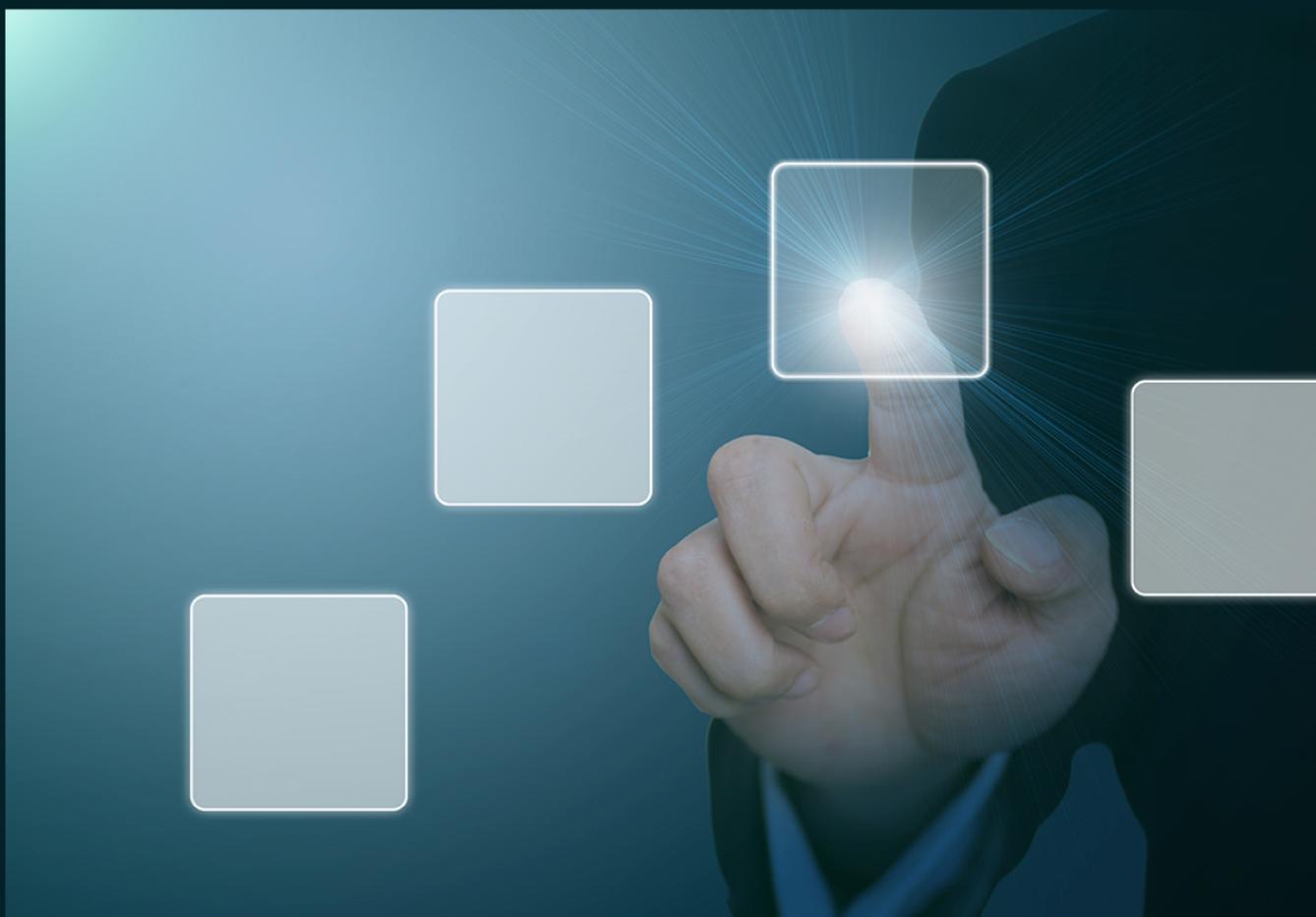


1.4

La primacía de la realidad en las Industrias culturales y creativas

Autor. José Luis Barzallo



LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LAS INDUSTRIAS CULTURALES Y CREATIVAS

Elaborado por: Dr. José Luis Barzallo⁵³

Fecha de elaboración: 23 de Julio de 2020.

Palabras clave:

Industrias; culturales; creativas; creatividad; propiedad intelectual; procesal, procedimiento; tecnología; sana crítica; resolución; protección.

Resumen:

Actualmente las industrias culturales y creativas se han desarrollado a gran escala, permitiendo a los artistas la labor creativa basada en su sensibilidad para que el acompañamiento pueda ser soportado por dispositivos y software. Esas creaciones de propiedad intelectual se ven amenazadas en primera instancia por infractores que pretenden aprovecharse de la creatividad de terceros y en segunda instancia por una mala aplicación de las normas procesales. Este artículo repasa los principios y normas procesales que permiten el uso directo de las herramientas tecnológicas usuales sin necesidad de análisis de terceros para resolver sobre la realidad.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad mundial está pasando por una etapa dentro de su economía con el desarrollo de la tecnología y su involucramiento con diferentes derechos como el de propiedad intelectual. Una prueba palpable de esto es el acercamiento acelerado y el paso que se dio con el aislamiento del COVID-19 en todo el mundo ya que los países y sus ciudadanos tuvieron que dar un salto tecnológico para que el gobierno, el sector

⁵³ Universidad de Salamanca. Especialización en Derecho Administrativo; Universidad de Oxford Inglaterra. Programa en derecho regulatorio y comparado de Medios de Comunicación; Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Informático; Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas; Universidad Andina Simón Bolívar, Curso de especialización en Derecho Tributario; Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático y Telecomunicaciones; Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Informático y Telecomunicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Autor del libro "La Propiedad Intelectual en Internet", Socio de la firma Barzallo Abogados

privado, social y personal puedan funcionar a través de herramientas como la videoconferencia o los documentos electrónicos.

Las industrias culturales y creativas han experimentado un gran momento con el uso de la tecnología, abarcando espacios que antes no se pensaban posibles o cercanos. El desarrollo tecnológico facilita y ayuda a la creatividad especialmente en el mejoramiento de la calidad, precisión y colaboración de las creaciones, impulsando la creatividad y ampliando la cultura a todos los rincones del planeta.

Hace pocos años atrás, era impensable que dos o más artistas puedan estar en lugares distintos y aparecer en escenas juntos, o que la composición se acompañe con pistas musicales creadas en vivo, o que la investigación cultural pueda profundizar hasta las raíces mismas de su origen.

Hoy en día la creatividad se apoya en el uso de la tecnología y la cultura puede llegar más lejos gracias a la tecnología, por mencionar dos aspectos que resultan importantes en la música, audiovisual, literatura, diseño, entre otras creaciones.

Así como el uso de la tecnología ha facilitado la creación y colaboración, también puede ser un conductor para el cometimiento de infracciones, pruebas alteradas, evasión, elusión, fraude legal y sanción.

La facilidad para crear se ve opacada cuando, al analizar procesalmente las pruebas, no se consideran elementos reales que se desprenden del uso de la tecnología, como por ejemplo una grabación, filmación o impresión de hechos que se pueden verificar a simple vista sin necesidad de acudir a peritajes que hace muchos años eran necesarios por el estado de la técnica.

Es necesario considerar los tiempos modernos y el uso de la tecnología tanto para crear, como para analizar pruebas que se ponen frente a nuestros ojos y casi pueden palpase con el simple uso de herramientas cotidianas que no requieren mayor conocimiento técnico porque se desprenden de nuestra vivencia y uso diario.

La falta de ese análisis moderno, bajo la sana crítica al momento de resolver conflictos legales derivados de la violación de derechos de propiedad intelectual en las industrias creativas y culturales ha motivado el desarrollo de este artículo, con el objetivo de orientar a quienes, como autoridad, tienen la enorme responsabilidad de avanzar en el tiempo y con el tiempo para proteger la creatividad y la cultura en el mundo digital.

Por lo comentado se van a marcar las pautas procesales aplicables para el análisis y resolución de casos vinculados con la industria de la creatividad y la cultura en el mundo tecnológico actual.

2. DESARROLLO

2.1. Marco de referencia del ámbito de la propiedad intelectual

“Para tener un marco de referencia sobre que debe incluirse en los derechos de propiedad intelectual, puede tomarse aquello que se considera en la denominación de *propiedad intelectual*, como derechos relativos a : a) obras literarias, artísticas y científicas; b) las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; c) las invenciones en todos los campos de la actividad humana; d) los descubrimientos científicos; e) los dibujos y modelos industriales; f) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; g) la protección contra la competencia desleal; y h) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico” (Delia Lipszyc, 1993, P. 13)

Tal enumeración es de contenido netamente enunciativo, por cuanto, así como existen ciertos bienes inmateriales excluidos de la protección, también es cierto que cada día surgen nuevas modalidades creativas tanto en el ámbito industrial, como en el mundo literario, tecnológico y de las artes que pueden ser incluidos al ámbito de derechos tutelados, así como formas dentro de las cuales, puede cambiar la denominación del derecho o su presentación, pero no la esencia misma. Esto podría ocurrir por ejemplo con el derecho de comunicación pública y el derecho de puesta a disposición que está contemplado en los Tratados de la OMPI sobre internet (Tratado de la OMPI sobre Internet, 25.nov.2002, R.O. Registro Oficial 711)

2.2. Determinación del derecho fundamental que justifica este análisis: el derecho de propiedad intelectual.

Una vez establecido el marco de referencia sobre lo que debe enmarcarse en el ámbito de la propiedad intelectual, debe mencionarse otro aspecto de la misma; sobre lo que fija como fundamento esencial en el establecimiento de un incentivo económico y moral para el creador (inventor, autor, artista), y es aquí donde surge la preocupación sobre la problemática que genera desconocer el derecho sobre un bien que es producto del ingenio y esfuerzo de un individuo en particular.

Por tal motivo el ordenamiento jurídico y sus operadores realmente deben interesarse en garantizar el derecho de propiedad intelectual y protegerlo de situaciones en las que una persona, de forma indebida, pretende aprovecharse del esfuerzo ajeno. La importancia de asegurar tales derechos ha cobrado especial vigencia en los últimos tiempos al observarse que los desarrollos tecnológicos producto del ingenio humano, que se traducen en bienes inmateriales, se han posicionado como una de las principales fuerzas de crecimiento, tanto social, como económico. En efecto, la generación de servicios y bienes incorporeales en los últimos

años, está sustituyendo la base de la producción material de bienes que tradicionalmente formaban la estructura de la economía basada en la industria.

Conscientes de ello, los países y los operadores del derecho muestran cada día mayor interés en apoyar, tanto a quienes se dedican de forma empresarial o individual a la creación, producción y desarrollo de nuevas formas de conocimiento, como en mejorar los sistemas de protección de la propiedad intelectual. En este esfuerzo de protección, se enmarca esta iniciativa de analizar el *Principio de Primacía de la Realidad*, para la interpretación probatoria en casos de discusión de titularidad o violación de derechos de propiedad intelectual, como una forma de asegurar el reconocimiento de tal derecho, y proteger a su titular de actuaciones de sujetos que pretenden apropiarse del esfuerzo y el ingenio ajeno.

2.3. Fundamento Constitucional del derecho de Propiedad Intelectual en Ecuador

El derecho de propiedad intelectual está reconocido en el artículo 322 de la Norma Suprema Ecuatoriana, la cual reconoce este derecho de acuerdo a las condiciones que señale la ley.

En la Constitución encontramos el respaldo de protección máxima para no perder de vista el objetivo del derecho y la prioridad que éste tiene al momento de analizar los casos, pruebas y resolver.

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

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

8.- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La Corte Constitucional, en el caso No. 0071- 15-IN 2017, conceptualiza el principio de progresividad de la siguiente manera:

“De la normativa constitucional y convencional que precede, este Organismo constata que el principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera relacionada con el avance gradual de la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados con

la utilización de herramientas técnicas que generen las mejores condiciones para su ejercicio y goce, y la segunda que se cristaliza a través del principio de no regresividad -prohibición de regresividad-, que no permite la disminución de los derechos, es decir, impide que tenga lugar una reducción en lo que respecta a la protección ya obtenida o reconocida.” (Corte Constitucional, 2017).

Podemos ver que una parte fundamental de la progresividad es contar con un mecanismo de protección eficaz que busca evitar innecesarias limitaciones a derechos o retrocesos en el entendimiento normativo, que se constituye en un eje dinámico del derecho continental para lograr que avance al mismo ritmo que los cambios en la sociedad. En el caso de la propiedad intelectual, los derechos no pueden retroceder, mucho más en los casos en los cuales el derecho ya ha sido reconocido y se está aplicando. Esta progresividad debe abarcar la práctica diaria por los cambios y avances de la tecnología.

La progresividad en la interpretación busca que los derechos se entiendan siempre mejorando para que la situación, ejercicio y disfrute de las normas sea mayor, así como la sustitución de normas que vaya en contra de los derechos consagrados.

Siguiendo la línea de favorecer la necesidad de tutela a los derechos de propiedad intelectual, el dictamen 02-2017 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones establece muy claramente:

[236] En el mismo sentido, y a modo ilustrativo, debemos señalar que se dieron los acuerdos sobre propiedad intelectual aprobados en la Ronda de Uruguay, específicamente en los acuerdos de Marrakech, en los cuales se estableció la obligación de los miembros a asegurar que en sus legislaciones nacionales se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, señalando además estos procedimientos debían permitir la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora a los derechos de propiedad intelectual, con la inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones, evitando la creación de obstáculos al comercio legítimo, considerando salvaguardias contra el abuso. En dicho acuerdo se señaló también que los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos, no serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.

[237] Como se aprecia, la tendencia general sobre las regulaciones nacionales de carácter procesal, invita a los países, en el mismo sentido que lo señalado en la jurisprudencia andina, a que la norma procesal emitida por los países se haga en pro de la protección de los titulares de derechos, en el marco de procesos justos y equitativos, que no resulten gravosos ni comporten plazos o retrasos innecesarios e injustificados.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se pronunció señalando que se puede expedir normas sobre un mismo asunto cuando sean necesarias para la correcta aplicación de acuerdo con la Interpretación 11-IP-2014 del 23 de septiembre de 2014. Tan importante ha llegado a ser este tema que el Tribunal lo consideró en la Interpretación Prejudicial 76-IP-2020 de junio de 2020.

Respecto del respeto a los derechos de propiedad intelectual y la garantía que debe brindar en la práctica, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual SENADI, señala:

“La Propiedad Intelectual otorga al autor, creador e inventor el derecho de ser reconocido como titular de su creación o invento y, por consiguiente, ser beneficiario del mismo.

Los Estados son los responsables de garantizar una legislación clara para precautelar este bien común. En Ecuador, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) es el organismo encargado de proteger, fomentar, divulgar y conducir el buen uso de la Propiedad Intelectual desde el enfoque de tres áreas distintas: la Propiedad Industrial, Derecho de Autor y las Obtenciones Vegetales.”

“El SENADI es el Organismo Administrativo Competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley y en los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial” (Tomado de www.propiedadintelectual.gob.org)

Con claridad meridiana, el SENADI es la autoridad competente para proteger los derechos de propiedad intelectual y resolver aquellos casos que en el ámbito administrativo son sometidos a su resolución para que, orientando los principios expuestos, efectivamente proteja los derechos de los titulares.

2.4. Antecedentes doctrinarios del Principio de la Primacía de la Realidad

La aplicación del principio de la *primacía de la realidad* para interpretar normas jurídicas no es una tendencia nueva. De hecho, en materia tributaria y laboral se ha recurrido al uso del principio de la primacía de la realidad para analizar situaciones en las que algunos derechos pueden ser burlados y, consecuentemente, inobservados, por ejemplo el derecho del fisco a percibir un tributo cuando se ha causado el hecho imponible o el derecho del trabajador a recibir una indemnización por sus servicios laborales o el derecho a la propiedad intelectual cuando un tercero se aprovecha de la creación de un titular de derechos. Por tanto, a través de la aplicación de este principio, es posible corregir anomalías en la aplicación de la ley, cuando las figuras jurídicas empleadas no se corresponden con la realidad de los hechos.

2.5. Principio de la Primacía de la Realidad en el Derecho Civil.

El principio de la *primacía de la realidad* tiene una serie de antecedentes y pudiera señalarse como el primero de ellos a la figura de la simulación en materia civil, cuando se usa una figura como, por ejemplo, el contrato de compraventa, cuando en realidad la intención de las partes es hacer una donación a un hijo. En materia civil la simulación ha sido definida por diversos autores, tales como Planiol y Ripert (1999),

quienes la definen como: *"una convención aparente cuyos efectos pueden ser modificados o suprimidos por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer en secreto"*.

Este ocultamiento de la realidad se ve reflejado en los hechos que superan a la simulación frente al análisis lógico basado en el conocimiento, experiencia y lógica del juzgador, más conocida como sana crítica, la que se aplica por igual al juzgador de la función judicial, como a quién resuelve a nombre del Estado en materia de derecho público.

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre este tema en el siguiente sentido:

"Situación que no ocurre y por el contrario, utilizaron normas que definen el mandato en materia civil, sin analizar los parámetros fácticos del caso concreto, es decir, tomando en cuenta lo que en materia laboral se denomina el principio de primacía de la realidad, o lo que en doctrina se conoce como el contrato realidad, para lo cual era necesario analizar la naturaleza de los contratos existentes, en relación con las actividades que realizaba la señora, de lo cual se habría podido determinar si la relación que se mantenía estaba regulada por la materia civil o laboral." (SENTENCIA_024-18-SEP-CC). Esta sentencia en materia laboral expresa la realidad en relación con lo que se presenta como una simulación, sin importar si esta es contractual o una prueba que busca engañar o desviar la atención del operador administrativo.

Para utilizar este principio fundamental en el derecho, en la actualidad, debemos tomar las bases que se pueden trasladar al derecho de propiedad intelectual desde sus vertientes del derecho privado y público. Esto nos permitirá analizar las bases del principio y entender mejor su aplicación al derecho en general y con mayor fuerza al derecho tutelar, en este caso al de propiedad intelectual.

Bonnetcase, Planiol y Ripert en sus obras de análisis sobre derecho civil reconocen la existencia de la simulación de contratos, entre los cuales consta el cambio de naturaleza de la figura jurídica, sobre los cuales se manifiestan que se debe atender a su real naturaleza, sea mediante su ejecución real o su ineficacia jurídica.

El aforismo de Derecho Civil nos remite a la realidad: Las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determinan.

Esto ha sido trasladado al Código Civil Ecuatoriano cuando se trata sobre la interpretación de los contratos, abriendo una puerta oportuna sobre la base del derecho ecuatoriano.

Art. 1579.- En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.
Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

A este principio se lo denomina así, porque otorga importancia a los hechos, es decir a lo que realmente ha ocurrido, pues los hechos valen más que las formalidades, formas y apariencias. Así, “en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó, se debe dar preferencia a los hechos” (Corte Constitucional del Perú, 2003, EXP. N.º 1944-2002-AA/TC)

Se aplica este principio, cuando existe una discrepancia que resulta de la simulación de una situación jurídica diferente a la verdadera, aquí lo que vale son los hechos y no los documentos, que pueden ayudar a descubrir o evitar una simulación o actuación fraudulenta por parte del infractor.

Existen otros principios generales como el de Buena Fe, que es el deber de actuar con fidelidad y adoptar conductas adecuadas en el desarrollo de la relación jurídica, deber al que están obligados a aplicar las dos partes.

2.6. Buena fe en la primacía de la realidad:

Uno de los principios básicos en la primacía de la realidad es la buena fe, la que debe orientar el accionar de las partes, así, quién reclama por sus derechos debe actuar con transparencia y lealtad y quién niega la violación del derecho debe hacerlo bajo los mismos parámetros, caso contrario, bajo un análisis de la primacía de la realidad, los indicios se deben aplicar en su contra.

Con relación a este principio, se explica que “la realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad”, y muy a pesar que no siempre la oposición entre “los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos, es decir, de la verdad sobre la ficción; sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso. (Pla Rodríguez, 2006).

El derecho se basa en realidades, especialmente las sociales porque su existencia radica, entre otros aspectos, en la regulación de conductas para una mejor convivencia y es por esta razón, que el derecho se inclina por los hechos reales, palpables y existentes. Javier Neves considera que “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello.

Así, estamos ante una regla que permite que, en caso de confrontación entre los hechos formales y los hechos reales, se prefiera los hechos tal y como se dan en la

práctica, antes que los contratos u otro tipo de pruebas formales o documentales que pudiesen referir lo contrario.

“El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Corte Constitucional del Perú, 2003, EXP. N.º 1944-2002-AA/TC)

Puede pasar, como muchas veces encontramos en los procesos judiciales o administrativos, que se presenta una argumentación que no guarda relación con los hechos y que estos se pueden verificar fácilmente con los sentidos y la lógica, más allá de los aspectos procesales, especialmente cuando existe cierta discrecionalidad o sana crítica.

2.7. Principio de la *Primacía de la Realidad* en materia tributaria.

Se cuenta con importantes criterios doctrinarios que sustentan el principio de la primacía de la realidad, como por ejemplo el criterio sostenido por Giuliani Fonrouge (1995), para quien el fundamento del principio radica en atender al contenido económico real de las circunstancias comprendidas, desechando las formas y estructuras inconvenientes. Es decir que si el contribuyente por ignorancia, error o mala fe, disfraza sus objetivos mediante apariencias formales, el fisco puede omitir esas apariencias y determinar la obligación tributaria según la realidad escondida. El fundamento de esta apreciación está en la calidad de orden público de las normas tributarias, conforme a lo cual las mismas deben ser observadas para el orden social que solo es posible lograr cuando todos los individuos cumplen con la ley.

En materia tributaria, Araujo Falcao (1964) considera que en el fundamento del método de aplicación del principio de realidad económica estriba en el derecho que tiene el Estado a percibir los tributos de acuerdo con la ley en situaciones de evasión fiscal, es decir, cuando existe una discrepancia entre la forma jurídica frente a la relación jurídica que se exterioriza mediante aquella. En este caso, las formas jurídicas adoptadas deben ser ajustadas a la realidad, efectuando las correcciones a las liquidaciones, o prescindiendo de estas formas. Como vemos en estos casos, es el Estado el que toma la decisión de revisar las formas jurídicas frente a la realidad, lo que lo lleva a realizar las correcciones necesarias; igual cosa debe suceder cuando la administración pública tiene un sus manos un proceso sobre el cual debe resolver.

2.8. Principio de la *Primacía de la Realidad* en materia laboral.

Es conocido el principio de primacía de la realidad en materia laboral en los casos de reconocimiento de una relación de trabajo o el pago de determinados beneficios sociales o laborales.

Habíamos mencionado anteriormente que, tanto el aforismo legal en materia civil, como lo que el derecho prefiere frente a la formalidad jurídica y la realidad de los hechos a este último, para considerar a sus decisiones como justas.

Tomamos como referencia decisiones administrativas del Perú, que ante la confrontación entre los hechos formales y los hechos reales, se deciden por los hechos verdaderos, como realmente ocurrieron en la práctica, antes que las negativas o documentos formales que pudieran inducir a lo contrario o desviar la atención sobre la realidad de los hechos.

En relación a los principios, especialmente en materia laboral, Américo PLA RODRÍGUEZ señala que son “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (Neves, Javier, 1998. p.14. 2000, p. 35.)

Como una referencia del derecho peruano, también tenemos una definición de la primacía de la realidad que nos resulta de utilidad.

“[El principio de primacía de la realidad] o de veracidad que se constituye en un elemento implícito de nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto el trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°) delimita que el juez en caso de la discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación”(Tribunal Supremo de Perú, 05 de enero de 200, Sentencia de Casación N° 476-2005)

A nivel administrativo, también encontramos definiciones interesantes que se alinean con el concepto fundamental. “[El principio de primacía de la realidad] significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” Exp. N° 1944-2002-AA/TC. Perú.

En Colombia, este principio es definido en esos términos por Obando Garrido (2010, p. 448) quien dice que la forma de vinculación del trabajador no es la que determina propiamente los derechos laborales, pues impera una realidad objetiva, empírica y verdadera, que, en últimas, es la que consolida la relación laboral, más allá de cualquier modalidad contractual adoptada por el empleador, y más allá de cualquier denominación empleada para el contrato.

Sobre el mismo tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, mediante sentencia del 05 de mayo de 1975, ya había dispuesto que: “La relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenerse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio, que no siempre surgen claramente del propio contrato”. Sentencia de especial importancia en la adopción y aplicación efectiva de este principio en el derecho laboral colombiano.

La Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia C-665 de 1998, complementa que: “Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades”.

Estas citas de Colombia, permiten ilustrar la forma en la que el principio se apega a las normas y los preceptos que protegen los juzgadores en base a la legislación que intenta evitar que se burle a la realidad frente a un montaje o cambio de denominación.

En el Derecho Ecuatoriano también se aplica el principio de la *primacía de la realidad* en materia laboral, como una forma de reconocer los derechos de los trabajadores, más allá de la figura jurídica empleada o denominada para vincularse o sostener la relación. En tal sentido debe tenerse en cuenta la decisión de la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del caso No 024-18-Sep-CC, numerado No 1029-15-Ep, en la que se estableció que los jueces tenían la obligación de analizar los parámetros fácticos (reales) del caso concreto, para identificar claramente la situación jurídica de la accionante, estando obligados a aplicar lo que en materia laboral se denomina el principio de la primacía de la realidad.

Visto entonces que el principio de primacía de la realidad ha sido ampliamente empleado en diferentes ámbitos para la interpretación de las normas jurídicas, es preciso considerar que tal principio es susceptible de ser aplicado en materia de interpretación de las normas de propiedad intelectual para brindar un espectro de protección más amplio al titular de tal derecho, prescindiendo de formalidades que pudieran vulnerar aquellos.

Cabe señalar que este principio, al ser tutelar, es decir, que protege derechos que la situación de sus titulares, necesitan de un esfuerzo adicional para garantizar la estabilidad social. Esto no solo es aplicado dentro del Derecho del Trabajo, ya sea por los jueces o inspectores de trabajo, sino que otras autoridades, tales como el Tribunal Fiscal, en materia tributaria, o el Instituto Nacional de Defensa y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en materia administrativa, como está reconocido por la doctrina peruana, sino que también lo aplican en Ecuador los

jueces de Familia Niñez y Adolescencia para casos de menores, en materia tributaria y derecho de la competencia.

En cualquier rama del derecho, tomando como referencia los derechos tutelares como el laboral, propiedad intelectual, menores, tributario, competencia, todo puede ser probado siguiendo las formas y por los medios establecidos en cada caso, sin limitar el uso de la primacía de la realidad, en tanto en cuanto no afecten derechos de terceros. Lo importante radica en que, una vez que se demuestran los hechos, éstos no pueden ser contrarrestados o neutralizados por documentos, afirmaciones, desviaciones o formalidades. El expuesto concepto sobre la primacía de la realidad elaborada por el maestro Uruguayo, (Rodríguez, 2006) se fundamenta en los siguientes criterios: a) buena fe; b) dignidad humana; c) desigualdad de las partes y d) autonomía de la voluntad de las partes.

Anteriormente analizamos el principio de buena fe desarrollado por Pla Rodríguez, resaltando la importancia de que la verdad no se puede esconder pero muchas veces se puede disimular u ocultar o ser víctima de manipulación que resultar favorecida de la confusión.

En el transcurso de este trabajo hemos visto la importancia de la primacía de la realidad en diferentes áreas del derecho, especialmente en aquellas materias que por su naturaleza conllevan una obligación tutelar del Estado en favor de sus administrados como fin último.

Nuestro objetivo central está orientado al derecho de propiedad intelectual, donde las infracciones cada día son más refinadas y difíciles de identificar, razón por la cual es esencial contar con la aplicación de este principio para proteger a los titulares de derechos frente a la manipulación de la tecnología con el objetivo de infringir derechos y, por el otro lado, para usar estas mismas herramientas como mecanismo de protección de los titulares. Todo este ejercicio procesal, determinando los papeles de las autoridades competentes para resolver los casos, exclusivamente dentro de sus papeles como funcionarios sujetos al derecho público y como jueces sometidos a las normas procesales en la búsqueda de la verdad procesal, servirán para descifrar la realidad expuesta ante sus sentidos, especialmente el auditivo y visual.

2.9. La prueba en derecho procesal administrativo y judicial

Es importante tomar en cuenta que la mayoría de principios y práctica de derecho procesal administrativo tienen un paralelo con la prueba en materia judicial, tanto es así que ciertas legislaciones como la ecuatoriana usan a las normas de procedimiento judicial como supletorias de las que rigen el proceso administrativo, incluso, siendo más generales para referirse a legislación procesal en término

abiertos⁵⁴, aplicando de esta manera el régimen procesal común a la materia. El derecho de propiedad intelectual tiene dos etapas, la administrativa y luego la judicial.

Así la prueba sirve para justificar los hechos alegados, se debe presentar en la comparecencia, se debe contar con un periodo de prueba, debe ser introducida en el momento procesal oportuno, la prueba le corresponde a la persona interesada, si es prueba de la administración, debe ser conocida por el interesado-afectado, la prueba debe discutirse en audiencia para poder interrogar peritos o testigos y contradecir la prueba documental presentada, cualquier medio admisible en derecho puede ser acreditado como prueba, es decir la prueba tradicional y aquella que forma parte de nuestra realidad diaria con la tecnología, como la electrónica que puede requerir de un perito, video, sonido y otros medios que son perceptibles por los sentidos y forman parte de nuestra experiencia y conocimiento personal.

Es por lo comentado, que los principios procesales son de aplicación en materia administrativa y judicial, sirviendo para el propósito de este análisis en materia de propiedad intelectual.

2.10. Apreciación y valoración de las pruebas con base en el Principio de la Primacía de la Realidad.

Para este estudio vamos a usar la normativa procesal ecuatoriana que nos sirve como referente de aplicación probatoria en los procesos legales como norma supletoria al derecho administrativo que sirve para tramitar los procesos tutelares de propiedad intelectual.

En este aspecto, debe partirse de los principios reguladores establecidos en las normas del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), para la apreciación y valoración de las pruebas, ya que éstas identificarán el camino a seguir.

Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

En primer lugar se establece la regla de la temporalidad que no es materia de este análisis. Luego el COGEP nos dice cómo debe apreciarse la prueba, resaltando las

⁵⁴ "...A falta de previsión expresa, se aplicará de manera supletoria el régimen común en esta materia".(Código Orgánico Administrativo, 31 de 07-jul.-2017, Registro Oficial Suplemento -Artículo 193.)

reglas de la sana crítica como base de estudio para el juzgador, es decir, usando el conocimiento, experiencia y lógica para valorar las pruebas que se le han presentado.

Esto implica que el juzgador debe hacer un ejercicio de reflexión para que, usando sus sentidos como la vista y el oído, pueda identificar en una primera instancia las pruebas que se le exhiben y desde ese estadio poder actuar, sea por su propia percepción o sea con el apoyo de un perito cuando se trate de aspectos técnicos fuera de su conocimiento. Es decir que si la autoridad en materia de propiedad intelectual tiene un video y puede percibir con sus sentidos el contenido sin mayor esfuerzo, debe hacerlo, incluso cuando entiende que debe poner – enter - o – entrar - o – play - para poder ejecutar una instrucción en un aparato reproductor o un ordenador. Es importante aclarar que los funcionarios públicos deben actuar de forma eficiente y eficaz para atender los temas sometidos a la administración pública, no se puede quedar en la mitad del camino, debe ejecutar las acciones que le son propias de su conocimiento y experiencia.

Prueba válida es la que ha sido debidamente anunciada, solicitada, practicada e incorporada, de acuerdo a reglas procesales de tradición latinoamericana y que han sido incorporadas al COGEP.

Es importante que el juzgador haga un examen y explique la forma en la que llega a sus conclusiones, basadas en la prueba que se le ha presentado conforme a la ley; también debemos resaltar el hecho de que las solemnidades son las de la ley sustantiva (por ejemplo, la escritura pública y registro de inmuebles), pasando aquellas, puede, en materia procesal, hacer su análisis bajo la sana crítica.

Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

a) Debemos tomar en cuenta la referencia al anuncio y solicitud de la prueba, como lo determina los artículos 142 No.7 y 152 del COGEP, ya que el requisito que se exige es que la prueba debe ser anunciada y solicitada. Esto nos lleva a dirigirnos por los principios procesales en cuanto a la legalidad de la prueba solicitada y anunciada, es decir, no debe contrariar los principios del debido proceso y, en esa medida, sin más requisitos, entrar a la contradicción y análisis del juzgador.

“Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica”. (negritas del autor para resaltar el texto)

Dependiendo del proceso y de las necesidades, se especificarán diligencias que, ha modo ejemplificativo, es decir bajo *numerus apertus*, determina el COGEP. Esto implica que, si no es necesaria una diligencia porque la prueba está en poder de las partes, éstas deben impugnarla en el momento oportuno. El problema que suele presentarse, como ocurre también en materia de propiedad intelectual, es que no se hace una impugnación porque la realidad de los hechos es casi palpable y se utilizan otras argucias para desviar la atención, esperando una limitativa acción por parte de los operadores administrativos o de justicia para dejar de analizar las pruebas bajo criterios de eficiencia y eficacia administrativa.

***“Art. 152.- Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.*”**

b) Prueba oportunamente practicada. Esta prueba se la presenta en la audiencia del proceso.

Art. 159.- Oportunidad. (...)

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

El momento para presentar la prueba es durante el juicio o proceso que se siga, más preciso, durante la audiencia, es decir, ese es el momento para defender la prueba presentada y que el operador administrativo o judicial decida sobre su validez o en ese momento la revise directa y evalúa el alcance de su capacidad en función de su conocimiento, formación, experiencia y lógica.

c) Prueba debidamente incorporada. Esta norma obliga a que la prueba se presente con la demanda o la contestación y a partir de ahí vendrá el juzgamiento para resolver su admisión o inadmisión.

Art. 159.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

En el caso del Código Orgánico Administrativo (COA) o del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE), también contemplan audiencias para conocer mejor el caso y, en base al principio de inmediación, poder tener contacto con las argumentaciones de las partes y las pruebas que han sido presentadas y negadas por las partes. Este es el momento para que, procesalmente, se conozcan las posiciones respecto de la prueba.

2.11. Requisitos de las pruebas:

Todo tipo de prueba debe reunir requisitos y aptitudes para demostrar los hechos que se alegan y deben estar relacionadas con los hechos discutidos, con una vinculación que haga que esa prueba sea útil.

En esta parte es donde los operadores de justicia deben analizar si la prueba debe ser admitida e incluida en el proceso para su discusión, es decir, si en materia de propiedad intelectual no se argumenta en contra de esa prueba o si se trata de desviar la atención para perder la objetividad sobre la realidad que la rodea, debe ser analizada por la autoridad competente (SENADI o Jueces) bajo el principio de la sana crítica.

Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

2.12. Impugnación y contradicción de la prueba

El principio de contradicción está incorporado en nuestro sistema procesal de igual manera que la impugnación, ya que sobre estos elementos se debe discutir y resolver sobre la prueba.

Es absolutamente necesario que se pueda ejercer el derecho de contradicción de la prueba para que el juzgador pueda resolver sobre lo que las partes manifiestan. Es fundamental este comentario porque de lo contrario los jueces o funcionarios administrativos estarían resolviendo en base a su libre convicción, al asignar conceptos o pruebas que las partes no han propuesto.

La prueba que no se ha actuada o no ha sido contradicha es ineficaz, partiendo del hecho que las partes tienen el derecho a pronunciarse sobre lo que la otra parte ha propuesto, siendo que esto es fundamental encuadrarlo bajo el principio de realidad

y verdad procesal y el derecho a la defensa. Los jueces y administradores públicos deben resolver sobre lo que las partes han presentado y actuado, es decir sobre las pretensiones y excepciones, a esto responde el principio de imparcialidad, que debe ser observado tanto por jueces como por funcionarios públicos.

El Código Orgánico General de Procesos al respecto señala:

Art. 160.- (...) Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. (...)

La forma en la que se obtiene la prueba es importante, pero la parte medular es tener la oportunidad de contradecirla.

Las partes tienen derecho a conocer, oponerse o contradecir la prueba, lo pueden hacer ejerciendo su derecho de actuar bajo el debido proceso.

Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.

Art. 170.- Objeciones. Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente.

Estos principios son los que permiten a las partes pronunciarse en el momento procesal oportuno, para que los administradores de justicia y los funcionarios públicos a cargo de la resolución, actúen en forma imparcial sobre lo que las partes han expuesto y presentado, en materia judicial, sobre las pretensiones y excepciones.

Es importante considerar también que es obligación de las partes probar lo que han afirmado en su acto de proposición o en la contestación. Aquí van a presentarse realidades frente a lo que se afirma; por ejemplo, si el supuesto infractor señala que no ha utilizado las obras del titular, eso quedaría desvirtuado con las pruebas visuales o auditivas con las que se cuente para justificar los hechos.

Es fundamental considerar, especialmente cuando las normas procesales son supletorias al trámite administrativo, lo que ocurre respecto de las afirmaciones o confirmaciones de las partes. En el COGEP, en su artículo 169 se establece:

Art. 169: (...) pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Es decir, si el supuesto infractor del derecho de propiedad intelectual, niega que usó las obras por circunstancias internas o de negocios, deberá probarlo.

Otro aspecto esencial en derecho procesal de la propiedad intelectual, es decir el derecho administrativo procesal, es que los hechos admitidos por la demandada no se deben probar; así como lo hechos notorios y públicamente evidentes.

En ocasiones esto no suele ocurrir, ya que la administración da una calidad diferente a los hechos admitidos, minimizándolos u otorgándoles un sentido diferente a la literalidad de la admisión.

Para fortalecer más la norma supletoria, que, si se la usa como tal, debe comprender todos sus aspectos aplicables y no solo remiendos que puedan resultar convenientes para aplicar una especie de libre convicción decisonal.

De acuerdo con el artículo 163 del COGEP.- *“No requieren ser probados:*

- 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.*
- 2. Los hechos imposibles.*
- 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.*
- 4. Los hechos que la ley presume de derecho.”*

Vamos a comentar los numerales 1 y 3 dentro de la lógica jurídica y el conocimiento.

- 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.*

Es totalmente claro que si una de las partes admite en la contestación a la demanda o petición de tutela administrativa que, por ejemplo, si usó la obra, no cuenta con autorización, que el reclamante no tiene derecho sobre la obra usada o fue un descuido, está admitiendo la infracción y sostener en una resolución lo contrario es peligroso para el derecho de propiedad intelectual y puede ser incluso, motivo de duda.

- 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.*

Los hechos públicos y notorios son los de conocimiento general, que no necesitan una afirmación o confirmación por encontrarlos en la prensa, la televisión o la radio.

El punto será, ¿Cuándo esos hechos entran en la esfera de la publicidad o notoriedad? ¿La televisión, la radio, la prensa o internet le dan esa categoría a los hechos o detrás existe una presunción? En la mayoría de los casos la relevancia social, el impacto o la conmoción son los que le brindan esa calidad de notorio y público, incluso entendiendo que, si algo estuvo en la televisión, radio, prensa o internet, si tienen la calidad de público, porque cualquiera puede acceder a esa información, bien sea por

una grabación directa o por lo que queda registrado en internet. En definitiva, la información transmitida por medios de comunicación es pública y eso ya le da un grado frente a la actuación de la prueba.

La tecnología ha facilitado la infracción de los derechos de propiedad intelectual, pero también ha permitido obtener las pruebas sin tabúes o paradigmas del pasado. No estamos considerando las formas de presentar las pruebas electrónicas porque el abanico de aceptación se abre mucho más con la permisividad que el COGEP le confiere en la legislación ecuatoriana, justamente, respondiendo a la realidad social. En estos casos la garantía del debido proceso estará en el derecho de contradicción⁵⁵ y oposición a la prueba.

3.1. El peritaje como medio de prueba.

El peritaje es necesario realizar cuando la prueba presentada necesita de un análisis técnico o especializado que supere el conocimiento del Juez y sea necesario que se apoye en un tercero neutral, que ese experto en la materia sobre la cual se le consulta.

Esto implica que el peritaje es un medio de prueba y no un factor de validez o eficacia de la prueba, es decir, se solicita prueba sobre aquello que el juez no puede discernir por sus propios medios, sentidos o experiencia, eficacia y eficiencia. También dependerá de la oposición a la prueba y las razones de tal posición. Por ejemplo, si el interesado, titular de un derecho, presenta una grabación de audio o video sobre un hecho que se transmitió públicamente por medios de comunicación social, dependerá de la objeción y si ésta desafía a la primacía de la realidad al punto de considerarla como falta de lealtad o mala fe. Este último factor será preponderante al momento de resolver, porque la autoridad competente podrá evaluar directamente, o por terceros, el nivel de audacia o de lealtad con la que se litiga.

El COGEP señala:

Artículo 221 Perito. Es la persona natural o jurídica que por razón de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales está en condiciones de informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.

Aquellas personas debidamente acreditadas por el Consejo de la Judicatura estarán autorizadas para emitir informes periciales, intervenir y declarar en el proceso. En el caso de personas jurídicas, la declaración en el proceso será realizada por el perito acreditado que realice la pericia.

⁵⁵ CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA. RECURSO DE CASACIÓN. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 12 de julio de 2011; las 09h00. "5) Principio de contradicción. En cumplimiento del precepto constitucional todas las pruebas introducidas en el proceso deben efectuarse con conocimiento de los sujetos que intervienen en el juicio, con el propósito de velar por los derechos del imputado, ya que éste constituye el sujeto principal del proceso y por lo mismo tiene todo el derecho de conocer y replicar las pruebas que están produciendo en su contra,".

Artículo 227.- Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.

Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado.”

El Código Orgánico General de Procesos establece la opción de que se pueda usar el peritaje para verificar los hechos que son materia del proceso, caso contrario, de no ser necesario o no considerarlo necesario, será quién resuelva, la persona encargada de analizar la prueba presentada en la medida de sus posibilidades de conocimiento y experiencia personal.

Esto implica que, si se presenta una prueba tecnológica de bajo nivel, como una grabación o un audiovisual, el juzgador debe revisar ese archivo con las herramientas, el conocimiento, la experiencia y la proactividad eficiente que su cargo le obliga, es decir, debe pronunciarse sobre lo que puede ver o escuchar, más no llegar a un análisis técnico-tecnológico, porque esa no es su función, así como tampoco dejar de analizar un archivo que debería abrirse con un clic.

3.2. Sana Crítica y libre criterio judicial en la actualidad.

Estos conceptos son fundamentales para el entendimiento y manejo del principio de la primacía de la realidad ya que son pilares sobre los cuales la autoridad debe conocer y pronunciarse en los casos en los que, los hechos y las pruebas perceptibles por sus sentidos, les permiten entender y apreciar con facilidad lo expuesto por las partes.

a) Sana Crítica

Para hablar de la sana crítica como elemento esencial de la primacía de la realidad para nuestro estudio en materia de propiedad intelectual, vamos a empezar con una referencia, sin duda interesante sobre la actividad probatoria, por la cantidad de elementos que la rodean, poniendo a los juzgadores una difícil tarea al momento de analizar y resolver los casos. *“La actividad de valoración, que duda cabe, es una de las áreas más intrincadas y movedizas dentro del vasto mundo probatorio, y acaso también la de más penoso transitar debido a la gran cantidad de elementos metajurídicos, por añadidura inestables, que la rodean”.* (González Castillo Joel, 2006, p. 93 – 107)

El doctrinario Alsina se refiere a la sana crítica como la lógica y la experiencia en el transcurso del tiempo como factores ideales para su aplicación. Nos dice que: *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”.* (Alsina. H, 1956, p. 127)

Eduardo Couture, a su vez, define las reglas de la sana crítica como *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*. (Eduardo J. Couture, 1979, p. 192). Este autor habla del entendimiento humano, que se refiere al correcto análisis lógico que se deriva del conocimiento y experiencia personal.

Desde el derecho chileno, Joel Gonzales Castillo, desarrolla el análisis comparativo de una manera interesante y de fácil comprensión para los propósitos de este trabajo. Señala que las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin lo rígido de la prueba legal y sin la inseguridad de la libre convicción, facilitando al juez una fórmula para su estudio y resolución. González Castillo se refiere a las reglas de la sana crítica de Couture de la siguiente manera: Son ante todo, *"las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción (libre criterio judicial). La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"*(Joel Gonzales Castillo, 2006, p. 93-107)

También se asigna importancia a la labor de razonar y a la experiencia, considerando que el Juez no es una máquina de razonamiento, sino una persona que adquiere conocimiento del mundo que le rodea y conoce a través de sus sentidos, sensibilidad e intelecto. Así la sana crítica, además de lógica, es la correcta apreciación que la experiencia puede conceder a una persona durante su vida. Las conclusiones no son estrictas en base a los principios de la lógica tradicional, sino que varían en relación al tiempo, lugar y hecho.

Los avances de la ciencia y el progreso inherente traen consigo que se cambien experiencias por otras más exactas y, aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna permite ver las formas en las que cambia la manera de razonar. Esto nos lleva a concluir, que la experiencia humana cambia al momento de valorar las pruebas por su carácter mutable, de acuerdo a las circunstancias, sin embargo, no se puede descuidar la lógica en la que el derecho se apoya.

Siguiendo en la línea de la experiencia que resulta esencial al momento de aplicar la primacía de la realidad, para Friedrich STEIN, quién inició en el derecho procesal el concepto de máximas de experiencia, estas son *"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"* (Friedrich STEIN, 1988, p. 27)

Estos juicios hipotéticos son los que permiten a los juzgadores y a los administradores públicos, formarse criterios de contenido general que pueden ser aplicados a casos concretos, como, por ejemplo, la representación de la visualización de una infracción que a sus sentidos se aprecia en toda su magnitud y que en base a los conceptos de derecho administrativo y tutelar del derecho de propiedad intelectual, puede resolver de manera directa y solvente.

El tratadista Calamandrei, define a estas máximas de la experiencia como aquellas *"...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública..."* y destaca su utilidad pues *"las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)..."* (CALAMANDREI, Piero, 1961, p. 646).

Dentro de las máximas desarrolladas por los autores, encontramos algunos elementos comunes, como: son de juicio, esto significa que son valoraciones con contenido general que permiten que la valoración sea lógica; son independientes, tienen su propia vida y surgen de la experiencia en sociedad y afloran al momento en el que le juez hace su proceso inductivo; no están atados en su inicio o fin con los hechos y pueden ser usados indefinidamente en varios casos; son razones que vienen de procesos inductivos de la vida diaria por lo que el juzgador los usa como regla para hechos similares; no son universales ya que se derivan de la existencia física del juzgador en su vida y su medio e incluyen la experiencia propia del juzgador.

En términos generales, esas máximas no limitan el uso de otras razones o juicios generales, notorios y reiterados en el tiempo, que son generalmente aceptados por la sociedad, siempre deben admitir los hechos probados en juicio.

Podemos concluir que los elementos esenciales de la sana crítica son la lógica, la experiencia (basada en las máximas), conocimiento (actualizado por el contacto o uso social), todo esto fundamentado en las decisiones.

Así podemos llegar al punto de que un juzgador o administrador público debe usar la sana crítica para resolver los problemas que se le presentan y, para esto, debe contar con un raciocinio lógico que lo coloque en una posición intelectual capaz de desarrollo, la experiencia respecto de casos o situaciones que la vida le ha presentado, es decir, por ejemplo pueda percibir a través del sentido de la vista que una transmisión refleja la realidad, entonces deberá tomar esos elementos para valorar lo que está viendo; esto, acompañado del conocimiento del derecho procesal con sana crítica y de la esencia del derecho tutelar de propiedad intelectual con el uso de la tecnología, permite discernir el nivel de realismo frente a un hecho que se presenta y que se puede valorar,; llenan de capacidad de resolver usando la sana crítica para evitar que los engaños, ocultamientos o desviaciones impidan que cumpla con la obligación de proteger la propiedad intelectual frente a hechos reales

en base a la primacía de la realidad. La Corte de Casación se ha pronunciado en el mismo sentido en varias sentencias en las que se analiza la sana crítica⁵⁶, tomando en consideración la estructuración lógica y las máximas de experiencia, personales, psicológicas y de conocimiento.

b) Libre criterio judicial o libre convicción.

Esta forma de decidir por parte del juzgador, le permite decidir sobre lo que consta en autos, la prueba presentada, la que no se presentó e incluso sobre su convicción moral. Esta teoría le permite al juzgador decidir sobre sus propias convicciones.

Este tipo de libertad se contrapone al análisis que debe presentar y justificar el juzgador y que, en materia de derecho público, está excluido por la limitación a la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Esto no quiere decir que un análisis sin fundamento o con error es libre convicción, sino, por el contrario, es una falta de conocimiento o capacidad lógica.

E.J Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción, pues este último (libre criterio judicial) es *"aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos"*. (Couture Eduardo, 1979, p. 192). No es necesario que la resolución cuente con una estructura lógica o que sea controlado a posteriori, es suficiente con que el juzgador afirme que es su convicción personal o moral que los hechos ocurrieron como el los considera sin necesidad del desarrollo lógico que llevan a la conclusión final. Se considera que la libre convicción permite al juzgador formar su convencimiento con total libertad sin tener que justificar como adquirió ese convencimiento, siendo esa la principal diferencia con la sana crítica. Esto genera incertidumbre a quienes participan como partes en un proceso, incluso en aquellos casos de arbitraje en los que se resuelve por equidad.

4. CONCLUSIONES:

Durante este artículo hemos revisado los principios y elementos procesales que se aplican de manera general, poniendo énfasis en los aspectos que pueden ser usados en la industria creativa y cultural relacionada con la propiedad intelectual.

Vemos cómo, claramente, el derecho procesal, en su teoría y en su aplicación práctica, pueden estar a tono con la modernidad, la tecnología en un campo tan

⁵⁶ R.O. No. 159 de 29 de marzo de 1999 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 11 de febrero de 1999, a las 10h00.- SEXTO: Ahora bien, cabe preguntar si el error de derecho en la valoración de la prueba se da únicamente en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada, o si también puede darse cuando rige el principio de la sana crítica.

especial y especializado como las industrias creativas y culturales. No hay justificación para no utilizar el derecho procesal en medio de la tecnología y el estado de la técnica, cuando nos referimos a lo cotidiano y usual el día de hoy. Ya no necesitamos expertos para crear o desarrollar tecnología porque la tenemos al alcance de la mano y crecemos con ella; lo que no podemos dejar de lado es la imaginación para crear.

De esta manera, podemos concluir que:

Es obligación del Estado proteger los derechos de propiedad intelectual a través de la oficina nacional competente o autoridad competente que, en el caso ecuatoriano, es el SENADI.

Los derechos de propiedad intelectual son tutelados por la necesidad misma de protección. Los titulares de derechos están en una posición débil frente a los infractores que, por fuerza económica o cantidad, pueden multiplicar las infracciones.

La primacía de la realidad viene del derecho civil y, generalmente, se aplica para derechos tutelados, incluido el tributario, que no es grupo vulnerable, pero necesita de la lealtad frente a las diferentes oportunidades para evadir la ley. Como vemos, no sólo se protegen los derechos tutelares de quienes se encuentren en situación grave o catastrófica o necesidad de protección extrema, sino también a quienes tienen una necesidad patrimonial, moral o de interés público.

El Código de Procedimiento Civil no obligaba a realizar peritajes para todos y para pruebas de audio, que era la tecnología avanzada del momento, aplicaba el libre criterio judicial, es decir, dejaba en total libertad al juzgador.

El COGEP no obliga al peritaje, sino que es una herramienta legal de mucha utilidad cuando se necesita verificar la prueba por su dificultad o nivel técnico. La prueba de audio o video debe escucharse en la audiencia por ser de fácil entendimiento para todos los intervinientes.

Respeto a la prueba debidamente actuada, como la ordenada dentro de juicio, se integra con el ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, cuando se impugna implícita o explícitamente la prueba.

La valoración de la prueba debe estar orientada a buscar la verdad procesal, basada en las pretensiones y excepciones que se propongan, lo que será una guía y limitación para los responsables de resolver bajo el principio de imparcialidad.

Los administradores de justicia administrativa o judicial deben actuar de manera proactiva, sin hacerlo como peritos, pero tampoco de forma poco diligente frente a la tecnología que conocen usuarios de esta. Es decir, pueden abrir un archivo, revisarlo, formarse un criterio y usarlo al momento de evaluar, para tomar una

decisión que debe ser fundamentada. El derecho a la defensa se ejercerá mediante el derecho de contradicción en el momento procesal oportuno y cumpliendo con la normativa correspondiente. Si en el contenido del archivo se encuentran elementos que generen dudas, deben solicitar un peritaje para aclararlo. Es importante recordar que el peritaje no es obligatorio y se solicita sobre el contenido del soporte digital, más no sobre su forma.

Los hechos públicos o evidentemente notorios no se prueban. Para la aplicación de la primacía de la realidad, se debe tomar en cuenta la audacia del presunto infractor o la aceptación del uso de la creación sin autorización. El análisis de la admisión debe ser a la luz de la primacía de la realidad, sin interpretaciones favorables al infractor, usando la norma o principio procesal que apoyan el adagio de: *a confesión de parte, relevo de prueba*.

Por la sana crítica y libre criterio judicial el juzgador puede llegar a conclusiones basadas en su experiencia personal, por el conocimiento de los hechos. En el primer caso, usando el razonamiento lógico con su experiencia (máximas), brindando seguridad en la resolución; y, en el segundo, por equidad y realidad, generando incertidumbre. Por lo mencionado, la sana crítica es la teoría que se ha impuesto en los sistemas procesales, pero siempre entendiendo los elementos que la componen.

El derecho administrativo permite cierta flexibilidad en los procesos para llegar a la verdad procesal, sin embargo, la discrecionalidad deberá estar enmarcada en la norma principal o supletoria, tomando todos los elementos que la componen para cumplir su objetivo de eficacia y eficiencia.

La realidad que perciben los sentidos del juzgador son la base para el razonamiento lógico y experimentado que servirá para tomar una decisión fundamentada.

El derecho procesal debe estar acorde con la realidad, la modernidad, la especialidad y sensibilidad que necesitan las industrias de la creatividad y la cultura.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Lipszyc, D. (s. f.-b). Derecho de Autor y Derechos Conexos. En Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ediciones Unesco ed., p. 13). Cerlalc.
- Tratado de la IMPI sobre Internet. (2002, 25 noviembre). Registro Oficial 711.
- www.propiedadintelectual.gob.org
- SENTENCIA_024-18-SEP-CC
- Corte Constitucional del Perú. (2003). EXP. N.° 1944-2002-AA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>.
- Neves, J. (1999). Los principios del Derecho del Trabajo. En *Introducción al Derecho laboral* (3ra edición ed., P. 14). Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Tribunal supremo de Perú(Ed.). (05/01/2007). *Sentencia de Casación N° 476-2005*.
- Código Orgánico Administrativo. (Registro Oficial Suplemento 31 de 07-jul.-2017)
- González Castillo, J. (2006). La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), P. 93-P. 107
- Alsina, H. (1956). Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.(P. 127). Ediar Editores.
- Couture, E. J (1979). Estudios de Derecho Procesal Civil (P. 192).
- STEIN, F. (1988). El conocimiento privado del juez (P. 27).
- Calamandrei, P (1961). Estudios sobre el proceso civil. (P. 646). Editorial Bibliográfica Argentina