

Utilización y modificación de obras protegidas por derechos de autor en fotografías publicadas en el mundo digital

Usage and modification of copyrighted works in photographs published in the digital world

EGLE CAROLINA BORJA AULESTIA*

Recibido / Received: 12/01/2023

Aceptado / Accepted: 15/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2860>

Citación:

Borja Aulestia, C. “Utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2860>

* Estudio Jurídico Barzallo Abogados, Abogada, Av. Colón E9-58 y Av. 6 de Diciembre, Quito 170528, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: carborja97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-4655-5049>

RESUMEN

El uso de fotografías que contienen objetos protegidos por el derecho de autor que han sido digitalmente manipuladas y publicadas en redes digitales puede constituir una vulneración a los derechos de autor. Este ensayo realizará un análisis respecto de los parámetros y límites que deben ser tomados en consideración para determinar cuándo existe una infracción a los derechos de autor, ante la utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital, en virtud de la legislación ecuatoriana. Para lograr este objetivo, se utilizará la dogmática jurídica descriptiva aplicada y la metodología deductiva. A partir de estas consideraciones, se concluirá que el uso de imágenes protegidas por el derecho de autor que han sido digitalmente modificadas por medio de programas de tratamiento digital y reproducidas en fotografías publicadas en redes sociales, no constituye una infracción al derecho de autor bajo la legislación nacional.

PALABRAS CLAVE

Derechos de autor; derechos morales; derechos patrimoniales; usos honrados; fotografía

ABSTRACT

The use of photographs that contain copyrighted objects that have been digitally manipulated and published on digital networks may constitute a copyright infringement. This essay carried out an analysis of the parameters and limits that must be taken into consideration to determine an infringement of copyright due to the usage and modification of copyrighted works in photographs published in the digital world under Ecuadorian law. The deductive methodology and the descriptive legal dogmatics were used to achieve this objective. It was concluded that the use of copyrighted dolls that have been digitally modified through graphic design software programs and reproduced in photographs posted on social media, does not constitute copyright infringement under national law.

KEYWORDS

Copyright; moral rights; economic rights; fair use; photography

1. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento del internet y, en especial, de las redes sociales, los usuarios del entorno digital pasaron de simples espectadores a generadores de contenido en línea; capaces de criticar, comentar, transformar, compartir y subir fotografías.¹ Ahora, con las facilidades e interactividad que provee el internet, es común que los usuarios utilicen y modifiquen fotografías protegidas por el derecho de autor y las reproduzcan a través de medios digitales.² Sin embargo, no muchos de ellos se encuentran conscientes de que la publicación de objetos protegidos en fotografías puede constituir una vulneración a los derechos de autor.

El objeto del presente ensayo consiste en identificar cuándo existe una vulneración a los derechos de autor al utilizar y modificar obras en fotografías publicadas en el entorno digital, en virtud de los parámetros y límites al derecho de autor contemplados en la legislación nacional. Aunque existen pronunciamientos internacionales respecto del tema, el asunto no se ha abordado desde la legislación, jurisprudencia o doctrina nacional y peor aún, desde una perspectiva digital interactiva, donde los internautas son capaces de generar contenido en línea. Esta perspectiva es de vital importancia en esta época para que los usuarios sepan cuándo existe una vulneración al derecho de autor y, de esta manera, eviten una infracción al subir fotografías que contengan algún tipo de obra artística, literaria o científica.

Para el desarrollo del presente ensayo, se analiza el caso particular de Mar Cantos, una joven ecuatoriana, que mediante la fotografía reproduce a las muñecas Bratz y las edita a través de programas de tratamiento de imágenes, modificando su maquillaje e indumentaria, para publicarlas en redes sociales.

2. DESARROLLO

2.1. VULNERACIÓN A LOS DERECHOS MORALES

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCI), siguiendo lo dispuesto por el artículo 11 de la Decisión 351 en su artículo 118, recoge los derechos morales y establece que son aquellos derechos irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles que posee el autor. En la norma se encuentran recogidos aquellos derechos de carácter personalísimos que están íntimamente vinculados con la personalidad del autor para i) conservar la obra inédita o divulgarla, ii) reivindicar la paternidad, iii) oponerse a toda deformación, mutilación,

1 Fernando Tomeo, *Redes sociales y tecnologías 2.0* (Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea, 2014), 57.

2 Lydia Esteve González, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet* (Granada: Editorial Comares, 2006), 81.

alteración o modificación que atenta contra el decoro de la obra, el honor o reputación del autor, y iv) acceder al ejemplar único o raro de la obra.³

Con la llegada de la tecnología, se puso en tela de duda esta concepción tradicional que recoge el COESCI y las Convenciones Internacionales ratificadas por Ecuador sobre los derechos morales. Se cuestionó su capacidad para poder adaptarse a los desafíos del mundo digital y hasta la necesidad de mantenerlos. Empero, estas perspectivas de visión ligera no prosperaron. Antequera, explica que no existe ninguna razón para que se supriman o adapten al mundo digital, por lo menos, los derechos fundamentales de integridad y paternidad.⁴ De igual manera, lo apoya Esteve al concluir que:

[...] los Tratados OMPI de derechos de autor y derechos conexos de 1996, permiten concluir que las obligaciones derivadas del art. 6 bis del Convenio de Berna respecto de la paternidad e integridad de las obras están vigentes para las obras que circulan a través de Internet.⁵

El derecho moral en el entorno digital tomó gran importancia porque el formato, digitalización e interactividad que ofrece el Internet hace mucho más fácil la vulneración de los derechos de paternidad e integridad. Ahora con las herramientas de copiado y pegado que existen, los usuarios se benefician de los trabajos ajenos protegidos por el derecho de autor.⁶ Igualmente, y con más frecuencia, se suben o se descargan obras y se modifican a través de programas de ilustración, tratamiento o edición, desnaturalizando así el concepto inicial de la obra.

[L]a digitalización de las obras y la interactividad permiten transformar, colorear o reducir las obras con gran facilidad, comprimir la información y/o deshacerse de parte de ella, en definitiva, con la digitalización y la transformación de las creaciones *on line* supone una modificación que permite cuestionar el respeto a la integridad de la obra.⁷

2.1.2. DERECHO DE INTEGRIDAD

El derecho de integridad faculta al autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación, alteración o modificación de su obra. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación prejudicial 147-IP-2014, determinó que el derecho de integridad está conformado por tres supuestos; y definió que deformar es hacer que algo pierda su forma regular o natural, dando lugar

3 Artículo 118, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, R.O. Suplemento 899, 09 de diciembre de 2016.

4 Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de autor Tomo I* (Caracas: Editorial Venezolana C.A., 1998), 384-386.

5 Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 92.

6 David Mallo Montoto, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor* (Madrid: Editorial Reus, 2018), 105, <https://elibro.net/es/reader/usfq/121262?page=106>, 106.

7 Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 93.

a una interpretación errónea. Mutilar, es cortar o quitar una parte o porción de algo que en principio debió tenerlo; y modificar, es transformar o cambiar el contenido de la obra.⁸ El objetivo del derecho de integridad es que se preserve el producto intelectual del autor en su auténtica expresión y que este no sufra alteraciones.⁹

Sin embargo, no toda deformación, mutilación o alteración puede ser objeto de infracción. Esto dependerá de la teoría que cada país acoja para proteger la obra. En general, existen dos concepciones: la objetiva y la subjetiva. La concepción objetiva protege la obra contra cualquier deformación, mutilación o alteración en donde se pueda comprobar objetivamente un perjuicio a los intereses del autor, su reputación o al decoro de la obra. Mientras que la concepción subjetiva prohíbe toda deformación, mutilación o alteración prescindiendo del daño al autor o la obra.¹⁰ Ecuador adoptó la concepción objetiva pues al final del numeral 3 del artículo 118 del COESCI, se puede ver que se requiere del elemento objetivo. De igual manera, lo hace la Decisión 351, al recoger al final del numeral 3 del artículo 11 “[...] que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”.¹¹

Además, la deformación, mutilación o modificación no necesariamente debe recaer sobre la obra sino también sobre el contexto en que se encuentre. El artículo 6 bis del Convenio de Berna agrega “[...] o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.¹² Con esta expresión el artículo, se refiere a los ataques indirectos, que son aquellos en los que no se deforma, mutila o modifica la obra como tal, pero que se la utiliza en un contexto que atenta contra el decoro de la obra o la reputación del autor.¹³

Por ende, para determinar bajo nuestra legislación una vulneración al derecho de integridad en el entorno digital de una obra protegida por el derecho de autor, se tiene que examinar: i) que la obra se encuentre almacenada en un soporte digital, ii) que exista una deformación, mutilación, alteración, o modificación de acuerdo a las definiciones anteriormente establecidas; iii) que recaiga sobre la obra o el contexto en donde se encuentre la obra, y por último, iv) que se atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

8 Proceso No. 147-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 24 de marzo de 2015, párr. 34.

9 Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, (Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2006), 168.

10 Id., 169.

11 Artículo 11, Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 17 de diciembre de 1993.

12 Artículo 6 bis, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Berna, 9 de septiembre de 1886, adhesión por Ecuador el 8 de julio de 1991.

13 Antequera, Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada, 29.

2.2. VULNERACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El artículo 120 del COESCI, en concordancia con el artículo 13 de la Decisión 351, recoge los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, importación, distribución y transformación. Esta lista es ejemplificativa, ya que el derecho patrimonial confiere al titular de la obra la facultad exclusiva de autorizar o prohibir cualquier acto de explotación.¹⁴ El titular puede disponer de estos derechos ya sea a título gratuito u oneroso, es decir que puede percibir una contraprestación económica a cambio del uso autorizado de sus derechos y bajo las condiciones que determine.¹⁵ A diferencia de los derechos morales, estos derechos son renunciables, transmisibles, temporales y se encuentran sujetos a límites legales.¹⁶

Los derechos patrimoniales en el entorno digital sufrieron un cambio más grande que los derechos morales. En principio, los derechos de reproducción, comunicación pública y transformación fueron adaptados para que encajen en el mundo digital y así evitar las infracciones *on line*. Mientras que los derechos de distribución e importación quedaron excluidos porque no tenían sentido en la era tecnológica al recaer sobre objetos tangibles o materiales, como lo establecen las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI¹⁷ y el artículo 124 del COESCI.

2.2.1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 122 del COESCI, “[s]e entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.¹⁸ Según Lipszyc, se entiende por reproducción i) la realización de uno o más ejemplares de todo o parte de la obra en cualquier forma, ii) la realización de ejemplares en tres dimensiones de una obra de dos dimensiones y viceversa, y iii) la fijación o inclusión de la obra en sistemas de almacenamiento interno de ordenador.¹⁹

Esta última concepción recogida, se la adoptó cuando se agregó en el inciso final del artículo 122 la frase “bajo cualquier medio o procedimiento, conocido

14 Esteban Argudo Carpio, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, en *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina: A propósito de los 50 años de creación de la Comunidad Andina*, dir. Hugo Gómez Arpac, Pablo Daniel Solines Moreno y Karla Margot Rodríguez Noblejas (Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda., 2019), 84, https://www.tribunalandino.org.ec/libros/Desafios_PI.pdf.

15 Manuel Pachón Muñoz, *Manual de derechos de autor* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988), 61.

16 *Id.*, 61-62.

17 Respecto de los artículos 6 y 7, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 20 de diciembre de 1996.

18 Artículo 122, COESCI, 2016.

19 Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, 179.

o por conocerse”, que abrió la posibilidad a que el derecho de reproducción se encuentre presente en el entorno digital. La Conferencia Diplomática en las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI aclaró además que “[q]ueda entendido que el almacenamiento, en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.²⁰ Por lo que, en el entorno digital constituye un acto de reproducción el almacenar en un soporte digital obras protegidas por el derecho de autor. “La tecnología digital implica el almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador (<<*in put*>>), a los efectos de que la máquina pueda inteligir la información”.²¹

Por lo tanto, para determinar una vulneración al derecho de reproducción en el entorno digital se tendrá que analizar i) que exista un acto de reproducción, es decir que se almacene la obra protegida en un soporte digital, ii) que este almacenamiento permita la percepción, comunicación o la obtención de copias, y iii) que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.2.2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

El derecho de comunicación pública está recogido en los numerales 2 y 6 del artículo 120 del COESCI. El numeral 2 recoge la versión tradicional de comunicación pública y el numeral 6 la versión que fue adoptada a nivel internacional a través del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante TODA²²), para afrontar los nuevos desafíos de la tecnología. A pesar de la distinción realizada, en los dos casos se trata del derecho de comunicación pública que está recogido y reconocido como un solo derecho patrimonial en el artículo 123 y en el artículo 15 de la Decisión 351. De acuerdo al COESCI, el derecho de comunicación pública es “[...] todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente, decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.²³ Con esta definición dada por el COESCI, es claro que el derecho de comunicación pública está presente en el entorno digital, especialmente cuando se refiere a las frases “reunidas o no” y “en el momento en que individualmente, decidan, puedan tener acceso a la obra”, pues son acciones que cobran sentido cuando pensamos en el mundo digital.

En la red, la comunicación pública concurre al mismo tiempo que el derecho de reproducción, porque al almacenar la obra, primero se graba en un soporte electrónico, es decir, se reproduce y sucesivamente se le asigna un URL,

20 Respecto del artículo 1.4, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 1996.

21 Antequera, *Derecho de autor Tomo I*, 438.

22 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 20 de diciembre de 1996, ratificado por Ecuador el 21 de junio de 2000.

23 Artículo 123, COESCI, 2016.

permitiendo el acceso a la obra.²⁴ “No hay que olvidar que la reproducción es un paso previo indispensable para la distribución de contenidos protegidos y para su comunicación”.²⁵ La puesta a disposición del público de la obra en soportes digitales, de tal forma que los usuarios puedan acceder a ella en cualquier momento y lugar constituye un acto de comunicación pública.

No obstante, para determinar una vulneración al derecho de comunicación pública en el mundo digital se tendrá que analizar, en primer lugar, que exista una reproducción de acuerdo a lo establecido en la subsección anterior y, por lo tanto, una comunicación pública; y, en segundo lugar, que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.2.3. DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

El derecho de transformación ha tenido una aplicación diferente con la llegada de la tecnología por la aparición de herramientas digitales que permiten alterar la obra. El derecho de transformación es el penúltimo derecho recogido en el artículo 120 del COESCI y el último en el artículo 13 de la Decisión 351. Este derecho permite cambiar la forma externa de la obra para darle un fin distinto al que tenía originalmente.²⁶ Es uno de los derechos más importantes y controversiales ya que, a partir de esta transformación puede surgir la creación de una obra derivada, la cual también es protegida por el derecho de autor. Sin embargo, para que esta obra esté protegida y sea concebida como tal, necesita contar con la autorización previa del titular de los derechos de la obra primigenia.²⁷

‘[L]o esencial es que se cree una obra nueva, que tendrá consideración de la obra (subjektivamente) derivada y (objetivamente) compuesta’ correspondiendo la autoría, en este último caso, ‘exclusivamente a la persona o personas que llevan a cabo la transformación’, aunque la obra producto de dicha transformación ‘no se podrá explotar si no se cuenta con el consentimiento del autor de la obra transformada’.²⁸

Aunque el derecho de transformación es un derecho patrimonial, este está íntimamente vinculado con el derecho moral de integridad y es necesario tomarlo en cuenta a la hora de determinar una vulneración al derecho patrimonial de transformación. En general se piensa que, a menos que la transformación sea grave, el derecho moral no será vulnerado. “ [S]alvo en casos especialmente graves, en la que la adaptación sea objetivamente lesiva para la obra o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá

²⁴ Esteve, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en internet*, 96.

²⁵ Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 112.

²⁶ Pachón, *Manual de derechos de autor*, 69.

²⁷ Artículo 105, COESCI, 2016.

²⁸ Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 185.

interpretarse de forma conjunta con el derecho de paternidad’ ”.²⁹ Por lo tanto, para determinar una vulneración del derecho de transformación en el entorno digital se tendrá que analizar i) que exista un cambio de la forma externa de la obra originaria, ii) que constituya una transformación sustancial, iii) que no se trate de una obra en sí misma, y iv) que el uso o explotación no se encuentre comprendido dentro de los límites del derecho de autor.

2.3. LÍMITES AL DERECHO PATRIMONIAL DEL AUTOR

Los derechos patrimoniales son derechos exclusivos, pero no absolutos. Los límites y excepciones al derecho patrimonial del autor fueron introducidos como una justificación por la composición equitativa que debe existir entre los intereses de los titulares sobre sus obras y los intereses de la sociedad.³⁰ La máxima expresión de este principio se encuentra recogida en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual prescribe, por una parte, el derecho de las personas a tomar parte de la vida cultural, gozar de las artes, participar de los procesos y beneficios científicos. Al mismo tiempo, gozar del derecho a la protección de sus derechos morales y materiales por la producción de obras científicas, artísticas y literarias.³¹ De igual manera, Ecuador ratificó la convivencia de estos derechos a través del artículo 22 de la Constitución.

Mediante las excepciones y limitaciones, se establecen una serie de circunstancias en las cuales se permite la utilización de obras protegidas por el derecho de autor. Sin la necesidad de contar con la autorización o el pago de una remuneración a favor del titular, siempre y cuando se respeten los requisitos establecidos en el régimen legal de límites al derecho de autor. Los límites no afectan los derechos morales solo los derechos patrimoniales de los titulares de las obras. En general, el uso de obras protegidas por el derecho de autor se puede realizar en medida en que no afecten los usos honrados o el *fair use*.³²

La Decisión 351, en su artículo 21, establece las reglas que deben seguir los países miembros para sentar los límites y excepciones al derecho de autor e impone que “[...] se circunscribirán aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”.³³ La Decisión 351 adoptó el régimen que estableció el Convenio de Berna a través del artículo 9, el cual recoge la denominada regla de los tres pasos. Ecuador siguiendo lo dispuesto por la Decisión 351, adoptó el régimen de los usos honrados, empero, no fue el único sistema que acogió. Con la publicación del COESCI en el 2016, se

29 *Ibid.*, 184.

30 Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, 219.

31 Artículo 27, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

32 Wilson Rafael Ríos Ruiz, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TICS)*, (Bogotá, Universidad de los Andes, 2009). p. 109.

33 Artículo 21, Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 1993.

introdujo en el artículo 211 la figura del *fair use* del sistema anglosajón de *copyright*, agregando, además, un quinto factor de los cuatro usuales que contiene esta doctrina. “Además de lo señalado, en el primer párrafo del citado artículo se pretende complementar el uso justo o “*fair use*” con la regla de los tres pasos que se configura en el artículo 212 de COESCI, a través de una lista taxativa de casos de libre utilización de las obras, a las cuales no se tendría que aplicar el examen de uso justo”.³⁴

Los límites y excepciones al derecho de autor también fueron trasladados al mundo digital. El reconocimiento de esta expresión se encuentra plasmado en las Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI. Las Declaraciones señalaron que “[q]ueda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital”.³⁵ Este artículo aclaró que los límites se puedan aplicar al entorno digital, pero también, que las partes contratantes puedan establecer nuevas excepciones que sean adecuadas para el mundo digital.

Por lo tanto, a la luz del derecho ecuatoriano, para determinar una vulneración de los derechos patrimoniales del autor en el entorno digital, se tendrá que analizar que la explotación no se encuentre comprendida en los límites del derecho de autor bajo i) la doctrina del *fair use* y ii) la regla de los tres pasos.

2.3.1. DOCTRINA DEL *FAIR USE*

El *fair use* es una figura típica del sistema anglosajón que nació a partir de la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos. Actualmente, se encuentra recogida en la Sección 107 del *Copyright Act* y consiste en la interpretación de cuatro factores para determinar la legitimidad en la utilización de obras protegidas por el derecho de autor.³⁶ Esta doctrina, al igual que los usos honrados, permite en casos especiales limitar los derechos de explotación del titular; pero se distingue por ser un sistema más abierto que “[...] deja un amplio margen interpretativo para el Juez”.³⁷

El *fair use* recoge cuatro parámetros “[...] que deben tomarse como una “guía general” mas no como cuatro condiciones necesarias”:³⁸ i) el propósito y carácter

34 Argudo, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, 99.

35 Respecto del artículo 10, Declaraciones Concertadas Relativas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 1996.

36 Argudo, “Las modificaciones al contenido del derecho de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, 98.

37 Ricardo Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor” en *Los límites del Derecho de Autor*, coord. Carlos Rogel Vide (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2006), 26, <https://elibro-net.ezbiblio.usfq.edu.ec/es/ereader/usfq/121263?page=27>.

38 Facundo Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use* (Buenos Aires: Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella, 2014), 72.

del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o es para fines educativos sin fines de lucro, ii) la naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, iii) la cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo, y iv) el efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.³⁹ El COESCI incluyó además de estos criterios, en quinto lugar, el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.⁴⁰

El primer parámetro de esta doctrina consiste en analizar si el uso no autorizado de la obra original se hace con fines educativos, o, por el contrario, con fines comerciales. En caso de que se lo haga con fines comerciales, es más probable que exista un uso no autorizado de la obra. Pero esto no excluye la posibilidad de que un uso comercial sea autorizado, especialmente si se trata de un uso transformativo de la obra primigenia.⁴¹ De acuerdo a Herrera, el uso transformativo es “[...] aquella modificación sustancial y formal de una obra, convirtiéndola en una nueva creación”.⁴² En consecuencia, si la obra primigenia es usada como materia prima para la creación de una nueva obra, existe mayor probabilidad de que se considere como un uso justo.⁴³

El segundo factor trata de evaluar la naturaleza y características que posee la obra protegida. Por ende, se tendrá que examinar si la obra utilizada se trata de una obra inédita o ya divulgada. En caso de que se trate de una obra inédita, será más probable que se determine que no medió un uso justo porque se le privaría al autor de su derecho de conservar la obra inédita.⁴⁴ Igualmente, se analizará si se trata de una obra que recoge hechos o datos, como, por ejemplo, un mapa de geografía o topografía o por el contrario, una obra más expresiva. “Se ha considerado que existe una mayor factibilidad jurídica de reproducir obras que recogen hechos y conocimientos objetivos, valiéndose del *fair use*, que hacer lo mismo respecto de obras de ficción, donde el elemento expresivo es mayor”.⁴⁵

El tercer parámetro, analiza la cantidad y sustancia utilizada de la obra. Entre menor sea la cantidad utilizada para la creación de la nueva obra mayor probabilidad existirá de que se califique como un uso justo. Empero, la sustancia puede ser más importante que la cantidad que se utiliza. Es decir que este criterio evalúa tanto la cantidad como la calidad de lo que se utiliza. Puesto que si se utiliza el corazón o la parte más esencial de la obra, sin importar su cantidad, lo más seguro es que sea calificado como un uso ilegítimo.⁴⁶

39 Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor”, 25-26.

40 Artículo 211, COESCI, 2016.

41 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72.

42 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* 20 (2015), 60.

43 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72.

44 *Id.*, 72-73.

45 Juan F. Córdoba Marentes, “El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 45 (2012), 459, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a1%20.pdf>.

46 OMPI, “Utilización de fotografías de marcas y de obras protegidas por el derecho de autor”, 19-21.

El cuarto criterio examina el efecto que tiene el uso de la obra sobre el mercado potencial o el valor de la obra. Este criterio busca determinar si la nueva creación compite directamente con la obra original. En caso de que compitan en el mismo mercado, es más probable que este uso no este amparado por el *fair use*. El cuarto factor trata de proteger el interés pecuniario que el titular ostenta sobre su obra y que este no se vea perjudicado en el mercado que explota, pues de hacerlo tendrá que ser resarcido.⁴⁷

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha calificado a este criterio como el más importante de los que componen la doctrina del *fair use*, visión que es consistente con aquella que considera a la propiedad intelectual como un problema de economía y mercado. Y aunque en la jurisprudencia se ha dejado claro que los distintos criterios del *fair use* deben ser conjuntamente sopesados, algunos autores sugieren que, aún siendo favorables los tres primeros, un concepto desfavorable respecto del cuarto factor debería ser suficiente para denegar la defensa de *fair use* en un caso determinado.⁴⁸

El quinto factor fue introducido por la legislación ecuatoriana. Este parámetro prescribe que se tiene que analizar el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. A la luz de los criterios interpretados por la jurisprudencia de los Estados Unidos, podemos entender que este criterio, en principio, es el análisis del precepto vector que se encuentra detrás de todos los parámetros. Es decir que se tendrá que examinar “[...] si el objetivo constitucionalmente reconocido del *copyright*, que es promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, es consistente con permitir o con prohibir el uso no autorizado de la obra original para la creación de la obra nueva”.⁴⁹ Además, se necesitará evaluar otros derechos fundamentales que podrían justificar la limitación del derecho de autor. Esto puede ser interpretado a través de los intereses que generalmente se tratan de satisfacer a la hora de limitar los derechos de autor. Como por ejemplo, la libre reproducción de obras en procesos judiciales para acceder a la justicia, la libre difusión de la información, necesidades académicas, por razones de discusión o crítica, razones humanitarias, entre otras⁵⁰.

2.3.2. USOS HONRADOS Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS

Los usos honrados provienen del sistema continental y consisten en la implementación de regímenes de limitaciones y excepciones al derecho del autor que están sujetas a una interpretación restrictiva. Los usos honrados, al igual que el *fair use*, imponen parámetros dentro de los cuales se autoriza la utilización libre y sin remuneración de obras protegidas por el derecho de autor.

47 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 73-74.

48 Córdoba, “El fin no justifica la excepción. Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense”, 461.

49 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 82.

50 Antequera, “Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor”, 18-19.

Los límites y excepciones están supeditadas por una regla de tres pasos que se encuentra inspirada en el Convenio de Berna.⁵¹ Por lo tanto, para determinar un uso justo, se tendrán que examinar los siguientes pasos acumulativos: i) que las excepciones se establezcan en determinados casos especiales, ii) que no afecte la explotación normal de la obra, y iii) que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular.⁵²

El primer requisito del test establece que los límites deben estar previstos para ciertos casos especiales. Este primer paso conlleva analizar tres parámetros. Primero, que se trate de límites válidos. Segundo, que los límites y excepciones sean objeto de una interpretación restrictiva; y tercero, que los límites se encuentren claramente definidos.⁵³ Es importante tomar en cuenta lo que precisa Córdoba, al explicar que no se requiere que los límites y excepciones se refieran a casos específicos sino más bien que se diferencien de la generalidad. “Por tanto, el primer juicio o paso del test no excluye la posibilidad de adoptar excepciones de carácter abierto, como el *fair use*, siempre y cuando sus términos respeten todas las condiciones del *three-step test*”.⁵⁴

El COESCI, siguiendo lo dispuesto por el Convenio de Berna y la Decisión 351, en su artículo 212 recoge una lista de limitaciones y excepciones al derecho de autor. No obstante, el artículo subsiguiente aclara que no solo incluyen las limitaciones y excepciones señaladas en el artículo 212, sino también, aquellos que se entiendan comprendidos por la naturaleza y finalidad de las limitaciones. En consecuencia, estas se podrían extender a casos análogos no contemplados en el artículo 212. La OMPI ha considerado que existen excepciones generalmente aceptadas por las legislaciones de limitaciones al derecho de autor que permiten a los fotógrafos usar sin permiso objetos protegidos por el derecho de autor; entre ellas las fotografías de i) obras arquitectónicas que se encuentra en lugares públicos o visibles, ii) obras protegidas por el derecho de autor situadas en espacios públicos, iii) obras protegidas que tienen como objeto informar a la sociedad, iv) obras protegidas para ilustrar reseñas o críticas, v) obras protegidas con el fin de anunciar su venta, y vi) obras protegidas que formen parte incidental del fondo.⁵⁵ Aunque, el COESCI no recoge expresamente estas exenciones, se las puede interpretar como situaciones aceptadas bajo la regla de los tres pasos y el *fair use*.

51 Ríos, *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones*, 109.

52 Juan F. Córdoba-Marentes, “La regla de los tres pasos y la armonización de intereses en el derecho de autor”, en *Encrucijadas del derecho de autor*, ed. Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan F. Córdoba-Marentes (Bogotá: Universidad de la Sabana, 2018), 104-105, https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#search/*regla+de+los+tres+pasos/WW/vid/790381569.

53 Sebastián López Maza, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, coord. Juan José Marín López, Ramón Casas Vallés y Rafael Sánchez Aristi (Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2016), 298, <https://appvlexcom.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/vid/647%20776217>.

54 Córdoba, “La regla de los tres pasos y la armonización de intereses en el derecho de autor”, 105.

55 OMPI, “Utilización de fotografías de marcas y de obras protegidas por el derecho de autor”, 19-20.

El segundo paso del test establece que los límites no pueden atentar contra la normal explotación de la obra. En este paso, se tiene que examinar si el uso de la obra protegida es ilegítimo y priva al titular del goce de ganancias sustanciales.⁵⁶ Es decir que se debe observar si las utilidades entran en competencia con las formas de explotación en las que los titulares normalmente consiguen una prestación económica por la utilización de su obra y que, como resultado, se les priva de percibir ganancias importantes. “Se deberían ‘examinar, además las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación, que con cierto grado de probabilidad y plausibilidad podrían adquirir considerable importancia económica o práctica’ ”.⁵⁷

Finalmente, el último paso, requiere que la limitación no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular. Toda excepción causa un perjuicio, pero se tiene que determinar si ese perjuicio se encuentra justificado por los intereses que se encuentran en juego, tanto del titular como del tercero que utiliza la obra.⁵⁸ “[E]videntemente, el tercer criterio va más allá del examen de los intereses puramente patrimoniales del autor”.⁵⁹

Si los derechos de los usuarios de obras y prestaciones pesan más que los de los titulares de propiedad intelectual porque estemos ante límites que afectan a la protección de derechos fundamentales, como la intimidad, el acceso a la información, la libertad de crítica, se deberá permitir el límite aunque cause algún tipo de perjuicio a éstos, sin pago de remuneración como ocurre con el límite en beneficio de los discapacitados, la cita, el uso de contenido de buscadores o la parodia entre otros.⁶⁰

2.4. APLICACIÓN AL CASO MAR CANTOS

Mar Cantos es una fotógrafa ecuatoriana, conocida por la publicación de fotografías que capturan muñecas Bratz en la red social Instagram y que recrean estilos y maquillajes de personajes del mundo artístico. Para ello utiliza programas de tratamiento digital de imágenes que le ayudan a alternar el maquillaje y la ropa de las muñecas captadas en fotografía.⁶¹ De acuerdo, a la revista I-D, “Cantos ve sus imágenes de las Bratz como contenido regular en su feed de Instagram, el cual está lleno de una sobrecarga de colores pastel, autorretratos que aluden al pop art, y por supuesto las fotografías de moda protagonizadas por las muñecas”.⁶² A través de sus fotografías, Mar trata de cambiar el ideal

56 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 298-299.

57 Mallo, *La difusión en internet de contenidos sujetos al derecho de autor*, 211.

58 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 299.

59 Proceso No. 248-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 05 de noviembre de 2015, párr. 78.

60 López, “La posibilidad de utilización directa por parte del Juez de la regla de los tres pasos”, 299.

61 Amanda Krause, “People are turning themselves into human versions of Bratz dolls using makeup, and the resemblance is uncanny”, Insider (2019), <https://www.insider.com/makeup-artists-doll-makeup-challenge-instagram-2019-2>.

62 Diego Menchaca, “Estas fotografías con muñecas Bratz reflejan la mezcla cultural de hoy en día”, I-D (2018), <https://i-d.vice.com/es/article/7xyvdg/martin-cantos-bratz-fotos>.

de belleza y mostrar diversidad en la industria cosmética que, de acuerdo a su opinión, se caracteriza por ser eurocéntrica y racista.⁶³

Cantos cuenta con más de 58.600 seguidores y tiene 139 publicaciones en su cuenta de Instagram, la cual es mundialmente conocida por permitir a sus usuarios subir fotografías y modificarlas a través de filtros “[...] convirtiendo a los usuarios en expertos en fotografía”.⁶⁴ Actualmente, Instagram cuenta con 1 billón de usuarios activos,⁶⁵ de los cuales 4.02 millones pertenecen al Ecuador,⁶⁶ de acuerdo con la revista Forbes. Instagram, YouTube y Twitch, a través de los *influencers*, mueven alrededor de 8 billones de dólares anuales en marketing.⁶⁷ Se estima que en Colombia, un *influencer* de Instagram puede recibir entre 100.000 y 150.000 dólares por campaña publicitaria dependiendo de su nivel de enganche, nivel de interacción en los contenidos publicados, su alcance y el número de seguidores.⁶⁸ En general, cuentas con más de 1 millón de seguidores pueden hacer de 100.000 a 250.000 dólares por cada *post* patrocinado. Por su parte, los micro *influencers* que cuentan entre 50.000 a 100.000 seguidores pueden hacer hasta 1.000 dólares por cada *post* patrocinado y llegar a generar ingresos de 40.000 hasta 100.000 dólares al año.⁶⁹ Por su parte, el Periódico de España, calcula que un *influencer* puede ganar de 120 a 150 euros por foto, por cada 10.000 *followers* e incluso 2.500 euros por publicación al tener más de medio millón de seguidores.⁷⁰

¿Podrían las fotografías de muñecas Bratz estilizadas y editadas a través de programas de tratamiento de imágenes y publicadas por Mar Cantos en Instagram atentar contra los derechos de autor que ostentan Carter Bryant y MGA Entertainment sobre las muñecas Bratz? Recordemos, que las muñecas Bratz son obras artísticas protegidas por el derecho de autor. Fueron creadas en agosto del año 2000 por el diseñador de juguetes Carter Bryant, quien luego, en octubre del mismo año celebró un contrato de consultoría con la compañía MGA Entertainment para asesorar en el desarrollo de la primera línea de las muñecas Bratz. A diferencia de las muñecas clásicas, las muñecas Bratz, se caracterizan por ser muñecas urbanas, de varias etnias, modernas, a la

63 Alberto Cervantes, “Entrevista Martín Cantos”, *Time Out México* 95 (2020), 31, https://issuu.com/timeou tmexico/docs/time_out_mexico_febrero_2020/1?ff.

64 Tomeo, *Redes sociales y tecnologías 2.0*, 57.

65 Ver, “13 millones de personas tienen redes sociales en Ecuador”, Primicias, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.primicias.ec/noticias/tecnologia/13-millones-personas-redes-sociales-ecuador/>.

66 Ver, “Instagram: distribution of global audiences 2020, by age group”, Statista, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.statista.com/statistics/325587/instagram-global-age-group/>.

67 John Koetsier, “2 Million Creators Make 6-Figure Incomes on YouTube, Instagram, Twitch Globally”, *Forbes* (2020), <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2020/10/05/2-million-creators-make-6-figureincomes-on-youtube-be-instagram/>.

68 Camila Bernal Durán, “Los 10 influenciadores de Instagram que más ganan en Colombia”, *Forbes* (2020), <https://forbes.co/2020/03/06/negocios/los-10-influenciadores-de-instagram-que-mas-ganan-en-colombia-2/>.

69 Ver, “How much money do social media influencers make?” *Fox Business*, acceso 20 de octubre de 2020, <https://www.foxbusiness.com/lifestyle/social-media-influencer-pay>.

70 Joseph Berengueras, “¿Cuánto cobra un ‘influencer’”, *El Periódico* (2017), <https://www.elperiodico.com/es/economia/20170508/influencer-cuanto-cobra-gana-6024716>.

moda y con actitud rebelde. Son mundialmente reconocidas por sus cuerpos desproporcionados, maquillaje en exceso y por su ropa altamente a la moda.⁷¹

2.4.1. ¿VULNERACIÓN AL DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD?

Mar, en su Instagram, reconoce que las muñecas recogidas en sus fotografías son las muñecas Bratz y en cada publicación etiqueta a la cuenta oficial de las muñecas a través del #bratz. Por ende, el primer paso para determinar una vulneración al derecho de autor en el presente caso, es determinar si existe una afectación al derecho moral de integridad que ostenta Carter Bryant sobre las muñecas Bratz, pues como se mencionó, Mar utiliza programas de tratamiento de imágenes para cambiar la ropa y maquillaje de las muñecas. Como se concluyó en el tercer epígrafe, para identificar una vulneración al derecho de integridad en el mundo digital se debe examinar que la obra se encuentre almacenada en un soporte digital. Además, que exista una deformación, alteración, o modificación; que recaiga sobre la obra o el contexto en que se encuentra; y, por último, que no atente contra la reputación del autor o el decoro de la obra.

Cantos para realizar sus fotografías, primero escoge una muñeca Bratz⁷², luego la viste y estiliza su cabello. Después, ambienta el lugar donde tomará las fotografías, agrega un fondo y arregla la posición y colores de las luces. Luego, coloca a la muñeca en una determinada posición y procede a fotografíarla desde diferentes ángulos. Una vez tomadas las fotografías, las carga en su computadora, escoge una de las fotos y la abre en un programa de edición de imágenes para alterar digitalmente el maquillaje y la ropa de la muñeca.⁷³

Al fotografíar la muñeca, Cantos, cumpliría con la primera condición para ser considerada como una infracción porque almacena digitalmente la obra en la memoria de la cámara pues “[...] la propia naturaleza de la fotografía implica su fijación en un objeto”.⁷⁴ Luego, al trasladar la fotografía y modificarla en el programa de edición, ejecuta la segunda y tercera condición porque transforma el contenido mismo de la obra, al cambiar digitalmente el maquillaje y la ropa de la muñeca con las herramientas de edición. Normalmente, estos cambios consisten en colorear los ojos de la muñeca, colocar *emojis* en la parte inferior o superior de los ojos. Asimismo, cambiar el color y agregar detalles en sus labios. Igualmente, en la ropa, se realizan cambios de color e incorporaciones de logos, marcas y hasta imágenes.

71 OMPI, “Barbie y Bratz: La pelea continúa”, *Revista de la OMPI* 4 (2011), 18-20.

72 Hasta enero del presente año contaba con 416 muñecas Bratz.

73 Ver, “Turning a Bratz doll into a Beauty Guru - Gigi Goode! *sort of* #bratzchallenge”, video de YouTube, 7:05, publicado por “Mar”, 19 de noviembre de 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=bHQDSt0vllk>.

74 Antequera, *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, 35.

Ahora, el último requisito exige ver si las modificaciones atentan contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Mar a través de sus fotografías recoge el concepto básico con el cual fueron creadas las muñecas Bratz y el espíritu rebelde y urbano que las caracteriza. Además, recrea celebridades con icónicos atuendos y maquillajes a la moda, viviendo a la altura del famoso lema con el cual fueron creadas las muñecas Bratz “*The Girls With a Passion For Fashion*”,⁷⁵ convirtiendo a las muñecas en verdaderas *influencers* de belleza. Por otro lado, Cantos a través de sus fotografías quiere hacer una reflexión sobre el mundo cosmético. El cual se caracteriza por ser racista y justamente eligió a las muñecas Bratz que fueron lanzadas para celebrar la diversidad étnica y cultural que existe en el mundo, pues fue una de las primeras líneas de juguetes en lanzar cuatro muñecas de diferentes razas y culturas del mundo. En consecuencia, no se podría afirmar que Cantos atenta contra el decoro o reputación del autor. Al contrario, recoge el espíritu de las creaciones del autor y las incorpora como parte de sus fotografías. Así, se descarta la posibilidad de una infracción al derecho moral de integridad de Carter Bryant al no reunir el último requisito para catalogarlo como infracción.

2.4.2. ¿VULNERACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN, COMUNICACIÓN PÚBLICA Y TRANSFORMACIÓN?

Una vez analizada la esfera moral del autor, es necesario ver la susceptibilidad de una infracción a los derechos patrimoniales de *MGA Entertainment*. Pues a la luz de los hechos podemos observar que existen tres derechos que podrían verse vulnerados: el de reproducción, comunicación pública y transformación. Primero, el de reproducción porque existe el almacenamiento de las obras en un soporte digital a través de la fijación de las muñecas en la cámara fotográfica y al subirlas en la computadora. Luego, del derecho de comunicación pública, porque al subir las fotografías a la red social Instagram se les asigna un URL que permite que una pluralidad de personas tenga acceso a las mismas. Por último, el de transformación, porque hay un cambio significativo en la forma externa de las muñecas. Primero, al convertirlas en obras bidimensionales a través de la fotografía y segundo, al cambiarles digitalmente el maquillaje y la ropa. Por ende, el análisis se restringirá a estos tres derechos de explotación.

Como se observó anteriormente, el último parámetro para determinar una vulneración a los derechos patrimoniales, es determinar que el uso o explotación de las muñecas Bratz en fotografías, no se encuentre comprendido dentro de los límites y excepciones al derecho de autor. En la subsección anterior, se vio que el Ecuador adoptó tanto el sistema continental como el anglosajón para establecer los límites al derecho de autor. Por lo tanto, es menester hacer

⁷⁵ “Las Chicas con Pasión por la Moda” (traducción no oficial).

un análisis bajo los dos estándares que ha fijado la legislación para tener una respuesta definitiva y esclarecer si la utilización que hace Mar es o no una excepción, empezando por la regla de los tres pasos, ya que se encuentra recogida en la Decisión 351 y el Convenio de Berna y luego, por la doctrina del *fair use* introducida por el COESCI.

Los usos honrados, como se explicó, consisten en un test de tres pasos. Se empezará por el segundo, ya que el primero dependerá de lo expuesto en el segundo y tercer paso. El segundo paso del test pide examinar que el uso no atente contra la normal explotación de la obra. Por consiguiente, en el caso específico tenemos que mirar que la utilización de Mar no entre en competencia con las formas de explotación en las que normalmente la compañía MGA percibe una retribución económica por las Bratz. Mar explota las fotografías de las muñecas Bratz principalmente en su Instagram y en la página web *Redbubble* para vender sus fotografías en productos como cuadros, almohadas, relojes, protectores tecnológicos, entre otros. En la sentencia de *Mattel c. MGA Entertainment*, se observa que la compañía MGA, generalmente recibe un valor económico por vender muñecas Bratz, accesorios para muñecas Bratz, así como también video juegos y películas de las muñecas Bratz.⁷⁶ Por ello, Cantos no compite con las formas en que la compañía MGA explota las muñecas, ya que él, no vende muñecas Bratz, accesorios para muñecas Bratz, video juegos o películas que contengan las muñecas Bratz.

No toda utilización de una obra, que en principio está comprendida en el alcance de los derechos exclusivos y entraña utilidades comerciales, atenta necesariamente contra la explotación normal de la obra. Si este fuera el caso, apenas habría exenciones o limitaciones que pudieran cumplir con la segunda condición.⁷⁷

Asimismo, la venta y la utilización de las fotografías de Mar, no se realizan a través de los canales de comercialización que normalmente utiliza MGA para explotar las muñecas Bratz, ya que MGA las comercializa en almacenes de grandes superficies y a través de la plataforma *online* Amazon,⁷⁸ mientras que Cantos comercializa sus fotografías a través de la red social Instagram o por la página web *Redbubble*. Aunque Amazon y *Redbubble* son plataformas de comercio electrónico, esta última se diferencia por ser exclusivamente para productos de arte aplicado creados por los usuarios.

Por lo tanto, no se podría afirmar que las fotografías de Mar atentan contra la normal explotación de la obra, ya que no compiten con las formas ni con los medios por los que normalmente MGA percibe una compensación, permitiendo que la empresa perciba normalmente las utilidades producto de su creación.

⁷⁶ Ver, *Mattel, Inc. c. MGA Entertainment, Inc.*, Sala de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 9 de diciembre de 2009, 10531.

⁷⁷ Proceso No. 146-IP-2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 03 de junio de 2015, párr. 30.

⁷⁸ Ver, "Where to buy Bratz", MGA Entertainment, acceso 11 de octubre de 2020, <https://www.mgae.com/where-to-buy/bratz/us>.

Ahora, el tercer paso exige observar que la limitación no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular. Para ello, se deben mirar tanto los intereses del titular como del tercero que pretende utilizar la obra. En el presente caso tenemos por una parte los intereses económicos de MGA. Por otra parte, los intereses de Cantos a la libertad de expresión y al libre desarrollo de su capacidad creativa. El perjuicio de MGA se encontraría justificado por los intereses que Mar tiene derecho a gozar, ya que no existe un perjuicio a los intereses económicos o morales del MGA. Además, se encontraría justificado por los derechos fundamentales que inspiran al derecho de autor, que son promover el progreso de las artes y el avance científico y cultural.

Por último, el primer paso de la regla nos indica que debe tratarse de un caso especial. Recogiendo las palabras de Córdoba, se tiene que observar que se trate de un caso en el que el uso difiere de la generalidad. Como lo ha explicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, citando a Ginsburg,⁷⁹ un caso será especial en la medida en que no atente contra la normal explotación de la obra, ni cause un perjuicio irrazonable a los intereses del titular. De igual manera, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso Alexis P.L. c. Google, al decir que mediante vía interpretativa se pueden cuestionar los límites de los derechos mas allá de su literalidad siempre que no causen un perjuicio a los intereses del autor ni un detrimento a la normal explotación de la obra.⁸⁰ En el presente caso, se descartó que las fotografías de Mar causen un perjuicio económico a MGA, al igual que sus intereses. Por lo tanto, el uso de las muñecas Bratz en fotografías, tal como lo hace Cantos, se trata de un caso especial que difiere de la normalidad.

Una vez analizados los tres pasos, se concluye que el uso que hace Mar Cantos de las muñecas Bratz en sus fotografías, se encuentra comprendido bajo los tres parámetros que determina el Convenio de Berna. Igualmente, es importante señalar que los usos honrados parten de la buena fe comercial y Cantos, a través de sus trabajos fotográficos, no tiene la intención de causar un daño o perjudicar a la compañía MGA. Por el contrario, quiere plantear inconformidades sociales y enfatizar la belleza, etnicidad y moda que traen las muñecas Bratz por medio de la fotografía.⁸¹

Una vez descartada la infracción bajo la regla de los tres pasos, es preciso pasar a verificar si el uso se encuentra permitido por la doctrina del *fair use*. El primer parámetro del *fair use*, nos dice que debemos ver el propósito o carácter del uso de la obra, analizando si el uso se lo hace con fines educativos o por el contrario con fines comerciales. Aunque Mar empezó con las fotografías de las muñecas Bratz como una forma de expresar su estética y hacer críticas al

79 Proceso No. 34-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 21 de mayo de 2014, párr. 72.

80 Sentencia No. 749/2007, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, 07 de septiembre de 2008, 7.

81 Proceso No. 248-IP-2014, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 05 de noviembre de 2015, párr. 54.

mundo de la belleza, actualmente el uso que hace Cantos de las fotografías es de carácter comercial, pues las usa como medio de promoción para vender un servicio de conversión de personas en Bratz digitales con sus fotografías.⁸² Igualmente, utiliza las fotografías de las muñecas para incorporarlas en mercancías como, por ejemplo, mascarillas, almohadas, pegatinas, estuches y bolsos para luego comercializarlas a través de su Instagram mediante el *link* a la página web de Redbubble. Sin mencionar el hecho de que podría llegar a percibir una compensación económica por patrocinadores en Instagram debido a su elevado nivel de seguidores e interacción de contenido.

Ahora que se determinó que existe un fin comercial, se debe entrar a examinar si se trata de un uso transformativo de la obra.

Se entiende que hay “uso transformativo”, básicamente, cuando a la obra original se le agrega “algo nuevo, con un propósito distinto o con distintas características, alterando la versión inicial con nueva expresión, sentido o mensaje” y cuando la nueva obra tiene una “función totalmente diferente” a la función de la obra original.⁸³

Cantos modifica la obra primigenia dándole una nueva expresión a través de la fotografía porque la incorpora bajo un concepto *pop art*. Además, la función es extremadamente distinta a la que cumplen las muñecas Bratz que tiene un fin lúdico y de recreación, pues él usa las muñecas Bratz como parte de su fotografía para recrear personajes artísticos y para convertirlas en *influencers* de belleza y moda. Por consiguiente, las imágenes de Cantos agregan un concepto nuevo y les da a las muñecas una función distinta en sus fotografías y se entiende, por lo tanto, que hay un uso transformativo de la obra. En la sentencia Cariou c. Prince, el Tribunal de Apelación estableció que Prince hizo un uso transformativo de las fotografías de Cariou, al comprimirlas y alterarlas como parte de un *collage* resultando en una nueva expresión y estética creativa diferente a la de Cariou y concluyó que “[a]lthough there is no question that Prince’s artworks are commercial, we do not place much significance on that fact due to the transformative nature of the work”.⁸⁴

El segundo factor exige verificar la naturaleza y características que posee la obra protegida, evaluando por una parte si se trata de una obra inédita o divulgada; y por otra, si es una obra que recoge hechos o datos o, por el contrario, una obra con un elemento expresivo mayor como una obra de ciencia ficción. Las muñecas Bratz son obras artísticas que fueron divulgadas en el año 2000 a través de un prototipo rudimentario creado por Carter Bryant. Las Bratz se caracterizan por recoger la anatomía humana y exagerar algunos rasgos como

82 Alberto Cervantes, “Entrevista Martín Cantos”, 31.

83 Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 82.

84 Patrick Cariou c. Richard Prince, Sala de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 25 de abril de 2013.

“Aunque no hay duda de que las obras de arte de Prince son comerciales, no ponemos mucha importancia en ese hecho debido a la naturaleza transformativa de la obra” (traducción no oficial).

la cabeza, ojos, boca y pies. Aunque las muñecas Bratz son obras con una expresión única y particular, recogen características anatómicas de la realidad exagerando sus rasgos. Por ende, su elemento expresivo no es mayor, ya que los rasgos exagerados de las muñecas no llegan a adquirir un aspecto suficientemente extraño, alejadas de la realidad para ser una obra de ficción. Por otro lado, es necesario tomar en cuenta que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha limitado el peso del segundo factor cuando el uso en cuestión se trata de un uso transformativo de la obra originaria, como es el caso de Cantos.⁸⁵

El tercer paso examina la cantidad y sustancia utilizada de la obra original. Al ver las fotografías, podemos notar que gran parte de la obra primigenia es recogida por las fotografías, pues la mayoría de sus imágenes capturan más de la mitad del cuerpo de las muñecas Bratz. Además, Cantos en sus fotografías utiliza la esencia de la obra que se encuentra recogida en el rostro de la muñeca donde están la mayor parte de los rasgos exagerados y en su indumentaria.⁸⁶

El cuarto requisito examina el efecto que tiene el uso de la obra sobre el mercado potencial o el valor de la obra. Las muñecas Bratz se encuentran dentro de un mercado completamente distinto al de las fotografías de muñecas que realiza Cantos. Los consumidores de las muñecas Bratz no dejarían de comprar las muñecas para remplazarlas por una fotografía porque la función y destino son distintos. En el caso *Gaylord c. United States*, el Circuito Federal de Apelaciones determinó que la estampilla que contenía una fotografía de la escultura creada por Gaylord, no causaba ningún daño al mercado de la estatua porque las estampillas eran un sustituto inadecuado para la escultura.⁸⁷ Es importante considerar que el mercado de las muñecas se caracteriza por tener consumidores de entre 0 y 14 años que destinan las muñecas para actividades de recreación y juego. Sus principales bienes sustitutos son las muñecas Barbie, Monster High, entre otras, los juguetes tradicionales y los video juegos.⁸⁸ En cambio, el mercado de las fotografías de Mar se dirige a consumidores mayores de 13 años que tienen una cuenta en Instagram y que destinan las fotografías a fines decorativos o de exhibición para redes sociales. Por ende, las fotografías de Mar no podrían causar un daño al mercado de las muñecas Bratz.

El quinto factor, introducido por la legislación ecuatoriana, prescribe que se debe analizar el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. En primer lugar, debemos responder ¿el uso autorizado de la obra promoverá o no el progreso de la ciencia y de las artes? En el presente caso, Mar Cantos, a

85 *Andrea Blanch. c. Jeff Koons, the Solomon r. Guggenheim Foundation and Deutsche Bank AG*, Sala de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 26 de octubre de 2006.

86 *Mattel, Inc. c. MGA Entertainment, Inc.*, Sala de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 9 de diciembre de 2009, 10541-10544.

87 *Frank Gaylord. c. United States*, Sala de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos, 25 de febrero de 2006.

88 "Study on the competitiveness of the toy industry", ESCIP CONSORTIUM, 2013, edición PDF.

través de sus fotografías, crea una nueva visión de las muñecas promoviendo la etnicidad y la cultura pop. A través de sus trabajos fotográficos, incentiva a la comunidad de belleza a recrear *looks* de las famosas muñecas promoviendo el desarrollo artístico y la cultura. Prohibir su uso sería perjudicial para el desarrollo cultural, el avance y la promoción de las artes. Además, se atentaría contra el derecho del libre desarrollo de la personalidad que ostenta Mar para auto determinarse y desarrollar su aspecto creativo, el cual no estaría justificado, al no existir una verdadera afectación a los derechos de explotación de la compañía MGA.

Por lo tanto, bajo los parámetros del *fair use*, se concluye que no existe una vulneración a los derechos patrimoniales de MGA Entertainment, pues el único parámetro en que observa un uso ilegítimo, es bajo el tercer factor porque se usa una cantidad y calidad importante de la obra primigenia. Sin embargo, debemos recordar que los criterios dados por el *fair use* son una guía y que, bajo la jurisprudencia y doctrina de Estados Unidos, los factores más importantes para determinar una infracción al derecho patrimonial del titular son los recogidos en los numerales 1 y 4 por el perjuicio económico que significarían para el titular, el autorizar un uso de la obra que sea con fines comerciales no transformativos que causen un perjuicio pecuniario en el mercado en el que devenga la mayor parte de las ganancias de su obra.⁸⁹

[N]o es posible concluir infracción ante una digitalización de obras (cambio de formato) cuyo propósito sea diferente del que dio origen a la obra en físico (su venta al público) y permita además cumplir con los fines del derecho de autor, es decir la promoción de la ciencia y las artes útiles, tal como viene consagrado desde la Constitución americana.⁹⁰

Finalmente, analizados los dos parámetros establecidos por la legislación ecuatoriana, se puede afirmar que el uso de las muñecas Bratz en fotografías de Cantos, no constituye una vulneración a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación de la compañía MGA Entertainment, al estar su uso autorizado bajo los límites al derecho de autor.

3. CONCLUSIÓN

La utilización y modificación de obras protegidas por el derecho de autor en fotografías publicadas en el entorno digital pueden constituir una vulneración al derecho de autor bajo la legislación nacional. Para determinar en un caso específico si existe una infracción al derecho de autor es necesario analizar tanto la dimensión moral como patrimonial del autor o titular.

89 Ver, Rojo, *Fundamentos Filosóficos de la Doctrina Fair Use*, 72-82.

90 Herrera, "La doctrina del *fair use* frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books", 73.

Cuando existe una modificación de una obra primigenia a través de programas de tratamiento digital, es preciso verificar tanto el derecho moral de integridad como el derecho patrimonial de transformación, ya que la transformación guarda una estrecha relación con estos dos derechos. Por otro lado, al publicar una obra protegida por el derecho de autor en el entorno digital, se deberá siempre analizar los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública porque los dos derechos concurren al mismo tiempo al ser almacenados en un soporte digital. Por el contrario, quedan exentos de esta examinación los derechos patrimoniales de distribución e importación, los cuales no cobran sentido en el entorno digital.

En cuanto al caso de Mar Cantos, uno de los factores que cobró real trascendencia para calificar el uso como honrado es la transformación que se da por su parte de la obra primigenia, pues se aprecia que entre mayor sea el cambio, menor probabilidad existirá de que se afecte económicamente al titular de los derechos de explotación. Para terminar, queda descartada la infracción tanto en el ámbito moral como patrimonial de Carter Bryant y de la compañía MGA Entertainment. Por lo tanto, no existe una infracción al derecho de autor por parte de Cantos al publicar fotografías que capturan muñecas Bratz digitalmente modificadas.