el caso de las parodias o sátiras que se realizan a los gobiernos, políticos y en general a temas de interés público, cuentan y deberían enmarcarse dentro de esta protección reforzada, exactamente porque sus actuaciones públicas en la esfera oficial están sujetas a un escrutinio riguroso por toda la sociedad.

¿Puede existir una parodia de la parodia? Si, en efecto el mismo argumento para crear la primera obra de parodia, servirá de fundamento para la creación de la segunda, es preciso indicar que al igual que la obra derivada y que ha realizado la primera parodia, esta obra parodiada cuenta con derechos de autor, de hecho en ese caso, a pesar de surgir su creación de un uso común y libre al momento de materializar la creación paródica, se genera una protección automática por derechos de autor, produciendo una exclusividad de derechos de autor, salvo la propia limitación y excepción de los derechos de autor, contenida en la parodia, por tanto es posible, parodiar la parodia, aun así la obra derivada que ha generado la primera parodia, cuente con derechos de autor.

Esta excepción se puede asumir de mejor forma desde un recurso visual para ello agradezco profundamente a la artista Vilmatraca por la selección de obras y su aporte con este trabajo, quien nos dice en cuanto a su trabajo: “son los que critican a instituciones que muy pocos caricaturistas tocan, por ejemplo, la iglesia, los militares y policías y el periodismo del país. Jamás encontrarás dibujos en prensa con una autocrítica”.⁴⁴⁰

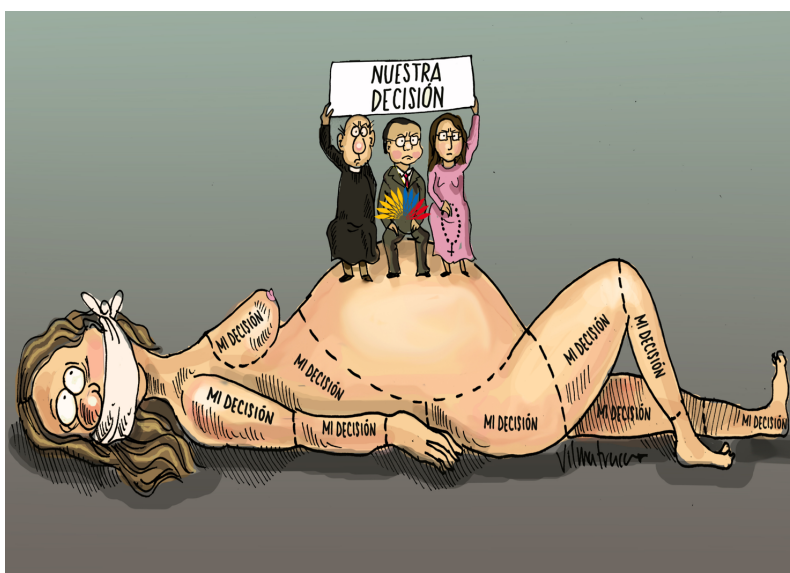


Figura 27. Aborto

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

⁴⁴⁰ Vargas Vallejo Vilma Julieta, Contracultura, parodia, sátira., Correo electrónico, 18 de mayo de 2022.



Figura 28. Cura Agustín
 Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 29. Grados de la policía
 Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

DE LEJOS, SE VEÍA LA DESESPERACIÓN DE LA GENTE POR LA MUERTE DE SUS SERES QUERIDOS...



DE CERCA, SE VIO LA INCAPACIDAD DE LAS AUTORIDADES...



Figura 30. Calles COVID-19
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

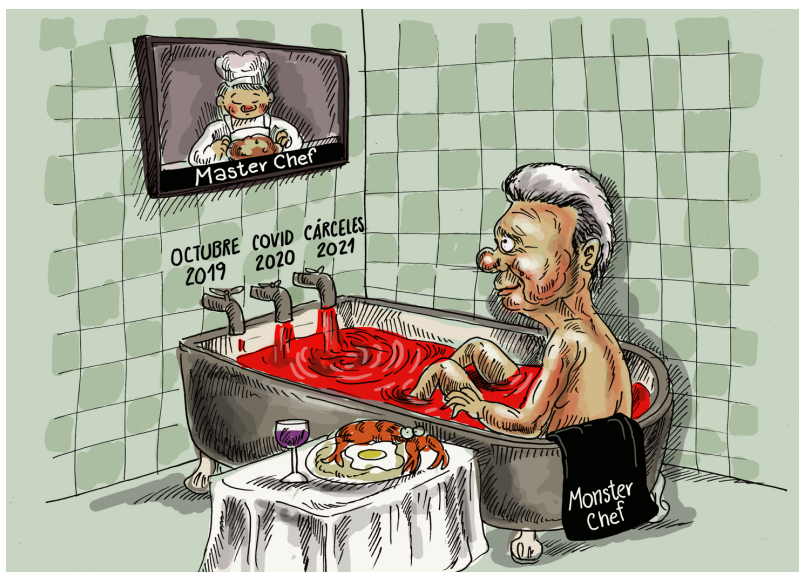


Figura 31. Monster Chef
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 32. Platos

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 33. Calendario de la prensa ecuatoriana

Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas



Figura 34. Zapatos rojos
Fuente: cuenta Twitter de Vilma Vargas

Excepciones a favor de discapacidades

Otro análisis es en cuanto a las limitaciones y excepciones tomando en consideración a las personas con discapacidades. Una limitación y excepción a la propiedad intelectual en donde el uso se vincula a una condición de salud, ese uso de manera predominante busca paliar la situación de una complejidad física de una persona, por ejemplo, una discapacidad visual. Además del acceso a la educación, cultura y tecnología este tipo de uso garantiza y guarda armonía con el derecho a la salud de las personas y pretende alcanzar la inclusión social, educativa y cultural.

Lo usual resulta en que los titulares de derechos se opongan a las excepciones al derecho de autor, inclusive si el beneficio este destinado a personas con discapacidades, mientras que, por el contrario, las personas favorecidas en general o en particular como en este caso, son entusiastas de las excepciones.

Es legítimo que las obras gozan de protección y los titulares tienen el justo derecho de explotar económicamente su obra, pero en el caso de personas con alguna discapacidad, que para el análisis en concreto tomaremos a quienes padecen de una afectación visual, es un limitante adicional el hecho del uso de obras protegidas por derechos de autor, esto por cuanto las obras se reproducen en formatos que no toman en cuenta las necesidades de este grupo humano, generando una doble barrera al momento de pretender acceder a su disfrute, doblemente porque está sujeto tanto a una protección de derechos de autor y a su condición física. Para poder superar la primera barrera en

cuanto a la protección autoral, se prevé un uso común destinado a favor de las personas con discapacidad visual.

Aun cuando las excepciones no basten para solucionar por completo el problema del acceso para las personas con discapacidades visuales, de ellas puede derivarse otro beneficio, además de la ayuda que, aunque limitada, permiten ofrecer los discapacitados. Las excepciones pueden constituir un reconocimiento público y oficial de la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares del derecho de autor y los intereses de los usuarios y, por lo tanto, pueden ser un argumento de peso que estos últimos pueden aducir en las negociaciones para lograr soluciones de más amplio alcance.⁴⁴¹

No es probable que una persona con discapacidad visual pueda leer todos los libros en un formato adecuado a su necesidad al mismo tiempo que quien no padece de ella, un mecanismo para lograr este cometido son las limitaciones y excepciones. Precisamente éstas pueden provocar beneficios tangibles y ágiles que se traducen en tiempos cortos. Si bien, las excepciones no se convertirán mágicamente en la solución integral para el acceso a la palabra escrita que las personas con discapacidades visuales requieren, ello no implica que deben dejarse de lado, al contrario, se necesita afianzar un régimen de limitaciones y excepciones de forma estratégica, sistémica e integral de tal manera que se produzca un engranaje de actores y sistemas como el tecnológico para llegar a resultados globales beneficiosos. Para este cometido es esencial sensibilizar a gobiernos, editores, desarrolladores de tecnología y software, bibliotecas, archivos, museos, organizaciones que produzcan formatos accesibles, y alternativos para las personas con discapacidades, con el fin de potenciar los enunciados legales.

En definitiva, el régimen de limitaciones y excepciones para personas con discapacidad visual, debe enfocarse en lineamientos que identifique el destinatario final y el tipo de obras que pueden utilizarse, los dejaré enunciados simplemente. En relación con el destinatario final la mejor forma para identificarlo considero es un criterio funcional, es decir teniendo en cuenta la discapacidad de la persona para leer obras de manera normal, de modo que favorezca a las personas que efectivamente deben ser ayudadas, su uso común si bien es general, se encuentra supeditado a favor de las personas discapacitadas. En cuanto a las obras son tres criterios a tomarse en

⁴⁴¹ Judith Sullivan, “Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales”, 20 de febrero de 2008, https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=75696.

consideración: 1) el tipo de obras, que abarca las literarias, artísticas y científicas, 2) que la obra se encuentre o no publicada; y, 3) si la excepción abarca a las obras que ya se encuentran disponibles en un formato accesible.

El tema ha tomado relevancia nacional e internacional, de hecho el Ecuador ha ratificado el Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas a las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso, el mismo fue publicado en el Registro Oficial No. 930 el 25 de Enero de 2017, su objeto es claramente identificado en su nomenclatura, genera una obligación para los países Miembros de “adoptar limitaciones y excepciones para la creación y el intercambio transfronterizo de determinadas obras publicadas en formatos accesibles para personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”.⁴⁴²

¿Cuáles son los límites y alcances de las limitaciones y excepciones? En ese aspecto se señala lo estático de la normativa y su dificultad para adaptarse al ritmo de la tecnología, por tanto, dejar que la decisión recaiga en un juzgador, reduce la necesidad de reformas constantes al régimen de limitaciones del derecho de autor. En esa línea debemos evitar inducir a los juzgadores a desarrollar un marco normativo demasiado restrictivo para las limitaciones, por lo que la ley de derechos de autor debe proporcionarles a los juzgadores los instrumentos legales necesarios para mantener el delicado equilibrio del derecho de autor incluso en tiempos de rápidos desarrollos tecnológicos que constantemente requieren ágiles adaptaciones. Finalmente, si bien la necesidad de contar con limitaciones flexibles es lo central, precisamente a la luz de los desafíos que surgen del entorno digital, no debemos descuidar los beneficios que se derivan de un alto grado de seguridad jurídica, se debe tender a desarrollar un sistema bipartito, flexible y seguro a la par, que proporciona suficiente flexibilidad para afrontar los retos de la tecnología digital y al mismo tiempo un alto grado de seguridad jurídica.⁴⁴³

⁴⁴² Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. (Suiza: Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), 2016), 18, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf.

⁴⁴³ Martin Senftleben, “The International Three-Step Test. A Model Provision for EC Fair Use Legislation”, *Jipitec* 1, n° 2 (26 de julio de 2010): 67–82.

8. Creaciones no protegibles en el derecho de autor o comunes del conocimiento

La importancia de este apartado radica en aquellas creaciones que no logran obtener la protección de obras bajo el régimen de derechos de autor, su consecuencia legal inmediata es la falta de amparo jurídico como bien, convirtiéndose directamente en comunes de manera amplia, tanto respecto de su titularidad como en consideración a su objeto como bien. Nadie puede reclamar ni la autoría ni la titularidad de esa creación no protegible, asimismo respecto de la creación no protegible puede realizarse cualquier uso, transformación o disposición. En concreto, ¿cuáles son los efectos jurídicos de las creaciones no protegibles? no gozan de ningún tipo de protección jurídica, aquello los convierte en creaciones comunes respecto a su apropiabilidad, ningún sujeto puede reivindicar su titularidad convirtiéndose en bienes inapropiables. Sin perjuicio de ello, si la creación no protegible es de utilidad para una persona puede hacerlo sin problema, hecho que recalca su esencia de común del conocimiento en base a la naturaleza creativa.

Este intersticio legal es por excelencia un generador de comunes, las creaciones no protegibles como los ha denominado la normativa jurídica y comunes del conocimiento u obras comunes como he optado por su denominación son las siguientes:

- 1) las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas,
- 2) el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial,
- 3) los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí,
- 4) las disposiciones legales y reglamentarias,
- 5) los proyectos de ley,
- 6) las resoluciones judiciales,
- 7) los actos, decretos, acuerdos, resoluciones, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos,
- 8) textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como sus traducciones oficiales,
- 9) los discursos políticos,
- 10) las disertaciones pronunciadas en debates judiciales.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ Las creaciones no protegibles, obras comunes o bienes comunes del conocimiento, se encuentran reguladas en los siguientes artículos y normas: Art. 102 y 107 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código Ingenios), Art. 7 de la Decisión Andina 351, Art. 9.2 del ADPIC y finalmente el artículo 2 bis en su numeral 1 señala que: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales”.

Si analizamos el potencial individual de cada una de estas obras comunes son infinitas e impresionantes en cuanto a usos posibles, por ejemplo, para identificar un caso en concreto, las ideas, las cuales no gozan per se de protección, pero sin duda pueden ser consideradas disparadores para la innovación, proyectos, capital semilla y en general posibles obras literarias, artísticas o desarrollos tecnológicos de distinta índole incluido el software. “Las ideas son los brotes y claves para entender nuestro mundo, para bien o para mal. Comprender las creencias, cosmovisiones, ideas científicas y teorías filosóficas más influyentes forma parte del equipamiento necesario para los ciudadanos comprometidos.”⁴⁴⁵

Igualmente, en el caso de leyes o las sentencias, imaginemos por un momento qué acontecería si tuviesen protección por derechos de autor, al extremo que cada vez que alguien pretenda usar o reproducir una norma jurídica o una sentencia deba solicitar autorización y remunerar al autor, legislador o al juzgador, respectivamente. El espíritu detrás de esta falta de protección a las obras —leyes, sentencias— se vincula fuertemente con la creación de un acervo global del conocimiento, el interés y usos públicos, así como el avance mismo de la sociedad, lo contrario, es decir una fuerte restricción a este tipo de contenidos presupone una limitación innecesaria y absoluta en detrimento del progreso humano.

En ese mismo sentido, pero con un vínculo muy fuerte a la educación y al avance del conocimiento evolutivo de la humanidad, las obras comunes contenidas por ejemplo en métodos de operación o conceptos matemáticos, qué pasaría si la propiedad intelectual, la protección al derecho de autor se superpone al uso de un método o concepto matemático, cada vez que alguien necesita usar el teorema de Pitágoras o el número π . Si la regla general se mantendría sin más, por cada uso de la obra correspondería una autorización y remuneración, pero la naturaleza misma de este tipo de obras comunes, persiguen el adelanto del conocimiento, siendo totalmente contradictorio colocar impedimentos y restricciones legales por usos a este tipo de obras comunes. Su finalidad esencial es alimentar y provocar la generación constante del intelecto.

⁴⁴⁵ A. C Grayling, *El poder de las ideas: claves para entender el siglo XXI*, 1ª ed. (Barcelona: Ariel, 2015).

Un apartado y análisis particular podría resultar, en la situación de compilación a manera de colección de este tipo de obras comunes ¿sobre la compilación de este tipo de obras comunes caben otorgarse derechos de autor?

En cuanto a estas obras comunes o comunes del conocimiento, el creador gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas, cumplido este requisito su protección se genera en cuanto a sus criterios de originalidad en relación con la selección o disposición de sus contenidos, protección que no se extiende no al contenido como tal, por cuanto, sobre esas obras no cobija de protección el derecho de autor, sino se transforma en materia protegible a su compilación o colección, pero como he manifestado, siempre y cuando sus criterios compilatorios le otorguen originalidad.⁴⁴⁶

Las obras para gozar de protección deben cumplir con dos requisitos, 1) que sean originales; y, 2) que sean susceptibles de ser expresadas, reproducidas o divulgadas por cualquier forma o medio conocido o por conocerse, estos requisitos en su mayoría se encuentran consensuados por la normativa nacional, comunitaria e internacional.⁴⁴⁷ Entonces, si una obra no es beneficiaria de estos dos requisitos, no cuenta con protección, las obras que no cuentan con el amparo legal bajo los lineamientos del derecho de autor, de igual manera podrían ser asumidas como obras no protegibles y por ende tendrían cabida en lo que he denominado obras comunes.

En la normativa jurídica de propiedad intelectual no es usual que se realice un listado detallado y cerrado de las obras que protege el derecho de autor. No obstante, de manera general, entre las obras que gozan de amparo se encuentran las literarias, artísticas y científicas.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ La protección sobre la compilación y colección de todo tipo de obras, no únicamente las obras comunes, se regula en los artículos 104.2 y 140 del Código Ingenios.

⁴⁴⁷ El primer inciso del artículo 104 del Código Ingenios regula: “La protección reconocida por el presente Título recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas, que sean originales y que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse”. Igualmente, el artículo 3 de la Decisión Andina 351 indica: “Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.”

⁴⁴⁸ En detalle puede incluir entre otras: “libros, folletos, impresos, epistolarios, artículos, novelas, cuentos, poemas, crónicas, críticas, ensayos, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, conferencias, discursos, lecciones, sermones, alegatos en derecho, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma, colecciones de obras, tales como enciclopedias, antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales originales, sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre las obras, materiales, información o datos, obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales, composiciones musicales con o sin letra, obras cinematográficas y otras obras audiovisuales, las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado,

De un barrido del estado del arte del tema específico, la literatura de la materia no le ha otorgado la importancia que podría ocupar este tipo de categorías no protegibles por el derecho de autor, sin perjuicio de ello, considero que su cuantía para la humanidad ha sido significativa. Su valía se desprende en su naturaleza y usos abiertos, si bien parte de un listado que se entiende cerrado, se abren dos caminos por una vía deja expresamente la potestad al legislativo para incluir otro tipo de obras comunes que podrían ser consideradas como tal o en su defecto parámetros a cumplirse para gozar de esa condición. Asimismo, extensiones interpretativas a las obras comunes que abarquen otras adicionales mediante la resolución de un caso en concreto.

9. Licencias obligatorias a favor de los comunes: ¿cómo se relacionan las licencias obligatorias y lo comunes del conocimiento?

¿Qué son las licencias obligatorias? Las licencias obligatorias son una parte específica del régimen de las limitaciones y excepciones como género. Simplemente para fines de contexto situaré conceptualmente a la figura jurídica de la licencia obligatoria para conectar el planteamiento relacional entre ésta y los comunes.

Cabría definir qué es una licencia y su particularidad en cuanto a la licencia obligatoria, básicamente una licencia es un contrato o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, por una parte el titular del derecho de propiedad intelectual y por otra parte el sujeto beneficiario, el titular del derecho asume el papel de licenciante y permite el uso del bien intangible y el beneficiario que se transforma en licenciatarario quien es la persona que podrá explotar la creación, innovación o signo distintivo dependiendo la figura de propiedad intelectual, uso que será acorde a un valor o contraprestación a título oneroso o gratuito, por un lapso de tiempo y supeditado a una circunscripción geográfica. Lo señalado es de forma general y cabe como una licencia voluntaria, el contrato de licencia puede abarcar más elementos particulares que son igualmente significativos para los intereses de las partes, tales como la definición en concreto de los derechos patrimoniales a explotarse, así como su forma, por señalar un caso si la reproducción abarcará únicamente el ámbito análogo o incluirá lo digital, en ese sentido

litografía y las historietas gráficas, tebeos, cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, ilustraciones, gráficos, mapas, croquis y diseños relativos a la geografía, la topografía y, en general, a la ciencia, obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía, obras de arte aplicado, en la medida en que su valor artístico pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas, obras remezcladas, siempre que, por la combinación de sus elementos, constituyan una creación intelectual original, software”. Regulados en el Art. 104 Código Ingenios.

la distribución de la obra será de forma física o virtual, solamente como ejemplos de lo que puede contener un convenio de licencia.⁴⁴⁹ Entendida como: “Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos”.⁴⁵⁰

La licencia obligatoria es parte del género de las limitaciones y excepciones del derecho de autor, si bien esta figura es muy discutida y usada en cuanto al régimen de patentes principalmente, con énfasis en el ámbito de la salud, la figura se presta para poder crear una institucionalidad propia respecto a los derechos de autor, por tanto en el presente apartado analizaré la licencia obligatoria en el régimen del derecho de autor a la cual se la conoce también con la denominación de licencia no voluntaria.

En general y de manera amplia, las limitaciones y excepciones se subdividen en dos categorías: a) la libre utilización, es decir, la no obligación de compensar al titular de los derechos por la utilización de su obra y la no obligación de haber pedido autorización; y b) las licencias no voluntarias —u obligatorias—, exigen compensación económica al titular de los derechos por la explotación no autorizada. En la categoría a) caben todos los casos específicos como la cita, sátira, parodia, uso de obra con fines educativos, periodísticos, etc., asimismo los supuestos jurídicos como la regla de los tres pasos o los criterios del *fair use*, usos que se los realiza sin compensación al titular de los derechos. En la categoría b) las licencias obligatorias o no voluntarias cuentan con requisitos propios de esta institución jurídica, pero el uso está supeditado como exigencia se debe compensar al titular de los derechos.

Con las llamadas licencias no voluntarias (obligatorias), las obras pueden ser utilizadas en determinadas circunstancias sin que sea necesaria la autorización del titular de los derechos, aunque se debe proceder a la compensación respecto de dicha utilización.

⁴⁴⁹ “Por concesión de licencias se entiende que el titular del derecho de autor conserva la propiedad pero autoriza a un tercero a realizar determinados actos protegidos por sus derechos patrimoniales, por lo general, durante un plazo específico y con una finalidad concreta. Por ejemplo, el autor de una novela puede conceder una licencia a un editor para realizar y distribuir ejemplares de su obra. Además, puede conceder una licencia a un productor cinematográfico a fin de realizar una película basada en su novela. Las licencias pueden ser exclusivas, en el sentido de que el titular del derecho conviene en que no otorgará autorización a terceros para realizar los actos objeto de licencia; o no exclusivas, lo que significa que el titular del derecho puede autorizar a otros a realizar los mismos actos objeto de licencia. A diferencia de la cesión, la licencia no atribuye por lo general el derecho a autorizar a terceros a realizar actos amparados mediante derechos patrimoniales”. Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos.*, 20, 21.

⁴⁵⁰ Artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual, Codificación 13, Registro Oficial Suplemento 426 de 28-dic-2006, la misma fue reemplazada por el Código Ingenios.

Esas licencias se llaman “no voluntarias” en la medida en que están contempladas en la legislación y no derivan del ejercicio de la prerrogativa exclusiva de que goza el titular del derecho de autor para autorizar determinados actos, de suerte que no son voluntarias por parte del titular del derecho de autor[...] En el marco de los sistemas nacionales de derecho de autor se han establecido licencias no voluntarias cuando han aparecido nuevas tecnologías para la difusión de obras al público, lo cual se justifica por la preocupación de los legisladores nacionales de que los titulares de derechos estén obstruyendo o puedan obstruir el desarrollo de esa nueva tecnología, al denegar la autorización para la utilización de las obras.⁴⁵¹

Desde lo dogmático el análisis jurídico del tema principalmente se regula en el Convenio de Berna, Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio —ADPIC—, Decisión 351 y 486 de la Comunidad Andina y el Código Ingenios todas en lo atinente, por lo que me remitiré a las mismas para efectos del presente desarrollo. La normativa indicada no regula una definición de licencia obligatoria como tal, en ese sentido y de forma general considero que es aplicable en ciertos aspectos pertinentes lo regulado en la institución de licencias obligatorias para el caso de patentes, además de criterios doctrinarios empleados para definir la licencia obligatoria o licencia no voluntaria en el ámbito de derechos de autor. La Organización Mundial de Comercio —OMC— se refiere a la licencia obligatoria

cuando las autoridades conceden licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente para usar los derechos de la patente —fabricar, usar, vender o importar un producto protegido por una patente (es decir, un producto patentado o un producto fabricado por un procedimiento patentado)— sin el permiso del titular de la patente. Permitido en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC (propiedad intelectual) a condición de que se cumplan ciertos procedimientos y condiciones.⁴⁵²

Si adaptamos la definición proporcionada al régimen de derechos de autor, la esencia de la institución podría adaptarse a la figura de derechos de autor. En ese sentido, el régimen legal, no prohíbe que se desarrolle de manera interna en los países Miembros normativa nacional de la temática, al contrario, otorga lineamientos generales que se deberán tomar en cuenta de manera ampliada si un país decide implementarla. Distinto es el caso de las marcas de fábrica o de comercio, en donde existe una prohibición específica para establecer licencias obligatorias —Art. 21 ADPIC—.

⁴⁵¹ Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos.*, 17.

⁴⁵² “OMC | Glosario - Licencia obligatoria”, accedido 20 de mayo de 2022, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/licencia_obligatoria_s.htm.

A pesar de que en ADPIC las licencias obligatorias se las regula para patentes, el supuesto jurídico construido en la disposición normativa, coloca los elementos esenciales que debería contener la licencia obligatoria en el caso aplicable para los derechos de autor. El artículo 31 ADPIC se denomina: “Otros usos sin autorización del titular de los derechos”, no toma la nomenclatura de licencia obligatoria, pero en su disposición normativa indica los parámetros bajo los que se ha de cumplir lo regulado, el artículo permite a un país Miembro realizar “usos en materia de patente sin que medie autorización del titular de derechos, abarca el uso realizado por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno”. Para el efecto de revisar de manera concreta cada una de las disposiciones y condiciones para la licencia obligatoria sugiero remitirse al artículo 31 de ADPIC.

De manera amplia podría clasificarse los supuestos de la licencia obligatoria en cuatro tipos de categorías: 1) las licencias que subsanan un abuso de los derechos, 2) las licencias que se aplican ante una emergencia de carácter nacional, 3) las licencias que se aplican ante una situación de extrema urgencia; y, 4) las patentes dependientes. Bajo este esquema es posible adaptar las condiciones del régimen de licencias obligatorias en materia de patentes, al caso de licencias obligatorias al derecho de autor, lo que podría excluirse es el numeral 4) por cuanto la figura de patentes dependientes no aplicaría para los derechos de autor, restando esto, dentro de lo concerniente es posible realizar una adaptación general a las obras protegidas por el derecho de autor.

¿Qué es y cómo opera la licencia obligatoria en el régimen de derechos de autor?

La licencia obligatoria en los derechos de autor es una forma especial de permiso “que ha de concederse obligatoriamente, en la mayoría de los casos por las autoridades competentes o por conducto de organizaciones de autores, en condiciones definidas y para tipos determinados de utilización de las *obras”.⁴⁵³ En ese sentido, “están sujetas a una previa solicitud de concesión formal de la *licencia, o al menos a una notificación previa al titular del derecho de autor”.⁴⁵⁴ En ello radica una gran diferencia con las licencias legales, “que en virtud de ley autorizan directamente sin previa solicitud ni

⁴⁵³ György Boytha, *WIPO Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighboring Rights* =: *OMPI Glossaire Du Droit d'auteur et Des Droits Voisins*, ed. World Intellectual Property Organization (WIPO), WIPO Publication, no. 816 (Geneva: World Intellectual Property Organization, 1980), 51, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf.

⁴⁵⁴ Ibid.

notificación”.⁴⁵⁵ En el campo del derecho autoral, como mencioné anteriormente, a la licencia obligatoria se la conoce también como licencia no voluntaria.

Se entienden como licencias no voluntarias las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación con determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra.⁴⁵⁶

De manera general, la licencia no voluntaria se divide en dos categorías diferentes: a) licencias obligatorias y b) licencias legales.⁴⁵⁷ El Convenio de Berna de manera puntual se refiere a las licencias obligatorias y coloca supuestos bajo los cuales ha de llevarse su ejecución, en particular regula dos casos. Respecto de grabaciones musicales.

el artículo 13,1 del Convenio de Berna remite a los legisladores nacionales la posibilidad de permitir la grabación de una obra musical (incluso con la letra, si el autor de esta última ha autorizado su uso con la música), a condición de que una grabación inicial ya haya sido efectuada con el consentimiento de los autores, de modo que, a través de la licencia, puedan hacerse otras grabaciones de la misma obra sin necesidad de una nueva autorización.⁴⁵⁸

Lo que señala el artículo 13.1 del Convenio de Berna es lo siguiente:

Cada país de la Unión, podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ricardo Antequera Parilli, *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos* (Caracas, República Bolivariana de Venezuela: Escuela Nacional de la Judicatura, 2001), 188.

⁴⁵⁷ En cuanto a las licencias obligatorias he remitido su definición, corresponde enunciar lo que se define como licencia legal. “Las licencias legales, donde la autorización es concedida directamente por la ley, igualmente en casos especiales para usar la obra por un modo determinado y, como en las licencias obligatorias, mediante el pago de una remuneración. A diferencia de las licencias obligatorias (en las que debe solicitarse la autorización respectiva ante la autoridad o entidad competente), en las licencias legales dicho permiso es otorgado por la ley, sin necesidad de previa solicitud de concesión o de notificación alguna”. Ibid., 188, 189.

⁴⁵⁸ Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera, «Las Licencias Obligatorias como Límites a los derechos de Propiedad Intelectual», *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual* Tomo 1, 14 de julio de 2009, 21.

que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

Respecto de la radiodifusión, la distribución de programas radiodifundidos y/o para la comunicación pública de obras emitidas por radiodifusión.

el artículo 11bis 2 del Convenio de Berna difiere a las leyes nacionales la posibilidad de que se concedan licencias no voluntarias, en cualquiera de los supuestos de utilización a que se refiere el párrafo 1 del art. 11 bis del mismo Convenio, es decir:

- a. Para la radiodifusión de las obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
- b. Para la comunicación pública por hilo o sin hilo de las obras radiodifundidas, cuando esta comunicación sea efectuada por un organismo distinto del de origen; y/o,
- c. Para la comunicación pública mediante altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.⁴⁵⁹

El artículo 11bis 1 y 2 señalan:

Artículo 11 bis

1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.

En concreto el Convenio de Berna contempla dos licencias no voluntarias que permiten “la reproducción mecánica de obras musicales y la radiodifusión”. Un detalle importante en ambos casos para su operatividad ocurre cuando así lo establezca la respectiva ley nacional del país miembro, que puede optar por acogerla o no en su legislación interna, para lo cual podría tomar ambos escenarios o inclusive optar por colocar otras variadas situaciones.

⁴⁵⁹ Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera, “Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual”, *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual Tomo 1*, 14 de julio de 2009, 21, 22.

Al igual que el Convenio de Berna, otro instrumento internacional que regula la licencia obligatoria para los derechos de autor es la Convención Universal sobre Derecho de Autor, su uso se relaciona respecto del derecho de traducción sobre escritos a un idioma de uso general en el país, siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias, por ejemplo opera “después de transcurridos siete años desde la primera publicación del escrito, siempre que dicha traducción no se haya publicado durante el mencionado período”, “demostrar que se ha pedido al titular del derecho la autorización para hacer y publicar la traducción”, y que “después de haber hecho las diligencias pertinentes no pudo localizar al titular del derecho u obtener su autorización”, es necesario imprimir en todos los ejemplares de la traducción publicada el título y el nombre del autor de la obra original. Hay que tomar en cuenta que la licencia “no opera en el caso de que el autor haya retirado de la circulación los ejemplares de la obra”.⁴⁶⁰

Tanto la Convención Universal como el Convenio de Berna expuestos, se caracterizan, tanto por remitirse a la legislación nacional su aplicación concreta y también en cuanto pretenden beneficiar a los países en desarrollo.

En síntesis, tales licencias obligatorias pueden otorgarse en los siguientes casos:

- a. Para la traducción de una obra a los fines de su reproducción, si a la expiración de un plazo de tres años o de un periodo más largo determinado por la ley nacional del país que otorga la licencia, contados desde la fecha de la primera publicación de una obra, no se hubiere publicado una traducción de la misma en un idioma de uso general en ese país, por el titular del derecho de traducción o con su autorización, pero no puede concederse esta licencia, si el autor ha retirado de la circulación todos los ejemplares de su obra, por ejemplo, en ejercicio de su “derecho de retracto”.
- b. Para la radiodifusión de la traducción de la obra, siempre que sea efectuada a partir de un ejemplar producido y adquirido conforme a la legislación del país que otorga la licencia, para su uso exclusivo en emisiones con fines de enseñanza o para difundir el resultado de investigaciones técnicas o científicas especializadas a expertos de una profesión determinada, siempre que el uso de la traducción no tenga fines de lucro.
- c. Para traducir textos incorporados a una fijación audiovisual, con el solo propósito de utilizarla para fines escolares o universitarios.
- d. Para la reproducción de una obra con el fin de responder a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria, cuando el titular del derecho no haya puesto a la venta los ejemplares en dicho país en el plazo de 5 años, el cual será sin embargo de 3 años para las obras que traten de ciencias exactas, naturales o de tecnología, o de 7 años para las que pertenezcan al campo de la imaginación tales como novelas, obras poéticas, dramáticas y musicales, y para los libros de arte.
- e. En similares condiciones a las anteriores, para la reproducción audiovisual de fijaciones audiovisuales efectuadas legalmente y que constituyan o incorporen obras

⁴⁶⁰ Para revisar en detalle lo prescrito en la Convención Universal sobre derecho de Autor, remitirse al artículo V.2 literales a) al f). Suplemento del Registro Oficial No. 153, 25 de noviembre 2005.

protegidas, y a la traducción del texto que las acompañe en un idioma de uso general en el país donde la licencia se solicite, entendiéndose en todo caso que las fijaciones audiovisuales han sido concebidas y publicadas con el fin exclusivo de ser utilizadas para las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria.⁴⁶¹

A nivel comunitario andino la licencia obligatoria y la licencia legal de derechos de autor, al referirse al respecto, únicamente coloca como límite de umbral a lo regulado por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas y a la Convención Universal sobre Derecho de Autor.⁴⁶² No existe una prohibición expresa sobre su implementación a nivel interno de los países andinos, sino parámetros generales que deben tener en consideración si deciden colocar esta figura en sus respectivos países. Con ello, siguiendo lo indicado, en líneas anteriores, a nivel comunitario las licencias obligatorias se prescriben de forma concreta en relación con el sistema de patentes, por medio de la Decisión Andina 486.

Para aterrizar los criterios legales andinos de la normativa 486 del Régimen Común sobre Propiedad Industrial, emplearé una Interpretación Prejudicial —IP— resuelta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —TJCA— el 16 de marzo de 2021, mediante Proceso 144-IP-2019, en el cual analiza en referencia respecto a licencias obligatorias de patentes farmacéuticas por razones de interés público.

Tomaré la estructura y extractos de la IP del Proceso 144-IP-2019 para abordar lo pertinente a la figura de licencia obligatoria, recalcar nuevamente que si bien lo que regula el caso y la normativa andina 486 es en cuanto al sistema de patentes y licencia obligatoria, de manera general, muchos criterios pueden ser adaptados y regulados al régimen de licencias obligatorias para materia de derecho de autor.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —TJCA—, en su análisis respecto a lo referente a la licencia obligatoria lo aborda con detalle en los numerales dos y tres. En el numeral dos explica dicha institución jurídica y en numeral tres el desarrollo de los supuestos, características y obligaciones.

⁴⁶¹ Antequera Parilli y Antequera, “Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual”, 23, 24.

⁴⁶² Ver Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, Registro Oficial 366 de 25-ene-1994: “Art. 32.- En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre derecho de Autor.”

Basado en los artículos 61, 65, 66 y 67 de la Decisión andina 486 en el numeral 2.2. del Proceso 144-IP-2019 se plantea una definición y los supuestos o situaciones en las que las oficinas nacionales competentes, en base a su potestad pueden otorgarlas.

Las licencias obligatorias son autorizaciones de uso y explotación de una patente a favor de un tercero sin que exista intervención del titular de la patente en dicha autorización, pues quien otorga la autorización es la autoridad nacional competente. El régimen de propiedad industrial de la Comunidad Andina dispone que una licencia obligatoria puede ser adoptada bajo los siguientes supuestos: (i) por la falta de explotación de la patente; (ii) la existencia de razones de interés público, de emergencia, o de seguridad nacional; (iii) ante la presencia de conductas anticompetitivas, especialmente el abuso de la posición de dominio; o, (iv) cuando el titular de una patente requiere, para explotarla, necesariamente del empleo de la patente de otro.⁴⁶³

La misma IP en el numeral 2.6 logra abordar cada una de las situaciones que plantean las posibles concesiones de licencias obligatorias.

Licencias obligatorias otorgadas principalmente para la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del procedimiento patentado (por ausencia de explotación de la patente por parte de su titular). Pueden ser otorgadas por la oficina nacional competente de conformidad con el Artículo 61 de la Decisión 486, a solicitud de cualquier interesado y siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones concurrentes:

- Que hayan transcurrido más de tres años desde la fecha de concesión de la patente o cuatro años desde la fecha de su solicitud;
- Que se demuestre que la patente no ha sido explotada en los términos que establecen los Artículos 59 y 60 de la Decisión 486, en el país Miembro donde se solicita la licencia; o, que la explotación de la invención estuvo suspendida por más de un año; y,
- Que quien la solicite hubiere intentado previamente obtener una licencia contractual del titular de la patente, en términos y condiciones comerciales razonables, y este intento no hubiere tenido efectos en un plazo prudencial.

(ii) Licencias obligatorias por razones de interés público, de emergencia, o de seguridad nacional, de conformidad con lo previsto en el Artículo 65 de la Decisión 486, y solo mientras estas razones permanezcan. En estos supuestos, la concesión de una licencia obligatoria no menoscaba el derecho del titular de la patente de continuar explotándola.

(iii) Licencias obligatorias cuando se presentan prácticas que afectan la libre competencia. Se podrán otorgar de oficio o a petición de parte, previa calificación de la autoridad nacional en materia de libre competencia; en particular, cuando esas prácticas constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente, de conformidad con lo previsto en el Artículo 66 de la Decisión 486.

(iv) Licencias obligatorias solicitadas por el titular de una patente, cuya explotación requiera necesariamente del empleo de otra. La oficina nacional competente podrá concederla cuando el solicitante no pudo obtener una licencia contractual en condiciones comerciales razonables y siempre que se demuestre el cumplimiento de las condiciones previstas en el Artículo 67 de la Decisión 486; en particular, que la invención reivindicada por la segunda patente suponga un avance técnico importante de

⁴⁶³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 144-IP-2019 (16 de marzo de 2021).

una importancia económica considerable con respecto a la invención reivindicada por la primera patente.⁴⁶⁴

El —TJCA— en el numeral 2.5. del Proceso 144-IP-2019 realiza una diferencia importante entre excepción y limitación a la propiedad intelectual, lo cual puede ser empleado indistinto de la figura tanto en derechos de autor y patentes. Asume a las excepciones con alcance general y las limitaciones son particulares a casos en concreto.

Resulta pertinente precisar que la licencia obligatoria no es una <<excepción>>, sino una <<limitación>> al derecho de propiedad industrial, pues, mientras la primera se caracteriza por tener alcance general, la segunda, que es la institución que nos ocupa, tiene carácter particular, en el sentido de que se concede por la autoridad competente caso por caso si las circunstancias lo justifican.⁴⁶⁵

En vista de que el caso a resolver versa sobre una beneficiaria de una licencia obligatoria de patente de invención por razones de interés público, el TJCA analiza en el numeral tres lo relacionado al régimen de licencias obligatorias otorgadas “por razones de interés público, emergencia, seguridad nacional”, lo cual se encuentra regulado en el artículo 65 de la Decisión Andina 486. La limitación generada al derecho subjetivo, el objeto, contenido y alcance contenido, cuenta con una interpretación restrictiva de la mencionada norma andina que “busca garantizar un adecuado equilibrio entre la finalidad pública que la autoridad administrativa busca salvaguardar y el interés privado del titular de la patente, quien tiene derecho a seguir explotando la patente y a percibir una compensación económica”.⁴⁶⁶

¿Qué se entiende por interés público en licencia obligatoria? “debe entenderse como al género y no a la especie, en el sentido de que todas las licencias obligatorias (por razones de interés público, de emergencia y de seguridad nacional) no menoscaban el derecho del titular de la patente a seguir explotándola”.⁴⁶⁷ En ese sentido se clarifica y se asume que el género es: “razones de interés público” y sus especies son: “las situaciones de emergencia, las razones de seguridad nacional y otras razones que también califiquen como de interés público”, como por ejemplo “el uso público no

⁴⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso 144-IP-2019*.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

comercial, la necesidad de que la población tenga acceso a determinados productos (v.g., medicamentos, alimentos), la protección ambiental, entre otros”.⁴⁶⁸

El otorgamiento recae sobre la autoridad nacional competente que en el Ecuador es el Servicio Nacional de derechos Intelectuales —SENADI— de la mano con el principio y derecho constitucional del “debido proceso” y específicamente “la garantía de la motivación” —Art. 76.7.(1) Constitución ecuatoriana— el acto mediante el cual se otorga la licencia obligatoria deberá estar debidamente motivado, “tomando en consideración las particularidades de cada caso, tiene que acreditar debidamente las circunstancias que, por ejemplo, constituyen una situación de emergencia o la puesta en peligro de la seguridad nacional”⁴⁶⁹.

Mientras escribo estas líneas, hemos cumplido dos años de la pandemia mundial provocada por el “virus: coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2), que según la Organización Mundial de Salud —OMS— denominó a la enfermedad con el nombre de COVID-19”.⁴⁷⁰ Si bien el tema de salud es un derecho fundamental, humano y global, que parecería obvia su protección, privilegiando el bien común del interés colectivo antes que el individual corporativo empresarial de quien contiene los derechos de propiedad intelectual como inyecciones, pruebas y la vacuna para la enfermedad, no deja de sorprender la voracidad con la que se han dinamizado las reglas del mercado en el segmento de salud. Hasta cierto punto es romántico pretender reivindicar el derecho a la salud y crear espectros beneficiosos tanto en el derecho de uso común, así como permitir la generación de bienes comunes para el beneficio de la humanidad como vacunas que contrastan el virus SRAS-CoV-2, sin embargo, considero que es un ejemplo predominante en el cual la empatía humana en beneficio de la salud como bien común global de la humanidad, debería prevalecer ante los intereses económicos.

En este orden de ideas, su relación de lo explicado y la licencia obligatoria que puede ser otorgada por una emergencia sanitaria, provoca una problematización que no ha tenido unanimidad, precisamente por los diversos intereses económicos principalmente que se encuentran en juego, cabe preguntarse ¿Puede otorgarse una

⁴⁶⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso 144-IP-2019*.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ “Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa”, *Organización Mundial de la Salud*, accedido 17 de marzo de 2022, [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it).

licencia obligatoria para liberar patentes médicas que combatan el virus SRAS-CoV-2 por razones de emergencia sanitaria? Sin duda, este hecho ha generado una gran cantidad de debates, coloquios y varios artículos académicos y científicos, de hecho ésta aparente y sencilla pregunta, podría ser el trabajo de una gran investigación independiente, que no es lo central de mi propuesta de investigación, sin perjuicio, el Proceso 144-IP-2019, Interpretación Prejudicial que fue emitida el 16 de marzo de 2021, es decir ya encontrándonos en la pandemia del COVID-19, describe una situación de pandemia y licencia obligatoria.

A modo de ejemplo, si se trata de una emergencia sanitaria provocada por una pandemia, la autoridad tiene que acreditar la existencia de la pandemia y los efectos nocivos sobre la población, lo que significa identificar al agente patógeno (v.g., un virus determinado), las características de la enfermedad, el porcentaje de la población que se encuentra afectada —o que podría verse afectada— por la enfermedad, si es que hay una población más vulnerable que otra, el nivel de contagio, la tasa de mortalidad (o de presentar síntomas graves), la posibilidad de que la enfermedad sea tratada satisfactoriamente con otros medicamentos disponibles, la capacidad de atención de los establecimientos públicos y privados, entre otra información que se considere relevante. Simultáneamente, se deberá acreditar que el fin perseguido no podría ser viable si no se adoptaran licencias obligatorias, de modo que se justifique plenamente el uso de estas medidas.

En el ejemplo dado, tanto la existencia de la pandemia y los efectos nocivos sobre la población debidamente acreditados, como la justificación de que para una adecuada y oportuna atención de la pandemia y sus efectos nocivos se requiere la concesión de licencias obligatorias, constituirían la circunstancia y la razón de interés público que brinda sustento a la norma o acto gubernamental destinado a autorizar el uso de una licencia obligatoria para la fabricación de medicamentos, vacunas, equipos médicos, etc. La licencia no se otorga de manera indefinida, sino en tanto dichas circunstancias y razones permanezcan vigentes en la realidad, lo que, regresando al ejemplo, significaría que corresponde mantener la vigencia de la licencia obligatoria mientras la pandemia siga afectando a la población y resulte necesaria la utilización de una patente por parte de terceros con el fin de hacerle frente y/o contener sus efectos.⁴⁷¹

Respecto al alcance la licencia obligatoria tanto de conformidad con el segundo inciso del artículo 65 de la Decisión 486 y lo regulado en el numeral 3.8 del Proceso 144-IP-2019, es responsabilidad de la oficina nacional competente establecer “... el alcance o la extensión de la licencia obligatoria especificando en particular el período por el que se concede, el objeto de la licencia, el monto y las condiciones de la compensación económica”.⁴⁷² Si bien la norma no regula un tiempo en específico, lo cual hace sentido, por cuanto la naturaleza misma de la limitación —“razones de interés

⁴⁷¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso 144-IP-2019*.

⁴⁷² *Ibid.*

público, de emergencia, o de seguridad nacional”— no configura que sea posible tener certeza en cuanto a los tiempos bajo los cuales se presentarán, por tanto “la vigencia de la licencia obligatoria se encuentra sujeta a la vigencia de las razones que motivaron su concesión”,⁴⁷³ pudiendo revocarse “si las circunstancias que les dieron origen han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir”.⁴⁷⁴

La compensación económica destinada al titular de la patente es un requisito que debe cumplirse al momento de otorgar una licencia obligatoria, la cual deberá “contemplar una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la patente[...] el valor económico del invento, objeto de la patente; o el valor económico de la explotación, objeto de la licencia”.⁴⁷⁵ Monto que deberán determinar las autoridades nacionales competentes, en caso de que no haya un acuerdo entre las partes.

Una vez concedida la licencia obligatoria, el beneficiario tiene un catálogo de responsabilidades, el artículo 68 de la Decisión 486⁴⁷⁶ y el número 3.14. de la IP del Proceso 144-IP-2019 colocan las obligaciones del beneficiario en el siguiente detalle:

- 1.14.1 Se encuentra prohibido de conceder sublicencias.
- 1.14.2 No puede transferir la licencia obligatoria, salvo que se la transfiera con la parte de la empresa o de su activo intangible que permita su explotación industrial, además que deberá constar por escrito y registrarse ante la oficina nacional competente.
- 1.14.3 Deberá respetar la revocatoria de la licencia obligatoria, si las circunstancias que les dieron origen han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir.

⁴⁷³ Ibid., 144.

⁴⁷⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso 144-IP-2019*.

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión del Acuerdo de Cartagena 486, Registro Oficial 258 de 02-feb.-2001: Art. 68.- En adición de lo establecido en los artículos precedentes, las licencias obligatorias están sujetas a lo siguiente:

- a) No serán exclusivas y no podrán concederse sublicencias;
- b) Solo podrán transferirse con la parte de la empresa o de su activo intangible que permite su explotación industrial, debiendo constar por escrito y registrarse ante la oficina nacional competente. Caso contrario, no surtirá efectos legales;
- c) Podrán revocarse, a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para las mismas, si las circunstancias que les dieron origen han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir;
- d) El alcance y la duración se limitarán en función de los fines para los que se concedieran;
- e) Tratándose de patentes de invención que protegen tecnología de semiconductores, la licencia obligatoria sólo se autorizará para un uso público no comercial o para remediar o rectificar una práctica declarada contraria a la libre competencia por la autoridad nacional competente conforme a los artículos 65 y 66;
- f) Contemplará una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso, habida cuenta del valor económico, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66; y,
- g) Los usos sean para abastecer principalmente el mercado interno.

- 1.14.4 Deberá realizar los actos de explotación de la patente objeto de la licencia obligatoria, dentro del alcance y la duración en función de los fines para los que fue concedida.
- 1.14.5 El pago de una remuneración adecuada según las circunstancias de cada caso; es decir, la obligación del beneficiario de la licencia obligatoria de realizar el pago al titular de la patente de la retribución económica convenida contractualmente o fijada por la autoridad.
- 1.14.6 La obligación de que el uso de la licencia obligatoria tiene por objeto abastecer principalmente el mercado interno, que es el territorio del País Miembro cuya autoridad competente concedió dicha licencia.⁴⁷⁷

De igual forma, se desprenden efectos del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario de la licencia obligatoria. En lo central, bien podría “la autoridad nacional competente dejar sin efectos la licencia obligatoria, respetando el derecho de las partes, en especial que se observe el debido proceso en el trámite administrativo”.⁴⁷⁸

¿Se suspende los efectos de la licencia obligatoria en caso de impugnación? No, el proceso 144-IP-2019 determina “que el recurso presentado contra el acto emitido por la autoridad que concede la licencia obligatoria no tiene carácter suspensivo”, por tanto “los efectos jurídicos de la licencia obligatoria se mantienen en tanto la autoridad que va a resolver dicho recurso no se pronuncie”.⁴⁷⁹

Igualmente lo señalado se complementa con lo que determina el artículo 62 de la Decisión Andina, si bien este artículo se refiere a “las licencias obligatorias concedidas por la falta de explotación de la invención patentada” —Art. 61 Decisión Andina 486— el TJCA ha determinado que “la persecución de una finalidad pública es un aspecto inherente a todos los supuestos de licencias obligatorias de patente”⁴⁸⁰ por tanto, se extendiendo a todo lo que regula el Capítulo VII (Del Régimen de Licencias Obligatorias) del Título II de la Decisión 486, en ese sentido el mismo tribunal señala que en garantía de los fines públicos, reconoce que la regla de los efectos no suspensivos de la impugnación se extiende a todos los supuestos que regula el capítulo VII incluidos “los casos de emergencia, seguridad nacional o en general por casos de interés público” —Art. 65 de la Decisión 486—.

Es importante anotar que el efecto no suspensivo se verifica de manera doble, por una parte, el titular de la patente en ningún momento se ve afectado por su derecho a seguir explotando la patente y por otra parte no produce afectación al derecho a seguir

⁴⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Proceso 144-IP-2019*.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*

percibiendo la compensación económica derivada de la licencia obligatoria. Es decir, según la normativa analizada “el titular de la patente mantiene en todo momento su doble derecho”: 1) “derecho de percibir compensación económica”; y, 2) “derecho a explotar la patente”.

Finalmente, considerar que los límites para la concesión de una licencia obligatoria se encuentran delimitados principalmente en verificar los propios requisitos que se deben cumplir para su otorgamiento, en vista de que aquellas licencias obligatorias otorgadas sin satisfacer los mismos no surtirán efecto legal alguno, repercutiendo tanto en la autoridad nacional como en la persona beneficiaria.⁴⁸¹

En relación con la norma comunitaria andina del régimen de derechos de autor, la Decisión 351, sobre licencias obligatorias se remite a los límites que regula el Convenio de Berna y la Convención Universal sobre derecho de Autor.⁴⁸²

¿En el Ecuador se regula mediante normativa interna las licencias obligatorias para el régimen de derechos de autor?

Si, a través del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que rige desde el 09 de diciembre de 2016, el Capítulo III De los derechos de Autor, en la Sección VIII De las licencias obligatorias, específicamente en los artículos 217 al 220.

En cuanto a la competencia y tipo de obras, sobre lo primero, la facultad de conceder licencias obligatorias —de oficio o a petición de parte— radica en la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, es decir ante el Servicio Nacional de derechos Intelectuales —SENADI—, respecto a las clases de obras que poseen los derechos exclusivos de un titular cabe sobre cierto tipo de obras: literarias o artísticas, musicales o audiovisuales. Llama profundamente la atención que no se haya utilizado la clasificación general de obras literarias, artísticas y científicas que permita incluir las obras en general que gozan de protección por derechos de autor, al contrario, la norma es específica al señalar las obras puntuales, con ello de forma expresa quedan excluidas ciertas obras como por ejemplo el software. Hecho que resultaría apreciado tanto para enriquecer el debate jurídico pero principalmente para promover el desarrollo

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² “Art. 32.- En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre derecho de Autor”. “Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, Régimen Común sobre derecho de Autor y derechos Conexos”, Registro Oficial 366 de 25-ene-1994.

y avance vinculados con el ámbito tecnológico a nivel educativo, cultural, social, económico, por ejemplo: “razones de interés público” en temas de salud por cuenta de una pandemia, pienso en casos de un software que permita la geolocalización de personas contagiadas, puntos médicos de atención o vacunación e inclusive, programas informáticos que aborden aspectos de inteligencia artificial relacionado con evaluaciones y aspectos médicos.

El artículo 217 del Código Ingenios regula los supuestos mediante los cuales constituyen un caso para otorgar una licencia obligatoria en materia de derechos de autor.

1) Prácticas contrarias a la libre competencia: particularmente cuando “constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos”, para el caso se deberá contar con la declaratoria por la autoridad competente, al respecto se entendería como requisito evidenciar el acto jurídico, administrativo o normativo pertinente, emitido por la Superintendencia De Control Del Poder de Mercado que es la autoridad competente en materia de control de poder del mercado. En este caso se incluye a las obras protegidas por derechos de autor y expresamente también se remite a los derechos conexos.

2) Sobre obras musicales cuando “no exista la posibilidad de obtener otra autorización por parte de un tercero”: la intención de esta situación reside en la posibilidad de incrementar el acervo cultural, una vez que el mismo “titular de la obra musical ha otorgado la autorización respectiva para la interpretación o grabación a una persona” y en caso de que “no exista la posibilidad de que se pueda obtener otra autorización para una nueva interpretación o grabación esta vez por parte de un tercero”, cabría solicitar una licencia obligatoria, sin perjuicio de ello, el numeral indica en su parte final: “No cabe la aplicación de esta licencia obligatoria cuando exista negativa expresa de autorización del titular” para que esta regla cobre sentido se comprende que la negativa expresa debe existir previamente al otorgamiento de la licencia obligatoria, es decir una vez que autorizó la interpretación o grabación, posteriormente de forma expresa se manifiesta la negativa que su obra musical sea nuevamente interpretada o grabada.

Cabe el análisis porque si no podría prestarse a confusión respecto a la imposibilidad de obtener la nueva autorización, pero si se consigue la negativa expresa. Asimismo, podría interpretarse como un contra sentido de la esencia misma de la figura

de licencia obligatoria, lo que se superpone es la negativa expresa de autorización del titular.

La redacción del numeral 2 del artículo 217 no motiva una comprensión lectora adecuada, sin perjuicio en base a los conceptos propios de la figura de la licencia obligatoria, se entendería que la negativa debe existir con anterioridad al otorgamiento de la misma, caso contrario la línea de los hechos y la imposibilidad de conseguir la autorización nueva, no se correlacionan.

3) Traducción de obra literaria o artística: es posible solicitar una licencia obligatoria cuando se cumplan dos supuestos: a) “la obra literaria o artística no se encuentre traducida al castellano, a uno de los idiomas oficiales de relación intercultural o a los idiomas oficiales en los territorios respectivos”; y, b) cuando la “traducción no se encuentre disponible en el mercado nacional”. El objetivo busca promover la educación y cultura permitiendo el acceso a obras que no cuentan con un idioma comprensible en el idioma del lector.

4) No disponibilidad “en el mercado nacional de una obra literaria o artística”: existen tres factores que se deben cumplir como requisitos para el presente supuesto, a) “falta de disponibilidad en el mercado nacional”, b) tipo de obra: obras de contenido científico o tecnológico; contenido general; “obras tales como novelas, poéticas y libros de arte”; y, c) “tiempo transcurrido desde su publicación en cualquier forma: tres, cinco y siete años”.

En el caso de obras de contenido científico o tecnológico debe cumplirse el literal a) falta de disponibilidad en el mercado nacional, además deberá haber transcurrido tres años desde su publicación en cualquier forma.

En el caso de obras de contenido general debe cumplirse el literal a) falta de disponibilidad en el mercado nacional, además deberá haber transcurrido cinco años desde su publicación en cualquier forma.

En el caso de obras tales como novelas, poéticas y libros de arte debe cumplirse el literal a) falta de disponibilidad en el mercado nacional, además deberá haber transcurrido siete años desde su publicación en cualquier forma.

Al respecto destaca que el factor de temporalidad es menor cuando el interés es sobre contenidos de aspectos educativos y tecnológicos, y mayor cuando se aborda temas de entretenimiento tales como novelas, poesía y arte.

5) No disponibilidad “en el mercado nacional de una obra audiovisual,

videograma u otra fijación audiovisual”: el supuesto es similar al anterior, destacan los mismos tres factores acoplados al tipo de obra: a) “falta de disponibilidad o accesibilidad el mercado nacional” —se incorpora accesibilidad—, b) tipo de obra: “obra audiovisual, videograma u otra fijación audiovisual”; y, c) tiempo transcurrido, que “haya transcurrido un año desde su difusión en cualquier medio o formato”.

La licencia obligatoria en el Ecuador se encuentra cobijada por características propias y obligaciones que deben ser cumplidas.

- 1) Tipo de obras en particular: recaen sobre obras literarias o artísticas, musicales o audiovisuales, igualmente
- 2) Territorialidad: la licencia obligatoria será concedida para el territorio nacional —Ecuador—,
- 3) No exclusividad: por tanto, el titular de los derechos de las obras puede explotarlas,
- 4) Intransferibles: “salvo el caso de que se transfiera como parte de la empresa o de su activo intangible que permite su explotación, debiendo constar la transferencia por escrito e inscribirse ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales” segundo inciso del artículo 218 del Código Ingenios,
- 5) Atribución y respeto de autoría: “el otorgamiento de una licencia obligatoria no exime al licenciataria del respeto de los derechos morales existentes sobre la obra ni de las modalidades que no sean objeto de la licencia” tercer inciso del artículo 218 del Código Ingenios,
- 6) Revocable: podrá revocarse en los siguientes casos: “a reserva de los intereses legítimos del licenciataria, a petición motivada del titular de los derechos, o de oficio si las circunstancias que le dieron origen han desaparecido” último inciso del artículo 218 del Código Ingenios,
- 7) Remuneración económica: el titular de derechos de la obra, tendrá derecho a recibir un pago por el uso efectivo de dicha obra, que será fijado por el SENADI. “En caso de que el titular se niegue a recibir el pago o no se pueda efectuar dicho pago, este valor podrá ser consignado a su representante o a la sociedad de gestión colectiva del género de la obra o prestación” artículo 219 Código Ingenios.
- 8) Imposibilidad de otras medidas: “la persona que haya solicitado la

concesión de una licencia obligatoria sobre una obra literaria o artística no podrá ser sujeta a otras medidas administrativas o judiciales, respecto a dicha obra, que el pago de una compensación equitativa” —artículo 220 del Código Ingenios— determinada por el SENADI de conformidad con el procedimiento, condiciones requisitos respectivos.

En suma, las licencias obligatorias en general tanto para patentes o derechos de autor cuentan con determinadas características o principios que deben ser tomados en consideración: a) Circunstancias propias, b) Intento de concesión previa al titular, por parte del potencial usuario, salvo casos particulares de interés público (emergencia nacional, extrema urgencia), c) Alcance y duración delimitados según la finalidad, d) No exclusividad; e) Intransferible; f) Remuneración a favor del titular de los derechos; g) Respeto a los derechos morales, h) Territoriales, i) Revocable, j) Revisable judicialmente (en cuanto a la remuneración y proceso de otorgamiento).⁴⁸³

¿La licencia obligatoria es expropiatoria? Es algo que suele debatirse en los aspectos de propiedad intelectual, sin embargo, para dejar anotado una posición, considero que a pesar de que comparten elementos similares la licencia obligatoria no constituye una forma de expropiación. Similitudes por cuanto en ambos casos se realiza un pago o remuneración justa y se declaran por medio de un acto administrativo.

Sin perjuicio de ello la esencial diferencia entre ambas figuras es que en el caso de las licencias obligatorias en ningún momento existe una transferencia de dominio, el titular de los derechos mantiene esa condición y lo que sucede es una autorización de uso sin exclusividad y sin que sea posible sublicenciar, además mientras dure la declaratoria el titular podrá seguir explotando la obra, a diferencia de la expropiación por declaratoria de utilidad pública que se caracteriza por una transferencia de dominio de manera definitiva a favor del Estado, en ese sentido la persona afectada por la expropiación pierde su condición de propietario y no puede explotar su bien de ninguna manera.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Se recomienda ver: Boytha, *WIPO Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighboring Rights*, 51. Igualmente Antequera Parilli y Antequera, “Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual”, 21.

⁴⁸⁴ “Ello es así porque el otorgamiento de una licencia obligatoria no es una expropiación ni una confiscación. Al no haber expropiación ni confiscación, el titular de la patente mantiene en todo momento el derecho de seguir explotando su patente y el derecho a percibir una compensación económica por la licencia obligatoria. Esta compensación económica debe ser razonable, suficiente y justa; debe considerar las circunstancias de cada caso concreto; y debe ser adecuada en atención al valor económico de la patente”. Hugo R. Gómez Apac, “Licencia obligatoria de patente por razón de interés público”, *Pólemos*,

¿Cómo se relacionan las licencias obligatorias y los comunes del conocimiento?

Retomando la pregunta planteada ¿Cómo se relacionan las licencias obligatorias y los comunes del conocimiento? La relación principal entre los comunes y las licencias obligatorias fundamentalmente viene dada por el uso, en el caso de las licencias obligatorias constituye una limitación al régimen de propiedad intelectual, mediante el cual sea una patente o una obra protegida por derechos de autor de forma extraordinaria la persona beneficiaria de la licencia obligatoria podrá hacer un uso, en cumplimiento de los requisitos y obligaciones ya detalladas. Además del uso el vínculo se produce fuertemente por medio del interés público, motor principal de la figura de la licencia obligatoria, que persigue detrás precautelar el bien común, en ese aspecto los usos de los bienes de propiedad intelectual —patente u obras— se convierten en usos comunes que persiguen justamente el acceso a la educación, cultura, innovación, tecnología y salud.

El titular de derechos no se ve desplazado en su atributo del uso, es decir, puede en paralelo, conjuntamente tanto el tercero beneficiario, así como el titular de la patente seguir usándola, permitiendo de este modo que el uso sea realizado por un tercero para cumplir una finalidad e interés público, llámese emergencia, seguridad nacional, pandemia, uso público no comercial, necesidad de acceso a medicamentos, alimentos, protección ambiental, etc. En ese aspecto el uso común se transforma en un canalizador de bienestar del interés público, para favorecer el bien común de la humanidad.

10. Licenciamientos alternativos generadores de comunes del conocimiento

¿Wikipedia según Wikipedia? Wikipedia “es una enciclopedia libre, políglota y editada de manera colaborativa”.⁴⁸⁵ Creada por Jimmy Wales y Larry Sanger desde 2001 “busca crear un resumen de todo el conocimiento humano, con cada tema cubierto enciclopédicamente en un artículo” cuenta con más de cincuenta y seis millones de artículos en trescientos veintiún idiomas de artículos que han sido escritos por voluntarios en todo el mundo. Hablar de Wikipedia implica a mi juicio convocar el ejemplo más exitoso de trabajo colectivo y colaborativo a nivel global, es el caso referente cuando de bienes comunes del conocimiento se trata. Todo el fenómeno que abarca Wikipedia daría para realizar un exclusivo estudio íntegro de todo lo que implica su concepción, funcionamiento, los factores positivos y seguro las críticas que puedan

16 de junio de 2021, <https://www.polemos.pe/licencia-obligatoria-de-patente-por-razon-de-interes-publico/>.

⁴⁸⁵ “Wikipedia”, en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 19 de marzo de 2022, <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Wikipedia&oldid=142365370>.

realizarse al proyecto. Dedicaré mi atención en su forma de licenciamiento que es lo que nos vincula a este caso.

Una de las herramientas que ha facilitado el suceso positivo de Wikipedia es su forma de gestionar los contenidos desarrollados a través de la plataforma por medio de licenciamientos alternativos y dinámicos específicamente *Creative Commons* —CC— y la Licencia Pública General de GNU o en inglés GPL *General Public License*, estas dos licencias sumadas la licencia Beerware serán las que usaré para el análisis de este acápite.

Toda creación artística, literaria o científica cuenta con protección bajo el régimen de derechos de autor, si bien cada país goza de su propia normativa interna de propiedad intelectual, a nivel internacional es el Convenio de Berna el que marca la protección autorial. Por regla general las obras al momento mismo de su creación gozan de protección automática, es decir el autor puede decidir la suerte y el destino del trabajo sobre un texto, ilustración, cuadro, fotografía o un software inmediatamente las mismas han sido creadas, a manera de fórmula podría ser la creación igual a protección, por tanto la dimensión de la propiedad recae en la facultad del autor sobre su obra, para ello es el autor quien puede graduar la protección en su máxima expresión reservándose todos los derechos de autor o en su defecto de manera inversa colocando la obra en dominio público, entre las múltiples zonas grises que se pueden generar, se encuentran las formas de licenciamiento como instrumentos legales propicios para poder acordar sobre cómo gestionar un determinado contenido.

El tradicional sistema de derecho de autor tiene la regla de: Todos los derechos reservados, no puede hacer ningún uso de la obra, totalmente restrictiva, para las licencias alternativas el objetivo es: Algunos derechos reservados o incluso, ningún derecho reservado o una apuesta por el dominio público. El principio para la forma tradicional del sistema de derecho de autor es que todo uso de una obra debe contar con autorización expresa del titular de los derechos de autor, en su defecto en el caso de licencias alternativas el principio fomenta la libertad de uso y creatividad de manera libre, evidentemente dependiendo el tipo de licencia, en la presente afirmación me remito a un caso de licencia en el cual se liberen los contenidos ampliamente.

Una licencia es un contrato mediante el cual un titular de derechos puede colocar las condiciones a través de las cuales administrar sus obras, para ello fijará parámetros y disposiciones. Con esta idea general respecto a la licencia, misma que ya ha sido abordada anteriormente procedo a revisar cada una de las formas de licenciamiento en

detalle. Para el ámbito de programas informáticos Carranza lo define como un “contrato en virtud del cual el titular de los derechos de autor sobre una obra de software (licenciante) autoriza a otra persona (licenciataria) a usar, copiar, modificar o distribuir a ese software”.⁴⁸⁶

Creative Commons —CC—

El proyecto *Creative Commons* logró poner con símbolos gráficos los términos y condiciones de un contrato de licencia, pero no sólo ello, lo amigable de la forma de licenciar es su estructura fácil de comprender y de combinarla. Dejar enunciado que es una organización sin ánimo de lucro fundada en Estados Unidos en el año 2001 por Lawrence Lessig, Hal Abelson; y, Eric Eldred.

Su planteamiento de licenciamiento contempla cuatro condiciones y de éstas se derivan seis licencias más una adicional que exclusivamente es para colocar obras en dominio público. Las condiciones son: a) Atribución (BY), b) No Comercial (NC), c) No Derivadas (ND); y, d) Compartir Igual (SA).


a) Atribución *attribution* (BY)  : se debe otorgar crédito al creador.

Quien desee hacer uso de la obra debe reconocer los créditos de autoría, es decir obra realizada por determinada persona. El factor de atribución de autoría de la obra es un elemento presente en todas las opciones de licenciamiento *Creative Commons* y en general en cualquier forma de licenciar trabajos, por cuanto la autoría se relaciona con el derecho moral de autor, lo cual siempre constituirá un umbral de respeto imprescriptible a favor de la persona que creó la obra, es decir deben reconocer la autoría del creador, se constituye en un límite al derecho personal del autor que implica el reconocimiento de su nombre al momento de realizar cualquier tipo de explotación.

En suma, la atribución es una condición respecto de la cual no es posible deslindarse, la obra viene acompañada de la mano de la autoría generando un vínculo indisoluble, sin embargo, podría haber casos excepcionales muy particulares como el repudio de la obra por parte del mismo creador o por ejemplo en el caso de obras huérfanas en donde no es posible identificar quien es el autor de la misma. Regularmente una obra es considerada como huérfana cuando su titular no es localizable o identificable, en el factor de la atribución como excepción nos

⁴⁸⁶ Martín Carranza Torres, *Problemática jurídica del software libre* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004), 138.

encontraríamos en el escenario de la identificación, sin perjuicio de que el titular deba ser localizado en caso de requerir un uso o licenciamiento de la obra.


b) No Comercial (NC) : se permiten únicamente usos no comerciales de la obra.

La obra, el material el trabajo puede ser usado mientras su uso sea no comercial. En principio, todos los usos de la obra están permitidos de siempre y cuando no represente una finalidad comercial, salvo que se haya obtenido ese permiso en particular con fines comerciales.

Esta es una de las características que suele ser criticada a las circunstancias de licenciamiento de *Creative Commons* justamente por lo ambiguo que puede resultar definir los parámetros de un uso comercial, cuál es su alcance, por cuestiones objetivas, qué indicadores y aspectos se abordan para delimitar un uso en el aspecto comercial.


Este criterio no es difícil de delimitar únicamente para Creative Commons sino para el ámbito jurídico en general, problematizar este hecho implicaría varios aspectos y casos particulares, por ejemplo: si una organización sin fines de lucro como una fundación realiza el uso de una obra, sería suficiente para que el acto de explotación sea considerado como no comercial, o en su defecto si el uso lo realiza una empresa cuya razón social es la comercialización de todo tipo de bienes pero su acto como tal es de manera gratuita y altruista para un proyecto social en particular. Qué ocurre si en el uso es no comercial, pero existen beneficios publicitarios colaterales, no directamente con el uso de la obra, pero sí de manera indirecta un beneficio económico a través de la publicidad y marketing.

Para extrapolar más situaciones como las que podrían ser abordadas en este tipo en particular, pensemos en la Federación Internacional de Fútbol Asociación -FIFA- oficialmente se reconoce como una asociación sin fines de lucro, es decir su giro podría estar involucrado en aspectos no comerciales en teoría, más en su desenvolvimiento varias son las voces, posiciones y estudios que ponen en tela de duda su funcionamiento como un modelo de negocio que permite acumular dinero en sumas representativas, en ese aspecto la condición no comercial de las licencias Creative Commons si bien colocan un supuesto pertinente para considerar en el uso de obras, no deja de ser un parámetro complejo de delimitar.

c) Sin obras derivadas *No Derivatives* (ND) : no se permiten derivados o adaptaciones del trabajo.

No es posible utilizar la obra para crear una obra derivada de la originaria, la autorización implica usos tales como copiar, comunicar, distribuir, exhibir y ejecutar siempre y cuando sea la obra originaria del trabajo que se está usando. En caso de requerir realizar un trabajo derivado o adaptación requerirá un permiso en particular para ello.


Lo cual implica un candado y cerramiento al uso de la obra, coloca una limitación elevada al uso de la obra, esto por cuanto para poder realizar cualquier uso transformativo de la obra originaria requerirá de una autorización expresa, caso contrario constituirá una infracción a los derechos de autor, esta condición provoca un limitante a la creatividad de uso por cuanto por ejemplo no es posible realizar una traducción de una obra o tampoco es posible adaptar una película a un libro o viceversa, ello puede colocar barreras al progreso del conocimiento y la cultura.

d) Compartir igual —*Share Alike*— (SA)  : las adaptaciones deben compartirse en los mismos términos.

Genera una condición, los usos y demás aspectos de la obra deben ser compartidos, pero bajo las mismas condiciones de licenciamiento que protege a la obra originaria. Permite a terceros por ejemplo usar, copiar, distribuir, exhibir, ejecutar, comunicar y modificar la obra en tanto en cuanto los terceros que usaron la obra originaria distribuyan su licenciamiento bajo las mismas condiciones que la licencia de la cual parte su obra.

Este supuesto es conocido como el principio *copyleft*, el cual crea una condición que provoca un efecto viral, por cuanto quien usa la obra bajo este tipo de licenciamiento tiene la obligación de compartir su obra posterior en los mismos términos y condiciones que la licencia de la cual parte la obra originaria respecto de la cual se está realizando el uso.

Estas cuatro condiciones combinadas son la base de los seis licenciamientos *Creative Commons*, la opción de dominio público tiene una postura independiente, describiré cada una de las opciones de licenciamiento, para ello me basaré en la información primaria que se encuentra en el portal de la propia organización.

- 1) CC BY  : esta licencia permite a los reutilizadores distribuir, mezclar, adaptar y desarrollar el material en cualquier medio o formato, siempre que se le dé la atribución al creador. La licencia permite el uso comercial.
Eres libre de:
Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.


Adaptar: remezclar, transformar y construir sobre el material para cualquier fin, incluso comercial.

El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.

Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.

- 2) CC BY-SA : esta licencia permite a los reutilizadores distribuir, remezclar, adaptar y construir a partir del material en cualquier medio o formato, siempre que se le dé la atribución al creador. La licencia permite el uso comercial. Si remezcla, adapta o construye sobre el material, debe licenciar el material modificado bajo términos idénticos.

Eres libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.

Adaptar: remezclar, transformar y construir sobre el material, para cualquier fin, incluso comercial.


El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.

Share A like: si remezcla, transforma o construye a partir del material, debe distribuir sus contribuciones bajo la misma licencia que el original.

Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.

- 3) CC BY-NC : esta licencia permite a los reutilizadores distribuir, remezclar, adaptar y construir a partir del material en cualquier medio o formato únicamente con fines no comerciales, y siempre y cuando se le otorgue la atribución al creador.

Eres libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.

Adaptar: remezclar, transformar y construir sobre el material.




El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.

No comercial: no puede utilizar el material con fines comerciales.


Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.

- 4) CC BY-NC-SA : esta licencia permite a los reutilizadores distribuir, mezclar, adaptar y construir a partir del material en cualquier medio o formato únicamente con fines no comerciales, y siempre y cuando se le otorgue la atribución al creador. Si remezcla, adapta o construye sobre el material, debe licenciar el material modificado bajo términos idénticos.
- Eres libre de:
- Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato
- Adaptar: remezclar, transformar y construir sobre el material.
- El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.
- Bajo los siguientes términos:
- Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.
- No comercial: no puede utilizar el material con fines comerciales.
- Share A like: si remezcla, transforma o construye a partir del material, debe distribuir sus contribuciones bajo la misma licencia que el original.
- Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.
- 5) CC BY-ND : Esta licencia permite a los reutilizadores copiar y distribuir el material en cualquier medio o formato únicamente en forma no adaptada, y siempre y cuando se atribuya al creador. La licencia permite el uso comercial.
- Eres libre de:
- Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato para cualquier fin, incluso comercial.
- El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.
- Bajo los siguientes términos:
- Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.
- No Derivatives: si remezcla, transforma o construye sobre el material, no puede distribuir el material modificado.
- Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.
- 6) CC BY-NC-ND : esta licencia permite a los reutilizadores copiar y distribuir el material en cualquier medio o formato solo sin adaptarlo, solo con fines no comerciales y siempre que se le atribuya al creador.
- Eres libre de:
- Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato
- El licenciante no puede revocar estas libertades mientras siga los términos de la licencia.
- Bajo los siguientes términos:
- Reconocimiento: debe otorgar el crédito correspondiente, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se realizaron cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de ninguna manera que sugiera que el licenciante lo respalda a usted o su uso.
- No comercial: no puede utilizar el material con fines comerciales.

No Derivatives: si remezcla, transforma o construye sobre el material, no puede distribuir el material modificado.

Sin restricciones adicionales: no puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros de hacer cualquier cosa que permita la licencia.⁴⁸⁷

La condición de dominio público es una forma de licenciamiento independiente, no usa las condiciones antes descritas sino de manera directa estimula la creación de bienes comunes del conocimiento. Se discute si colocar obras en el dominio público es una forma de licenciamiento por cuanto no existen parámetros de condiciones, la obra pasa sin más a la categoría jurídica y con ello sigue las reglas del dominio público, sigue las reglas de uso, tiempo y demás de esa figura jurídica, por tanto no se trataría en estricto sentido de una forma de licenciamiento ya que no cuenta con los elementos de un contrato de licencia, sin embargo para fines didácticos se lo incluye como tal, con la aclaración de que no es una forma de licenciamiento propiamente sino una condición jurídica propia, en ese sentido igualmente *Creative Commons* lo mantiene como una categoría independiente, igualmente de gran importancia.

- 7) CC0 Sin derechos reservados (también conocido como CC Zero) : es una herramienta de dedicación pública, que permite a los creadores renunciar a sus derechos de autor y colocar sus obras en el dominio público mundial. CC0 permite a los reutilizadores distribuir, mezclar, adaptar y desarrollar el material en cualquier medio o formato, sin condiciones. CC0 permite a los científicos, educadores, artistas y otros creadores y propietarios de contenido protegido por derechos de autor o bases de datos renunciar a esos intereses en sus obras y, por lo tanto, colocarlas de la manera más completa posible en el dominio público, para que otros puedan desarrollar, mejorar y reutilizar las obras para cualquier propósito sin restricciones según las leyes de derechos de autor o de bases de datos.⁴⁸⁸

Como se desprende de los seis tipos de opciones de licenciamiento más la opción de dominio público que oferta *Creative Commons* coloca tanto formas tradicionales de licenciamiento, tradicionales en el sentido de reserva de derechos, así como formas de licenciamiento que generan bienes comunes del conocimiento. En el intermedio o las zonas grises pueden variar o alternarse condiciones a favor de uno u otro límite, por ello es un error usual al momento de referirse a las licencias *Creative*

⁴⁸⁷ Creative Commons, “About CC Licenses”, *Creative Commons*, accedido 26 de marzo de 2022, <https://creativecommons.org/about/ccllicenses/>.

⁴⁸⁸ Ibid.

Commons como un elemento central de la cultura libre, de los comunes o del conocimiento abierto así sin más, sin analizar de qué tipo de licencia *Creative Commons* en particular se está haciendo uso. Esto no desconoce la valía del proyecto, sino pretende aclarar que dependerá del tipo de licencia y de sus supuestos para determinar que contribuye a los bienes comunes del conocimiento o en su defecto es una licencia tradicional en donde se reservan todos los derechos y aún así estar al amparo de este tipo de licenciamiento.

Abordaré precisamente los elementos que hacen posible que las obras se conviertan en bienes comunes. Lo principal, dependerá de la voluntad del titular en la forma de colocar sus contenidos a favor de los bienes comunes o en su defecto mantener la totalidad de sus derechos de explotación.

Creative Commons ha identificado a dos tipos de licenciamiento en particular: 1)

CC BY ; y, 2) CC BY-SA  y las ha denominado como licencias aprobadas para obras de cultura libre.

Ha colocado un signo distintivo a manera de marca de certificación o garantía cuando se opta por el uso de este tipo de licencia que favorece el acervo de obras de la cultura libre. Ha identificado a estas licencias como: Esta licencia es aceptable para obras de cultura libre.⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ “Las licencias son instrumentos jurídicos a través de los cuales el titular de determinados derechos jurídicos puede transferir estos derechos a terceros. Las Licencias de Cultura Libre no quitan ningún derecho, siempre son opcionales de aceptar y, si se aceptan, otorgan libertades que la ley de derechos de autor por sí sola no proporciona. Cuando se aceptan, nunca limitan ni reducen las exenciones existentes en las leyes de derechos de autor”. Definition of Free Cultural Works, “Definition/Es - Definition of Free Cultural Works”, *Definition of Free Cultural Works*, accedido 26 de marzo de 2022, <https://freedomdefined.org/Definition/Es>.



Figura 35. Logotipo *Free Cultural*
Fuente y elaboración⁴⁹⁰

La definición de cultura libre que aporta *Creative Commons* toma de base las cuatro libertades conocidas en el ámbito del software libre y a partir de ella las desarrolla, es decir la obra es una obra de cultura libre por cuanto reconoce las libertades esenciales y define como libre a una licencia cuando se otorgan las siguientes libertades sin limitación:

La libertad de usar y ejecutar la obra: El licenciatario debe poder hacer cualquier uso, privado o público, de la obra. Para los tipos de obras en los que sea relevante, esta libertad debe incluir todos los usos derivados (“derechos conexos”), como la ejecución o interpretación de la obra. No debe haber excepción con respecto, por ejemplo, a consideraciones políticas o religiosas.

La libertad de estudiar el trabajo y aplicar la información: El titular de la licencia debe poder examinar el trabajo y utilizar el conocimiento obtenido del trabajo de cualquier manera. La licencia no puede, por ejemplo, restringir la “ingeniería inversa”.

La libertad de redistribuir copias: las copias se pueden vender, intercambiar o regalar de forma gratuita, como parte de una obra más grande, una colección o de forma independiente. No debe haber límite en la cantidad de información que se puede copiar. Tampoco debe haber ningún límite sobre quién puede copiar la información o dónde se puede copiar la información.

La libertad de distribuir obras derivadas: para que todos tengan la posibilidad de mejorar una obra, la licencia no debe limitar la libertad de distribuir una versión modificada (o, en el caso de obras físicas, una obra derivada de algún modo del original), independientemente de la intención y el propósito de dichas modificaciones. Sin embargo, se pueden aplicar algunas restricciones para proteger estas libertades esenciales o la atribución de los autores.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

⁴⁹¹ Definition of Free Cultural Works, “Definition/Es - Definition of Free Cultural Works”.

Resulta fundamental comprender que los usos de las cuatro libertades constituyen motores de generación de bienes comunes del conocimiento, las cuatro libertades que se plantean en el caso de las dos licencias que favorecen la cultura libre, son herramientas y potencializan la transformación de las obras de manera amplia, si bien todas las libertades son importantes, señalar que la libertad de distribuir obras derivadas, como colaboración simétrica, es decir, el *copyleft* es considerada como una restricción permitida, sin amenazar las obras derivadas, en ese sentido no se produce una limitación de distribución de la versión modificada.

El siguiente gráfico las agrupa en el color rojo las licencias Creative Commons más restrictivas y el color verde las más libres, identificadas dos de manera particular con una marca de certificación de licencia a favor de la cultura libre.

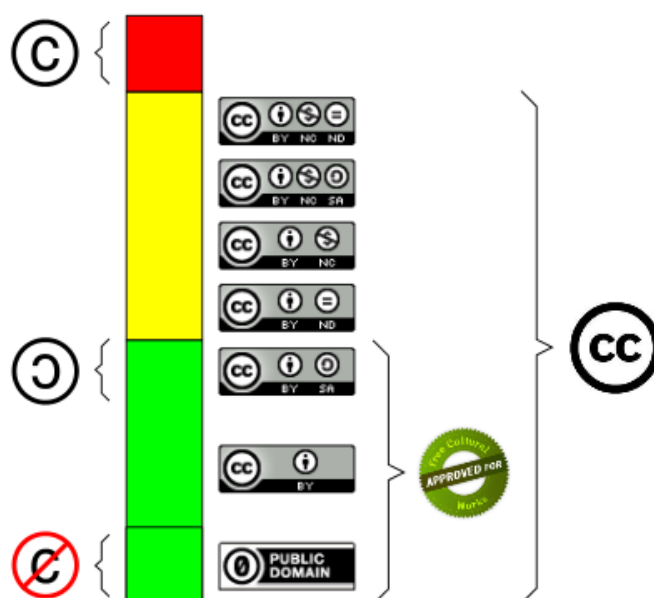


Figura 36. Tipos de licencias
Fuente⁴⁹²

Una vez revisadas las condiciones y formas de licenciamiento, existen dos supuestos en particular que generan un gran potencial para la creación de bienes comunes del conocimiento; 1) *Share A like*, compartir por igual, es el principio fundamental basado en el *copyleft*, que ha posibilitado el desarrollo de software libre principalmente, me referiré en particular y de forma más amplia sobre este supuesto más

⁴⁹² <https://www.euskadi.eus/noticia/2013/derechos-de-autor-copyright-copyleft-y-creative-commons/web01-a2wz/es/>

adelante; y, 2) Sin obras derivadas o *No derivatives*, en caso de especificar que el contenido no es susceptible de realizar obras derivadas se limita esta posibilidad pero en una situación inversa en donde de forma específica se autoriza realizar obras derivadas, es decir se autoriza que se realicen transformaciones de la obra originaria.

En esta condición cuando se permite realizar modificaciones a la obra primaria es una parte medular de la construcción de bienes comunes del conocimiento, por cuanto abre todo un universo de posibilidades de usos creativos de obras de todo tipo, desde una fotografía a líneas de código, adaptaciones, versiones, traducciones. Si analizamos de manera detenida este supuesto inocente a primera vista es un gran catalizador de la evolución del conocimiento y cultura, pueden haber variadas situaciones por ejemplo el hecho de escribir un libro de ciencia ficción y permitir que se realicen obras derivadas permite que sobre ese libro se pueda realizar video juegos, películas una obra de teatro, un performance en el espacio público. Pensemos en libros destinados a la educación escolar, colegial y universitaria que puedan ser traducidos, mejorados y adaptados a cualquier forma de comunicación desde audio libros o sistema braille.

Permitir un trabajo derivado respecto de un software que realiza determinada tarea o resuelve cierto problema para adaptarlo a una mejora tecnológica en una situación diversa, por ejemplo, la forma de identificar canciones del programa Shazam —aplicación que permite la identificación de música— que su código abiertamente permita adaptarlo a una necesidad similar como identificar tipos de plantas o sonidos de animales.

La posibilidad de opciones se limita en el infinito creativo de las personas, lo esencial se enraíza en permitir que se realicen trabajos derivados de las obras como parte estructural de los bienes comunes del conocimiento a través de incentivar un procomún intangible continuo y en constante dinámica, sin que por ello se penalice administrativa, civil, penal o pecuniariamente la generación de conocimiento.

Las formas alternativas de licenciamiento que favorecen la creación de bienes comunes del conocimiento, no deben ser pensados o vistos como enemigos del sistema de derecho de autor, opuestamente a esta creencia general, lo que en realidad sucede es el forjamiento de un complemento entre estas dos figuras, de hecho tanto el sistema de derechos de autor como potencializar los bienes comunes, surgen y se reconocen en su institucionalidad, parten de su régimen jurídico de reconocimiento para en base a ello plantear una dinámica como motor del conocimiento común, ambas corrientes toman

conciencia del valor del derecho de autor y su reconocimiento, pero a la par la valía reside en la generación y fomento de la cultura y del conocimiento.

Si se concretaría en un planteamiento a manera de fórmula sería a mayor permisibilidad de realizar trabajos derivados, mayor posibilidad de realizar diversos tipos de obras y transformaciones creativas, entonces mayor incremento del progreso del conocimiento, la cultura, las artes y la tecnología e inversamente directo a menor permisibilidad de realizar trabajos derivados, menor posibilidad de transformar obras, por tanto se produce en cercamiento del conocimiento y limitante de la posibilidad de incrementar el acervo de la inteligencia.

Actualmente la forma de licenciar obras mediante *Creative Commons* no solo lo realiza Wikipedia, el éxito de la facilidad al momento de otorgar las condiciones del contrato se ha extendido a otros proyectos y plataformas como Youtube, Vimeo, Flickr, Bandcamp, MIT *OpenCourseWare del Massachusetts Institute of Technology* e *Internet Archive*.

Licencia Pública General de GNU o en inglés GPL General Public License

Alguna vez han intentado realizar una página web o se han fijado que muchas de las páginas web que se usan para tal tarea utilizan la plataforma de *WordPress*, esta iniciativa de código abierto permite publicar contenido de manera fácil en internet, en estricto sentido el tipo de programa es un sistema de gestión de contenidos —*Content Management System CMS*—, *Weblog* y *Content Management Framework* que ha hecho más sencillo el poder colocar contenidos en la web, a través de la creación de páginas web o blogs. Es posible gestionar o editar contenidos de manera sencilla sin recurrir o tener que usar código o programación tradicional de editor de contenido HTML, simplemente de manera directa con el ordenador y amigable con la interacción con la plataforma y su diseño, no desde la terminar del computador.

Según su estadística “el 43% de Internet está creado con WordPress”⁴⁹³ y “más del 41% de Internet funciona con la tecnología de WordPress”. Fue en el año 2003 en el cual el proyecto se pone en marcha de la mano de los desarrolladores Matt Mullenweg, Mike Little y Michel Valdrighi sin embargo, hay varios desarrolladores directamente involucrados, sumado al hecho de que parte del proyecto ha sido desarrollado con colaboración de la comunidad mundial de personas voluntarias.

⁴⁹³ WordPress, “WordPress.com: el alojamiento gestionado de WordPress más rápido y seguro”, *WordPress.com*, accedido 28 de marzo de 2022, <https://wordpress.com/es/>.

El éxito de *WordPress* se deriva de la forma de licenciamiento GPL, el cofundador Matt Mullenweg ha indicado públicamente que: “Si WordPress fuera un país, nuestra Carta de derechos sería GPL porque protege nuestras libertades fundamentales”.⁴⁹⁴ Incluso el mismo *WordPress* no hubiese sido posible bajo esta forma de licenciamiento, precisamente su primera versión previa a *WordPress* surge de b2/cafelog fue posible su transformación debido a la forma de licenciamiento libre.

Así como *Creative Commons*, analizar el proyecto *WordPress* demandaría un estudio completo de todo lo que implica su desarrollo, historia, forma de gestión, en cuanto a lo que me ocupa, el potencial y éxito de *WordPress* fundamentalmente se basa en el tipo de licenciamiento que ha permitido democratizar la puesta de contenidos y su edición.

La GNU o GPL es una licencia libre con *copyleft* usada principalmente para software, pero puede ser empleada para otros tipos de obras. La potencia de la licencia reside en las cuatro libertades que posee vinculadas al movimiento del software libre. Permite y garantiza a los usuarios finales la libertad de:

1. Usar y ejecutar el programa,
2. Acceder y estudiar al código fuente,
3. Modificar y distribuir los cambios;
4. Redistribuir bajo la misma licencia —*copyleft*—. ⁴⁹⁵

Principalmente lo que busca esta forma de licenciamiento es proteger la obra como libre y blindarle de una protección adicional para obras derivadas y su forma de distribución que no genere un cercamiento posterior, lo cual se conoce como *copyleft*.

Es parte de la regla que la mayoría de las licencias para software y otro tipo de obras pretendan colocar restricciones a la libertad de acceso, uso y a la libertad de compartir y modificar las obras, las líneas de código, pero la diferencia es que la GPL busca lo contrario, pretende garantizar la libertad de acceso, estudio y transformación de las versiones de un software, de hecho su forma de aseguramiento de libertad se condiciona y protege de que el licenciamiento sea *copyleft* y software libre para todos los usuarios.

⁴⁹⁴ Ibid.

⁴⁹⁵ Para referencias véase: Free Software Foundation, Inc., “La Licencia Pública General GNU v3.0 - Proyecto GNU - Free Software Foundation”, *Licencia Pública General GNU*, accedido 28 de marzo de 2022, <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>. y WordPress, “WordPress’ Philosophy”, *WordPress.org*, accedido 28 de marzo de 2022, <https://wordpress.org/about/philosophy/>.

Es necesario aclarar que libertad y libre no se refiere a la gratuidad en relación con el precio, sino la libertad entendida en las cuatro libertades antes señaladas —uso, estudio, transformación y redistribución—. La forma del diseño de este tipo de licenciamiento legitima legalmente que el usuario tenga total libertad por ejemplo en la distribución de obras derivadas de software libre, el cual podría cobrarlo, sin problema, pero debe recibir y re compartir el código fuente o en su defecto que se garantice su obtención si lo desea, que pueda realizar modificaciones o usar partes de esas líneas en nuevas creaciones de programas libres así como su próxima re distribución se encuentran garantizadas, bajo la misma licencia. Todas las libertades basadas en las facultades que otorga el derecho de autor.

De lo relatado, parece indicar que todos los caminos conducen al software libre y al *copyleft*, por ello dedicaré un apartado específico para abordar con detenimiento estos generadores de bienes comunes del conocimiento.

La licencia de cerveza o Beer-Ware License

He identificado este tipo de licencia para ejemplificar principalmente dos aspectos, el primero, destacar la libertad del autor o titular en quien reside los derechos de autor particularmente de un software para poder colocar los supuestos de uso, acceso, distribución y demás sobre su contenido. El titular puede fijar libremente los términos y condiciones en las que se realizará un determinado contrato de licenciamiento.

Lo segundo a poner de manifiesto es el extremo del sarcasmo que puede realizarse a la propiedad de los derechos autorales, específicamente en relación con el uso de un software en caso de usar una licencia de este tipo. Si bien el planteamiento se basa en los derechos de autor, por tanto, lo burlesque no es en relación con la creación, sino en relación con la contraprestación por los usos y demás, sin necesidad de que prime el dinero como forma de pago y optar por formas alternativas como una cerveza.

La *Beer-Ware License* es una forma de licenciamiento de *software* regulada de manera muy libre y abierta, que en sus condiciones resulta poco restrictiva. Si bien el término *beerware* se dice acuñado por John Bristor el 25 de abril de 1987, el cual surgió del pago de forma simbólica de una cerveza que debería realizar el usuario del software como devolución por recibir las líneas de código fuente, que casualmente el desarrollar fue el propio Bristor.

En concreto describiré la revisión 42 de la licencia *beer-ware* desarrollada por Poul-Henning Kamp, los términos y condiciones de la licencia dice: “Siempre y cuando usted mantenga este aviso, puede hacer lo que quiera con esta materia. Si nos

encontramos algún día, y usted piensa que esto vale la pena, me puede comprar una cerveza a cambio. Poul-Henning Kamp”.⁴⁹⁶

```

/*
 * -----
 * "THE BEER-WARE LICENSE" (Revision 42):
 * <phk@FreeBSD.ORG> wrote this file. As long as you retain this notice you
 * can do whatever you want with this stuff. If we meet some day, and you think
 * this stuff is worth it, you can buy me a beer in return Poul-Henning Kamp
 * -----
 */

```

Figura 37. *Beer-Ware License*
Fuente y elaboración⁴⁹⁷

Analizaré en detalle la *Beer-Ware License*, en cuanto a las libertades otorga amplias facultades por cuanto señala que puede hacer lo que quiera con este material, lo que incluiría acceso, uso, transformación y demás usos, es decir otorga al usuario final el derecho al programa en particular y en su defecto que pueda realizar lo que quiera con el código fuente. En cuanto a las obligaciones deberá cumplir dos: 1) mantener el aviso de la licencia; y, 2) comprar una cerveza al titular de los derechos como retribución por el uso de la obra en este caso del software, en el evento de encontrarse un día y si fue de utilidad el programa. Por ejemplo, si un artículo científico, académico o ésta misma tesis se publicaría bajo la *Beer-Ware License* cualquier persona podría hacer usos amplios del material a cambio del uso de la obra, deberá mantener el aviso de la licencia y compensarme con una cerveza cuando nos encontremos algún día y si el uso de la obra valió la pena. En resumen, si un software u obra se encuentra licenciado con la *Beer-Ware License* su uso tendrá como pago una cerveza al autor del software u obra.

Existen varios tipos de licencias tanto restrictivas y tradicionales en reserva de derechos, así como licencias libres y abiertas que promueven un procomún, al ser contratos que se suscriben de manera voluntaria, dependerá principalmente de la autonomía de las partes y principalmente de los términos y condiciones del titular de los derechos de propiedad intelectual, simplemente dejaré enunciado varias formas de licenciamiento libre: “Amanda License, BeOpen Python Open Source License Agreement, Blue Oak Model License 1.0.0 (reference), BSD+Patent License, BSD

⁴⁹⁶ Traducción propia Copyfree, “Copyfree: Standard > Licenses”, *Copyfree: Standard > Licenses*, accedido 28 de marzo de 2022, <http://copyfree.org/standard/licenses>.

⁴⁹⁷ <http://copyfree.org/standard/licenses>.

Documentation License (reference), Boost Software License (reference), Clear BSD License, CMU License, Copyfree Open Innovation License (reference), Crowley Thelemic License, CWI License Agreement for Python, Detachable Public License, Do What The Fuck You Want To Public License v2 (reference), FreeBSD Documentation License (reference), General Attribution License, Give It Your Own License, License, GNU All-Permissive License (reference), Historical Permission Notice and Disclaimer, Inconsiderate License, ISC License, Lucent Public License, v1.02 (reference), MINIX 3 License, MirOS License (reference), MIT/X11 License, Nietzsche Public License, OpenLDAP Public License v2.8 (reference), Open Works License (reference), Pancake Public License (reference), PostgreSQL License, Python Imaging Library License, Research Systems Unix Group License (reference), Revised BSD License, Simplified BSD License, Software Attribution License, Tcl/Tk License, Tiny License, Toybox License, University of Illinois/NCSA Open Source License (reference), Unlicense, Z Shell License”.⁴⁹⁸

Un desafío para los derechos de autor en el caso de uso de software consiste en compatibilizar las licencias con sus contenidos, problema que se presenta inclusive dentro de la misma licencia, pero en una versión distinta, precisamente por cambios en los supuestos de licenciamiento entre una versión y otra, mucho más complejo con situaciones de distintos tipos de licenciamiento.

La compatibilización de licencias es toda una arquitectura de trabajo autoral y legal, en estricto sentido las licencias de software libre están basadas en el derecho autoral, por tanto se podría colocar ciertos límites y determinados requisitos, pero en general si una licencia protegida por derechos de autor respeta la libertad en la forma de la cultura libre y común antes referida, la probabilidad de conflicto no es muy alta, sin perjuicio de los eslabones intermedios, nuevas versiones y principalmente basarse para el desarrollo del código fuente o de una obra en determinados contratos de licenciamiento en donde la forma de compatibilizar se vuelve más compleja y lo remite a los términos del contrato en particular, por cuanto incluso el contrato podría colocar otro tipo de restricciones, dejando un análisis específico en los elementos de aceptabilidad de la licencia, sumado las condiciones propias de la obra libre o abierta, lo

⁴⁹⁸ Copyfree, “Copyfree Licenses”.

cual traducido en casos son varias las situaciones posibles de que la o las licencias sean inaceptablemente restrictivas y que no sean libres.

Para efectos de verificar la problemática, al respecto simplemente dejar indicado que solo en el caso de la GPL existe un listado de licencias de software libre compatibles con la GPL, no compatibles con la GPL, con sus versiones en particular GPLv2, GPLv3, el análisis con licencias para software no libre y muchas más situaciones.⁴⁹⁹

11. Todos los caminos de los comunes del conocimiento conducen al software libre, al copyleft y a Linux

Si bien cada elemento, es decir el software libre, el *copyleft* y Linux pueden ser abordados de manera separada e independiente podríamos colocar al *copyleft* como el puente que los armoniza y que provoca la generación de bienes comunes del conocimiento. Intentaré de forma resumida abordar cada uno de ellos y relacionarlos en sus coincidencias estructurales.

Software libre

¿Qué es software libre? Para ello primeramente ubiquemos supuestos de definición de lo que se define como software, conocido igualmente como soporte lógico, programa informático, sistema informático, programa de ordenador, programa de computador.

Término genérico para los componentes de un sistema informático que son intangibles en lugar de físicos. Se usa más comúnmente para referirse a los programas ejecutados por un sistema informático a diferencia del hardware físico de ese sistema informático, y para abarcar formas tanto simbólicas como ejecutables para dichos programas. Puede establecerse una distinción entre *software de sistemas, que es un complemento esencial del hardware para proporcionar un sistema informático global eficaz (y, por lo tanto, normalmente lo suministra el fabricante), y *software de aplicaciones específico para la función particular desempeñada por la computadora dentro de una organización determinada.⁵⁰⁰

De la definición descrita se diferencian de manera amplia dos tipos de software, uno referido al software de sistemas, es decir al software del sistema operativo de una computadora y el software de aplicaciones, el cual puede ser empleado dentro de un

⁴⁹⁹ Para un análisis más detallado de compatibilidad véase: El sistema operativo GNU, “Lista de Licencias Con Comentarios - Proyecto GNU - Free Software Foundation”, *El Sistema Operativo GNU*, accedido 4 de abril de 2022, <https://www.gnu.org/licenses/license-list.es.html>.

⁵⁰⁰ Traducción personal. Butterfield, Ngondi, y Kerr, *A Dictionary of Computer Science*, 2723, 2724.

determinado sistema operativo previo, para desarrollar una función específica. De manera sencilla, podría definirse como un conjunto de pasos o instrucciones dadas por medio de líneas de código que pretende que una computadora o una máquina ejecute una actividad específica que ha sido solicitada por el sistema.

La Decisión Andina 351 del Régimen Común Sobre derecho de Autor y derechos Conexos en su artículo tres lo identifica como programa de ordenador o software:

Programa de ordenador (Software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones—, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

El software se protege por derecho de autor, esa es la tendencia a nivel mundial, aunque suele surgir el debate de que se lo proteja mediante el régimen de patentes, es un debate hasta cierto punto superado, principalmente porque la legislación nacional y mundial lo protege como obra protegible por derechos de autor, en ese sentido simplemente indicar el artículo 2 del Convenio de Berna y el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre derecho de Autor (Toda) o Wipo Copyright Treaty (WCT) en inglés.

El software se expresa a través del código fuente y del código objeto, el primero se refiere al lenguaje o instrucciones susceptibles de entendimiento humano, el segundo son las instrucciones entendibles por la máquina, se lo llama igualmente código ejecutable. En el código fuente radica el motor del conocimiento humano para el desarrollo de software para poder acceder, usar, estudiar, transformar y redistribuir el código, por cuanto es aquel que el ser humano desarrolla y lo hace ejecutable por medio de las instrucciones compiladas que se traducen en el lenguaje binario que se armoniza de manera entendible por el ordenador o una máquina.

En cuanto a la protección legal por derechos de autor se la realiza tanto al software de sistemas como al software de aplicaciones, de igual forma la protección se la realiza al código fuente y al código objeto.

Existen varias clases de programas de ordenador, pero para nuestro estudio ubicaremos las dos corrientes opuestas por un lado el software privativo y al libre. En relación con el primero, se lo conoce como software privativo o comercial, se caracteriza por cuanto en su forma de adquisición existen derechos reservados por

ejemplo limitados a la ejecución y uso, únicamente se permite copia de seguridad por falla o destrucción, pero no se permite realizar modificaciones u obras derivadas, mucho menos su re distribución. Por tanto, su margen de acción es al uso y ejecución por medio de un pago de dinero, sin que permita otros usos, accesos al código fuente ni mucho menos derivaciones del código fuente.

Hablar de software implica ya hablar de historia, para ello de forma resumida asumir que como en su gran mayoría en el mundo, el software en la década de los 50 y 60 era libre totalmente, no existía si quiera la concepción de separación entre propietario y libre, por tanto, su terminología en sí habría resultado un anacronismo en esa época. Un hecho histórico significativo ocurre a finales de los 60 e inicios de los 70, se produce la separación del hardware y software provocado por el anuncio realizado por IBM, empezaría a vender el hardware por separado, debido principalmente a los costos en su desarrollo y a una amenaza del Departamento de Justicia norteamericano por posible acción antitrust.

Lo ocurrido genera una independencia entre la máquina y el sistema operativo, otorgándole de identidad y generación de derechos individuales de manera separada.

Con este antecedente general para intentar responder a la pregunta que sigue planteada ¿Qué es software libre? Igualmente tiene un bagaje histórico. Esta narrativa tiene un personaje principal y cuatro proyectos entrelazados. El personaje es Richard Stallman, quien en 1984 decide renunciar a su trabajo en Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT para desarrollar su sistema operativo tipo UNIX es decir que se ha usado libremente, para lo cual se propone desarrollar un sistema operativo GNU y el proyecto GNU, para lograr este cometido funda la *Free Software Foundation (FSF)* en donde publica el Manifiesto GNU documento que le sirve como acta fundacional de la FSF y resume los principios de acción de sus proyectos. He descrito tres de los proyectos de Stallman, el sistema operativo GNU, el proyecto GNU y la FSF.

El cuarto proyecto al cual me remito es el licenciamiento GPL, lo abordaré por medio del caso al cual denominaré *Lisp Symbolics v FSF* si bien no hay información de su judicialización, es el antecedente que le ocurre al propio Stallman para que haya decidido trabajar en la licencia *General Public License (GPL)*. Resulta que la empresa *Symbolics* pide permiso a Stallman para usar su programa *Lisp*, este consecuente con su proyecto lo entrega de forma libre para su uso, en su defecto *Symbolics* realiza varias adaptaciones y transformaciones del software generando una obra derivada basada en el software *Lisp*, con estas mejoras Stallman solicita a la empresa que le permita usar su

software para usarlo nuevamente pero ya mejorado, mejoras que como detalle se las hicieron en el software originario de Stallman, a ese pedido la empresa se rehúsa y no lo permite.

Este hecho marca un acontecimiento para desarrollar la licencia GPL y con ello el *copyleft*, por cuanto los usuarios de este tipo de licenciamiento pueden usar el software libremente, estudiar, copiar, estudiar, modificar y redistribuir, siempre y cuando su próxima obra derivada mantenga la misma forma de licenciamiento, es decir que la obra derivada sea *copyleft*, es decir que no coloque un candado para apropiarse de las transformaciones realizadas a futuro, al contrario se genere un instrumento de libre uso para las obras que se sirvan del software originario y no ocurra lo que pasó en el caso Lisp.

Ahora en cuanto a la respuesta conceptual de ¿Qué es software libre? Debemos hacer énfasis a que libre no significa gratuito, es decir el término *free* su traducción es en el sentido de libertad, no de gratuidad o precio, por tanto, la acepción de libre implica libertad en cuanto a la utilización del código fuente, cabe dejar sentado que un software libre puede ser comercial, es decir puedo perfectamente cobrar por el software de código abierto desarrollado, por cuanto no es gratis, pero lo libre garantizará el uso y acceso.

A manera de planteamiento síntesis sería, todo software libre es de libre uso en cuanto a su código fuente, pero no necesariamente es gratuito. A diferencia, todo software gratuito no necesariamente es libre. El hecho de comercializar el código fuente y cobrar por el desarrollo de software libre no lo desnaturaliza por cuanto su libertad radica en la libertad de usos más no en el propósito comercial de valorar el trabajo realizado detrás al desarrollar el código incluso con fines comerciales, siempre y cuando se permitan sus usos. Al decir de Stallman el software libre es una cuestión de libertad, no de coste, se debe pensar en libre en la acepción de libertad de expresión, no como en bebida gratis.

Las prerrogativas y libertades que implica la expresión software libre hacen alusión a las facultades que tiene el usuario de este tipo de herramientas para usarlas, estudiarlas, modificarlas, mejorarlas, adaptarlas, rediseñarlas y redistribuirlas, con la única condición de que tras realizar cualquiera de dichos cambios no introduzca ninguna restricción al producto modificado.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Wilson Rafael Ríos Ruiz, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)* (Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2011), 284.

La antítesis al software libre no es lo comercial, la antítesis al software libre es lo privativo o propietario en cuanto al uso, entonces lo contrario al software libre es el software privativo. Como he insistido para que se entienda como libre se debe permitir contar con las libertades de uso del código fuente de manera amplia, caso contrario estaríamos ante un software privativo.

El software libre es un común del conocimiento en el doble sentido, común tanto en el derecho de uso como atributo de la propiedad y cuando lo cobija el *copyleft* es un generador de bienes comunes derivados.

Software libre no es dominio público y no es *open source*, precisamente porque carece de la condición legal del común radicada en el *copyleft*.

En tanto al software libre y al dominio público se lo suele asociar, sin embargo, es equivocado por cuanto el dominio público por lo general en la normativa jurídica de derechos de autor es de uso gratuito y el software libre puede ser gratuito o por medio de pago. Si bien existe libre uso de las obras en dominio público, el resultado de las obras derivadas producto de una obra de dominio público goza de protección por derechos de autor, lo cual podría legalmente restringir el uso, modificaciones y redistribuciones futuras, a diferencia del software libre *copyleft* que precisamente crea un nexo vinculante futuro respecto de las obras creadas a partir de un software libre, su esencia reside en que sus obras futuras de igual manera lo seguirán siendo, sin permitir una restricción de uso futuro, sino se mantendrá libre, generando un común potente tanto en el uso como motor de generador de bienes comunes del conocimiento.

De la misma manera, se suele confundir al software libre como *open source*, si bien coexisten en su uso, es decir ambos son generadores de comunes en el atributo del uso, solo uno es generador de bienes comunes como bienes derivados futuros, el *open source* permite un libre uso y acceso, por ello si es un común respecto al atributo de usar, pero al no contar con la condición de *copyleft* no puede generar bienes comunes futuros. La diferencia entre uno y otro radica precisamente en este factor, ambos permiten el uso amplio más únicamente el software libre es *copyleft*. Para ponerle en síntesis de propuesta sería todo software libre es *open source*, pero no todo *open source* es software libre. Para Stallman y los defensores del movimiento del software libre no es una cuestión únicamente de definiciones o condiciones, lo de fondo afirman es una cuestión de principios y filosofía de vida.

Para complementar la respuesta que nos trae la definición del software libre, lo

medular de su contenido es el planteamiento de las cuatro libertades que lo han cobijado y lo ha desarrollado Stallman por medio del proyecto GNU y la *Free Software Foundation* —FSF—.

Las cuatro libertades esenciales

Un programa es software libre si los usuarios tienen las cuatro libertades esenciales:

La libertad de ejecutar el programa como se desee, con cualquier propósito (libertad 0).

La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y cambiarlo para que haga lo que se desee (libertad 1). El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello.

La libertad de redistribuir copias para ayudar a otros (libertad 2).

La libertad de distribuir copias de sus versiones modificadas a terceros (libertad 3). Esto le permite ofrecer a toda la comunidad la oportunidad de beneficiarse de las modificaciones. El acceso al código fuente es una condición necesaria para ello.⁵⁰²

La numeración del porque inicia con cero tiene varios rumores, entre ellos que responde al lenguaje binario de ceros y unos, sin embargo, el propio proyecto lo aclarado indicando que es por cuestiones históricas. En 1990 eran tres libertades, numeradas como 1, 2 y 3, posteriormente se percatan que la libertad de ejecutar el programa debía mencionarse de forma explícita por cuanto es una cuestión básica que debía precederlas. En lugar de cambiar el orden numérico, se la designó como libertad 0.

Cada una de las libertades es importante y las abordaré de manera sucinta, la libertad cero (0) consiste en ejecutar el programa como se desee, con cualquier propósito, inclusive la de no ejecutar el programa. El usuario puede libremente en cualquier tipo de sistema operativo o de aplicación, para cualquier tipo de trabajo y propósito, para ello no debe comunicarlo o solicitar autorización del programador o de ninguna persona. El usuario es el que impone el propósito totalmente abierto, cualquier propósito, por tanto, el desarrollador o alguna entidad no lo limita. Usted como usuario es libre de ejecutar el programa para alcanzar sus propios fines, sin embargo, si lo distribuye el mismo efecto recaerá en la siguiente persona usuaria quien será libre de ejecutarlo para lo que necesite, sin colocar restricciones.

Libertad uno (1) en cuanto al estudio, cambio el requisito previo indispensable consiste en el acceso al código fuente. Su estudio y modificaciones constituyen pilares a las mejoras, incluida la libertad de eliminar el programa. Estos actos, por ejemplo, el

⁵⁰² “¿Qué es el Software Libre? - Proyecto GNU - Free Software Foundation”, *El sistema operativo GNU*, accedido 4 de abril de 2022, <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html#four-freedoms>.

modificar el programa conforme a los beneficios sin tener que comunicar o solicitar autorización.

Libertad dos (2) y tres (3) implican la libertad para redistribuir copias con o sin modificaciones, puede ser de forma gratuita o cobrando una tarifa por la distribución, a cualquiera en cualquier parte. Igual que las anteriores libertades, esto implica no tener que pedir permiso o realizar pago alguno por ello. La libertad tres (3) es la esencia y contiene el denominado *copyleft*, en ese aspecto, esta libertad incluye la opción de publicar sus versiones modificadas como software libre, en ese sentido “una licencia que requiera que las versiones modificadas no sean libres, no se puede considerar libre”. Igualmente es fundamental para redistribuir incluir el acceso al código fuente como a las formas binarias o ejecutables del programa.⁵⁰³

Simplemente dejar enunciado a la antítesis del software libre, el software propietario o privativo, de manera sumaria podríamos señalar que el software que no es libre o abierto es privativo, es decir el software propietario y las obras en general para dejar de ser privativas deben condicionar su programa u obra como libre. En cuanto al software propietario, todos los derechos se encuentran reservados, por tanto, el acceso, uso, transformación, distribución y redistribución están restringidos por el titular de derechos, para poder acceder al código fuente es necesario contar con la autorización y remuneración respectiva. Esta restricción provoca una limitación de acceso al conocimiento, estudiar la funcionalidad y utilidad que el programa puede operar. Los usuarios se ven atados al software propietario y se convierten en clientes consumidores de un soporte específico, así como su servicio de mantenimiento autorizado, la forma de usar es precisamente por medio de la compra de una licencia, su modelo de negocio incluye una barrera de acceso, uso, transformación y redistribución del código fuente.

Copyleft y los bienes comunes del conocimiento

¿*Copyleft* vs. *Copyright* igual *Copyfight*?, no es descabellado, por cuanto los apasionamientos en ambas posiciones generan una tensión y provocativos debates, por cuanto al final lo que se coloca como referente es la propiedad, derecho que nos ha

⁵⁰³ “La libertad de redistribuir copias debe incluir las formas binarias o ejecutables del programa, así como el código fuente, tanto para las versiones modificadas como para las que no lo estén. (Distribuir programas en forma de ejecutables es necesario para que los sistemas operativos libres se puedan instalar fácilmente). Resulta aceptable si no existe un modo de producir un formato binario o ejecutable para un programa específico, dado que algunos lenguajes no incorporan esa característica, pero debe tener la libertad de redistribuir dichos formatos si encontrara o programara una forma de hacerlo”. Véase: Ibid.

acompañado de la mano en la disciplina jurídica, siempre sugestivo y de permanente cuestionamiento.

Este confrontamiento entre lo libre, abierto y lo privativo, a fecha actual parecería superado largamente por el código abierto, pensemos un hecho el principal representante del código privativo y contradictor *Microsoft* está optando por el uso y apuesta en proyectos abiertos como por ejemplo Git para el desarrollo de Windows. Si lo asociamos con una pelea, el principal triunfador actualmente es el código abierto.

Partimos del reconocimiento al derecho de autor, de hecho, el *copyleft* no contradice a los derechos de autor, se basa y fundamenta su planteamiento en el mismo. Los derechos de autor otorgan derechos exclusivos y monopólicos al titular como regla general, salvo que el titular decida renunciar y licenciarlo mediante *copyleft*, al momento de realizar la renuncia impone una nueva condición, “que las futuras distribuciones de su software, en su versión original o en versiones modificadas, concedan a los potenciales usuarios las mismas facultades de utilización que él confirió”.⁵⁰⁴ La renuncia no implica una renuncia a su titularidad, lo que provoca es crear un término de referencia denominado *copyleft*, que se incluirá en el licenciamiento, el *copyleft* se convierte en una condición resolutoria que consiste en que un posible usuario no este facultado para incluir limitaciones al momento de realizar transformaciones o redistribución, su renuncia precisamente se basa en los derechos de autor, como creador de la obra originaria, las posibles obras transformadas a futuro, bajo *copyleft*, tendrán la condición que las posteriores igualmente mantengan la forma de licenciamiento irrevocable que permite usos posteriores sin limitaciones lo cual genera un estado de creación constante e ilimitada de bienes comunes del conocimiento.

El *copyleft* contiene lo que técnicamente se conoce en derecho como ‘condición resolutoria[...] se trata de un suceso (condición) que, de darse, produce determinado efecto en los derechos. El suceso en nuestro caso es la infracción de una licencia, que por tanto, queda desactivado (resuelta). La condición resolutoria implícita en el *copyleft* se produce al añadirse restricciones a la libre explotación del programa derivado sobre las que figuraba en la licencia del programa original. La cláusula *copyleft* la impone el autor de la obra original en uso de sus facultades de copyright, no en contra de tales facultades[...] Y la aceptación por el destinatario de la licencia con cláusula *copyleft* supone si vulnera la cláusula, la licencia deja de ampararlo a él y al programa derivado que redistribuya, que pasa a ser automáticamente ilegítimo.’⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Carranza Torres, *Problemática jurídica del software libre*, 98.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, 136, 137.

Los derechos de autor del programador número uno no se ven afectados, éste es quien decide colocar el escalón de los bienes comunes del conocimiento, al momento de colocar la licencia libre y *copyleft*, afecta a todas las obras futuras, posibilitando un detonante de obras comunes, el programador número dos, al momento de aceptar la forma de licenciamiento del programador uno, sus trabajos derivados quedan afectados por la condición resolutoria que contiene el *copyleft*.

El *copyleft* es de suma importancia para los bienes comunes del conocimiento, se convierte en el mecanismo jurídico que permite poner obras derivadas en la misma condición en la que fueron usadas. Por ejemplo, si hago uso de un software libre con *copyleft*, el software derivado es una obra igualmente común, esto porque se ha garantizado un efecto viral sobre sus obras derivadas futuras.

El software libre con sus cuatro libertades ya lo mencioné permite amplias libertades de uso y transformación, el *copyleft* se convierte en una obligación de no hacer, no es posible agregar restricciones a la obra —software—, con lo cual se convierte en una garantía sucesiva de libre uso y principalmente de redistribución de versiones modificadas de manera libre. Esta condición jurídica permite la creación de bienes comunes del conocimiento. Así en su funcionamiento se precautelan las libertades de uso, pero principalmente se convierte en una característica de inalienabilidad respecto de los usos derivados y redistribución futura, su efecto dominó garantiza que las versiones modificadas de igual manera sean libres y permitan generar bienes comunes del conocimiento.

Las libertades del software libre y específicamente el *copyleft* no posibilita a quienes realizan la obra derivada y la redistribución colocar alguna condición o restricción adicional al momento de realizar tanto la obra derivada como su redistribución. Pensemos en una obra libre —software— que no cuenta con la condición de *copyleft*, el programador de la obra derivada podría poner limitaciones adicionales, de hecho para poder redistribuir el programa libre necesitaríamos contar con la autorización del titular de derechos, en ese aspecto un software a pesar de gozar de su característica de libre pero que no sea *copyleft*, sus obras derivadas no podrían ser redistribuidas en esas condiciones, con lo cual el programa no podría ser plenamente libre.

Podemos decir, entonces, que el f/oss protegido con *copyleft* da a los usuarios permiso para hacer muchas cosas, pero no les da permiso para distribuir versiones propietarias de él. En cambio, el f/oss no protegido con *copyleft* da permiso para realizar todas las

acciones que autoriza el f/oss protegido con copyleft, pero además, permite hacer lo que éste prohíbe.⁵⁰⁶

Entonces, en la condición *copyleft* el titular de los derechos de autor asegura que las obras transformadas del software se encuentren garantizadas en las mismas condiciones, es decir *copyleft*, lo que no ocurre con obras —software— que carece de *copyleft*, el titular coloca una restricción, por tanto, retiene sus derechos de redistribución sin permitir que se convierta en la posibilidad de generar obras comunes.

Quien crea líneas de código libre, está imposibilitado de cargar reservas que afecten las sobre modificaciones a futuro en caso de que otro programador desee efectuar.

Ahora mismo en una pandemia, pensar en una infección viral no es lo más atractivo, sin embargo, con el esfuerzo del caso, si pensamos que el *copyleft* provoca una reacción viral, abarca e infecta aquello que pueda tener un relacionamiento, en un caso en el cual el desarrollo de un software que combina tanto programa propietario y libre con *copyleft*, el resultado podría verse abocado de una protección y abarcamiento del software libre y el *copyleft*, es decir de manera general, el código propietario se vería expuesto y afectado por las libertades y el *copyleft*, por tanto a primera vista el *copyleft* se superpone y otorga cobertura al software propietario. Tal como señala Stallman “para que el *copyleft* sea efectivo, las versiones modificadas deben ser también libres”. En ese sentido se produce una gran desventaja para quienes optan por software propietario, en vista de que deben realizar el trabajo desde nada, sin aprovechar las ventajas previas del desarrollo y el estado de la cuestión que le otorgarían los bienes comunes del conocimiento.

Recalcar que todo tipo de obras pueden optar por ser *copyleft*, en ese sentido en el caso de un software, las cuatro libertades y en especial el *copyleft* también pueden abarcar al manual de desarrollo, del usuario auxiliares, componentes, instrucciones y demás elementos que sean necesarios para la operatividad del programa.

GNU/Linux el corazón de los bienes comunes

Dos proyectos GNU y Linux juntaron ideas, esfuerzos e intangibles informáticos que generaron un cambio de paradigma en el mundo del software tanto en el sistema operativo como en el tratamiento del kernel. El kernel es el núcleo comunicativo entre

⁵⁰⁶ Ibid., 102.

el hardware y el software, se podría decir que el kernel es el corazón que permite dar vida comunicativa entre el software y el hardware.

Para poner contexto tanto el proyecto GNU liderado por Richard Stallman buscaba principalmente el contar con un sistema operativo libre, y Linux liderado por Linus Torvalds que logró contribuir con su kernel, la suma de ambos proyectos el GNU/Linux.

Como antecedentes históricos del kernel de Linux, su base se fundamenta en dos proyectos anteriores Unix y Minix, se suele decir Linux como un Unix para PC, lo cual no es del todo correcto, pero nos brinda una idea de su vínculo, de hecho, podría considerarse a Linux como un sucesor de Unix. Actualmente Unix es un sistema operativo tanto para PC como máquinas de gran potencia, sin embargo, al inicio de su desarrollo pagar por su licencia no era alcanzable para usuarios finales, sino más para el sector empresarial, este antecedente marca el apareamiento de Minix, cuyo objetivo era convertirse en un mini Unix, de ahí su nombre, el desarrollador del sistema operativo Minix, Andrew Stuart Tanenbaum motivado por la enseñanza y docencia buscaba que sus alumnos practiquen una aproximación a Unix desde sus ordenadores personales, sin enfrentarse al alto valor de pago por licencia, desarrolla en lenguaje C y en ensamblador todo el código de Minix, logra hacer asequible Unix por medio de Minix, si bien el autor posteriormente cede los derechos de su creación, una semilla de germinación es Linux, que lo que intenta ser es un Minix perfeccionado.

Con este antecedente el padre y principal creador de Linux es Linus Torvalds — Linux es el resultado de la contracción entre Linus y Unix— el potencial más atractivo que cuenta Linux es su forma de creación de manera colaborativa y voluntaria, es un ejemplo de arquitectura de inteligencia colectiva, miles de colaboradores han construido la comunidad Linux quienes han aportado al desarrollo y constante mejoramiento. Por tanto, el mérito de Torvalds es doble como parte creadora pero también como coordinador del proyecto aprovechando la dinámica del trabajo en red. Precisamente esta dinámica de trabajo colectivo se ve explotada cuando lanza la versión 0.02 y coloca de manera liberada el código fuente de Linux en un foro respecto de Minix.

El proyecto Linux se complementa al GNU y suman esfuerzos, Linux en sus primeras versiones ha usado determinados programas GNU como el gcc o el bash, la necesidad de esa época de GNU no había conseguido desarrollar un kernel estable para su sistema operativo, su éxito ha sido en aplicaciones y compiladores es mediante el núcleo que tiende el kernel que vincula a GNU y Linux. Igualmente, la forma de

licenciamiento General Public License —GPL— genera un vínculo, así como la línea filosófica de compartir y colaborar son complementos de GNU/Linux.

¿Cómo se relaciona GNU/Linux con los bienes comunes? O ¿Por qué podrían ser el corazón de los comunes? Principalmente por el copyleft —desarrollado por Stallman— y el kernel de Linux —desarrollado por Torvalds—, sumado todos los elementos tanto técnicos creadas por el proyecto GNU más la potencia de las cuatro libertades del software libre, potencializadas en la licencia GPL, dieron como resultado el puente generador de un corazón —kernel— para crear un sistema operativo y varias distribuciones de GNU/Linux: Núcleo Linux + Sistema de Inicio + Paquetes de Software Libre, lo cual permite generar bienes comunes del conocimiento. La posibilidad de conectar un software libre con una máquina de manera personalizada, que permitan poner una contraposición al software propietario en el mismo nivel de funcionalidad es hasta cierto punto subversivo.

En este orden de ideas lo que se ha logrado materializar es un ecosistema de los bienes comunes del conocimiento en el software, tanto en su aspecto jurídico como técnico.

12. Tendencias y estadísticas sobre: Software de código abierto, software libre, GNU/Linux, GNU General Public License, Creative Commons, Uso justo, Bienes comunes y Comunes del conocimiento

El objetivo de este apartado es demostrar las tendencias de los últimos cinco años tomando como referencia el mes de mayo de 2022, para ello me he servido de la herramienta *Google Trends* que nos permite tomar una muestra con criterios de tiempo: último cinco años, lugar: todo el mundo y los conceptos relacionados a los comunes del conocimiento.

Tendencias sobre software de código abierto



Figura 38. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends



Figura 39. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto del Software de código abierto lo lidera China.

Tendencias sobre Software libre



Figura 40. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends

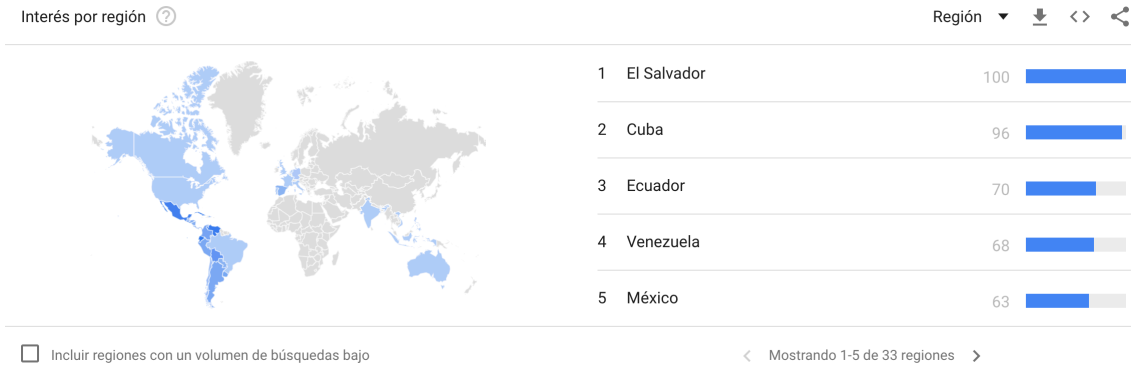


Figura 41. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto del software libre lo lidera El Salvador y nuestro país se ubica en el tercer lugar.

Tendencias sobre GNU/Linux



Figura 42. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends



Figura 43. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de GNU/Linux lo lidera China.

Tendencias sobre GNU General Public License



Figura 44. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends

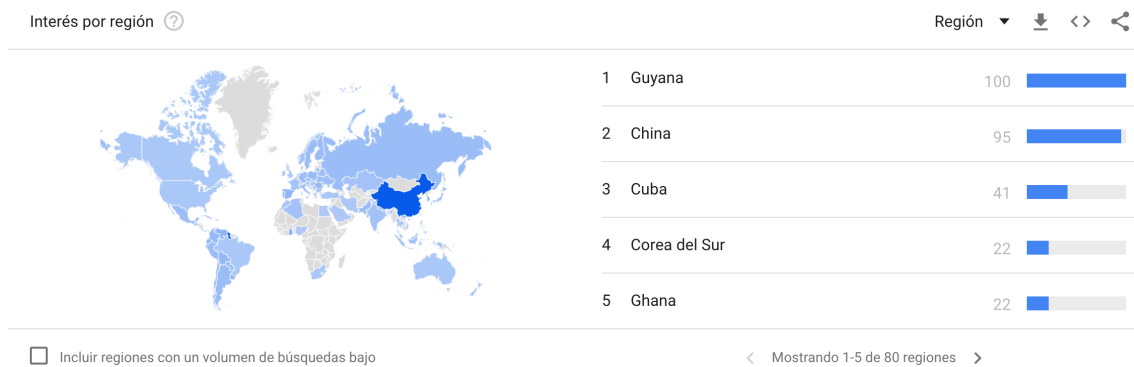


Figura 45. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de GNU General Public License lo lidera Guyana y en segundo lugar China.

Tendencias sobre Licencias Creative Commons

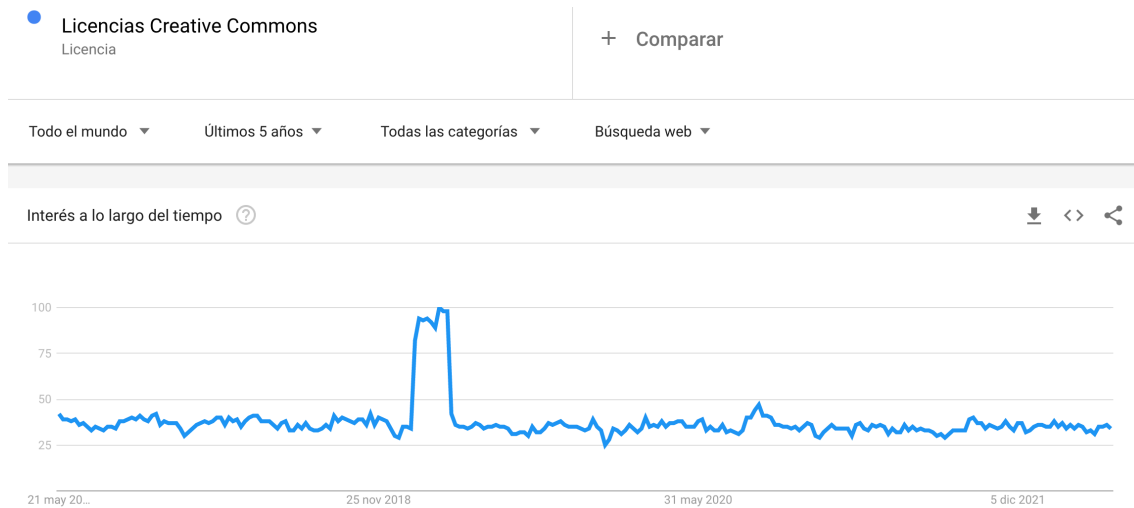


Figura 46. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends

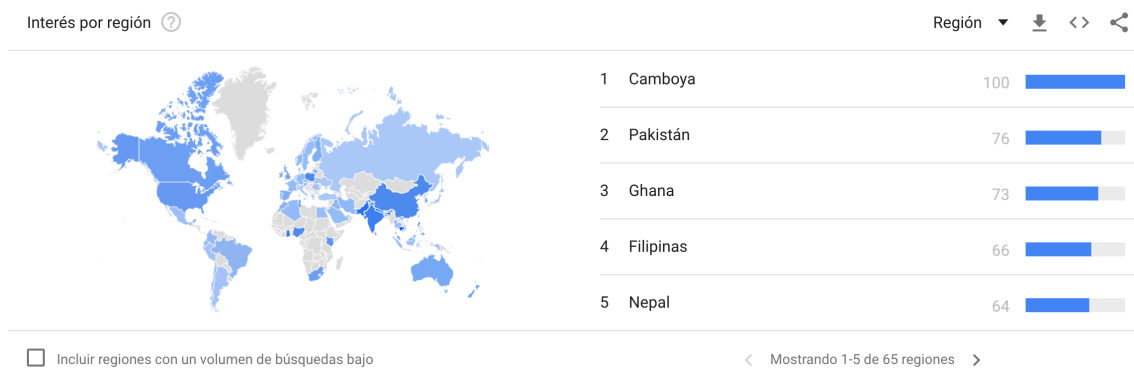


Figura 47. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de Licencias Creative Commons lo lidera Camboya.

Tendencias sobre uso justo

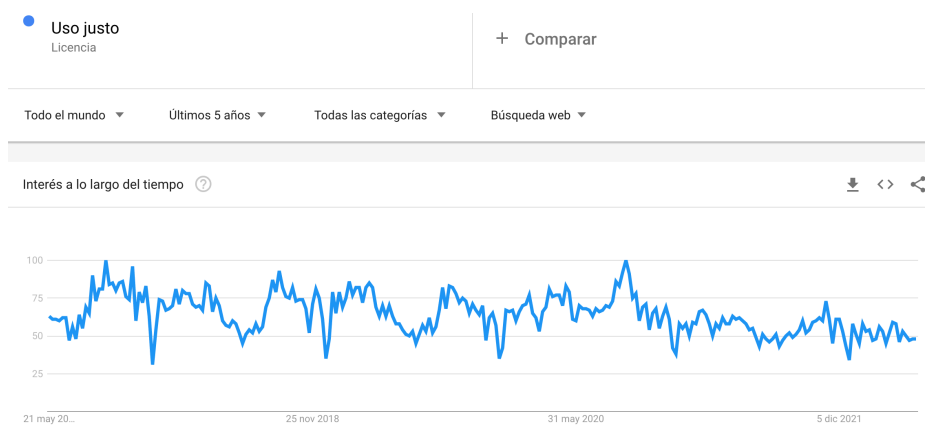


Figura 48. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends



Figura 49. Interés por región

Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de Uso justo lo lidera Filipinas en segundo lugar Estados Unidos y en tercer lugar China.

Tendencias sobre bienes comunes



Figura 50. Interés a lo largo del tiempo

Fuente: Google trends



Figura 51. Interés por región

Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de Bienes comunes lo lidera Filipinas.

Tendencias sobre comunes del conocimiento



Figura 52. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends

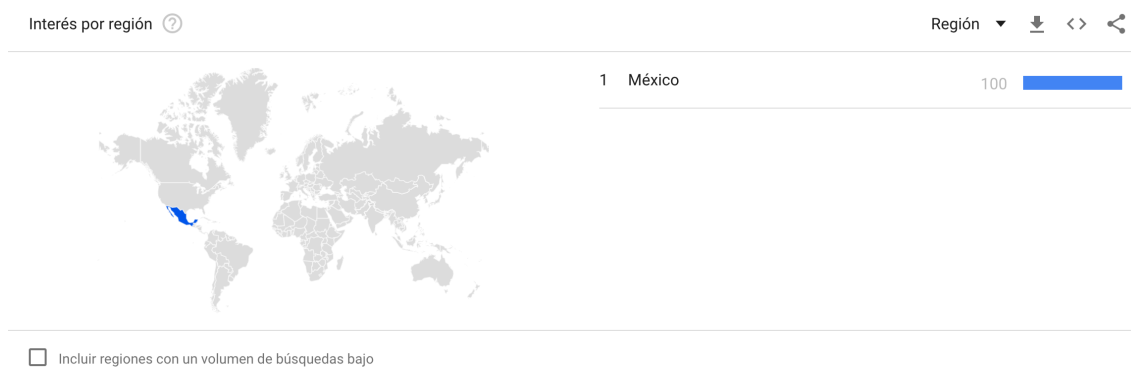


Figura 53. Interés por región
Fuente: Google trends

El interés a lo largo del tiempo respecto de Comunes del conocimiento lo lidera México.

Tendencias sobre Copyleft

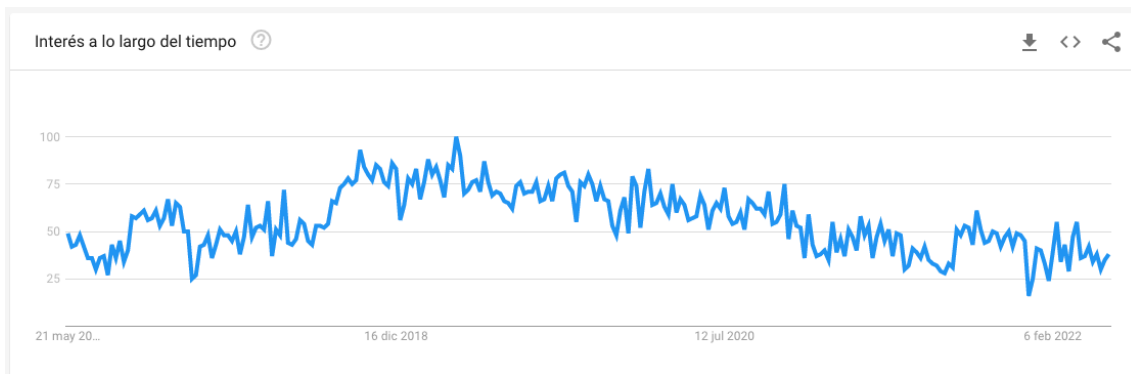


Figura 54. Interés a lo largo del tiempo
Fuente: Google trends



Figura 55. Interés por región
Fuente: Google trends

De manera general resalta en la interpretación de las tendencias la participación de China, por ejemplo, en relación con el concepto de software de código abierto se ubica en el primer lugar, GNU/Linux en el primer lugar, igualmente China ocupa el segundo lugar en el concepto de GNU General Public License, y; en relación con el uso justo en tercer lugar. Ello podría ser asociado al liderazgo tecnológico que tiene este país en el mundo.

Igualmente, en cuanto al Uso justo Estados Unidos se coloca en segundo lugar lo cual cobra sentido ya que es el país en que ha desarrollado basta jurisprudencia alrededor de casos que se han resuelto por usos justo o *fair use*.

México está en quinto lugar en el concepto de Software libre y en primero en relación con los comunes del conocimiento, finalmente el Ecuador se encuentra en tercer lugar en el concepto de Software libre dato que resulta alentador.

Filipinas se encuentra en primer lugar de preferencia en relación con el concepto de bienes comunes y al *Copyleft* con una íntima relación de aplicación.

13. Revolución silenciosa del código

Aunque las formas adoptadas por la propiedad sean fundamentalmente fruto de las costumbres, y aunque los esquemas legales hayan ido forjándose a lo largo de milenios, ninguna razón hay para suponer que las específicas formas de propiedad que hoy prevalecen deban considerarse definitivas. Suele admitirse que las modalidades tradicionales de la propiedad ofrecen un abigarrado y complejo conjunto de aspectos que ciertamente cabe reestructurar y cuya óptima combinación en los diversos campos está todavía por lograr.⁵⁰⁷

Etimológicamente el término “revolución” proviene del latín tardío *revolutio* o *revolutiōnis*, sus componentes léxicos son: el prefijo re-(hacia atrás), *volvere* (dar vueltas), más el sufijo *ción* (acción y efecto). Tiene varias definiciones que pueden coincidir en acepciones similares, por ejemplo, la Real Academia Española —RAE— lo define de este modo: “Acción y efecto de revolver o revolverse. 2. f. Cambio profundo, generalmente violento, en las estructuras políticas y socioeconómicas de una comunidad nacional. 3. f. Levantamiento o sublevación popular. 4. f. Cambio rápido y profundo en cualquier cosa”.⁵⁰⁸

Regularmente una revolución es sinónimo de luchas, enfrentamientos, ocupaciones, manifestaciones, resistencia, movilizaciones en las calles, plazas y espacios públicos el derecho de acceso al código y su posicionamiento en los diversos ámbitos tanto jurídico, político, cultural y social se han llevado de manera estratégica e inteligente desde las prácticas y las acciones, desde la terminal del ordenador hasta lograr influenciar en todo el mundo y en todo el ámbito tecnológico.

Hay factores comunes para generar una revolución sin duda, la indignación, la ruptura de algo, querer iniciar algo nuevo, transformar una realidad y provocar acciones, en suma, accionar para causar un efecto significativo.

Revolución política

El sueño de varios revolucionarios y juristas que intentan construir algo nuevo “neo” es una propuesta que realice su accionar desde abajo hacia arriba, con una horizontalidad y prescindiendo de jerarquías, muchas veces se convierte en una metililla que suena a romance puro, muy complejo de llevarlo a la realidad. Regularmente sumar ese tejido social y lograr depositarlo en la cúpula implica un gran

⁵⁰⁷ Friedrich A. Hayek, *La Fatal arrogancia: los errores del socialismo* (Londres: Unión Editorial, 1990), 74.

⁵⁰⁸ RAE- ASALE y RAE, “revolución | Diccionario de la lengua española”, «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, accedido 19 de mayo de 2022, <https://dle.rae.es/revolución>.

recorrido de conquista del poder, es usual que las decisiones vengan tomadas de forma vertical con una marcada clase de decisiones.

El código abierto y el software libre han logrado redistribuir el poder y han incidido de manera silenciosa en realizar esa utopía para muchas personas, lo han logrado con un lenguaje binario de ceros y unos de manera colectiva y participativa en una comunidad de amantes de la tecnología *gamers*, *hackers*, desarrolladores, programadores, *geeks*, comunicadores, *hacktivistas* en general los nativos digitales.

La esencia dura de su trabajo fue técnico y jurídico lo cual automáticamente se hizo político y cultural. Para activar su accionar político no fue necesario una revuelta o barricadas en la calle, tampoco intercambio de enfrentamientos con la fuerza pública entre cócteles molotov, disparos o toletes. Su éxito ha sido pacífico y silencioso, recordar que el silencio puede ser el mayor repartidor de ruido, en este caso opero de ese modo. Varias personas no conciben revolución o lucha popular sin confrontamiento y violencia, lo paradójico resulta que estas personas son quienes la promueven desde la comodidad de su escritorio o la academia, desde la comodidad de las aulas o del sofá incitando a los otros al hecho generador de violencia, terminan haciendo lo que critican, jerarquizar, ser la clase a cargo de la opinión y el pensamiento y los otros a las calles.

La conquista del código fue desde el ordenador como eje central con el arma en el software y un modo diferente de comprender el conocimiento y fundamentalmente el acceso. Existen varios referentes que podrían ser esos caudillos si se quiere, sin embargo, por medio de este trabajo no dejaré pasar por alto el trabajo de quienes de manera oculta contribuyeron y siguen contribuyendo al desarrollo de comunidades digitales, un reconocimiento a los anónimos que apoyan y comparten sus desarrollos a favor del procomún digital. Insistir en pleitesías a personajes en concreto sería incoherente con las prácticas colectivas que marcan la pauta en lo digital, además de alimentar líderes que peligrosamente podrían devenir en ruinas populistas de derechas o izquierdas.

La revolución del código deviene fuertemente de la comunidad, de sus prácticas y de sus acciones, mantener la coherencia de sus palabras en concreto con el software, que los usuarios puedan estudiarlo o mejorarlo a sus necesidades sin incluir limitaciones a los contenidos. El poder se ha distribuido en comunidad de manera horizontal y hasta cierto punto de forma neutra sin una división de los de arriba o los de abajo, basados en su objetivo de fortalecer el acceso no ha sido necesario llenar de personas las calles o

plazas sino estar de acuerdo en viralizar las líneas de código para producir mejoras constantes a sus desarrollos.

Revolución jurídica

El término revolución es relativamente moderno, surge aproximadamente en 1688 usado por primera vez en la revolución inglesa *Glorious Revolution*, pero es la Revolución Francesa donde se generaliza y acuña de manera amplia, como señal del vuelco histórico y la ruptura de una época y el comienzo de otro.

Para este aspecto usaré como analogía en concreto uno de los acontecimientos de mayor referencia para el ámbito jurídico, la Revolución Francesa y la Revolución del código, la primera trajo consigo la división de poderes y el sistema de pesos y contra pesos que ha dado forma a nuestro régimen jurídico, la segunda trajo consigo las cuatro libertades del software libre, basados principalmente tanto en el *copyleft* como en el derecho de acceso al código —*open source*— marcando una alternativa jurídica y de gobernanza diversa.

La Revolución Francesa con su división de poderes sobrevino a fecha actual en el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial y con ello teóricamente un régimen democrático de control equilibrado entre uno y otro, la Revolución del código propone las libertades de ejecutar, redistribuir y principalmente el derecho de acceso a estudiar y transformar el código, así como la distribución de las versiones modificadas.

La condición resolutoria que propone el *copyleft* se traduce de manera ampliada en las libertades del código, siendo una innovación jurídica adaptada a la necesidad concreta, su fundamento base es el mismo derecho a la propiedad y la facultad de disposición propietaria para expandir su uso a favor de terceros y que estos terceros se comprometen a liberarlo igualmente en una cadena constante de libertad.

El *open source* y el *software libre* —diferenciados en el *copyleft*— ambos fortalecen y colocan el derecho de acceso como atributo máximo de la propiedad o dominio, tanto expresada como propiedad especial e inclusive como derecho real de propiedad en cuanto al ámbito de los bienes corporales inmateriales equiparable con el derecho de uso, por cuanto el acceso se traduce en el uso y transformación del código. Igualmente se unifica a la propuesta de los comunes de satisfacción de necesidades, antes de identificar un sujeto u objeto donde radica la propiedad tradicional, supera la clásica dualidad mediante el acceso al código logrando satisfacer necesidades y precautelando el derecho fundamental de educación.

En primera instancia en una interpretación individualista podría apreciarse una relación inversamente proporcional a mayor derecho constitucional de acceso a la educación y cultura menor derecho exclusivo de explotación sobre el software; empero el planteamiento en los comunes se conjuga directamente proporcional, a mayor derecho constitucional de acceso a la innovación, mayores beneficios colectivos de acceso de cualquier persona en beneficio del colectivo.

En general, la propiedad marca las bases jurídicas sobre los comunes o mejor denominada lo contrario a la propiedad, no se limita en la atribución propietaria particular y tampoco otorga derechos exclusivos a uno o varios sujetos, la propiedad en el sujeto es difusa, por tanto, nadie puede reclamar y excluir a otros su uso y explotación.

En el análisis singular del derecho de acceso al código fuente, el uso está garantizado tanto en el *open source* como en el software libre. El uso se convierte en un atributo común de cualquier persona que tenga la necesidad de estudiarlo o ejecutarlo, en ese sentido el atributo del uso es un común del conocimiento —comunes— en la dinámica digital que permite crear nuevos desarrollos informáticos. Sin embargo, el *copyleft* abarca tanto el uso como la distribución de las versiones mejoradas con lo cual no solamente beneficia el acceso sino también en las obras derivadas que se convierten en comunes transformables para usos futuros en cadena.

¿Es el dominio público la solución? Cuando una obra incluido el software pasa al dominio público en el Ecuador esa obra va a ser parte de los bienes públicos del Estado, por ejemplo, en el orden sucesorio de bienes al momento en que una persona fallece y no cuenta con causahabientes le corresponde al Estado asumirlos. En el código, su uso corresponderá a todas las personas, pero la titularidad podría ser asumida incluso patrocinada por el ente estatal en caso de haber un conflicto con la obra. En ese sentido lo común y el dominio público se encontrarían en una contradicción en cuanto a la identificación de titularidad, ya que los comunes sobrepasan el elemento de exclusión y atribución en un solo individuo.

El dominio público contribuye enormemente al conjunto de obras disponibles para su uso y transformación hecho que sin duda promueve una memoria, cultura y educación colectiva a favor de todas las personas. Intentando esbozar una reflexión entre el dominio público y lo común podríamos pensar en un dominio común y no en un dominio público, en el que la exclusión de titularidad se convierte en inclusión. Evidentemente habría que transformar la normativa pertinente, pero en caso de que los

autores en vida decidan colocar su código en el dominio público, la solución podría consistir en emplear un dominio común mediante una forma de licenciamiento alternativa para el común en el que se permita el acceso, uso, estudio, ejecución, transformación, distribución y redistribución de mejoras, en concreto que se traduzca en una especie de licencia que se reconozca la autoría y se lo comparta de la misma forma —*copyleft*—.

En vez de un dominio público un dominio común con *copyleft*, ya que las obras que se encuentran en el dominio público es decir el código sobre el que pueda hacer mejoras libremente, el resultado de la obra derivada del dominio público es cobijado con una protección de derechos de autor, ello da inicio al ciclo de cercamiento del código, es decir el autor que realiza una obra del dominio público, la obra transformada goza de protección de derechos de autor y este autor al contar con protección sobre su creación a pesar de haberse beneficiado del dominio público, éste decide cercar el círculo y para hacer trabajos derivados de su código mejorado que partió del dominio público necesitaría obtener su autorización.

Lo que se propone es que las obras derivadas de una obra de dominio público tengan la condición de *copyleft* y sobre esa obra se permita a terceros realizar mejoras, sin que el autor o programador tenga la facultad de excluir su trabajo, ya que se benefició del dominio público y sobre todo que las otras personas puedan acceder libremente sin que sea necesario una autorización o licencia para realizar un trabajo derivado del trabajo derivado del código de dominio público.

Muy resumido, si un programador o autor se beneficia de una obra o líneas de código de contenido que reposa en el dominio público, equilibrar la balanza y aportar también al común implicaría que los trabajos derivados corran la misma suerte y se puedan transformar libremente, precisamente porque me beneficié del dominio público.

Este análisis recae sobre el ámbito de los derechos patrimoniales, sobre los derechos morales el debate es diferente ya que implica la renuncia de autoría y por ende de derechos personales, incluido los casos de obras huérfanas o creadas bajo seudónimos, esto escapa la presente propuesta a pesar de ello lo dejo enunciado de manera amplia ¿es posible renunciar a los derechos morales de autor? ¿es posible renunciar a la autoría de una obra?

La tecnología e innovación requieren de una dinámica muy ágil y adaptable a los tiempos, al igual que el derecho de propiedad se ha ido acoplado a los avances y no ha dejado de precautelarse, en cuanto al código y su derecho de uso podemos asimilarlo

con el planteamiento de la modernidad líquida de Zygmunt Bauman, lo líquido se transforma y fluye.⁵⁰⁹

La propiedad y su dominio no será destruido y trascenderá, esta realidad la comunidad de lo libre y abierto lo ha comprendido y ha decidido jugar con las reglas jurídicas del régimen, sin contradecirlo sino fortaleciendo el común, a pesar de ello la disolución de los sólidos en el régimen de la propiedad inmaterial abre una gran amalgama de oportunidades para incluir en su faceta a avances tecnológicos de variada gama como la inteligencia artificial, *blockchain*, *smart contracts* tanto la máquina y el software será el corazón puente de funcionamiento del presente futuro del derecho. El potencial y el actuar de la comunidad se ha traducido en otro tipo de iniciativas paralelas como datos, hardware, ciencia, inteligencia artificial libre y abierta.

La estructura jurídica de todo un Estado está basada actualmente en su soberanía, misma que se encuentra sobre valorada, es parte de la poesía jurídica la soberanía radica en el pueblo y todas las mutaciones que ha ido teniendo desde el monarca hasta radicar en la nación. La soberanía en tiempos de la revolución del código la ha superado en primer lugar porque ella misma se ha visto desacreditada y ha pasado de manos de forma constante, del derecho supranacional al corporativo, las comunidades digitales prevalecen por sobre el concepto nacionalista de unos límites y se posicionan en sus intereses y necesidades comunes, la soberanía está en las líneas del código y en el compartir, las reglas tienen un objetivo claro el derecho al acceso y transformación, la soberanía se ha evaporado o simplemente ha dejado de tener trascendencia.

El futuro se acompaña del pasado y del presente en ese sentido es esperanzador que figuras jurídicas como el *fair use* hayan trascendido y constituyan precedentes de análisis para casos actuales, el más reciente *Google vs Oracle* hace ilusión el fallo a favor del conocimiento, a pesar de que se reconoce la copia el fin mayor del trabajo transformativo es general no individual, esta misma figura puede ser el motor de los comunes en contrapeso de la excesiva exclusividad.

Revolución contracultural

⁵⁰⁹ “La alternancia de estrategias ‘émicas’ y ‘fágicas’ para la conquista y la defensa del espacio (que fue generalmente el punto de conflicto en la modernidad sólida) queda así fuera de lugar (y, lo más importante, ‘fuera de tiempo’) en un mundo dominado por la variedad liviana/fluida/software de la modernidad; en ese mundo, representa una transgresión de la norma”. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, trad. Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide Squirru (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2003), 209.

La cultura y las artes son un disparador de diálogo y de constantes reflexiones para la sociedad, la contracultura logra ubicar una vía alterna a lo regularmente establecido. Este apartado no pretende realizar un análisis de la dimensión estética de las artes, sino situar a la contracultura como el origen de respuestas y el camino que ha desplegado los comunes del conocimiento.

Simplemente recalcar el papel que desempeñan ciertas técnicas y herramientas como los fanzines, el *cut and paste* y el *collage* por ejemplo de los cuales se han valido las prácticas contra artísticas para cuestionar parámetros fijos de la cultura formal y establecida.

Un fanzine se manifiesta a través de una publicación independiente de bajo presupuesto y sin línea editorial no se concibe bajo parámetros del derecho de autor o protección de exclusiones, su esencia reside en la forma de elaboración y compartir contenidos de distintos temas tanto literarios y artísticos por medio de recortar imágenes, palabras, remezclar los contenidos son por sí mismo una forma de cuestionar la tradicional manera de producir una obra. Algo similar ocurre en el aspecto digital al consagrar el derecho de acceso vía libre uso, transformación y remezcla de las líneas de código.

La contracultura podría pensarse como una fuente del derecho vivo constantemente cambiante, ese referente generador de derechos y acciones de las minorías como el animalismo, feminismo, lo libre, abierto y los comunes.

Conclusiones

El propósito de la investigación es explorar los fundamentos para considerar el derecho de acceso a los comunes del conocimiento como una forma de constituir un equilibrio al régimen de propiedad, en relación con la naturaleza civil, como propiedad especial y en el ámbito constitucional el derecho de acceso es un factor que encuentra autonomía e independencia, a partir de ello fortalece un régimen jurídico particular que posibilita establecer un equilibrio a la propiedad de la exclusión individualista a la inclusión de acceso común a bienes inmateriales. Surte así la creación de un régimen común en el acceso como su atributo central lo cual provoca un desbalance a la propiedad pública y privada.

El marco teórico de lo común se combina con el atributo del derecho de acceso y conjugan una dimensión ideal para los bienes inmateriales empleados en el ámbito de la tecnología como el software, algoritmos, hardware, Internet la forma dinámica de este campo consigue la agilidad de protección y acceso desplazando la tradicional forma de abordar la propiedad en una atribución con rigidez formal y lo enmarca en un registro, concretando la posibilidad de acceso y transformación.

El trabajo logró identificar los acontecimientos que han motivado la génesis y el desarrollo de los comunes del conocimiento, principalmente la contracultura, el romanticismo, el dadaísmo, el *punk* y el *cyberpunk*, igualmente en el Ecuador se identificó prácticas artísticas contraculturales históricas y contemporáneas. De igual manera, se topa el precedente que marca la cultura libre y los movimientos de lo libre y abierto sumado la identificación de eventos y movilizaciones sociales significativas en las prácticas comunes.

Se explican las dificultades normativas que presenta el régimen de propiedad en relación con los comunes del conocimiento, tanto en la clasificación del derecho de bienes tradicionales que contempla la materia civil, al resaltar que la clasificación respondió a una realidad en la cual no existía Internet o el software por tanto mantiene su división entre corporal e incorporeal de importancia en su momento que a fecha actual se supera en la inmaterialidad, sin embargo, como respuesta se le otorga a la propiedad intelectual una protección especial en el país desde el primer momento que surge el código civil ecuatoriano hecho que fortalece su específico resguardo.

En relación con los bienes públicos e inapropiables la dificultad de identificar al sujeto titular si radica en el Estado, en las personas o ningún sujeto, la claridad y seguridad que aporta a los comunes precisamente se destaca en el indiscutible derecho de uso con el que cuenta toda persona, que contribuye al fortalecimiento de la tesis del derecho de acceso.

A pesar de la problematización y debates atemporales que sugiere el régimen de propiedad, la investigación indaga sobre certezas de la institución para su planteamiento, en ese sentido el atributo del uso, goce y disposición como facultades máximas de dominio se extrapolan a la figura del derecho de acceso y se equiparan para singularizarlo en los comunes del conocimiento.

Si bien la Constitución ecuatoriana regula diversos tipos de propiedad en la cual podría interpretarse una relacionada a lo común, no es explícita lo mismo ocurre en materia civil, no obstante se problematiza en el ámbito constitucional al ubicar un vacío en relación con la privatización o liberalización de bienes públicos al sector privado sin ningún tipo de garantía que precautele los derechos pro cuota de cada ciudadano al igual que opera como en el caso de una expropiación en el ámbito de la propiedad privada, de lo privado a lo público hay un derecho de expropiación, pero hay un vacío de amparo en el tránsito de lo público a lo privado.

En cuanto a los bienes existe una falta de regulación desde lo jurídico de conceptos como los bienes rivales y no rivales, distinción y clasificación de bienes que permiten comprobar que el uso en el primer caso es agotable y se rivaliza con otro sujeto y los segundos que son inagotables sin que entren en disputa con terceros, este criterio enfatiza que los bienes no rivales son infinitamente compartibles y si se produce un cercamiento o exclusividad es de manera artificial. A pesar de tener una connotación económica es necesario incluir su naturaleza de manera concreta en la regulación jurídica.

En ese sentido, es necesario lograr e incidir en una reforma al código civil ecuatoriano en la cual se concrete una regulación normativa que prescriba los bienes rivales y no rivales, amparados en sus dos elementos conceptuales la exclusión y el agotamiento.

La parte final de la investigación analiza la forma en el que el software libre, el código abierto y el *copyleft* influyen jurídicamente por medio de una condición resolutive y las libertades del software para equilibrar el régimen de propiedad, basados

en los atributos de la propiedad se crea circunstancias favorables al acceso y transformación.

De manera amplia las limitaciones y excepciones por medio de licenciamientos han favorecido a la creación de comunes del conocimiento, se resalta la libertad de expresión, la sátira, parodia y el derecho de acceso a la cultura como valores fundamentales para el fortalecimiento del derecho de acceso. Con ello se ratifica la atribución del dominio de acceso para precautelar los comunes y directamente influenciar en el equilibrio del régimen de propiedad. En ese sentido el análisis histórico de la figura del uso justo —*fair use*— emitido por medio de precedentes jurisprudenciales son situaciones reales a favor del derecho de acceso para consolidar la innovación y progreso científico.

Es pertinente revisar la forma en la cual se regula el uso justo en combinación con las limitaciones y excepciones en la legislación ecuatoriana específicamente en el Código Ingenios, por cuanto su prescripción podría ser contradictoria con la intención orgánica de esta institución jurídica y con su objetivo de promover el desarrollo de las artes, la ciencia y la innovación, colocando estándares rígidos y criterios adicionales innecesarios.

La investigación deja abierta la posibilidad de estudios posteriores particulares como por ejemplo en la neutralidad de la red como una garantía primaria del derecho de acceso en Internet, realizando una mirada al futuro y al considerar los hallazgos de la investigación los juristas y los legisladores en particular podrían replantear el entorno civil y constitucional de los comunes tanto en el plano normativo y en relación con las políticas públicas a favor del conocimiento, sin embargo para el particular se deberá determinar las causas y efectos en general y de manera específica a los conceptos señalados.

La hipótesis planteada queda debidamente descrita y justificada el derecho de acceso a los comunes del conocimiento logra equilibrar el régimen de propiedad desde su ámbito público y privado, cada quien, con sus intereses respectivos, aparece una realidad del código en el software libre y el *open source*, así, el *copyleft*, el *fair use* para construir un espacio que ocupa a todo el mundo, con esta base es viable pensar ¿Inteligencia artificial o *blockchain* común del conocimiento, bien privado o público? ¿El *copyleft* y los licenciamientos alternativos pueden incidir en la inteligencia artificial o en el *blockchain*?

En la interpretación de estadísticas de preferencias de interés en relación con los conceptos de este trabajo claramente se observa la relación entre los países que son potencia científica a nivel mundial como por ejemplo China y su interés en la temática, como influye la preferencia en su desarrollo tecnológico. Se recomienda una agenda desde las funciones del Estado, la academia y los sectores sociales un fortalecimiento al derecho de acceso y una constante educación en las nuevas tecnologías, el mundo ya es *open source* y el infinito un bien no rival.

Bibliografía

- Albaladejo, Manuel. Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Bienes. 10a ed. Madrid: Ed. Edisofer, 2004.
- Alvarez Valenzuela, Daniel. “En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor”. Geneva, Switzerland: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2011. doi:10.7215/IP_PB_20111207.
- Andrade, Xavier. “Maranatha!: De cuando el rock en Guayaquil se hizo!” *Tributo rock a 2 años del caso Factory*, 2010. <http://www.laselecta.org/archivos/pdf/Maranatha!.pdf>.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Caracas, República Bolivariana de Venezuela: Escuela Nacional de la Judicatura, 2001.
- Antequera Parilli, Ricardo, y Ricardo Enrique Antequera. “Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual”. *Revista Jurídica de Propiedad Intelectual Tomo 1*, 14 de julio de 2009, 34.
- Are, Mario. *L'oggetto del diritto di autore*. Saggi di diritto commerciale. Milano: Giuffrè, 1963.
- Arte España. “Dadaísmo”, septiembre de 2005. <http://www.arteespana.com/dadaismo.htm>.
- ASALE, RAE-, y RAE. “revolución | Diccionario de la lengua española”. «*Diccionario de la lengua española*» - Edición del Tricentenario. Accedido 19 de mayo de 2022. <https://dle.rae.es/revolucion>.
- Ascarelli, Tulio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Ed. Bosch, 1970.
- Astuti, Guido. *Cosa (storia)*. Vol. V. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1962.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La utopía del oprimido los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. 1. ed. Ciudad de México: MX: Akal, 2019.
- Ávila-Santamaría Ramiro. “La utopía en el constitucionalismo andino”. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016.
- Baker, Dean, Arjun Jayadev, y Joseph E. Stiglitz. “Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century”. *Innovation, Intellectual Property, and Development: A Better Set of Approaches for the 21st Century*, 2017, 1–89. doi:10.7916/d8-xg80-ct59.
- Ballesteros Arranz, Ernesto. *9. La república romana*. Historia universal del arte y la cultura. Madrid: Hiares Multimedia, 2015. https://wiki2.org/es/Rep%C3%BAblica_romana#cite_note-nombres-3.
- Ballesteros, Jesús, y Encarna Fernández, eds. *Biotecnología y posthumanismo*. 1a. ed. The Global Law Collection. Legla Studies Series. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2007.
- Barlow, John Perry. “Declaración de independencia del ciberespacio”. *Periférica Internacional. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, nº 10 (2009): 241–42. doi:10.25267/Periferica.2009.i10.22.
- Bauman, Zygmunt. *Modernidad líquida*. Traducido por Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide Squirru. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2003.

- Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Madrid: Ed. Civitas, 1993.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 1989.
- Biddle, Peter, Paul England, Marcus Peinado, y Bryan Willman. *The Darknet and the Future of Content Protection*. Editado por Eberhard Becker, Willms Buhse, Dirk Günnewig, y Niels Rump. Vol. 2770. Berlin, Heidelberg: Springer, 2003. https://doi.org/10.1007/10941270_23.
- Biondi, Biondo. *Los bienes*. Traducido por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2003.
- Boytha, György. *WIPO Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighboring Rights =: OMPI Glossaire Du Droit d'auteur et Des Droits Voisins*. Editado por World Intellectual Property Organization (WIPO). WIPO Publication, no. 816. Geneva: World Intellectual Property Organization, 1980. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf.
- Bracha, Oren. "Commentary on Folsom v. Marsh (1841)". *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, 2008. www.copyrighthistory.org.
- . "The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright". *The Yale Law Journal* 118, n° 2 (noviembre de 2008): 186–271. doi:10.2307/20454710.
- Bundesgerichtshof. "BGH, Urteil vom 13. 12. 2012 – I ZR 182/11". *lexetius.com*, 20 de noviembre de 2008. <https://lexetius.com/2012,6749>.
- Bundesverfassungsgericht, 1 Senat. "Bundesverfassungsgericht - Decisions - The Use of Samples for Artistic Purposes May Justify an Interference with Copyrights and Related Rights". *Gerichtssentscheidung*. Bundesverfassungsgericht, 31 de mayo de 2016. De. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/05/rs20160531_1bvr158513en.html.
- Butterfield, Andrew, Gerard Ekembe Ngondi, y Anne Kerr, eds. *A Dictionary of Computer Science*. Seventh edition. Oxford Quick Reference. Oxford, United Kingdom ; New York, NY, United States of America: Oxford University Press, 2016.
- Carnelutti, Francesco. *Usucapione della proprietà industriale*. Milán: Giuffrè, 1938.
- Carranza Torres, Martín. *Problemática jurídica del software libre*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- Carrillo, Jorge. "Pancho Jaime: gran huevada ser político". *Índex, revista de arte contemporáneo*, 2019. <http://dx.doi.org/10.26807/cav.v0i07.181>.
- Carrión Eguiguren, Eduardo. *Curso de Derecho Civil: De los Bienes*. Cuarta. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1982.
- Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, comun y foral*. 15ª. Vol. II. Madrid: Reus, 2007.
- Castells, Manuel. "La crisis de la democracia liberal en el mundo". *Sociológico. Explosiones sociales: una visión global*, 6 de noviembre de 2019. <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/la-crisis-de-la-democracia-liberal-en-el-mundo>.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. I. Tomo Sexto. De los bienes. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1979.

- Clusa Capell, Josep. “Aristóteles: Justicia y eudaimonia. Una investigación sobre la ética neor aristotélica”. [Http://purl.org/dc/dcmitype/Text](http://purl.org/dc/dcmitype/Text), Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=117338>.
- Colin, Ambroise, y Henri Capitant. *Curso elemental de derecho civil*. Madrid: Edit. Reus, T. I, 1952.
- Concepto definición. “¿Qué es Ponderación? » Su Definición y Significado [2021]”. *Concepto - Definición*, 20 de marzo de 2021. [//conceptodefinicion.de/ponderacion/](http://conceptodefinicion.de/ponderacion/).
- Conley, Neil, y Tom H. Braegelmann. “English Translation: Metall Auf Metall (Kraftwerk, et al. v. Moses Pelham, et al.), Decision of the German Federal Supreme Court No. I ZR 112/06, Dated November 20, 2008”. *Journal of the Copyright Society* 56 (1 de noviembre de 2009): 1017–37.
- Copyfree. “Copyfree: Standard > Licenses”. *Copyfree: Standard > Licenses*. Accedido 28 de marzo de 2022. <http://copyfree.org/standard/licenses>.
- Corte IDH. “Ficha Técnica: Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258.
- . “Ficha Técnica: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es.
- . “Ficha Técnica: Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala”. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=202.
- . “Ficha Técnica: Palamara Iribarne Vs. Chile”. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313.
- . “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- . “Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 5 de febrero de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.
- . “Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas)”. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, 6 de febrero de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.
- . “Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo)”. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, 6 de mayo de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf.
- . “Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.
- . “Sentencia de 19 de noviembre de 2004”. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (Reparaciones)*, 19 de noviembre de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf.

- . “Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Mémoli Vs. Argentina*, 22 de agosto de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.
- . “Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, 22 de junio de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.
- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas)”. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.
- . “Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*, 28 de febrero de 2003. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf.
- . “Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.
- Creative Commons. “About CC Licenses”. *Creative Commons*. Accedido 26 de marzo de 2022. <https://creativecommons.org/about/cclicenses/>.
- Cuéstara Martínez, Juan Miguel de la, José Luis Martínez López-Muñiz, y Francisco José Villar Rojas. *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2011.
- Cullinan, Cormac. *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*. Vermont: Chelsea Green Publishing, 2011.
- De la Torre, Luz María, y Carlos Sandoval Peralta. *La reciprocidad en el mundo andino: el caso del pueblo de Otavalo. Runapura makipurarinamanta, otavalokunapak kawsaymanta*. Quito, Ecuador: Abya Yala : ILDIS-FES, 2004.
- De los Mozos, José Luis. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Ed. Fco. Seix, SL., 1993.
- Definition of Free Cultural Works. “Definition/Es - Definition of Free Cultural Works”. *Definition of Free Cultural Works*. Accedido 26 de marzo de 2022. <https://freedomdefined.org/Definition/Es>.
- Diez del Corral-Belda Luis, Parra-Casado Henar, Reyero-Hermosilla Carlos, y Rodríguez-Molina Guillermo. *La enciclopedia del estudiante: tomo 9: Historia del Arte*. Buenos Aires: Santillana, 2006.
- Diez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Tomo III*. 5ª. Navarra: Thomson-Civitas, 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 1149-19-JP/21”. *Caso n.º 1149-19-JP/20*, 10 de noviembre de 2021.
- . “Sentencia 0005-10-SEP-CC”. *Caso n.º 0041-09-EP*, 24 de febrero de 2010. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1c3fb916-84e6-4b45-b49f-450edb38326a/0041-09-EP-sent.pdf>.
- . “Sentencia 009-17-SCN-CC”. *Caso n.º 0016-15-CN*, 13 de diciembre de 2017. http://www.pge.gob.ec/taller/Tema%206/REL_SENTENCIA_009-17-SCN-CC%20Consulta%20de%20constitucionalidad%20Expropiacion.pdf.
- . “Sentencia 021-09-SEP-CC”. *Caso n.º 0177-09-EP*, 13 de agosto de 2009. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f4b7038-429a-4eb0-ae52-c13a8803bfd2/0177-09-EP-res.pdf>.

- . “Sentencia 065-15-SEP-CC”. *Caso n.º 0796-12-EP*, 11 de marzo de 2015. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f10de81c-b079-45f8-8978-466d041af774/0796-12-epsen.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia 70-13-EP/19”. *Caso n.º 70-13-EP*, 7 de noviembre de 2019. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b829ab3e-6689-45d2-8fd4-3c749d088bb4/70-13-ep-19_\(0070-13-ep\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/b829ab3e-6689-45d2-8fd4-3c749d088bb4/70-13-ep-19_(0070-13-ep).pdf?guest=true).
- . “Sentencia 106-13-EP/20”. *Caso n.º 106-13-EP*, 15 de enero de 2020. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a50ee2b-ba06-4cfb-aeaa-6e8e9d1c27de/106-13-EP-20%20\(0106-13-EP\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a50ee2b-ba06-4cfb-aeaa-6e8e9d1c27de/106-13-EP-20%20(0106-13-EP).pdf).
- . “Sentencia 146-14-SEP-CC”. *Caso n.º 1773-11-EP*, 1 de octubre de 2014. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f56058d4-3d95-4f72-9f8b-d6911ac5920d/1773-11-ep-sen.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia 148-12-SEP-CC”. *Caso N.º 1207-10-EP*, 17 de abril de 2012. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhenBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgXVpZDonNjAwYjZmOWYtZDZiNi00NDhiLWE2MTUtYzE3NDc4MGY1NmExLnBkZid9.
- . “Sentencia 176-14-EP/19”. *Caso n.º 176-14-EP*, 16 de octubre de 2019. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0d994286-e791-428e-87ff-d72c2e258363/0176-14-ep-sen.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia 282-13-JP/19”. *Caso n.º 282-13-JP*, 4 de septiembre de 2019. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=282-13-JP/19>.
- . “Sentencia 300-12-EP/19”. *Caso n.º 300-12-EP*, 7 de noviembre de 2019. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/803e9b16-8e77-4916-b8c2-2f8bbe8a004e/0300-12-ep-sentencia.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia 923-14-EP/19”. *Caso n.º 923-14-EP*, 13 de diciembre de 2019. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a7e64aca-7032-4af2-b476-e9764158d9ba/0923-14-ep-sentencia.pdf?guest=true>.
- . “Sentencia 1837-12-EP/20”. *Caso n.º 1837-12-EP*, 29 de enero de 2020. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/689ca61e-f05f-4eaf-a734-becd759a5652/1837-12-EP-sen.pdf>.
- . “Sentencia interpretativa 0002-09-SIC-CC”. *Caso n.º. 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a2ef162-0c82-4957-b59e-1a4bf585d9c1/0003-09-IC-res.pdf>.
- Edge. “Better than free | Edge.org”. Accedido 12 de octubre de 2020. <http://www.edge.org/conversation/better-than-free>.
- El Búho, Hugo. “Vilmatraca: ‘Las caricaturistas hacemos humor, pero quienes se han burlado de los ecuatorianos son los políticos’”, 12 de diciembre de 2020. <https://lalineadefuego.info/vilmatraca-los-caricaturistas-hacemos-humor-pero-quienes-se-han-burlado-de-los-ecuatorianos-son-los-politicos/>.
- El sistema operativo GNU. “Lista de Licencias Con Comentarios - Proyecto GNU - Free Software Foundation”. *El Sistema Operativo GNU*. Accedido 4 de abril de 2022. <https://www.gnu.org/licenses/license-list.es.html>.
- Elger, Dietmar. *Dadaismo*. Editado por Uta Grosenick. Köln: Taschen, 2009.
- Espín Velasco, Soraya Marivel, y César Rosendo Muñoz Pazmiño. “Efectos del incumplimiento de los términos y plazos en los procesos civiles por parte de los funcionarios judiciales en la legislación ecuatoriana”. Universidad Central del Ecuador, 2014. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3078>.

- Espinoza Lolas, Ricardo. “Una lectura ‘desmesurada’ de la ciencia de la lógica de Hegel: en torno a ‘la línea nodal de relaciones de medida’”. *Revista Philosophica* 30 (2006).
- “Eugenio Espejo, representante de los valores de la Cultura Libre | Buen Conocer”, 27 de mayo de 2014. <https://flokociety.org/2014/05/27/eugenio-espejo-representante-de-los-valores-de-la-cultura-libre/>.
- Eves, Howard Whitley. *Foundations and Fundamental Concepts of Mathematics*. 3. ed. Dover Books on Mathematics. Mineola, NY: Dover Publications, 1997.
- Fair, Hernán. “Una aproximación al pensamiento político de Michel Foucault”. *Polis* 6, n° 1 (junio de 2010): 13–42.
- Ferrer, J. “Ponderación”. *Definición MX*, septiembre de 2014. <https://definicion.mx/ponderacion/>.
- Fleischer, Rasmus. “The Future of Copyright”. *Cato Unbound*, 9 de junio de 2008. <https://www.cato-unbound.org/2008/06/09/rasmus-fleischer/future-copyright>.
- Foucault, Michel. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Traducido por Mercedes Allendesalazar. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- Franceschelli, Remo. “Beni inmateriali, saggio di una critica del concetto”, 1956. ———. *Tratatto di diritto industriale*. Milano: Dott. A. Giuffré editore, 1959.
- Free Software Foundation, Inc. “La Licencia Pública General GNU v3.0 - Proyecto GNU - Free Software Foundation”. *Licencia Pública General GNU*. Accedido 28 de marzo de 2022. <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>.
- Gómez Apac, Hugo R. “Licencia obligatoria de patente por razón de interés público”. *Pólemos*, 16 de junio de 2021. <https://www.polemos.pe/licencia-obligatoria-de-patente-por-razon-de-interes-publico/>.
- González-Barahona, Jesús M., Emmanuel Rodríguez, Natxo Rodríguez, Fillat-Oiz Nerea, Cagide María Concepción, De la Cueva Javier, Torrent Teresa Malina, y Moglen Eben. *Copyleft: manual de uso*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.
- Grayling, A. C. *El poder de las ideas: claves para entender el siglo XXI*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 2015.
- Gyles V. Wilcox. “Gyles V. Wilcox”, 6 de marzo de 1740. <http://gylesvwilcox.weebly.com/>.
- Hardin, Garrett. “La tragedia de los comunes”. Traducido por Horacio Bonfil-Sánchez, s. f., 13.
- Harvey, David. *17 contradicciones y el fin del capitalismo*. Traducido por Juan Mari Madariaga. Quito: IAEN, 2015.
- Hayek, Friedrich A. *La Fatal arrogancia: los errores del socialismo*. Londres: Unión Editorial, 1990.
- 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*, n° 20 (20 de diciembre de 2015): 57–83. doi:10.18601/16571959.n20.04.
- Hess, Charlotte, y Elinor Ostrom. *Los bienes comunes del conocimiento*. Traducido por Pablo Carbajosa Pérez, Daniel Escribano Riera, Ángel Ferrero, Felipe Orobón, y Corina Tulbure. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.
- Ibáñez, Carolina. “Orígenes del Fair Use”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2, n° 2 (2013): 48. doi:10.5354/0719-2584.2013.30312.
- Jütte, Bernd Justin, y Giulia Priora. “The End of a Legal Franchise – The German BGH Concludes the Sampling Saga in Metall Auf Metall IV”. *Kluwer Copyright Blog*, 5 de agosto de 2020. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/08/05/the-end->

- of-a-legal-franchise-the-german-bgh-concludes-the-sampling-saga-in-metall-auf-metall-iv/.
- Kravets, David. “Google Books Settlement Rejected”. *Wired*, 22 de marzo de 2011. <https://www.wired.com/2011/03/google-books-2/>.
- Kreimer, Juan Carlos, y Frank Vega. *Contracultura para principiantes*. Buenos Aires: Era Naciente, 2007.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho civil del Ecuador*. 4ª. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986.
- . *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Enciclopedia jurídica ecuatoriana: voces de Derecho Civil; Edición Universitaria / Juan Larrea Holguín. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2010.
- . *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*. Enciclopedia jurídica ecuatoriana, voces de derecho civil; edición universitaria / Juan Larrea Holguín ; Libro 2. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello, 2010.
- Laval, Christian, y Pierre Dardot. *Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2015.
- Lessing, Lawrence. *Cultura libre: Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Traducido por Antonio Córdoba y Daniel Alvarez Valenzuela. Chile: LOM ediciones, 2005.
- Lexico. “Cimentar | Definición de Cimentar por Oxford Dictionary en Lexico.com y también el significado de Cimentar”. *Lexico Dictionaries | Español*. Accedido 5 de junio de 2022. <https://www.lexico.com/es/definicion/cimentar>.
- Ley de censo de 1983, No. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (Tribunal Constitucional Federal Alemán 15 de diciembre de 1983).
- Organización Mundial de la Salud. “Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa”. Accedido 17 de marzo de 2022. [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it).
- Lucy. *Ciencia Ficción y Acción*, 2014.
- Lyotard, Jean-François. *La condición postmoderna: informe sobre el saber*. Traducido por Mariano Antolín Rato. 4. ed. Colección Teorema Serie mayor. Madrid: Ed. Cátedra, 1987.
- Macpherson, C. B. *Property: Mainstream and Critical Positions*. Oxford: Blackwell, 1978.
- Madison, Michael J. “A Pattern-Oriented Approach to Fair Use”. *Wm. & Mary L. Rev.* 45, nº 4 (1 de marzo de 2004): 1525.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de dominio público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- Mata y Martín, Ricardo M., y Antonio Ma Javato Martín, eds. *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2011.
- Mattei, Ugo. *Bienes comunes. Un manifiesto*. Traducido por Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2013.
- Mayer-Schönberger, Viktor, y Kenneth Cukier. *Big Data La Revolución de Los Datos Masivos*. Traducido por Antonio J Iriarte Jurado. Madrid: Turner Publicaciones S.L., 2013.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud, y Jean Mazeaud. *Lecciones de derecho civil*. Traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Vol. Parte primera, volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976.

- Merriam-Webster, Inc, ed. *Merriam Webster's Collegiate Dictionary*. Eleventh edition. Springfield: Merriam-Webster, 2003.
- Mimler, Marc. "Metall Auf Metall - The German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling Music Tracks: Bunderverfassungsgericht BVerfG 1 BvR 1585/13- 'Metall Auf Metall'". *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 7 (1 de abril de 2017): 119-27. doi:10.4337/qmjip.2017.01.06.
- Monereo, Manuel, Miquel Riera, y Foro Social Mundial, eds. *Porto Alegre: otro mundo es posible*. España: El Viejo Topo, 2001.
- Morales Guillén, Carlos. *Código Civil*. La Paz, Bolivia: Ed. Gisbert, 1994.
- Morales Oñate, Diego. "Cultura libre y propiedad intelectual desde una perspectiva Latinoamericana". Quito: Universidad de las Américas, 2013, 2013. <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/3228>.
- Morales-Oñate, Diego. *Abrir la Reserva - Manuel Chusig-Eugenio Espejo*. Impreso, 15 de diciembre de 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/10/colecciones-del-met-en-abrir-la-reserva>.
- . "Música, bien común del conocimiento: entre rito-lenguaje y apropiación del capital". *Conpedi Law Review* 4, n° 2 (28 de noviembre de 2018): 111-27. doi:10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i2.4630.
- Moreno, Horacio. *Cyberpunk: más allá de Matrix*. Barcelona: Círculo Latino, 2003.
- Núñez, Rodrigo Miguel. "De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate". *Revista chilena de derecho* 41, n° 1 (abril de 2014): 7-36. doi:10.4067/S0718-34372014000100002.
- Núñez, Rodrigo Míguez. "De las cosas comunes a todos los hombres notas para un debate / Of the commons things to all men notes for a debate". *Revista Chilena de Derecho* 41, n° 1 (2014): 7-36.
- Ocampo Grey, Álvaro Antonio. "Largos años de batalla legal por dos segundos de sampling musical: comentarios al reciente fallo de la Corte Federal Constitucional de Alemania". *Mi Patente*, 24 de junio de 2016. <https://www.mipatente.com/largos-anos-de-batalla-legal-por-dos-segundos-de-sampling-musical-comentarios-al-reciente-fallo-de-la-corte-federal-constitucional-de-alemania/>.
- Ollero Tassara, Andrés. *Entre creación y propiedad. El problemático carácter "fundamental" de los derechos de autor, en Introducción a los Derechos fundamentales*. Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
- "OMC | Glosario - Licencia obligatoria". Accedido 20 de mayo de 2022. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/licencia_obligatoria_s.htm.
- Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Suiza: Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI), 2016. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf.
- Orwell George. 1984. España: Salvat Editores, S.A., 1982.
- Orwell, George. 1984. Traducido por Miguel Temprano García. Barcelona, España: Random House Mondadori, 2013.
- Ostrom, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Traducido por Leticia Merino-Pérez. 2a. ed. en español. Economía contemporánea. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2011.

- Paladines, Carlos. *Eugenio Espejo Conciencia crítica de su época*. Quito: Centro de publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1978.
- Pancho, Jaime. “Historias del Rock. Rock On”. 2, 1983.
- Parraguez Ruiz, Luis S. *Régimen jurídico de los bienes*. Quito: Iuris Dictio : Colegio de Jurisprudencia : Universidad San Francisco de Quito, 2015.
- . *Régimen jurídico de los bienes*. Tercera edición actualizada. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2018.
- Pavón Valencia, Paúl Stalin. “Periodismo y sátira en la revista ‘Comentarios de Pancho Jaime’”. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Comunicación Social, Carrera de Comunicación Social, 2019. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17849/1/T-UCE-0009-CSO-118.pdf>.
- Pelaya, Lucía. “Excepciones a favor de las bibliotecas en la legislación de derechos de autor - copyright en Estados Unidos, España, Chile y Argentina”. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2015. <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/8075>.
- Peña Quiñones, Ernesto, y Gabriel Ernesto Peña Rodríguez. *El derecho de bienes*. 2. ed., 1st reimp. Bogotá, D.C., Colombia: Legis, 2008.
- Pizarro Moreno, Eugenio. *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. <http://site.ebrary.com/id/11013699>.
- Plan V. “Pancho Jaime fue nuestro Charlie Hebdo | Plan V”. Accedido 29 de noviembre de 2019. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/pancho-jaime-fue-nuestro-charlie-hebdo>.
- Planiol, Marcel, y Georges Ripert. *Tratado elemental de derecho civil*. México: CED, 1991.
- Pugliatti, Salvatore. *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*. Vol. X. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1962.
- Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español, tomo II: Derechos reales*. Madrid: Pirámide S.A., 1976.
- El sistema operativo GNU. “¿Qué es el Software Libre? - Proyecto GNU - Free Software Foundation”. Accedido 4 de abril de 2022. <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html#four-freedoms>.
- QuestionPro. “¿Qué es ponderación y cómo aplicarla?”, 1 de octubre de 2018. <https://www.questionpro.com/blog/es/ponderacion/>.
- Rengifo García, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Ríos Ruiz, Wilson Rafael. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2011.
- Rivas Cadena, Leonardo. *Derecho civil. Estudios del libro II del código civil ecuatoriano. Tomo I. De los bienes y modos de adquirir el dominio*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1974.
- RO 39 de 15 de Junio de 2005 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 5 de octubre de 2004).
- RO 666 de 19 de septiembre de 2002 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil 29 de agosto de 2002).
- Rodotà, Stefano. “Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria”. *Questione Giustizia*, 2011, 237–47. doi:10.3280/QG2011-005017.
- . *El Derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- . *Il diritto di avere diritti*. Roma; Bari: Laterza, 2012.

- . *Il mondo nella rete Quali i diritti, quali i vincoli*. Prima edizione. ILibra. Roma: Editori Laterza GLF La Repubblica, 2014.
- . *Il terribile diritto Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. 3a edizione. Collezione di testi e di studi. Bologna: il Mulino, 2013.
- Rodotà, Stefano, y Luis Diez-Picazo. *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Primera. Santiago de Chile: Olejnik, 2019.
- Roeber, Georg. *Urheberrecht oder geistiges eigentum*. Schriftenreihe der UFITA, Heft 1. Alemania: Baden-Baden: Verlag für angewandte Wissenschaft, 1956.
- Rogers, Thomas, y Andrew Szamoszegi. “Fair Use in the US Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use (2007)”. Report. Computer & Communications Industry Association, 20 de septiembre de 2007. <https://apo.org.au/node/15597>.
- Romero-Moragas Carlos. “Propiedad intelectual, patrimonio y cultura libre.” En *Cooperación Cultural Euroamericana, V Campus Euroamericano de Cooperación Cultural*, 337. Portugal: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), 2007.
- Roszak, Theodore. *El nacimiento de una contracultura: reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y su oposición juvenil*. Traducido por Angel Abad. Séptima. Barcelona: Kairós, 1981.
- Sag, Matthew. “Predicting Fair Use”. *Ohio State Law Journal* 73:1 (25 de febrero de 2012): 47–91. doi:10.2139/ssrn.1769130.
- . “The Prehistory of Fair Use”. *Brooklyn Law Review* 76 (1 de junio de 2011): 42.
- Samuelson, Pamela. “Unbundling Fair Uses”. *Fordham Law Review* 77 (2008): 2537.
- Schiavone, Aldo, y Eva Cantarella. *Diritto privato romano: un profilo storico*. 226. Torino: Einaudi, 2003.
- Schuyler, R. L. “The Life of Lord Hardwicke”. *Political Science Quarterly* 29, n° 2 (junio de 1914): 307–14. doi:10.2307/2141776.
- “Search - Supreme Court of the United States”, 18 de abril de 2016. <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/15-849.htm>.
- Senftleben, Martin. “From Flexible Balancing Tool to Quasi-Constitutional Straitjacket – How the EU Cultivates the Constraining Function of the Three-Step Test”. Editado por T Mylly y J Griffiths. *The Transformation of Global Intellectual Property Protection, Oxford: Oxford University Press, 2020 Forthcoming*, 7 de marzo de 2020, 23.
- . “The International Three-Step Test. A Model Provision for EC Fair Use Legislation”. *Jipitec* 1, n° 2 (26 de julio de 2010): 67–82.
- Silla, Rolando. “Metafísicas caníbales. Líneas de Antropología Posestructural. Eduardo Viveiros de Castro. Katz Editores. Madrid. 2010”. *Avá*, n° 20 (junio de 2012): 217–22.
- Stallman, Richard M. *Software libre para una sociedad libre*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.
- Standeford, Dugie. “El régimen de propiedad intelectual frena la ciencia y la innovación, según afirman laureados del Premio Nobel – Rebelión”. *Rebelión*, 24 de agosto de 2008. <https://rebellion.org/el-regimen-de-propiedad-intelectual-frena-la-ciencia-y-la-innovacion-segun-afirman-laureados-del-premio-nobel/>.
- Standler, Roland B. “Fair Use: No Excuse for Wholesale Copyright Infringement in the USA”, 2009. <http://www.rbs2.com/unfair.pdf>.
- Stiglitz, Joseph, Dean Baker, y Arjun Jayadev. “Propiedad intelectual para la economía del siglo XXI | Nueva Sociedad”. Traducido por Rocío L. Barrientos. *Nueva*

- Sociedad | Democracia y política en América Latina*, 18 de octubre de 2017. <https://nuso.org/articulo/propiedad-intelectual-para-la-economia-del-siglo-xxi/>.
- Stiglitz, Joseph E, y Andrew Charlton. *Comercio justo para todos: cómo el comercio puede promover el desarrollo*. Traducido por Natalia Rodríguez Martín. Madrid: Taurus, 2007.
- Stiglitz, Joseph E., y Bruce C. Greenwald. *Creating a Learning Society: A New Approach to Growth, Development, and Social Progress*. First Annual Kenneth J. Arrow Lecture at Columbia University. New York: Columbia University Press, 2014.
- Story, Joseph. “Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 2 Story, 100; 6 Hunt, Mer. Mag. 175 (1841) | Caselaw Access Project”. *Caselaw Access Project Harvard Law School*, octubre de 1841. <https://cite.case.law/f-cas/9/342/>.
- . “Gray v. Russell, 10 F. Cas. 1035, 2 Law Rep. 294, 1 Story, 11 (1839) | Caselaw Access Project”. *Caselaw Access Project Harvard Law School*, octubre de 1893. <https://cite.case.law/f-cas/10/1035/6678736/>.
- Suber, Peter. *Acceso abierto*. Traducido por Remedios Melero. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2015.
- Sullivan, Judith. “Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades visuales”, 20 de febrero de 2008. https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=75696.
- Telégrafo, El. “Caricaturista ecuatoriana Vilmatraca ganó primer lugar en ‘La Línea de Fuego’”. *El Telégrafo*, 9 de septiembre de 2019. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/cultura/10/vilmatraca-caricaturista-ecuador>.
- Temas de Derecho. “La ciencia del derecho”. *Temas de Derecho*. Accedido 16 de junio de 2022. <http://lacienciadelderecho.wordpress.com>.
- Terrazas Ponce, Juan David. “El concepto de ‘res publicae’, I: la noción de ‘res’ en el lenguaje de los juristas romanos.” 32, 2010, 31.
- The New York Times. “Text of President Kennedy’s Commencement Address to Yale’s Graduating Class”, 12 de junio de 1962, sec. Archives. <https://www.nytimes.com/1962/06/12/archives/text-of-president-kennedys-commencement-address-to-yales-graduating.html>.
- The Guardian. “Home Copying - Burnt into Teenage Psyche”. *The Guardian*, 7 de abril de 2008. <http://www.theguardian.com/technology/2008/apr/07/digitalmusic.drm>.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 144-IP-2019 (16 de marzo de 2021).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, No. Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01, C-139/01 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 20 de mayo de 2003).
- . “Curia - Documentos. Sentencia en el caso C-476/17 Pelham GmbH, Moses Pelham and Martin Haas v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben”. *InfoCuria Jurisprudencia*, 29 de julio de 2019. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216552&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12298516>.
- Unionpedia. “Propiedad, the Glossary”. *Unionpedia comunicación*. Accedido 16 de junio de 2022. <https://es.unionpedia.org/i/Propiedad>.
- U.S. Copyright Office. “Chapter 1: Subject Matter and Scope of Copyright - Circular 92 | U.S. Copyright Office”. Accedido 12 de enero de 2022. <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>.

- US Court of Appeals for the Ninth Circuit. “Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.” *Oyez*. Accedido 3 de febrero de 2022. <https://www.oyez.org/cases/1982/81-1687>.
- . “VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, No. 13-57104 (9th Cir. 2016)”. *Justia Law*, 2 de junio de 2016. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-57104/13-57104-2016-06-02.html>.
- US Court of Appeals for the Second Circuit. “Authors Guild v. Google, Inc., No. 13-4829 (2d Cir. 2015)”. *Justia Law*, 16 de octubre de 2015. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>.
- US Court of Appeals for the Sixth Circuit. “Bridgeport Music, Inc.; Westbound Records, Inc., Plaintiffs-Appellants, Southfield Music, Inc.; Nine Records, Inc., Plaintiffs, v. Dimension Films; Miramax Film Corp., Defendants, No Limit Films Llc, Defendant-Appellee. Bridgeport Music, Inc.; Southfield Music, Inc.; Nine Records, Inc., Plaintiffs-Appellants, Westbound Records, Inc., Plaintiff, v. Dimension Films, et al., Defendants, No Limit Films Llc, Defendant-Appellee, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005)”. *Justia Law*, 28 de marzo de 2005. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/410/792/574458/>.
- . “Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.” *Oyez*. Accedido 2 de febrero de 2022. <https://www.oyez.org/cases/1993/92-1292>.
- US District Court, S.D. New York. “Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)”. *Justia Law*, 17 de diciembre de 1991. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/182/1445286/>.
- . “The Authors Guild et al v. Google Inc., No. 1:2005cv08136 - Document 1088 (S.D.N.Y. 2013)”. *Justia Law*, 14 de noviembre de 2013. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/1088/>.
- US Supreme Court. “Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)”. *Justia Law*, 7 de marzo de 1994. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>.
- . “Google LLC v. Oracle America Inc.” *Oyez*. Accedido 3 de marzo de 2022. <https://www.oyez.org/cases/2020/18-956>.
- . “Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. ____ (2021)”, 5 de abril de 2021. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_new_3fb4.pdf.
- . “Google LLC v. Oracle America, Inc., 593 U.S. ____ (2021)”. *Justia Law*. Accedido 3 de marzo de 2022. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/18-956/>.
- . Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985), No. Harper&Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985) (US Supreme Court 20 de mayo de 1985).
- . “Sony Corp. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984)”. *Justia Law*, 17 de enero de 1984. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>.
- Uzcátegui Rafael. *Nos seguimos robando el fuego*. San Antonio de los Altos: Naufrago de itaca ediciones, 2001.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho civil*. Noven. Vol. Tomo I, Parte general y personas, Tomo II Derechos reales. Bogotá: Temis, 1981.
- Vargas Vallejo Vilma Julieta. Contracultura, parodia, sátira. Correo electrónico, 18 de mayo de 2022.
- Vargas, Vilma. “Vilma Vargas – Vilma Vargas – Caricaturista”. Accedido 17 de mayo de 2022. <http://www.vilma-vargas.com/vilma-vargas/>.

- Vercelli, Ariel, Lucas Becerra, y Agustín Bidinost. “El caso Google Books: ¿usos justos y/o privilegios de copia?” *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n° 133 (31 de diciembre de 2016): 113–28. doi:10.16921/chasqui.v0i133.2939.
- Villegas, Héctor B. *Manual de finanzas públicas: la economía jurídicamente regulada del sector público en el mundo globalizado*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000.
- Voci, Pasquale. *Manuale di diritto romano. Parte generale*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 1998.
- Wikipedia. “Movimiento okupa”. En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 5 de noviembre de 2020. https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Movimiento_okupa&oldid=130678441.
- . “Movimiento por una vivienda digna en España”. En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 5 de noviembre de 2020. https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Movimiento_por_una_vivienda_digna_en_Espa%C3%B1a&oldid=130662719.
- “Wikipedia”. En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 19 de marzo de 2022. <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Wikipedia&oldid=142365370>.
- WordPress. “WordPress’ Philosophy”. *WordPress.org*. Accedido 28 de marzo de 2022. <https://wordpress.org/about/philosophy/>.
- . “WordPress.com: el alojamiento gestionado de WordPress más rápido y seguro”. *WordPress.com*. Accedido 28 de marzo de 2022. <https://wordpress.com/es/>.
- Ziccardi, Giovanni. *Resistance, liberation technology and human rights in the digital age*. Law, governance and technology series, v. 7. Dordrecht; New York: Springer, 2013.