



FACULTAD DE DERECHO

Mecanismos de protección para los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores en la sociedad de la información.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
Para obtener el título de Abogado.

Profesor Guía
Dr. Santiago J. Bustamante

Autor
Esteban Argudo Bustamante

Año
2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un adecuado desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que los Trabajos de Titulación.”

Santiago J. Bustamante

Dr. En Jurisprudencia

1707451660

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Esteban Argudo Bustamante

0104117833

AGRADECIMIENTO

Al Director de este
trabajo por el apoyo
incondicional

DEDICATORIA

A mis padres por el ejemplo y el
apoyo durante toda mi carrera y
mi vida.

RESUMEN:

El presente trabajo hace un análisis completo del impacto que ha tenido el derecho de autor frente al desarrollo de las nuevas tecnologías y el cambio que ha sufrido de la era de los soportes analógicos a la era digital. La aparición de las nuevas tecnologías ha provocado una revolución en la sociedad de la información y las comunicaciones, pero también lo han hecho en el campo del derecho de autor, donde se abre un abanico enorme para los autores y sus obras, las cuales pueden darse a conocer en cualquier parte del planeta, pero también esta revolución digital trae consigo muchas desventajas, ya que los derechos de autor en el internet son violentados constantemente. Por estas razones este trabajo pretende demostrar que se puede realizar una protección efectiva de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores en la sociedad de la información, ya que no es posible que la llegada del internet sea positiva para unos y negativa para otros, específicamente para los creadores.

En el desarrollo del tema se estudia y analiza las disposiciones relacionadas con las nuevas tecnologías y el derecho de autor tanto en las legislaciones nacionales como en los tratados internacionales, y podemos observar que estas se han adecuado a los constantes cambios y a los nuevos retos que enfrenta el derecho de autor en la era digital. Uno de los objetivos planteados en el trabajo fue determinar si la proliferación de delitos contra la propiedad intelectual en el internet que permite que se produzca fácilmente la difusión masiva y simultánea de las obras, puede ofrecer a los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos, ejercer un control efectivo sobre sus obras y producciones, es decir, que a través del uso de las herramientas tecnológicas los artistas intérpretes o ejecutantes pueden controlar que sus creaciones no sean violentadas en el internet ya que se encuentran amparados en sus legislaciones nacionales y en los tratados de la OMPI.

ABSTRACT

This work makes a full analysis of the impact of copyright to the development of new technologies and the change that has suffered from the era of analog media into the digital age. The emergence of new technologies has led to revolution in information and communications society but they have also done so in the field of copyright, wherever opens up a huge range for authors and their works, which can be reported anywhere on the planet, but also this digital revolution brings with it many disadvantages, since copyright on the internet are constantly violated.

For these reasons this work to demonstrate be protection of the rights of authors, performers and producers in the information society since it is possible that the arrival of the internet is positive for some and negative for others, specifically for creators.

Development topic examines and analyzes the provisions related to new technologies and in national laws both copyright and international treaties and we can see that they have adequate to constant changes and the new challenges of copyright in the digital age. One of the objectives set out in the work was to determine if the proliferation of offences against intellectual property in the internet which allows to occur easily mass and simultaneous dissemination of works, can offer to the holders of copyright and related rights, exercise effective control over their works and productions, that through the use of technological tools artists interpreters or performers can control that his creations are not copy in Internet as they are covered in their national laws and treaties of WIPO.

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
1. CAPÍTULO I Introducción al Derecho de Autor.....	3
1.1 Concepto	3
1.2 La obra como objeto de protección del derecho de autor.....	4
1.3. Elementos principales de la Obra como Objeto de Protección del derecho de autor	6
1.3.1 El Aporte Creativo.....	6
1.3.2 La Originalidad.....	6
1.3.3 La susceptibilidad de expresarse en una forma material	7
1.4 Contenido del Derecho de Autor	7
1.4.1 El Derecho Moral	8
1.4.1.1 Características del derecho moral	10
1.4.2 El Derecho Patrimonial	11
1.4.2.1 Características del Derecho Patrimonial.....	13
1.5 Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor.....	14
1.6 Clases de Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor	16
1.6.1 Licencias no voluntarias.....	16
1.6.2 Utilización libres y gratuitas.....	18
2. CAPÍTULO II El derecho de autor en el entorno digital	22
2.1 El desarrollo de las nuevas tecnologías y la divulgación de las obras	22
2.1.1 Repercusión de las tecnologías de la información en la obra intelectual.....	24
2.1.2 Aplicaciones de las tecnologías de la información relacionadas con la obra intelectual	26
2.1.3 Los conflictos del ejercicio del Derecho de Autor en el Internet.....	27

2.2 El Derecho Moral en la Sociedad de la Información.....	30
2.3 El Derecho Patrimonial en la Sociedad de la Información	32
2.4 Las respuestas del Derecho de Autor al desafío que representa la Sociedad de la Información	41
2.4.1 La regulación jurídica de los nuevos géneros creativos: los programas de ordenador, las compilaciones o bases de datos y las obras multimedia.....	42
2.4.1.1 Los Programas de Ordenador	42
2.4.1.2 Las compilaciones o bases de datos	44
2.4.1.3 La obra multimedia	47
2.5 La protección jurídica de las medidas tecnológicas efectivas implementadas por los titulares del derecho de autor y la protección a la información sobre la gestión de derechos	48
2.5.1 La protección de las medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos	49
2.5.2 Protección a la información sobre la gestión de dere	53
2.5.3 Jurisprudencia aplicada en casos relevantes de cometimiento de infracciones al derecho de autor	55
2.5.3.1 El Caso RIAA vs Napster Inc.....	56
2.5.3.2 El Caso MGM y otros vs. Grokster	57
3. CAPITULO III Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el entorno digital.....	60
3.1 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y la búsqueda del equilibrio de los intereses de los autores y los usuarios	60
3.1.1 Las limitaciones y excepciones bajo el Convenio de Berna.....	61
3.2 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital.....	64

3.3 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los más recientes tratados multilaterales: los ADPIC / TRIPS y los “Tratados Internet” de la OMPI	65
3.3.1 El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC / TRIPS	66
3.3.2 Los Tratados Internet de la OMPI: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODAWCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y fonogramas (TOIEF / WPPT).....	69
3.4 La responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (Internet Service Provider –ISP-P por las vulneraciones al Derecho de Autor en el entorno digital	72
4. CAPITULO IV La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana y los conceptos vinculados al entorno digital	79
4.1 Breves Antecedentes	79
4.2 Los derechos patrimoniales en la Ley de Propiedad Intelectual relacionados al entorno digital	81
4.3 Las nuevas obras protegidas en la Ley de Propiedad Intelectual	84
4.4 La ley de Propiedad Intelectual y la regulación destinada a proteger: a) las medidas tecnológicas implementadas por los titulares del derecho de autor; y, b) a la información sobre la gestión de derechos	89
4.5 La Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet en la Ley de Propiedad Intelectual	92

5. CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y	
RECOMENDACIONES	95
5.1 CONCLUSIONES	95
5.2 RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUCCION:

El mundo a lo largo de su historia ha estado caracterizado por grandes cambios y transformaciones. El hombre ha sobresalido por encima del resto de especies del planeta gracias a su ingenio, capacidad, creatividad para descubrir y buscar soluciones constantemente a las dificultades que presenta el mundo con el transcurso del tiempo.

Grandes descubrimientos como la primera máquina de vapor efectiva creada por Thomas Newcomen en 1705, el telégrafo por Claude Chappe en 1793, la invención del fonógrafo por Thomas Alva Edison en 1877 por citar algunos ejemplos, pero tal vez el que mas nos interesa en el desarrollo de este trabajo se produjo en 1993 cuando se creo el internet, que sin duda alguna, en la historia de la humanidad se considera como el nacimiento de una nueva era. El internet nos permite estar informados de cualquier acontecimiento que ocurra en cualquier parte del mundo, de igual manera ha servido como herramienta fundamental en diversos campos como la educación, el comercio, la ciencia etc.... estas actividades en otros tiempos era impensado hacerlas tan rápido, es por eso que la aparición del internet ha traído enormes ventajas para toda la sociedad.

Como vemos desde la aparición del Internet el mundo se encuentra en un proceso de transformación, en el cual las comunicaciones están desarrollando un papel fundamental y ante estos constantes cambios las personas han tenido que irse adaptando, es decir, pasar del mundo analógico a la era digital, y en este aspecto el derecho de autor no es la excepción.

El Derecho de Autor desde sus inicios tiene como objeto de protección a las obras originales que nacen del intelecto de las personas y que las exteriorizan de una u otra forma. Con el vertiginoso avance de la tecnología el derecho de autor ha tenido que ir adaptándose a las nuevas formas de comunicación que

el internet ofrece y a los usos que las personas dan a estas nuevas formas de comunicación dentro de la sociedad de la información.

El internet ha traído innumerables ventajas para la sociedad pero también se presentan problemas para el derecho de autor, ya que todas esas facilidades que nos brinda el internet para comunicarnos, de igual manera se ha facilitado para que los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores sean vulnerados constantemente.

El presente trabajo pretende demostrar que el respeto de los derechos de autor en la sociedad de la información son de vital importancia, ya que cuando se vulneran estos derechos se esta castigando a la creatividad, el ingenio y el trabajo de otras personas que fruto de su intelecto lograron plasmar una obra, la cual puede servir para el desarrollo de la educación, la ciencia y la cultura en la sociedad.

Es indudable que la llegada del Internet desde su inicio fue algo revolucionario, positivamente hablando y nos brinda millones de posibilidades, pero que debería ser utilizada de manera responsable es incuestionable. Por esta razón es un deber de todos los que forman parte de la sociedad de la información respetar los derechos de autor y recompensar a las personas que fruto de su intelecto aportan a la sociedad con sus creaciones.

Para finalizar es necesario señalar que esta tesis pretende es ilustrar sobre las relaciones existentes en la actualidad entre el derecho de autor y el desarrollo de las nuevas tecnologías, así también de la normativa nacional e internacional y su impacto con este desarrollo tecnológico que nuestro mundo se encuentra experimentando.

1. CAPÍTULO I

Introducción al Derecho de Autor

1.1 Concepto.

Cuando hablamos de derecho de autor como un derecho subjetivo, nos estamos refiriendo a las diversas facultades de orden personal y patrimonial, que se atribuyen al autor de una obra (literaria, artística, o científica) a fin de permitir su control y el derecho exclusivo a la explotación, conforme a las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico correspondiente.

Se puede decir que el derecho de autor está destinado a la protección de las formas en que se expresan las ideas de los autores en sus obras que presentan rasgos de originalidad o individualidad. En otras palabras, la protección del derecho de autor recae sobre la forma de expresión de las ideas y no sobre las ideas en sí.

De entre varias definiciones atribuidas a esta materia, se podrían elegir dos diferentes para complementar una idea de lo que se considera doctrinalmente al derecho de autor. La primera, es la expuesta por Delia Lypzic que define al Derecho de Autor de la siguiente manera:

“La rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad, resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”¹

La otra definición, corresponde el autor colombiano Ernesto Rengifo, para quien el Derecho de Autor es

“... una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de esta con la sociedad”²

¹ LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”.Edit.UNESCO/CERLALC/ZAVALIA. Buenos Aires, 1993, p.p. 11.

² Rengifo García, Ernesto, Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor, Universidad Externado de Colombia, Sigma Editores Ltda., Bogotá, Colombia, 1997, p.49

En las definiciones enunciadas, se encuentra como elemento en común, que se refiere a la obra como el objeto de protección del derecho de autor y a la atribución de los derechos a sus creadores. No obstante, se podría señalar que la definición de Lipszyc es más concreta y explícita, al determinar que no todas las creaciones son protegidas por el derecho de autor, sino únicamente aquellas que presentan rasgos de individualidad; en cambio, en la definición de Rengifo hay un sentido más amplio, al referirse no únicamente a la relación del autor con su obra, sino también a la vinculación de la obra con la sociedad y en este sentido se introduce un nuevo elemento que tendría un especial interés para otro análisis, puesto que así como muchas obras tienen una gran incidencia en la sociedad, ésta - la sociedad -, a su vez también influye en el autor, quien como cualquier otra persona no podrá desprenderse o aislarse de la circunstancias vigentes en su entorno al momento de su creación.

Este subtítulo se puede finalizar, diciendo que el derecho de autor está destinado a proteger a las creaciones que presenten originalidad, mediante la atribución a sus autores de unos derechos que permitan por una parte garantizar una relación personal indisoluble entre el autor y la obra, y por otra, mantener el control de su uso y explotación, a partir del acto mismo de su creación.

1.2 La obra como objeto de protección del derecho de autor

Si bien se puede afirmar que la obra es el objeto de la protección del derecho de autor, es también necesario precisar el concepto de obra, puesto que en el lenguaje común este término tiene varios sinónimos tales como labor, faena, trabajo, función, quehacer y muchos otros más.

En el Diccionario de la Real Academia Española, se define a la obra como toda producción de intelecto en ciencias, letras o artes. Esta definición no se puede trasladar al ámbito jurídico del derecho de autor, puesto que por su amplitud la protección que brinda esta materia se extendería de manera injustificada a

cualquier actividad intelectual, sin importar que en la forma de expresión tenga rasgos o caracteres de originalidad o individualidad propias de su autor.

En el primero y más antiguo tratado internacional celebrado en la materia del derecho de autor, como es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en el artículo 2, los términos "obras literarias y artísticas" comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.

La misma disposición del Convenio de Berna, realiza un catálogo ejemplificativo de las obras protegidas, al señalar

“... tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas todos ellos relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. [...] Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística. [...] Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

En el glosario contenido en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual, se define a la obra como: “Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”

Una similar definición de obra está contenida en el artículo 3 de la Decisión 351, cuando señala: “Toda creación original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

Estas definiciones de “obra” desde el ámbito jurídico, así como el aporte doctrinal de importantes maestros como Ricardo Antequera, permitirán enunciar las características o elementos que deben concurrir para que las creaciones del talento humano gocen de la protección por el derecho de autor, conforme se analizarán en el siguiente subtítulo.

1.3. Elementos principales de la Obra como Objeto de Protección del derecho de autor:

1.3.1 El Aporte Creativo: Para Ricardo Antequera, una de las premisas fundamentales para que una creación sea calificada como obra y protegida por el derecho de autor, es que sea el resultado del talento creativo en el ámbito literario, artístico o científico.³ Este maestro, suele distinguir entre lo que representa un “aporte creativo” frente a un “mero trabajo intelectual”, utilizando el ejemplo del arquitecto que diseña el plano de una construcción, como el autor del aporte creativo, con el dibujante que lleva al plano este mismo diseño, y será aquel que realiza un mero trabajo intelectual, desprovisto de creatividad..

1.3.2 La Originalidad: Este es quizá el elemento más relevante para atribuir a una creación la condición de obra desde el ámbito jurídico, partiendo de señalar que la originalidad para el derecho de autor no puede ser un sinónimo de novedad. En el Derecho de Autor la originalidad es más bien sinónimo de individualidad, esto es la impronta de la personalidad que el autor pone en su obra, para hacerla diferente de otras con las que puede compartir el mismo género o forma de expresión. Como lo afirma el autor argentino Isidoro Satanowsky, la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.⁴

Se puede afirmar con certeza que para el derecho de autor la originalidad es el elemento básico, ya que ninguna creación del intelecto puede ser protegida si

³ ANTEQUERA, Ricardo:” Derecho de Autor”. Tomo I. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Caracas, 1998, p.p. 126

⁴ ·SATANOWSKI, Isidro: “El Derecho Intelectual”. Edit. TEA. Buenos Aires. 1954. Tomo I. p. 470.

carece de este elemento. La originalidad en el ámbito jurídico da nacimiento a la obra, y sin ella no podrá existir.

1.3.3 La susceptibilidad de expresarse en una forma material: Para que una creación intelectual original pueda ser protegida por el derecho de autor, es condición indispensable que tenga una forma de expresión susceptible de materializarse, esto es que puede ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento. En el sistema de tradición jurídica latina o continental, no es condición para la protección de las obras que estas se encuentren incorporadas en un soporte material, como si lo es en el sistema anglosajón del Copyright.

Como lo señala Antequera “el objeto del derecho de autor es la obra exteriorizada, y no el simple soporte físico que sirve como vehículo para que la creación sea conocida”.⁵

1.4 Contenido del Derecho de Autor

El contenido del derecho de autor se manifiesta en una doble vertiente: por una parte los derechos de orden personal, que son aquellos que en la doctrina se manifiesta que protegen el vínculo afectivo que surge entre el autor y su obra, y que conforman el llamado “derecho moral”; y, por otra parte, los derechos de orden económico, que a través de diversas modalidades de uso o explotación, permiten al autor obtener beneficios económicos derivados del ejercicio exclusivo que se atribuye a estos derechos y que conforman el denominado “derecho patrimonial”.

A continuación se analizará de manera sucinta las diversas facultades que se encuentran comprendidas en cada uno de estos ámbitos que se encuentran comprendidos en el derecho de autor.

⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Opus cit”, p.135

1.4.1 El Derecho Moral.

Conforme se expresó anteriormente, el derecho moral comprende unas facultades destinadas a reconocer y resguardar el vínculo afectivo que existe entre el autor y su obra, que para muchos es una emanación de la personalidad de su creador; y otros que, incluso con exageración evidente, afirman que el autor no puede existir sin su obra, ni la obra sin su autor.

Ricardo Antequera, en su obra cita a Nicolás Pérez Serrano quien define al derecho moral de la siguiente manera:

“La expresión derecho moral, heredada de la lengua francesa, se ha pretendido sustituir con la de derecho de paternidad (Ascarelli) o derecho personal (Stolfi), en razón de la confusión que genera la primera, al punto de afirmarse que esa denominación es inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora, pues todo derecho debe ser moral o, de lo contrario, entraña una proposición herética, cual sería la de admitir que en materia de propiedad intelectual hay derechos que no son morales, es decir, que son inmorales”⁶

En todo caso, bien vale señalar que la expresión derecho moral en el ámbito del derecho de autor no está vinculada a aspectos éticos, sino más bien trata de abarcar a aquellas facultades de orden personal que se incorporan al patrimonio del autor desde el momento en que este crea una obra, teniendo como el más importante ejemplo al derecho a la paternidad, que por su propia naturaleza no es susceptible de ser enajenado, renunciado o expropiado, ni se pierde por el transcurso del tiempo; así, conocemos que han pasado más de quinientos años desde que fue escrita y la paternidad de la célebre obra El Don Quijote de la Mancha siempre seguirá en cabeza de don Miguel de Cervantes.

El derecho moral de los autores sobre las obras se diferencia del derecho patrimonial o de explotación, de contenido económico, sobre todo porque las facultades que atribuye al autor tienen el carácter de irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles.

⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Ibíd*em, p .366. Cita a: PEREZ SERRANO, Nicolás: “El derecho moral de los autores”. Anuario de Derecho civil, Madrid 1949, Tomo II, fascículo I, pp. 7-27

El derecho moral del autor parte de su reconocimiento internacional en el Convenio de Berna, que en el primer párrafo del 6bis, establece lo siguiente: “1) *Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación*”.

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, en relación al derecho moral amplia una más a las facultades señaladas en el Convenio de Berna, cuando señala lo siguiente

“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.*

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

De su lado, el Artículo 18 de La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, hace referencia a los derechos morales (así, en plural) y los enuncia taxativamente de la siguiente manera:

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

- a) Reivindicar la paternidad de su obra;*

- b) *Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada;*
- c) *Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;*
- d) *Acceder al ejemplar único de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda...*

1.4.1.1 Características del derecho moral:

Conforme se anticipó en los párrafos precedentes, el derecho moral tiene características propias que lo diferencian sustancialmente del derecho patrimonial, puesto que protege la relación personal del autor con la obra. De ahí que en las leyes, doctrina y jurisprudencia, se mencionen como características del derecho moral algunas que brevemente a continuación se señalan:

- a) El derecho moral es absoluto, puesto que no está sujeto a ninguna limitación o excepción y podrá oponerse contra cualquier tercero, incluido el adquirente de todo o parte del derecho patrimonial o el propietario del soporte material que contiene la obra.
- b) El derecho moral es inalienable, lo que significa que permanecerá en cabeza del autor, aun cuando haya transferido, por acto entre vivos, total o parcialmente, el derecho patrimonial.
- c) El derecho moral es irrenunciable, de manera que es nula cualquier cláusula contractual por la cual el autor se obligue a abstenerse de ejercer ese derecho, aun cuando aduzca que mira a su interés personal.
- d) El derecho moral es inembargable, conforme lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, ya que no tiene un contenido patrimonial

- e) El derecho moral es imprescriptible, esto es que ni se lo adquiere ni pierde por el transcurso del tiempo. No se adquiere por “usucapión” ni se pierde por prescripción extintiva.
- f) El ejercicio del derecho moral es transmisible por causa de muerte a los herederos conforme a las reglas sucesorias del derecho común, a menos que, respecto de alguna de sus facultades, determinada legislación nacional establezca que se extingue con el fallecimiento del autor.
- g) El derecho moral es perpetuo puesto que nunca se extingue y se mantiene aun después de la muerte del autor el ejercicio del derecho para sus herederos mientras se encuentren vigentes los derechos patrimoniales, luego será el Estado quien a través de sus instituciones se encargue de su defensa.

1.4.2 El Derecho Patrimonial.

Al hablar del derecho patrimonial del autor, nos referimos a las diversas facultades que se atribuyen al autor y que permiten que pueda aprovechar económicamente la utilización de la obra, obteniendo ganancias.

Delia Lipszyc señala, que todas las expresiones don que también se denomina a los derechos patrimoniales, tales como “derechos pecuniarios”, “derechos de explotación”, “monopolio de explotación”, hacen referencia a una finalidad básica del derecho de autor, a la que históricamente estuvo destinado: a permitir que el autor obtenga un beneficio económico por la utilización de su obra.⁷

⁷ LIPSZYC, Delia: Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Edt.UNESCO/CERLALC/ZAVALIA. Buenos Aires, 1993, pp. 177-178.

Marco Proaño Maya, define al derecho patrimonial como “el derecho por el cual se concede al titular el disfrute económico de la producción intelectual, mediante la explotación de la obra”.⁸

Como podemos ver, el derecho patrimonial del autor hace referencia a la facultad que tiene de disponer, según su voluntad, la utilización o explotación económica de la obra de su autoría, por tanto, sin la autorización del titular del derecho no es posible utilizar o explotar de manera legal una obra.

Para concluir el análisis del concepto del derecho patrimonial, se puede señalar que el titular de una obra (recordando que el autor es el titular originario de los derechos sobre la obra), en ejercicio de la autonomía que le confiere la propiedad de los derechos patrimoniales, es quien decide las formas y condiciones de utilización o explotación de sus obras, ya sea de forma onerosa o gratuita; y, que aun en los casos en que la utilización o explotación de una obra -en cualquiera de sus formas- no persiga un beneficio económico, será necesaria la autorización expresa del titular del derecho.

Las facultades exclusivas que comprende el derecho patrimonial del autor, se encuentran establecidas en el artículo 13 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y, en nuestro ordenamiento jurídico interno, con una redacción similar se encuentran contempladas en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, de la manera siguiente:

“Art. 20.- El derecho exclusivo de explotación de la obra comprende la facultad de realizar, autorizar, realizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, o alquiler;*

⁸ PROAÑO MAYA, Marco: El Derecho de Autor con referencia especial a la Legislación Ecuatoriana”. Central de Publicaciones. Quito, 1972, pp.37.

- d) *La importación; y,*
- e) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*
La explotación de la obra por cualquier forma y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones previstas en esta ley”

1.4.2.1 Características del Derecho Patrimonial.

Siguiendo a Ricardo Antequera Parilli⁹, se puede señalar que son características de los derechos de orden patrimonial, las siguientes:

- a) Ser independientes entre sí, lo que significa que la autorización del titular del derecho de autor para una forma de explotación de la obra no se extiende a las demás.
- b) Son derechos exclusivos, pues solamente el autor, o en su defecto los derechohabientes, tienen la facultad de explotar su obra por sí o autorizar a que un tercero lo haga.
- c) Sus limitaciones son taxativas, esto es que únicamente son aquellas que están establecidas en la ley.
- d) No están sujetos a numerus clausus y no existe límites en la posibilidad de las formas en que pueda ser explotada la obra, sea el momento de su creación o durante todo el tiempo que dicha obra permanezca en el dominio privado.
- e) Son disponibles, y en este sentido se puede transferir total o parcialmente el derecho patrimonial, por acto entre vivos.
- f) Son expropiables, bien será por causas de utilidad pública o de interés social.

⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Derecho de Autor”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Caracas, 1998, Tomo I, p.p. 395-399.

- g) Son embargables, en lo que se refiere a los ejemplares de su obra o a los frutos derivados de la explotación.
- h) Son temporales, puesto que tienen una duración limitada. Así, según establece el Convenio de Berna en su Art. 7 numeral 1), toda la vida hasta 50 años después de su muerte¹⁰. Esto desde luego cuando el plazo de protección tiene como referencia la vida del autor, en otros casos este plazo se cuenta a partir de la publicación o divulgación de la obra (ejm. Obras colectivas).

1.5 Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor

Cuando hablamos de los límites y excepciones a los derechos de autor, nos referimos únicamente a la posibilidad de que el derecho patrimonial del autor o el titular de este derecho, ve limitado el ejercicio de su derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso o explotación de su obra, por motivos que se atribuyen a un interés mayor, generalmente a favor del interés de la sociedad. Las limitaciones y excepciones referidas, jamás pueden afectar el derecho moral en ninguna de sus facultades.

Como lo señala Lipszyc *“Las excepciones a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra”*.¹¹

Esta posibilidad de establecer limitaciones y excepciones al derecho exclusivo del autor, se encuentra establecida en el Convenio de Berna, en el artículo 9, que en su primer inciso reconoce el derecho exclusivo de los autores de las obras literarias y artísticas a autorizar la reproducción de sus obras por cualquier medio o procedimiento; y, a continuación en el segundo inciso dice:

¹⁰ En la legislación ecuatoriana se otorga un plazo de toda la vida del autor hasta 70 años después de muerto el autor. Art. 80.

¹¹ Lipszyc, Delia, op.cit., pp. 216.

“Se reserva a los Países de la Unión, la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Mediante esta norma, que se refiere únicamente a la posibilidad de instituir limitaciones y excepciones al derecho exclusivo de reproducción, se deja sentada también la conocida “regla de los tres pasos”, como requisito *sine quanon* para establecer tales limitaciones y excepciones, esto es:

- a) En determinados casos especiales;*
- b) que no atenten a la explotación normal de la obra; y,*
- c) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

En los Tratados internacionales más recientes, como el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC¹² y los llamados “Tratados Internet” de la OMPI,¹³ a la luz de la regla de los tres pasos se posibilita a los Miembros a establecer limitaciones y excepciones, no únicamente al derecho de reproducción (como lo hace Berna), sino a los derechos patrimoniales en general.

En atención a esta posibilidad, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran determinados los casos a los que se circunscriben las limitaciones y excepciones, tanto en el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina como en el artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹² El Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, conocido con las siglas de ADPIC, son al Anexo 1 C del Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial del Comercio –OMC.

¹³ Se conoce con este apelativo, por una parte al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA por sus siglas en español y WCT por sus siglas en inglés), y, por otra, al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF por sus siglas en español y WPPPT por sus siglas en inglés).

El artículo 22 de la Decisión 351, está precedido del contenido del artículo 21, con la siguiente fórmula:

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

Queda claro que se reconoce la regla de los tres pasos.

De su lado, en el mismo sentido el artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual, antes de señalar los casos que constituyen una excepción al derecho exclusivo del autor, utiliza en su texto la fórmula siguiente: *“Siempre que se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicio al titular de los derechos, son lícitos los siguientes actos ...”*, a continuación se señala taxativamente dichos actos.

Las limitaciones y excepciones al ejercicio del derecho exclusivo propio de los autores o derechohabientes del autor, se han justificado de manera general en la prevalencia del derecho de la sociedad frente al derecho exclusivo del autor o en aras de la difusión de la cultura o de la información; además que se enfatiza en la necesidad de mantener el equilibrio entre el interés individual y el social o colectivo.

1.6 Clases de Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor, debemos recordar afectan al ejercicio del derecho exclusivo del autor o titular del derecho de autor – jamás al derecho moral-, se pueden clasificar conforme con los criterios siguientes:

1.6.1 Licencias no voluntarias

Ricardo Antequera Parilli, en relación con las licencias no voluntarias señala lo siguiente:

“Se entienden como “licencias no voluntarias” las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación a determinadas utilidades, que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra”.¹⁴

El Convenio de Berna, prevé las licencias *no voluntarias* para los siguientes casos:

- a) Para las grabaciones musicales.
- b) Para la radiodifusión, la distribución de programas radiodifundidos y/o para la comunicación pública de obras emitidas por radiodifusión.

La justificación para establecer las licencias no voluntarias, se encuentra en la necesidad de ofrecer una solución a los productores de fonogramas y a los radiodifusores, para que puedan utilizar las obras ya divulgadas, mediante el pago de la remuneración correspondiente, sobre todo en algunos países en donde no existe una gestión colectiva organizada a través de las entidades de gestión de derecho de autor, que puedan administrar el repertorio nacional e internacional otorgando las autorizaciones correspondientes.

Las licencias no voluntarias, como explica Esteban Argudo Carpio, son excepcionales y se manifiestan

“... cuando no se requiera la autorización previa del autor o de sus derechohabientes para utilizar o explotar una obra, sin embargo de que tal uso o explotación conlleva la obligación para el usuario de pagar una remuneración o regalía al correspondiente titular del derecho”.¹⁵

¹⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos”. Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. Santo Domingo, 2001. Tomo I, p. 188.

¹⁵ ARGUDO CARPIO, Esteban, “Apuntes de Clase de Derecho de Autor y Protección”, Pontificia Universidad Católica, Quito, Ecuador, 2009, p.p. 26

1.6.2 Utilización libres y gratuitas

En los casos excepcionales que corresponden a las utilidades libres y gratuitas, como su denominación lo sugiere, se permite utilizar la obra sin autorización previa ni el pago de una remuneración al titular del derecho de autor. En este caso no existe la necesidad del consentimiento del titular, es decir, las utilidades son libres y sin contraprestación económica derivada de tal uso. Sin embargo su utilización está condicionada con relación a las modalidades, al alcance de la utilización, y a la protección del derecho moral del autor (nombrar al autor, título de la obra y no efectuar modificaciones).

De manera general, las utilidades libres y gratuitas en nuestro ordenamiento jurídico se pueden agrupar conforme a los siguientes criterios:

- Libre utilización de las citas
- Libre utilización con fines de enseñanza
- Libre utilización con fines informativos
- Libre utilización de artículos y publicaciones sobre temas de actualidad
- Libre uso de las grabaciones efímeras
- Libre utilización de discursos, conferencias y alocuciones pronunciadas en público
- Libertad para realizar la parodia de una obra
- Libre utilización para actuaciones judiciales.

Entre los casos de utilidades libres y gratuitas en nuestro ordenamiento jurídico, podemos citar a manera de ejemplo las siguientes:

Derecho de cita: El derecho de cita permite que cualquier persona pueda incorporar a sus creaciones fragmentos de obras de otro autor, sin solicitar autorización, siempre y cuando cumpla determinadas condiciones:

- Su uso tiene que ser para fines docentes o de investigación.
- El uso ha de ser justificado en el contexto de la obra.

- Indicar la fuente y el autor de la misma.
- La obra que se cita debe haber sido divulgada.

El uso para fines educativos: La finalidad de esta excepción consiste en permitir que toda persona tenga acceso libre a la educación, la cultura y la ciencia.

Así, el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en el literal b) establece la posibilidad de realizar reproducciones de obras por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que se cumplan como condiciones que se realice en la medida justificada el fin que se persiga, que se traten de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, siempre que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

En el artículo 10 del Convenio de Berna en relación a la Protección de las Obras Literarias y Artística acepta el derecho de cita con fines docentes, considerándose lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, "a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga."

El uso con fines informativos: El derecho a la información ha justificado también la inclusión de algunos casos de libre uso, tales como los que a manera de ejemplo se muestra que están contemplados en el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, entre estos los siguientes:

"... e) Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;...”

La copia privada: La copia privada permite a una persona realizar la copia de una obra para uso privado sin ánimo de lucro. Permite salvaguardar los derechos a la cultura y la información frente a los derechos de autor. La copia privada en la legislación ecuatoriana se encuentra definida en el artículo 108 de la Ley de Propiedad Intelectual, que señala:

“Se entenderá por copia privada la copia doméstica de fonogramas o videogramas, o la reproducción reprográfica en un solo ejemplar realizada por el adquirente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita, destinada exclusivamente para el uso no lucrativo de la persona que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contrario a los usos honrados.

Este caso se puede clasificar entre aquellos que se clasifican como de utilidades libres y gratuitas, pues vale mencionar que incluso en las legislaciones como la ecuatoriana que establece el pago de una remuneración compensatoria por la copia privada, esta remuneración están obligados a pagar no los copistas sino los fabricantes o importadores, bien sea de los soportes que permiten incorporar las obras o de los equipos reproductores por la facilidad que dan estos aparatos para realizar las copias. Como lo explica la autora Delia Lipszyc:

*“... corresponde aclarar que no son los copistas, es decir las personas que realizan la copia privada para su uso personal, quienes están obligados al pago de la remuneración (...) sino que esta a cargo de terceros responsables”.*¹⁶

¹⁶ LIPSZYC, Delia, op.cit. pp. 241.

2. CAPÍTULO II

El derecho de autor en el entorno digital.

2.1 El desarrollo de las nuevas tecnologías y la divulgación de las obras.

Es conocido que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha traído consigo una revolución en el mundo de la información y las comunicaciones, y las repercusiones han sido igualmente importantes en un sistema jurídico en donde las normas tradicionales fueron concebidas dentro de la esfera de un ámbito en el que las telecomunicaciones o la radiodifusión, se desarrollaban mediante el uso de la tecnología analógica y se han ido transformando en la era digital. De manera especial, el advenimiento de Internet ha significado abrir los espacios para regulaciones jurídicas nuevas dentro del actual contexto.

Como sostiene el autor español Jesús Rodríguez Cortezo, si hay palabras mágicas que contribuyen a definir un período histórico, al término “tecnología” le corresponde este honor en el último cuarto de del siglo XX, porque se ha convertido en el referente más significativo de la posición de unos grupos humanos en relación con otros y en dato clave para estimar lo que se puede esperar en el futuro.¹⁷

La revolución tecnológica que el mundo está viviendo nos ha llevado a transitar de la “sociedad industrial” que surgió precisamente con la “revolución industrial” fenómeno económico asociado a la invención de las máquinas en la segunda mitad del siglo XVIII y a la posibilidad de la producción en masa, a la actual llamada “sociedad de la información”, en la cual las tecnologías desarrolladas en especial a partir de los años setentas del siglo pasado, permiten aproximar entre sí, mediante la digitalización, a diferentes aportaciones intelectuales que antes se especializaban en un sólo ámbito, por ejemplo: el teléfono en la

¹⁷ RODRÍGUEZ CORTEZO, Jesús: “Las tecnologías de la Información: conceptos y usos”. Artículo publicado en el libro denominado “El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías”. Ministerio de Cultura de España, 1996., pág. 29

transmisión de voz, el disco en la grabación de sonidos, el libro en la fijación de textos, la fotografía en la fijación de imágenes o el cine en la fijación y proyección de imágenes en movimiento, aportaciones diversas que ahora mediante la digitalización pueden viajar juntos sin distinguirse unas de otras, a través de las redes de telecomunicación convertidas en ceros y unos, que además se pueden combinar y se están convirtiendo en aplicaciones de la misma tecnología.

Las nuevas tecnologías, según el autor español Alberto Bercovitz, son aquellas que por una parte dan lugar: primero a nuevos tipos de obras como son el software o las bases de datos; otras que facilitan la reproducción, como la copia, reprografía, escaneado; otras que facilitan la comunicación al público, como el cable, la microonda, la fibra óptica y el satélite; y, por último, la digitalización de las obras permite su almacenamiento y transmisión convirtiéndolas en impulsos eléctricos. La combinación de estas diversas y nuevas tecnologías da lugar a lo que se denominan: autopistas o sociedad de la información.¹⁸

La confluencia de estas tecnologías, conforme lo manifiestan los especialistas, esencialmente esta sustentada en un proceso que tiene que ver con tres hechos: a) la digitalización de la información; b) los programas de ordenador; y, c) las redes de transmisión de banda ancha.

La digitalización, que permite almacenar y transmitir toda clase de obras mediante su desmaterialización y transformación en impulsos eléctricos (bits) numéricos y la recuperación y reproducción de obras así almacenadas y transmitidas con absoluta fidelidad al original.

El software o programa de ordenador que gobierna los ordenadores y permite la digitalización y la transmisión, almacenamiento y reproducción de lo transmitido en estos aparatos.

¹⁸ Bercovitz, Alberto: Opus, cit. pág. 71.

Las **redes digitales de banda ancha** multiplican las posibilidades de transmisión de datos, que se ven aumentadas por la digitalización que comprime las obras desde su forma original.

Este proceso aplicado tiene como resultado a las actualmente denominadas autopistas de la información, a través de las cuales cualquier usuario de la red, que tiene a su alcance un ordenador personal puede acceder a obras de cualquier género (musicales, literarias, visuales o audiovisuales), casi instantáneamente, desde cualquier punto del planeta, de manera que pueda almacenarlas, reproducirlas en otros soportes distintos al computador, modificarlas a voluntad y retransmitirlas, en la misma forma en que lo recibió o en la forma modificada por él.

El ejemplo actual de autopistas de información es la red de Internet, que surgió en los años sesenta en los Estados Unidos de América bajo el nombre de ARPANED, que fue inicialmente concebida y utilizada con fines militares. Hoy en día, la red o Internet abarca a todo el mundo y tiene a millones de ordenadores integrados.

2.1.1 Repercusión de las tecnologías de la información en la obra intelectual

Las nuevas tecnologías en general y la tecnología digital en especial, son proclives a afectar a la obra intelectual y a los derechos de sus autores. Es así que por sus características la tecnología digital puede actuar en un doble sentido para los autores y sus obras: por una parte proporciona evidentes ventajas para facilitar su reproducción y difusión, y, por otra esta misma facilidad trae consigo innegables riesgos para los derechos de los titulares.

Como sostiene Ricardo Antequera, desde un punto de vista positivo la grabación y la transmisión digital e interactiva se trata de un medio masivo de utilización de las obras y prestaciones artísticas y producciones fonográficas, como nunca antes se había visto, de tal manera que si estos usos causan como deberían, una remuneración a favor de los titulares de los derechos, lo

que debe avizorarse es una era de prosperidad para los autores, los artistas y las industrias culturales.¹⁹

El mismo autor, nos muestra el lado negativo de las redes digitales al afirmar que son básicamente inseguras y no sólo para los derechos de propiedad intelectual, sino también para otros ámbitos como el financiero, para la confidencialidad de datos o a la seguridad pública, de tal manera que el auxilio tecnológico resulta fundamental para que esta inseguridad no se revierta en contra de los titulares de los derechos sobre las obras y producciones que circulan a través de las redes digitales.²⁰

Casos de delitos que afectan al derecho de autor de gran trascendencia como el caso de Napster,²¹ - al que nos referiremos más adelante - demuestran que diferentes usuarios situados en cualquier parte del planeta pueden compartir en tiempo real la música que tienen almacenada en soportes como discos duros de ordenador, lo que en sí no sería malo, si no se afectara de manera evidente la explotación de la obra y los intereses de los titulares de los derechos en este intercambio.

Lo expresado nos muestra lo evidentes que son las repercusiones que las tecnologías de la información y dentro de estas las digitales, tienen sobre las obras protegidas por el derecho de autor (y también sobre los derechos conexos de los artistas y productores de fonogramas), pues han modificado también los procesos mediante los cuales se crea, reproduce, comunica, distribuye, transforma, interpreta, accede, utiliza y almacena la obra intelectual. Por otro lado, han transformado los modelos de negocios de las industrias vinculadas al derecho de autor, muchas de ellas denominadas como “industrias

¹⁹ Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Del Entorno Analógico a la Tecnología Digital”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, celebrado en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006.pp.622

²⁰ Idem. Pp.623.

²¹ El programa Napster, permite intercambiar archivos musicales a través de Internet con otros usuarios conectados al servidor.

culturales”, que se vienen modificando para priorizar la comercialización, sobre todo de obras y producciones musicales y audiovisuales, mediante las descargas realizadas en la red antes que en la venta de las mismas obras o producciones en soportes físicos (como los discos compactos, discos versátiles digitales o actualmente hasta en teléfonos móviles).

2.1.2 Aplicaciones de las tecnologías de la información relacionadas con la obra intelectual.

Las tecnologías de la información han modificado las aplicaciones que en los medios tradicionales venía manteniendo la utilización de la tecnología analógica en los diferentes géneros creativos que abarca el derecho de autor, estas son en referencia general a las obras literarias, artísticas o científicas.

César Fernández Beobide, sostiene que en los textos, literatura e historia, la computadora se ha convertido ya en la maquina de escribir más utilizada, pues la clave ha sido su flexibilidad para la preparación de textos, al permitir modificaciones sin límites, con las posibilidades de copiar, borrar, cortar o pegar trozos de texto, encontrar en él y modificar con gran rapidez secuencias de caracteres, ayudar a las correcciones ortográficas, mantener una biblioteca de documentos ordenada.²²

El mismo autor señala que son también notables sus capacidades editoriales, sus formatos de página, tipografía, organización de capítulos, índices, notas, posibilidades de incluir imágenes, etc., y que de hecho, las imprentas son cada vez en mayor medida computadores especializados.²³ Fernández resalta las ventajas que proporciona la tecnología digital el almacenamiento de las obras literarias y la facilidad de búsqueda de la investigación histórica en los archivos y bibliotecas que tienen informatizados los documentos; en las obras

²² Ver: FERNÁNDEZ BEOBIDE, César: “Las Nuevas Tecnologías y las Creaciones Intelectuales. Aspectos Positivos”. Artículo publicado en el compendio de varios autores titulado: “El Derecho de Propiedad Intelectual y Las Nuevas Tecnologías” Ministerio de Cultura de España, Madrid, 1996.pp.58 y 59.

²³ Ver: Idem, pp. 59

arquitectónicas, los programas de ordenador permiten mejorar el proceso de diseño; en la fotografía, cine video y pintura la digitalización de la imagen y la capacidad de almacenamiento en soportes electrónicos, suponen un importante aporte en estas artes.

En fin, se puede concluir este breve análisis, señalando que la utilización de las tecnologías de la información así como traen consigo evidentes riesgos, constituyen un importante aporte a la actividad creativa, que sin duda supera el aporte de los medios mecánicos propios de la tecnología analógica, al facilitar la difusión, reproducción, almacenamiento y transformación de las obras.

2.1.3 Los conflictos del ejercicio del Derecho de Autor en el Internet.

Con el desarrollo de las nuevas tecnologías se abrió un gran abanico de posibilidades para el uso y la explotación de las obras protegidas por el derecho de autor, sobre todo a través de esa conexión de miles de redes y millones de computadoras en el mundo que es Internet. Este medio permite la transmisión masiva y simultánea de información de un lugar a otro del planeta sin importar las fronteras nacionales.

Como se señaló anteriormente, la sociedad de la información se caracteriza por "... la existencia de nuevas tecnologías e infraestructuras que permiten la recopilación, el almacenamiento y la transmisión de todo tipo de información, con un nivel de fiabilidad y una rapidez hasta ahora nunca conocidas"²⁴.

A través de Internet se posibilita el acceso a versiones digitalizadas de todo género de obras, sean estas literarias, musicales, audiovisuales, etc., en *websites*, portales virtuales o páginas web, a las que puede accederse en tiempo real o que pueden ser descargadas en el disco duro de una computadora o en cualquier soporte digital en el momento en que el usuario lo decida. La tecnología digital en formato MP3 y otros similares, han dado lugar a programas como Napster, Gnutella y otros similares, que permiten el acceso

²⁴ CREMADES, Javier: "Régimen jurídico de internet, Editorial La Ley, Madrid, 2002, p. 1405.

masivo a obras musicales, audiovisuales o bases de datos que pueden contener obras.

Bajo cualquier modalidad, la transferencia e intercambio de obras protegidas sin ninguna restricción en Internet, pueden provocar graves dificultades y confusiones en el proceso de identificación del derecho de autor que puede ser vulnerado en un caso determinado.

Para referirnos a los conflictos del ejercicio del derecho de autor en Internet, se puede hacer referencia a la autora Beatriz Bugallo, para quien una parte de las incertidumbres que se refirieron a la defensa de los derechos de propiedad intelectual en el ciberespacio, han tenido que ver con aspectos tales como: la ley aplicable, jurisdicción competente y la posibilidad de observancia de tales decisiones y, consecuentemente, el efectivo respeto a las decisiones tomadas.²⁵

Señala la citada autora, que para la determinación de los responsables de las infracciones en Internet, se encontró con obstáculos para su identificación que son propios del mecanismo tecnológico, esto es el frecuente anonimato del directo infractor (que casi siempre será el proveedor de contenidos), así como la deslocalización que dificulta su emplazamiento a derecho y, que en este contexto, la figura del proveedor de servicios intermediario, aparece como el objetivo más claro para requerirle responsabilidad, o según el caso, incriminarlo, de modo que en torno a éste, se construyó un sistema de responsabilidad en los niveles civil, penal y administrativo, que continúa generando discusiones y polémicas.

²⁵ Ver: BUGALLO, Beatriz. "La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado "El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante", celebrado en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006, pp. 625.

En este mismo tema, se deben también reiterar los problemas jurisdiccionales que provocan las infracciones al derecho de autor en Internet. Así, en caso de una infracción al derecho de autor en el ciberespacio, ¿cómo se puede determinar la competencia para que el titular del derecho de autor pueda reclamar por sus derechos? En razón de la naturaleza universal de Internet, tendremos la necesidad de recurrir al derecho internacional privado para identificar los elementos de conexión necesarios para determinar el juez competente para conocer de una causa derivada de la infracción en la red, no obstante que los criterios de determinación de la jurisdicción en esta materia serán sin duda complejos, puesto que el derecho internacional privado cuenta como criterio fundamental el de la territorialidad.

El profesor Garrote Fernández-Diez acertadamente afirma que

“... el derecho de autor ha encontrado dificultades para adaptarse en el ámbito internacional a las posibilidades de transmisión interactiva que Internet ofrece debido a que en los Convenios de Berna y Roma no se establece un derecho exclusivo general a la explotación de la obra, sino que se atribuyen derechos específicamente”²⁶.

Ante la aparente insuficiencia del tradicional derecho de autor para resolver estos conflictos, la doctrina consideró la posibilidad de crear un nuevo derecho: “el derecho de transmisión a través de redes”²⁷. Frente a esta situación, y desde el ámbito internacional los denominados “Tratados Internet” de la OMPI de 1996, que serán analizados más adelante, han procurado garantizar la seguridad jurídica anhelada por los titulares del derecho de autor y de esta manera, se convirtieron en el primer instrumento jurídico internacional en materia de propiedad intelectual en la era digital.

²⁶ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: “El Derecho de Autor en Internet”. Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 175.

²⁷ RODRÍGUEZ MORENO, Sofía: “La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor”. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2004, pp. 155.

2.2 El Derecho Moral en la Sociedad de la Información

Desde la perspectiva del derecho moral, es inevitable mencionar que la tecnología digital combinada con las autopistas de la información ofrece al usuario la posibilidad para interactuar y transformar las obras protegidas. En la tecnología digital, todas las copias son idénticas a la primera, constituyendo en una seria amenaza al derecho moral de integridad de las obras.²⁸

El derecho moral garantiza desde el ámbito personal, la relación indisoluble entre el autor y su creación, posibilitando que toda forma de divulgación de la obra se mantenga vinculada al nombre, seudónimo o cualquier otra expresión que identifica al creador, mediante el ejercicio del derecho a reivindicar la paternidad sobre la obra; o, que las obras permanezcan integra, garantizando a los autores que sus creaciones intelectuales se mantengan de la misma forma como la plasmaron. En este aspecto coincide la doctrina, en que así como el pensamiento de los autores expresado en sus obras no puede ser modificado o desnaturalizado, también la sociedad tiene el derecho a acceder a la obra en su auténtica expresión, beneficiando tanto a los autores como los usuarios.

El derecho a reivindicar la paternidad de la obra y el derecho a defender su integridad se encuentran establecidos en el Art. 6bis del Convenio de Berna y se incorpora al Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, al disponer el artículo 1, ordinal 4, de este Tratado, que las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo previsto en los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna. No así en el Acuerdo sobre los ADPIC, instrumento que de igual manera parte reconociendo la aplicación de los Artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y el Apéndice y al

²⁸ BERCOVITZ, Alberto: "Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la Protección de los Derechos Intelectuales. La quiebra de los Conceptos Tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones Jurídicas". Artículo publicado en el Libro: "El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías" Ministerio de Cultura, Madrid, pág. 81.

mismo, sin embargo excluye expresamente los derechos morales reconocidos en el Artículo 6*bis* de dicho Convenio.

En relación con los otros derechos morales, que conforme con Antequera podríamos denominar como clásicos, estos son el derecho de divulgación de la obra (y su cara negativa que es el derecho al inédito) y el derecho de reivindicar la paternidad sobre la obra, no se encuentra ninguna razón que haga temer que puedan desaparecer en el entorno digital. Así, el derecho de divulgar la obra o mantenerla en el inédito, es igual en el entorno analógico o digital y por más que no se reconociera en las legislaciones autorales, esta facultad forma parte de los derechos de la personalidad. Igualmente, no se entendería cuál sería la diferencia relativa al derecho a la paternidad entre una grabación musical analógica y una digital, ni cual sería el obstáculo para omitir en el entorno digital el nombre de los autores de las creaciones.²⁹

Ricardo Antequera, recogiendo la visión apocalíptica en relación a este tema señala

“... ante la nueva realidad tecnológica que conduce a una “sociedad de la información”, no faltado quien propugne por la desaparición de los derechos morales del autor”³⁰.

No solamente los derechos que se encuentran en el ámbito moral del derecho de autor se encuentran en riesgo en el entorno de la Sociedad de la Información, también los derechos que conforman el ámbito patrimonial están sometidos diariamente a las más variadas formas de riesgo de infracción, pues el uso y la explotación de las obras en este momento se puede realizar en la red mediante descargas (downloading) a diversos dispositivos, desde ordenadores hasta teléfonos móviles, transmisiones alámbricas o inalámbricas (webcasting o simulcasting), etc.

²⁹ Ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, Ob.cit., p.p. 384 y 385

³⁰ Ibídem, p.p. 90.

Si nos imaginamos que una obra es colocada en un sitio en Internet sin el consentimiento del titular, no solamente se incurre en un acto que constituye una violación al derecho de autor, sino que ésta puede ser repetida de manera simultánea y sucesiva por los usuarios de la red que la seguirán utilizando o explotando mediante cualquier modalidad, esto es su reproducción, comunicación pública, distribución o transformación.

En relación a los derechos morales en el entorno digital, las obras están sujetas a ser divulgadas sin mencionar el nombre o seudónimo del autor; a ser afectadas en su integridad mediante la mutilación, deformación o alteración, pues la tecnología digital permite interactuar a los usuarios y fácilmente desmaterializar los textos, sonidos o imágenes. Para muchos defensores a ultranza del derecho de autor, la sola desmaterialización mediante la aplicación de la tecnología digital de los textos, sonidos o imágenes con que se representan las obras, ya constituiría una alteración de su forma original, y más aun la compresión de los contenidos para incorporarlas en soportes digitales, significaría una mutilación, afectando en estos casos el derecho moral a proteger la integridad de la obra.

Las dificultades que representa para el derecho de autor la circulación de las obras en la web, ha hecho que sus instituciones tengan que evolucionar muy aceleradamente para dar respuestas y soluciones a las nuevas realidades resultantes de los comportamientos diferentes que la Sociedad de la Información trajo consigo para las personas.

2.3 El Derecho Patrimonial en la Sociedad de la Información

En este subtítulo haremos referencia a lo que ya se adelantó en el tratamiento de los temas anteriores, la tecnología digital ha revolucionado los comportamientos en la sociedad y nos ha traído grandes cambios en los ámbitos sociales, económicos, culturales etc.

En el ámbito del derecho de autor, estas transformaciones han significado serias dificultades, puesto que la digitalización ha permitido que obras preexistentes puedan ser almacenadas y reproducidas en forma masiva y simultánea a través la web y en este caso es necesario la autorización del autor o titular de los derecho sobre la obra, por el simple hecho de que toda digitalización conlleva un acto de reproducción. De ahí, la importancia y necesidad para el derecho de autor de incrementar el nivel de protección nacional e internacional de las obras.

En relación a este tema, la autora brasileña Vanisa Santiago³¹ hace un análisis en torno a los derechos patrimoniales en el entorno digital y señala lo siguiente:

“La tutela del material protegido ha pasado por tanto a ocupar la atención no solo de las partes directamente implicadas, como los autores, cesionarios de derechos, sociedades de gestión, fabricantes de software, explotadores de contenidos, así como el público deseoso de tener amplio y libre acceso a las obras y producciones de su preferencia, pero también de los Estados, por razones culturales, estratégicas y económicas, determinando una importante revisión en los niveles generales de protección internacional de los derechos de autor”.

Mediante la utilización de la tecnología digital, es posible descargar música, películas, libros o cualquier otro género de obras, reproduciendo ejemplares idénticos a los originales, afectando a todo lo que se ha construido en materia jurídica y se castigue a los autores y los titulares del derecho de autor y los derechos conexos. El autor Andrew Shapiro denominó al Internet como una gigantesca máquina de copiado, ya que la inmensa distribución de las obras provoca manipulación de los contenidos y la dificultad para ejercer un control se hace cada vez mayor.³²

³¹ SANTIAGO, Vanisa: “El Derechos Patrimonial en el Siglo XXI”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006. pp. 117

³² The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know- Andrew Shapiro, 1999.

Para analizar la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho patrimonial del autor, dice José Luis Caballero, es necesario partir aclarando que el acto de transmisión en línea de obras o producciones amparadas por el derecho de autor a través del entorno digital, se encuentra invariablemente sujeto al ejercicio de al derecho exclusivo que tiene el legítimo titular de autorizar o prohibir el uso de sus obras.

Esta aclaración - para el propio autor aparentemente innecesaria -, es indispensable si se tiene en cuenta que a la fecha, muchos siguen considerando que en el entorno digital el acceso a la información -entendiendo por ésta, todo aquello que nos proporciona conocimiento- es libre y gratuito, aun cuando esta información puede adoptar la forma de obras o producciones protegidas por el derecho de autor y por esta razón el uso y explotación de la información que allí se encuentra, está exenta de toda protección legal.³³

El alcance de los derechos patrimoniales existentes en el derecho de autor tradicional y colocados en el entorno digital ha motivado las discusiones de distintos Comités de Expertos convocados por la OMPI, a sabiendas de que las nuevas tecnologías no solamente han propiciado la aparición de nuevos tipos de obras, sino también de formas de explotación hasta hace poco desconocidas, que no han tenido como consecuencia la aparición de una nueva categoría de derechos patrimoniales de autor o la disminución de los ya existentes.

Así, según el citado autor, algunos conceptos referentes a las modalidades de explotación del derecho patrimonial tradicionalmente reconocidas en el entorno analógico han debido ampliarse en el entorno digital, tal como ha ocurrido con

³³ Ver: CABALLERO LEAL, José Luis: "Aspectos Jurídicos de las Distribución en línea de Obras Literarias, Musicales, Audiovisuales, Bases de Datos, Producciones Multimedia": Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002

el derecho de comunicación pública, que en este ámbito comúnmente se ha definido como

“... aquel a través del cual una obra es accesible a una pluralidad de personas, por medios que no consistan en la distribución de ejemplares”..³⁴

A la luz del entorno digital, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC),³⁵ el concepto de comunicación pública se amplía, cuando en el Artículo 8 (1), dispone:

“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos lo elija”

Santiago Schuster, señala que conforme con lo previsto en el Artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT), así como 10 y 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (TOIEF / WPPT)³⁶ la transmisión de obras en línea constituye una forma de comunicación pública, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final.³⁷

De este análisis, se puede desprender que las transmisiones digitales constituyen un acto de comunicación pública y como tal sometidos al ejercicio del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir la utilización de su obra mediante esta forma de difusión.

³⁵ Siglas en Inglés del referido tratado.

³⁶ Estos dos Tratados Internacionales, resultantes de la Conferencia Diplomática convocada por la OMPI en el año de 1996, se encuentran vigentes en nuestro país.

³⁷ SCHUSTER, Santiago: el derecho de autor y los derechos conexos en el mundo digital”. Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos. OMPI, 1997, p.p. 248.

En esta misma dirección, Ricardo Antequera señala que podría plantearse la interrogante de los que debe calificarse como “público” si las transmisiones digitales permiten que gracias a los sistemas interactivos, que un solo usuario, en un momento y lugar determinados, haya solicitado por ejemplo el acceso y disfrute de una publicación u obra musical o cinematográfica y se pregunte: ¿puede esa única persona calificarse como “público” y, por ende, afirmarse que existe allí una comunicación pública? El mismo autor responde afirmativamente, porque el sistema pone a disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a esa programación, aunque unas pocas personas la soliciten en una determinada ocasión y/o lugar.

Es interesante señalar – no obstante que este será analizado más adelante- , que este concepto ampliado de comunicación pública, según Esteban Argudo Carpio, estaría recogido en la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, cuando define en el Art. 22 al acto de comunicación pública como aquel en virtud del 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”.*³⁸

Como se puede ver de esta definición, el acto de comunicación pública en nuestra legislación, ya no requiere bajo el concepto tradicional que una pluralidad de personas se encuentren reunidas en un mismo sitio para acceder a la obra, sino que, bastaría que desde cualquier lugar “... puedan tener acceso a la obra”, en el momento en que individualmente decidan.

A más de esto, el artículo 22 de la misma ley al establecer las modalidades que comprende la comunicación pública, señala en el literal c) a la radiodifusión

“... o comunicación al público de cualesquiera obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo, los signos, los sonidos o las imágenes, o la representación digital de estos, sea o no simultánea”

³⁸ Ver: ARGUDO CARPIO, Esteban: “El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías”. Ruptura No. 49, Libro Anual de los Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Quito, 2005. p.p. 193

Con esto, el legislador ecuatoriano incluyó la “puesta a disposición interactiva” a la que se refiere el artículo 8 del WCT.

El derecho patrimonial de distribución, que en su concepción tradicional se entiende como la facultad de poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, préstamo público o cualquier otra forma, entendiéndose que para el caso de la distribución mediante la venta, el derecho exclusivo se agota con la primera venta de los ejemplares, no así para el arrendamiento o préstamo público.

En el artículo 6 número del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT), este derecho consta establecido en dos párrafos, así:

(1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

(2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

Como se puede observar, este artículo hace referencia únicamente al derecho de distribución mediante la venta o cualquier otra forma de transferencia de propiedad, sin relación a los derechos de alquiler o préstamo público que también son formas de distribución de los ejemplares a terceros, que no implican la transferencia de propiedad. En el párrafo segundo, se reserva a los Estados la facultad de determinar las condiciones – dice si la hubiera – de la forma en que se aplicará el agotamiento del derecho de distribución mediante la venta.

Esta disposición aparentemente clara no acarrearía problemas de interpretación si no hubiera quienes consideran que la transmisión digital se podría considerar también un acto de distribución, puesto que cuando dicha

transmisión es recibida por el usuario la obra se puede almacenar bien en la memoria fija de de equipo receptor o bien de forma efímera en la memoria RAM del ordenador, puesto que según éstos, en cada fijación sea permanente o efímera, hay otro ejemplar.

Esta duda o controversia en relación a la comprensión del referido artículo 6 del TODA / WCT, queda aclarada mediante la Declaración Concertada respecto de los artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI que señala, que las expresiones “copias” y “originales y copias”, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles.³⁹

En esta virtud, queda entendido que las transmisiones digitales realizadas a través de Internet no se consideran comprendidas en el derecho de distribución, puesto que una obra que es almacenada digitalmente no se encuentra en un soporte material o tangible.

Otra forma tradicionalmente comprendida dentro del derecho de distribución como es **el alquiler o arrendamiento de los ejemplares originales o copias de la obra**, como ya se había hecho también en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC / TRIPS)⁴⁰, se introduce en el texto del párrafo primero del artículo 7, del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, como una modalidad autónoma del derecho patrimonial exclusivo del autor, limitado únicamente para: (i) programas de ordenador; (ii) obras cinematográficas; y (iii) obras incorporadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes.

³⁹ **Declaración concertada respecto de los Artículos 6 y 7:** Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles.

⁴⁰ El Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés, es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, mediante el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), y fue suscrito en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

En el párrafo segundo de la misma disposición, se aclara que el derecho exclusivo no será aplicable en los siguientes casos:(i) en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler; y, (ii) en el caso de una obra cinematográfica, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción.

Termina la disposición del artículo 7 del TODA / WTC señalando, que si una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 aplicaba y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa de los autores en lo que se refiere al alquiler de ejemplares de sus obras incorporadas en fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de obras incorporadas en fonogramas no dé lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de los autores.

Como lo mencionamos previamente, **el derecho de distribución mediante el alquiler o arrendamiento** también consta como una modalidad autónoma de explotación en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC / TRIPS), que en el artículo 11 confiere a los autores y sus derechohabientes, “al menos respecto de los programas de ordenador y las obras cinematográficas” (lo cual significa que se deja a reserva de los Estados ampliar a otros géneros de obras) el derecho exclusivo de arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras.

La misma disposición del ADPIC / TRIPS, exime de la obligación de aplicar esta obligación respecto de las obras cinematográficas, a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Estado a los autores y sus derechohabientes. En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí.

En relación **al derecho patrimonial de reproducción**, no obstante que es unánimemente aceptado que toda digitalización de una obra implica un acto de reproducción, en los “Tratados Internet” de la OMPI no se incorporó una disposición expresa que amplíe o modifique el concepto tradicional contenido esencialmente en el artículo 9.1 del Convenio de Berna, que garantiza a los autores de las obras literarias y artísticas el goce

“ ... del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”

La razón de que no se incorporara una disposición expresa relativa al derecho de reproducción en estos recientes Tratados de la OMPI, para Ricardo Antequera, responde a

“... las diferentes posturas asumidas por las delegaciones, tanto en el Comité de Expertos como en la Conferencia Diplomática convocada posteriormente (ya que algunas consideraban que era innecesaria, otras que debía ser meramente aclaratoria y también había las que apoyaban la propuesta de la Oficina Internacional), la Conferencia, como fórmula conciliatoria, aprobó una <<Declaración concertada>> al artículo 1.4 del TODA / WTC...”⁴¹

Bajo las premisas mencionadas por el maestro Antequera, el texto de declaración concertada al artículo 1.4. del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT)⁴², tiene el texto siguiente:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda 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”.

⁴¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Del Entorno Analógico a la Tecnología Digital: Evolución Jurisprudencial”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006.

⁴² El artículo 1.4 del WCT, reza lo siguiente: “Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y el Anexo del Convenio de Berna”

Con este texto, por una parte se ratifica la vigencia del concepto de reproducción contenido en el Convenio de Berna para el entorno digital, incluidas las excepciones permitidas; y, por otra, se aclara que el almacenamiento de las obras mediante la aplicación de la tecnología digital en un soporte electrónico, constituye un acto de reproducción en la forma que lo concibe la misma Convención.

2.4 Las respuestas del Derecho de Autor al desafío que representa la Sociedad de la Información.

Si el objeto del Derecho en general es regular los comportamientos de los individuos para hacer posible la convivencia social, es una consecuencia de cierta forma lógica, que las transformaciones sociales deberían traer consigo la evolución de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, es coherente decir que el derecho tiene que correr acorde con las realidades presentes y si fuera posible – esto sería óptimo- hasta prever lo que puede venir a futuro.

En el caso específico del derecho de autor, a través de este estudio analizamos cual ha sido su capacidad de respuesta en el ámbito de la sociedad de la información, en la cual las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han transformado y dinamizado los comportamientos sociales, culturales y económicos, sobre todo porque facilitan la creación, reproducción, distribución, acceso, utilización y hasta la manipulación de las obras mediante la digitalización.

El maestro Antequera, en este tema señala que

“... al plantearse con temor la suerte del derecho de autor ante las nuevas tecnologías digitales, se olvida que desde su reconocimiento expreso en el derecho positivo hasta la fecha, el derecho de autor ha tenido que afrontar varios <<traumas>> con motivo del avance tecnológico, los cuales han sido superados con una interpretación judicial basada en el espíritu y los propósitos que fundamentan la protección y no solamente en la letra fría y estática de la norma; y cuando ha sido necesario, con las reformas legislativas adecuadas al avance de los tiempos”

Conforme se examinó en el tema anterior, ya establecimos algunas de las respuestas que frente al reto de la sociedad de la información, nos ha proporcionado el derecho internacional mediante los más recientes tratados internacionales como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en relación a la protección que se proporciona a las obras y sus autores mediante la ampliación o aclaración de los conceptos tradicionales de los derechos patrimoniales.

Estas respuestas, conforme lo veremos en adelante, además tienen relación con la provisión de una adecuada regulación para los nuevos géneros creativos derivados de las nuevas tecnologías, como son el software, las bases de datos y las obras multimedia; desde la jurisprudencia emanada de las resoluciones de casos que han sido emblemáticos para la vigencia efectiva del derecho de autor en el entorno digital; además, con la provisión o de recursos jurídicos efectivos contra las acciones destinadas a la elusión de las medidas tecnológicas de protección de las obras y la alteración de la información sobre la gestión de los derechos.

2.4.1 La regulación jurídica de los nuevos géneros creativos: los programas de ordenador, las compilaciones o bases de datos y las obras multimedia.

2.4.1.1 Los Programas de Ordenador.

El programa de ordenador o software por su expresión en el idioma inglés, es una secuencia de instrucciones, que una vez ejecutadas realizarán una o varias tareas en una computadora y comprende también la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso.

Nos cuenta Robert Sherwood, que la forma de protección más adecuada para el programa de ordenador o *software* fue una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la propiedad intelectual. Desde su creación y por más de dos décadas, se discutió sobre la posibilidad de asignar al *software* un sistema de

protección *sui generis* que sugería, en unos casos, fórmulas próximas al derecho de autor y, en otros, similares al derecho de patentes. Sin embargo, también se pensó que la adecuación de un sistema de protección existente, como el derecho de autor o las patentes, sería más conveniente a un sistema de protección especial y nuevo, que difícilmente habría conseguido una aceptación internacional extendida.⁴³

La aplicación de los criterios objetivos de novedad y nivel inventivo exigidos para las invenciones patentables provocó el temor razonable de que la mayor parte de los programas de ordenador corrían el riesgo de quedar desprovistos de protección legal. Por esta razón la asimilación de estos programas a las obras literarias protegidas por el Convenio de Berna, fue una solución aceptada internacionalmente.⁴⁴ No obstante, también es justo señalar que buena parte de la doctrina jurídica ha cuestionado el carácter apropiado de la protección del derecho de autor a una creación funcional como el software y, lo que es peor, a considerarlo como una obra literaria.

El Acuerdo sobre los ADPIC / TRIPS, ratificó la solución que adoptó al derecho de autor como el sistema de protección más conveniente para los programas de ordenador y que esa protección debía ser la misma que la prevista en el Convenio de Berna para las obras literarias, cuestión que, por otra parte, a la época de negociación del tratado ya se había introducido en diversas legislaciones nacionales y, además, reconocido en la jurisprudencia.⁴⁵

El primer párrafo del Art. 10 del ADPIC / TRIPS, señala que los programas de ordenador, sean programas fuente como programas objeto, serán protegidos

⁴³ Ver: SHERWOOD, Robert M: "Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico". Editorial Heliasta S.R.I. Buenos Aires, 1990, p.p. 52-53.

⁴⁴ Para justificar esta equiparación se dice que el software no es otra cosa que un texto escrito en un lenguaje especial mucho más sencillo que el utilizado cotidianamente por nosotros los humanos, "... similar a la escritura de un libro o de una sinfonía"* (SHERWOOD, Robert: Opus cit. Pg. 53)*

⁴⁵ Ver: BERCOVITZ, Alberto: "El derecho de autor en el Acuerdo TRIPS". Artículo que consta en el libro de varios autores titulado: "Propiedad Intelectual en el GATT". Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.000, p.p. 30.

como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). Aclara la disposición citada, que el programa de ordenador se protege tanto en su forma legible por el hombre (programa fuente) como en aquella legible únicamente por la maquina (programa objeto).

En el artículo 11 del ADPIC /TRIPS, se introduce también el derecho exclusivo de arrendamiento comercial al público de los originales y copias del software y de las obras cinematográficas. En el caso específico del *software*, no se aplica este derecho si el objeto principal del arrendamiento no es el programa en sí.

De su lado, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor TODA / WCT, se define al programa de ordenador en el artículo 4, que señala lo siguiente:

*“programa de ordenador es toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”.*⁴⁶

Para Ricardo Antequera, el WCT / TRIPS lo que hizo fue incorporar un texto similar al artículo 10.1 del ADPIC⁴⁷, en el cual los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en relación al artículo 2 del Convenio de Berna (disposición ésta en la que consta el catálogo de las obras protegidas).⁴⁸

La concordancia y complementación existente entre tan relevantes tratados internacionales multilaterales como son el TODA/ WCT, el ADPIC/TIPS y el centenario Convenio de Berna, nos llega a la conclusión que los programas de ordenador son protegidos como obra literaria y que sus titulares gozan de una protección eficiente para sus creaciones.

⁴⁶ Art. 4 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

⁴⁷ Art. 10 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

⁴⁸ Antequera Parilli, Ricardo. Opus. Cit. P.p. 968

2.4.1.2 Las compilaciones o bases de datos.

Las compilaciones o base de datos, son definidas como una

“... recopilación de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de forma sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.”⁴⁹

Es condición para que estas compilaciones o bases de datos sean protegidas dentro del ámbito del derecho de autor, que presenten “originalidad” en la selección y disposición de los elementos compilados. Esta protección, no abarca a los datos o materiales contenidos en la compilación.

El segundo párrafo del artículo 10 del Acuerdo sobre los ADPIC / TRIPS, así lo prevé, cuando dispone:

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos.”

De su lado, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT), en franca armonía con el ADPIC/ TRIPS, en su artículo 5 nos dice:

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”.⁵⁰

Esta disposición, como nos advierte Ricardo Antequera, hay que entenderla junto con su declaración concertada, que aclara que el ámbito de protección de

⁴⁹ Así se define en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

⁵⁰ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Artículo 5.

las bases de datos, leído junto al artículo 2 del mismo tratado⁵¹ (se refiere al propio TODA 7 WCT), están relacionados y en conformidad con el artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC.⁵²

Las bases de datos pueden representarse por medios analógicos o digitales. El hecho de que las nuevas tecnologías han permitido que las bases de datos puedan compilarse por medios electrónicos y almacenar gran cantidad de contenidos, inciden en el nivel reforzado de protección que se les otorga, teniendo en cuenta la gran facilidad de copia que la misma tecnología digital permite. A los contenidos compilados, puede accederse por medio de programas de ordenador para recuperarlos y reproducirlos.

Aunque parezca innecesario aclarar, cuando las bases de datos incluyen obras preexistentes o materias protegidas por el derecho de autor, requieren de la autorización de sus titulares de este derecho.

Desde hace algún tiempo atrás, es conocido que en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, los Estados Miembros vienen discutiendo sobre la posibilidad de impulsar desde el ámbito internacional la protección de las bases de datos “no originales”. Una de las razones que sustentaría la protección, es la relacionada a las inversiones substanciales que requiere la producción o realización de estas compilaciones, que posiblemente se protegerían a través de un derecho *sui generis* o de aplicar una protección basada en la apropiación indebida o en la competencia desleal.

En este punto valor recordar, que la Comunidad Europea adoptó en 1996 la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de

⁵¹ Art. 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

⁵² TODA / WCT: **Declaración concertada respecto del Artículo 5:** El ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos) en virtud del Artículo 5 del presente Tratado, leído junto con el Artículo 2, está en conformidad con el Artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC.

1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, que contiene: por una parte, una protección de los derechos de autor para las bases de datos que constituyan una creación intelectual por la selección o disposición de materias; y, por otra, adiciona una protección *sui generis* para garantizar la protección de una inversión (financiera, en recursos humanos, esfuerzo y energía) efectuada en la obtención, la verificación o la presentación del contenido de una base de datos.

Para entender mejor, habría que explicar que la Directiva, establece un régimen *sui generis*, además del régimen de derechos de autor para la protección de las bases de datos. De acuerdo con el régimen *sui generis*, el fabricante de una base de datos, sea persona física o jurídica, puede prohibir la extracción o la reutilización no autorizada del contenido de una base de datos. Así, si una base de datos no alcanza la originalidad, por lo menos se podrá proteger su contenido. Si es una base de datos original, tendrá una protección acumulada, por el derecho de autor y el régimen *sui generis*.

2.4.1.3 La obra multimedia.

Antonio Delgado Porras define a la obra multimedia

*“... como creación unitaria, expresada mediante la reunión y fijación, en un medio digital, de elementos textuales, sonoros, de imágenes fijas o animadas, entre otros, pertenecientes, al menos, a dos de dichos géneros –cuyos elementos pueden constituir la expresión de obras o de prestaciones objeto de derechos conexos–, y de una propuesta de uso interactivo de dichos elementos ejecutable por un programa de ordenador.”*⁵³

De esta definición del maestro español, se puede establecer que en una obra multimedia pueden confluir obras y prestaciones de naturaleza literaria, musical, audiovisual, fotográfica, gráfica, plástica, etc. El rasgo peculiar de una obra multimedia es que mediante el uso de la tecnología digital, obras que son de diversa naturaleza podrían integrarse en un mismo soporte

⁵³ DELGADO PORRAS, Antonio: “Las producciones multimedia: ¿un nuevo género de obras?”. Ponencia recogida en el Libro Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo I, p.261.

electrónico o formato digital, incorporando textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, que además posibilitan que el usuario interactuar con el material fijado.

La obra multimedia no cuenta en el plano internacional y ni siquiera en las legislaciones nacionales, con una regulación jurídica expresa. Por esta razón, para su tratamiento se ha pretendido asimilarla a diversos géneros, como obra audiovisual, como programa de ordenador o como base de datos, en razón de que puede compartir ciertos rasgos con cada una de ellas.

Lo señalado no significa que las creaciones de este género no se protejan por el derecho de autor, puesto que partiendo de la fórmula contenida en el artículo 2 del Convenio de Berna

“Los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión...”, hasta las legislaciones nacionales, que con fórmulas más o menos similares, reconocen que la protección del derecho de autor *“... recae sobre todas las obras del ingenio en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad...”*,

como reza parte del texto citado del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana

Con lo analizado, se puede concluir señalando que aun cuando no se encuentre regulada de específica dentro del ámbito derecho de autor, la obra multimedia será protegida si en su forma de expresión presenta rasgos de originalidad y sea susceptible de ser expresada en un soporte material o inmaterial.

2.5 La protección jurídica de las medidas tecnológicas efectivas implementadas por los titulares del derecho de autor y la protección a la información sobre la gestión de derechos.

Víctor Vázquez López, nos cuenta que durante el trabajo preparatorio de los denominados “Tratados Internet” de la OMPI, se reconoció que no bastaba con

establecer derechos adecuados respecto de la utilización digital de las obras, en particular la utilización de éstas en Internet, toda vez que en ese medio no se podían ejercer eficazmente los derechos sin el apoyo de las medidas tecnológicas de protección de las obras que sean implementadas por los autores o titulares y sin la protección de la información sobre la gestión de derechos.⁵⁴

Por esta razón, podemos encontrar que en los dos tratados, tanto el TODA / WCT como en el TOIEF / WPPT, encontramos las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas (artículos 11 TODA / WCT y 18 TOIEF / WPPT), y, las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, que analizaremos en adelante por separado y en relación únicamente al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, por razones de vinculación con el tema de esta tesina.

2.5.1 La protección de las medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos.

A medidas tecnológicas de protección (MPTs), de manera general se las entiende como aquellas que implementadas por los titulares de los derechos están destinadas a regular o impedir el acceso y la utilización de los obras por parte de los usuarios. Estas medidas se implementan con miras a la protección de los contenidos de las obras y para garantizar el ejercicio legal del derecho del autor o de los demás titulares.

Antequera, define a las medidas tecnológicas como

“... toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, está destinado a impedir o restringir actos que forman parte de los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas y que no cuentan con la autorización del titular del respectivo derecho, considerándose eficaces tales medidas cuando el uso de la obra o prestación protegidas está controlado por los titulares del derecho mediante la

⁵⁴ Ver: VÁZQUEZ, Víctor: “La Prohibición de eludir. Los medios de elusión” Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006. pp. 694

*aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección que logre ese objetivo*⁵⁵

Las medidas tecnológicas de protección que los autores o demás titulares pueden implementar de manera discrecional en las obras, se pueden clasificar en dos formas: una, entre aquellas que son destinadas a controlar el acceso a las obras; y, dos, las medidas que previenen o impiden el uso no autorizado de las obras.

Las medidas tecnológicas de protección destinadas a controlar el acceso en línea, se realiza generalmente mediante el establecimiento de una clave de usuario y/o una contraseña. Las medidas que previenen el acceso no autorizado, se basan a menudo en sistemas de codificación o cifrado, que permiten transmitir el contenido a través de Internet en un formato ilegible y codificado, que únicamente puede decodificarse mediante una clave, cuya recepción puede estar condicionada al pago de una suscripción o abono.

Las medidas técnicas de protección de la utilización de las obras, son aquellas que limitan las utilidades que puede hacer un usuario final y pueden aplicarse en los mismos soportes digitales para prevenir o impedir su copia, por ejemplo, las que no permiten la copia de un disco compacto o de un DVD u otras que impiden la realización de un número determinado de copias, entre otras. Así, una obra puede ser protegida por una licencia que habilita el acceso a un contenido encriptado y administra el número de veces que la obra puede ser utilizada en un ordenador del usuario o si la obra puede ser transferida a otro dispositivo, entre otras formas de control. Las tecnologías de

⁵⁵ ANTEQUERA, Ricardo: "Implementación de la protección jurídica de las medidas tecnológicas incluidas en el WCT y en el WPPT". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, 2002. p.p. 900.

administración de licencias digitales se conocen en el idioma inglés con el nombre de *Digital Rights Management*.⁵⁶

En el marco jurídico internacional, como ya lo mencionamos la protección de las medidas tecnológicas se encuentran establecidas en los artículos 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA /WCT) y 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF / WPPT).

El artículo 11 del TODA / WCT, establece lo siguiente:

“Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”.

En aplicación de esta disposición, los Estados Partes del tratado, se encuentran obligados a proteger las medidas tecnológicas instrumentadas de manera voluntaria por los titulares del derecho de autor. Esta protección jurídica, conforme al texto citado, a más de ser adecuada contempla tiene que proveer recursos jurídicos efectivos.

La protección jurídica adecuada, deber ser entendida en un sentido amplio como el establecimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes del tratado de recursos y acciones de naturaleza administrativa, civil y penal, que sancionen las conductas tendientes a la elusión de las medidas tecnológicas implementadas por los autores y demás titulares del derecho de autor.

⁵⁶ Ver: LIPSZYC, Delia: “La tecnología vs los ilícitos en el Derecho de Autor”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, 2002. p.p. 402.

Se desprende también del texto de la misma disposición, que las medidas tecnológicas instrumentadas por los autores o titulares deben ser también “efectivas”, lo cual quiere decir que tendrán que servir adecuadamente como medios para restringir o impedir el uso no autorizado y lograr su objetivo de protección de los derechos reconocidos a su favor.

En este mismo tema, algunos autores señalan que para proporcionar la protección jurídica adecuada y los recursos efectivos, es necesario que a más de prohibir el acto de elusión de tales medidas, se debería también prohibir la comercialización o puesta a disposición de terceros de los medios o dispositivos que permiten tal elusión.

Para finalizar este tema, vale señalar brevemente algunas de las “medidas tecnológicas” que son utilizadas para controlar la distribución de los diversos contenidos digitales, con el fin de proteger los derechos de los titulares de las obras frente a las copias no autorizadas.

Los Sistemas “TPMs” (*Technological Protection Measures* o Medidas Tecnológicas de Protección), son sistemas de regulación de acceso y uso a contenidos digitales que permiten distinguir la utilización dada a los contenidos, por ejemplo en el caso de las copias limitando el número de las mismas, de manera que la copia privada de un contenido puede ser limitada o considerada como una parte normal y proporcionada del uso o empleo del mismo, sin requerir por ello una compensación adicional del usuario.

Este tipo de tecnología permite controlar: la calidad, pues la reproducción se deteriora a medida que se va utilizando; el número, al impedir que un libro, una canción o un video puedan ser utilizada un número ilimitado de veces; y el precio, al permitir que se fije un precio a los usuarios para que puedan seguir utilizando el contenido.

Dentro del sistema de las “TPMs” encontramos por ejemplo el “CSS” (*Content Scramble System* - Sistema de Cifrado de Contenidos) que ha posibilitado que los propietarios de contenidos cinematográficos proporcionen a los consumidores acceso a películas en ejemplares DVD de alta calidad, para ver en casa en sus sistemas de vídeo o en sus ordenadores, impidiendo que las películas se dupliquen ilegalmente.

Los Sistemas “DRM” (*Digital Rights Management* o Sistema de Gestión de los Derechos Digitales), que posibilitan a los titulares de los derechos de autor y conexos, facilitar el acceso a los usuarios a contenidos digitales de forma segura y a cambio de una compensación, ya que incorpora sistemas de pago en relación de los diversos usos sobre la obra. Los titulares de los derechos podrán controlar la copia y distribución de sus creaciones ya sea en el Internet o simplemente por un ordenador u otro medio digital. Lo que permiten es proteger y licenciar de una manera eficaz, estableciendo formas de pago para compensar estas licencias.

Los Sistemas “DAT” (*Digital Audio Technology* o Tecnología de Audio Digital), que operan cuando se utilizan máquinas para copiar discos compactos (CD-R). En este caso se graba un número de serie asociado con ese soporte y cuando el usuario intenta copiar la cinta por varias ocasiones, es decir más veces del número limitado, la máquina modifica la calidad del sonido a medida que aumentan el número de copias. Lo paradójico en el caso de este sistema, es que gracias al avance de la tecnología se había erradicado la degradación del sonido en los discos compactos, pero ahora se ha recurrido a la misma tecnología para proteger a los titulares del derecho de autor.

2.5.2 Protección a la información sobre la gestión de derechos.

En el artículo 12 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT) y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas se prevé la obligación de las Partes contratantes de proporcionar recursos jurídicos efectivos para la protección de la información sobre la gestión de derechos.

Así el artículo 12.1 del Tratado WCT, establece lo siguiente:

(1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

- (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;*
- (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*

El párrafo segundo del mismo artículo 12 se define a la información sobre la gestión de derechos, diciendo lo siguiente:

“A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.”

Esta disposición se complementa con una declaración concertada a fin de aclarar su contenido.⁵⁷

Antonio Delgado Porras, comentando esta disposición manifiesta que tanto la Conferencia diplomática que adoptó los llamados “Tratados Internet” como las legislaciones que los han traspuesto al ratificarlos o adherirse a ellos, han sido conscientes de la importancia de dicha información para una explotación lícita

⁵⁷ **“Declaración concertada respecto del Artículo 12:** Queda entendido que la referencia a “una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna” incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado.

de las obras y prestaciones en el entorno digital y, de manera especial en las redes del tipo de Internet, en la que tal información se hace imprescindible.⁵⁸

El citado autor sostiene, que la protección jurídica se provee mediante la prohibición legal de tres tipos de actos:

(a) *Los de supresión o alteración de cualquiera de los citados elementos de dicha información;*

(b) *Los de distribución, importación para su distribución, emisión (por radiodifusión) o comunicación al público de ejemplares de obras en los que se haya efectuado la supresión o alteración mencionadas en (a);*

(c) *Los de distribución, importación para su distribución, emisión (por radiodifusión), comunicación pública o puesta a disposición del público de interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas en los que se haya efectuado la supresión o alteración previstos en (a).⁵⁹*

Como lo manifiestan varios reputados autores, el tema de la protección de la información sobre la gestión de derechos no ha suscitado el interés que plantea para el estudio las medidas técnicas o tecnológicas de protección implementadas por los autores o titulares del derecho de autor sobre las obras, razón por la que la doctrina no es ciertamente abundante.

2.5.3 Jurisprudencia aplicada en casos relevantes de cometimiento de infracciones al derecho de autor.

Entre las respuestas del derecho de autor a los retos que representa la sociedad de la información, encontramos dos casos emblemáticos en la jurisprudencia, que a la luz de los principios protectores del derecho de autor, han venido a refrenar conductas que mediante el uso de las nuevas tecnologías han pretendido transgredir los derechos exclusivos de explotación atribuidos al autor y a los demás titulares de estos derechos.

⁵⁸ DELGADO PORRAS, Antonio: "Las medidas tecnológicas para la protección del Derecho de Autor". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, 2002. p.p. 394-395.

⁵⁹ Idem, pp. 395.

2.5.3.1 El Caso RIAA vs Napster Inc.

En el año 1999, los representantes de *Recording Industry Association of America* (RIAA) demandaron a la empresa Napster Inc., que ofrecía a los usuarios un sitio en Internet en el que operaba un programa que permitía intercambiar ficheros de música MP3 a través de Internet de forma gratuita y muy sencilla, tan solo con descargar el programa de la red y de forma automática se crea en el disco duro una carpeta denominada "music" que permite al usuario final cuando abre el programa acceder a la música que otros usuarios con iguales archivos MP3 tienen en esa misma carpeta y hacer la grabación que deseaba bajar el visitante. Napster Inc. Se defendió manifestando que no comete delito alguno, ya que las canciones no las almacena su empresa, sino cada usuario en su propio ordenador.

El 26 de Julio de 2000, la juez de Distrito Marilyn Hall Patel ordenó el cierre de Napster Inc., y dispuso detener el intercambio de materiales protegidos por el derecho de autor antes de las 24h00 del 28 de julio de ese año, pues según su opinión "cuando la infracción alcanza tal magnitud mayorista, los demandantes tienen derecho a reclamar sus derechos de autor",

La Corte de San Francisco en Estados Unidos de Norte América decidió reenviar la causa a la juez encargada recomendándole que permitiera el funcionamiento de Napster, siempre y cuando adoptase medidas encaminadas a impedir el acceso a los usuarios que no respetasen los derechos de propiedad intelectual.⁶⁰

Luego de varios años de disputa el Tribunal de Apelaciones de San Francisco para el Noveno Circuito declaró en sentencia que el software de Napster Inc. carece de legalidad. Que los usuarios de Napster violaban los derechos de autor en especial el derecho de reproducción y distribución de los autores. Que si el operador –Napster - sabía de la existencia de un material específico en su sistema y dejaba de purgarlo, "contribuía" a una infracción directa; que para

⁶⁰ <http://www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/napster>

escapar de una responsabilidad subsidiaria, la vigilancia debía ser ejercida en su máxima extensión, pues no vigilar la conducta del infractor primario conducía a una responsabilidad por infracción al derecho de autor a sabiendas que el material disponible estaba protegido.

Parte de la sentencia señala lo siguiente:

“Napster tenía el derecho y la capacidad y vigilar su sistema y falló en ejercer ese derecho para evitar el intercambio infractor de material protegido, tenía la capacidad de localizar el material infractor listado en sus índices de búsqueda y el derecho a detener el acceso a los usuarios al sistema; Napster por su conducta y conocimiento alentaba y asistía la infracción del derecho de autor de los demandantes, y se beneficiaba económicamente de las disponibilidad de obras protegidas en sus sistema.”⁶¹

2.5.3.2 El Caso MGM y otros vs. Grokster

Grokster, una empresa dedicada a la distribución de un software gratuito que permite a los usuarios el intercambio de archivos que incluyen música digitalizada y películas. Este intercambio se realiza directamente mediante una distribución “puerto a puerto” o “peer to peer” (P2P). Para el intercambio se utiliza el protocolo FastTrack⁶² que permite transmitir archivos digitales que contienen películas, música, programas de televisión y otros de una forma ágil y eficiente.

En el 2004 un grupo de empresas de la industria del espectáculo y entretenimiento encabezados por *MGM*⁶³ demandaron a la compañía Grokster, señalando que través de este programa se estaba violentando los derechos de autor y por considerarlos responsables por “contribución y responsabilidad derivada de hechos de tercero”. En primera y segunda

⁶¹ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito, caso 00-16401: AyM Records vs Napster INC.

⁶² **FastTrack** es un protocolo de red en donde se pueden intercambiar archivos, como música, documentos, entre otros. Se caracteriza por el uso innovador de supernodos para aliviar la carga de los servidores empleados en la red. Posee la capacidad de reanudar descargas interrumpidas y descargar simultáneamente varios segmentos de un archivo de múltiples pares.

⁶³ Metro-Goldwyn-Mayer Inc, **es** una compañía dedicada principalmente en la producción y distribución de películas de cine y programas de televisión.

instancia se resolvió a favor de Grokster, ya que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, ratificó la decisión del Tribunal de Distrito y rechazó la demanda presentada por los actores y determinó que Grokster no era responsable por las infracciones que cometiesen los usuarios de estos programas de computación provistos por ellas.

En este caso La Corte de Apelaciones determinó que el intercambio de información “puerto a puerto” (P2P), no residía en un servidor central sino que cada ordenador pone la información a disposición de otros en la red; es decir, que cada ordenador es al mismo tiempo servidor y cliente, y los proveedores de software en este sentido no tienen control sobre los archivos y peor aun operen reuniones de intercambio entre usuarios.⁶⁴

De igual manera, la Corte considero que Grokster no era proveedor de acceso, ya que los mismos usuarios eran quienes se conectaban entre ellos y creaban la red y proporcionaban ese acceso no regulado por la empresa, puesto que estos no tenían la capacidad de controlar las posibles infracciones y bloquear el acceso a los usuarios, ya que el material no autorizado no era regulado y no pasaba por los ordenadores de los demandados.

Ante esta situación los actores apelaron la decisión de segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. Esta Corte dejó sin efecto la decisión tomada por la Corte de Apelaciones, al considerar que el caso “Sony-Betamax” que se utilizó como precedente en la resolución apelada, había sido mal aplicado en este asunto, pues en aquel caso se había determinado que las videocaseteras grabadoras Betamax eran susceptibles de “usos legítimos significativos”, mientras que en el caso Grokster la distribución de obras protegidas que se realizaba en Grokster, la distribución de obras protegidas vulneraba más que nunca al derecho de autor, porque se utilizaba este software para realizar copias idénticas a su original.

⁶⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Implementación de la protección jurídica de las medidas tecnológicas incluidas en el WCT y en I WPPT”. Opus, cit. pp. 621

En este caso la Corte Suprema entendió que la demandada es responsable por las infracciones al derecho de autor cometidas por los terceros que utilizaron el software distribuido gratuitamente por Grokster, que aunque no cobraba por sus servicios, vendía espacios publicitarios a sus anunciantes. De esta manera se determinó que cuando un producto era usado para cometer infracciones a gran escala, el distribuidor podía ser demandado por “infracción contributiva” o por “responsabilidad derivada del hecho de terceros”⁶⁵.

⁶⁵ Idem. pp.622-623

3. CAPITULO III

Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el entorno digital.

3.1 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y la búsqueda del equilibrio de los intereses de los autores y los usuarios.

Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial del autor, que atribuye unos derechos exclusivos a los autores y sus derechohabientes, nacen de la necesidad de establecer un equilibrio entre los intereses de éstos y ciertos intereses de índole social, en donde concurren otros derechos destinados a garantizar principalmente la cultura, la educación y la información.

Como bien lo señala Antequera, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 15, incluyen en un misma disposición y mediante dos párrafos: por una parte, el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; y, por otra, el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.⁶⁶

Según el autor citado, esta situación plantea la necesidad de un adecuado equilibrio que permita, por una parte, estimular la creatividad de los autores y asegurarles que siguen la suerte económica de su creación y, por la otra,

⁶⁶ ANTEQUERA PARILLI; Ricardo: "Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital". Ponencia presentada en el XI curso académico regional IOMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital". Asunción, 2005.

facilitar al colectivo el acceso a los bienes culturales, sin desmedro de aquella protección.⁶⁷

En el ámbito del ejercicio de los derechos patrimoniales, con el carácter de exclusivos que el derecho de autor otorga a los autores y sus derechohabientes (también se extienden algunos de estos derechos a los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión), es muy clara finalidad de que éstos puedan beneficiarse de la utilización y explotación de sus obras durante el tiempo en que permanezcan en el dominio privado. Es en este ámbito, de los derechos patrimoniales del autor, en donde surgen las limitaciones y excepciones al derecho exclusivo como una herramienta que bajo determinadas condiciones, como la regla de los tres pasos, favorezca el propósito de conseguir el equilibrio con los intereses de los usuarios y el ejercicio de sus derechos a la educación, la cultura y a la información,

3.1.1 Las limitaciones y excepciones bajo el Convenio de Berna.

Las limitaciones y excepciones en el Convenio de Berna, a las que únicamente haremos una breve referencia, partieron precisamente bajo la consideración de la necesidad de que existiera un balance entre la protección efectiva y uniforme a los derechos de los autores sobre sus obras con los diversos intereses públicos.

Así, en varias disposiciones el Convenio de Berna establece los casos calificados como de libre utilización: El artículo 2, párrafo 4), determina la posibilidad que los miembros de la Unión puedan excluir la protección de los textos oficiales; en el artículo 2bis, reserva a los Estados Partes la posibilidad de excluir de la protección a los discursos, conferencias y alocuciones; en el artículo 10, párrafo 1), establece la libre utilización de la cita; en el artículo 10, párrafo 2), permite que se establezcan excepciones con fines de enseñanza; en el artículo 10bis, párrafo 1) permite establecer excepciones en relación con ciertos artículos y obras radiodifundidas; en el mismo artículo 10bis párrafo 2)

⁶⁷ Idem.

se posibilita el libre uso o el establecimiento de licencia no voluntarias, en relación a las obras literarias o artísticas con fines de reportaje de eventos de actualidad; igual en el artículo 11bis, párrafo 3) se posibilita establecer el libre uso o licencias no voluntarias, para las grabaciones efímeras de las obras radiodifundidas.

En relación a las licencias no voluntarias, el Convenio de Berna faculta a los países de la Unión establecerlas en distintas disposiciones, así: el artículo 11bis, párrafo 1) posibilita establecer licencias no voluntarias para la radiodifusión de las obras, sin perjuicio del derecho a obtener una remuneración equitativa; en el artículo 13, párrafo 1), para la grabación de obras musicales.

Aunque el Convenio de Berna (CB) consagra la regla de los tres pasos únicamente para efectos de establecer límites al derecho patrimonial de reproducción, su aplicación se ha generalizado como el “test” o examen al que deben someterse todos los casos que puedan afectar a los derechos patrimoniales. Vale recordar el para los efectos de análisis el artículo 9.2 del CB cuando nos dice:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

En este Convenio también encontramos en el artículo 10 lo siguiente: *“Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan **conforme a los usos honrados** y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”.* Y el artículo 10bis (que autoriza otras posibles utilidades con el fin de informar sobre acontecimientos de actualidad).

La cita de este último artículo, es importante para referirnos a otra expresión que utiliza el Convenio de Berna para justificar la libre utilización de las obras junto a la regla de los tres pasos, esta es la de “usos honrados”. **¿Cuáles son los llamados “usos honrados”?** En el Glosario de la OMPI, encontramos que se refiere a aquellos que <<... *no deben interferir con la “explotación normal de la obra ni deben causar perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”*>>. ⁶⁸

De esta forma encontramos que la regla de los tres pasos y los usos honrados, son conceptos asimilados y se refieren al mismo examen al que tendrán que someterse previamente las situaciones que pretendan configurarse como limitaciones y excepciones al derecho de autor, partiendo desde luego de causas especiales en las que se encuentren involucrados los derechos de la comunidad a la educación, la cultura y el acceso a la información.

Ya que nos referimos a estos conceptos, es conveniente también señalar que en el ámbito del derecho anglosajón en donde rige el *copyright* se utiliza la expresión “*fair use*”, que traducido al español sería “uso leal”, para referirse a los casos que justificarían el uso libre de las obras.

Como podemos observar el Convenio de Berna procura la existencia de un equilibrio, entre el reconocimiento efectivo de los derechos de los autores y los intereses de la sociedad y de esta manera incentivar a los autores y sus creaciones para que sigan con su trabajo intelectual y su aporte a la sociedad, como al público en general para que pueda tener acceso a diversos tipos de obras, siempre y cuando se respeten a los derechos de los autores y demás titulares del derecho de autor.

⁶⁸ Ver: OMPI Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Published by the World Intellectual Property Organization. Geneve, 1980., p. 113

3.2 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital.

A lo largo del presente trabajo, venimos reiterando en que la explotación de las obras en el entorno digital es muy distinta a la que se producía en el mundo analógico. El desarrollo de las nuevas tecnologías ha abierto nuevamente el debate sobre los límites y excepciones al derecho de autor, siempre con el propósito de mantener el anhelado equilibrio entre los derechos de los titulares y de los usuarios. Por esta razón, los recientes tratados internacionales se han visto en la necesidad de incluir en sus normativas limitaciones y excepciones que regulen los derechos de autor en la sociedad de la información.

Hernán Correa Cardozo, al proponer un replanteamiento de este equilibrio, manifiesta que para el entorno digital la utilización de las obras cambia de rumbo, puesto que al utilizar datos inmateriales en lugar de soportes físicos, la relación usuario – obra involucra necesariamente la aprehensión del primero (usuario) a la segunda (obra).⁶⁹

En este mismo aspecto, podemos hacer referencia a lo señalado por Mihály Ficsor, al comentar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT) cuando señala lo siguiente *“sí bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras, el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones validas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente son aceptables en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres niveles.”*⁷⁰

Los tres niveles referidos por Ficsor, son nada más ni nada menos que los contemplados en la regla de los tres pasos, que aun se mantienen vigentes

⁶⁹ CORREA, Hernán: Retos del entorno digital al régimen de limitaciones y excepciones”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. CERLALC, UNESCO, Universidad de los Andes. Bogotá, 2007. Numero 1, p. 122.

⁷⁰ FÍCSOR, Mihály, “Limitaciones y Excepciones en el Ámbito Digital”, ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, Panamá, 2004, p.p. 235.

como test o examen de las situaciones que justificarían los casos de libre utilización aun en el entorno digital. ampliando su aplicación a todos los derechos patrimoniales que comprende el derecho de autor e inclusive los derechos conexos y no únicamente para el derecho de reproducción como lo contempla el Convenio de Berna, conforme lo veremos en adelante en relación a los más recientes tratados internacionales.

3.3 Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los más recientes tratados multilaterales: los ADPIC / TRIPS y los “Tratados Internet” de la OMPI.

La necesidad de replantear las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital, ha sido reiterada – a más del antes citado Hernán Correa - por un sinnúmero de autores. Muchos de estos sostienen en común, que bajo el manto del Convenio de Berna las limitaciones se concibieron en un contexto histórico, político, económico y social totalmente distinto, cuando la cultura tecnológica empezaba a dar sus primeros pasos, puesto que antes del advenimiento de la tecnología digital a partir de los años setentas del siglo pasado, no existían este tipo de tecnologías que posibilitan la interactividad, la inclusión y la conexión en tiempo real, muy propias del fenómeno llamado como “convergencia digital”.

A pesar de lo expresado y conforme analizaremos a continuación, en los más recientes tratados internacionales que regulan cuestiones vinculadas al derecho de autor y los derechos conexos, vamos a encontrar que las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores, aun tendrán que adecuarse a la vieja regla de los tres pasos, que ya se dijo antes, ha sido transpuesta desde el mundo analógico al entorno digital.

3.3.1 El Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC / TRIPS.

Como resultado de la denominada Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales realizada en el marco del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles - GATT (acrónimo del inglés *General Agreement on Tariffs and Trade*)⁷¹, se creó la organización Mundial de Comercio –OMC el primero de enero de 1995, para administrar los acuerdos comerciales negociados por sus Miembros.

Entre los más importantes acuerdos administrados por la OMC, se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual – ADPIC (sus siglas en inglés son TRIPS), en el que se introducen por primera vez en un tratado multilateral de comercio, cuestiones relacionadas a la propiedad intelectual, con la pretensión de armonizar los distintos sistemas existentes en los países firmantes, como una forma de garantizar que las relaciones en el ámbito del comercio mundial en donde gran parte de los bienes que se intercambian son protegidos por derechos de propiedad intelectual, no sufran distorsiones como producto de la presencia de niveles desiguales en los niveles de protección que brindan sus diferentes Miembros.

En el Acuerdo sobre los ADPIC/ TRIPS, la norma referida a las limitaciones y excepciones al derecho de autor la encontramos en el artículo 13, con un texto que revela una clara concordancia con lo establecido en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, cuando prevé lo siguiente:

Art. 13 Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁷¹ Este fue un acuerdo multilateral creado mediante la Conferencia de La Habana de 1947, y firmado en 1948.

Del contenido de esta disposición, se puede establecer brevemente lo siguiente:

- a) Que para el establecimiento de un régimen de limitaciones y excepciones, el ADPIC prevé que sus Miembros deberán aplicar la regla de los tres pasos, tal y como lo prevé el artículo 9.2 del Convenio de Berna, esto es: para casos especiales, que no atenten contra la explotación de la obra; y, no causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.
- b) La gran diferencia de esta disposición con la consagrada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, es que se extiende o amplía la aplicación de la regla de los tres pasos a los casos en que se podrían establecer limitaciones y excepciones a la totalidad de los derechos patrimoniales y no únicamente al derecho de reproducción como lo prevé la CB.

Hernán Correa Cardozo, se refiere a una interpretación doctrinal sobre el alcance de la regla de los tres pasos, en un litigio producido en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio entre la Unión Europea en contra los Estados Unidos de América,⁷² debido a una enmienda introducida al artículo 110 5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, 110 (5) mediante la *United States Fairness in Music Licensing Act* (Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales) el 27 de octubre de 1998, que entró en vigor el 26 de enero de 1999 que disponía la exclusión de un amplio rango de usuarios tales como restaurantes y establecimientos de la obligación de obtener el licenciamiento para la ejecución pública de obras musicales difundidas por radio o televisión. Con la enmienda de 1998,⁷³

⁷² CORREA, Hernán: Opus cit. p.p. 110-111-

⁷³ Con enmienda de 1998, se añadió un nuevo apartado B) al artículo 110 5), relativo a la "excepción por uso en establecimientos comerciales". Esta excepción se aplica a la comunicación por un establecimiento de una emisión o retransmisión que incluya la ejecución o la representación de una obra musical no dramática destinada a la recepción por el público,

En efecto, el Panel (Grupo especial) de la OMC conformado para la caso dio a conocer el 15 de junio de 2000 las conclusiones y recomendaciones de su Informe, que en lo esencial recomienda que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que ponga el apartado B) del artículo 110 5) de la Ley de Derecho de Autor, en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, en la medida en que la excepción por uso en empresas comerciales del apartado B) introducida por la Ley de 27 de octubre de 1998 es considerada incompatible con los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, y por lo tanto deberá ser derogada.

Lo más relevante de este informe, es que el Panel tuvo que realizar un análisis exhaustivo de cada uno de las condiciones contenidas en la regla de los tres pasos, así:

- a) En relación a que se aplicará a determinados “casos especiales”, el informe del Panel interpreta que el caso es especial cuando el uso tenga un propósito vinculado con el interés público y no en consideración al interés personal o particular del usuario;
- b) Respecto a que el caso especial no atente en contra de la normal explotación de la obra, esto es en consideración a las formas en las que podría esperarse razonablemente que el autor explotase su obra en circunstancias normales, según el informe del Panel las excepciones no atentarían contra la explotación normal de las obras “... *si se limitan a un campo o grado de aplicación que no suponga competencia económica con los usos protegidos*”; y,
- c) Finalmente, en consideración a que la excepción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, el informe del Panel señaló que dichos intereses deben estar relacionados a las ventajas o detrimentos económicos, actuales o potenciales del titular, que se afectarían injustificadamente si la limitación o excepción tiene la

potencialidad de ocasionar una pérdida irrazonable del ingreso previsto a favor del mismo titular del derecho.⁷⁴

3.3.2 Los Tratados Internet de la OMPI: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y fonogramas (TOIEF / WPPT).

Con este apelativo, nos referimos a los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual .OMPI, que fueron adoptados en la Conferencia Internacional realizada en Ginebra en diciembre de 1996 y se califican así, según Ficsor - a quien muchos autores califican como “el padre” de estos tratados -, porque la razón de ser de estos dos tratados corresponde en gran medida al hecho de que constituyen una respuesta a los desafíos planteados por la tecnología digital y en primer lugar por la red global, la Internet, no obstante que tengan otro tipo de disposiciones.⁷⁵

En el artículo 10 del TODA / WCT encontramos la disposición que regula las limitaciones y excepciones del derecho de autor, que señala lo siguiente:

- 1) *Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*
- 2) *Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

En relación a este artículo, en primer lugar podemos señalar que la regla de los tres pasos tal como esté contemplada en este Tratado y en el TOIEF, es transportada del mundo analógico que se encontraba en el ámbito internacional jurídicamente instrumentalizado bajo el Convenio del Berna, al entorno digital

⁷⁴ Ver: CORREA, Hernán: Opus cit. p. 111.

⁷⁵ FICSOR, Mihály: “Limitaciones y Excepciones en el Ámbito Digital”. Opus cit. p. 221.

que desde la perspectiva multilateral pretenden regular los Tratados Internet de la OMPI.

En lo que respecta a su redacción, el artículo 10 del TODA / WCT en su primer párrafo es similar al texto del artículo 13 del Acuerdo ADPIC / TRIPS, no obstante que conforme a una declaración concertada a este artículo aclara que las Partes Contratantes tendrán la posibilidad de establecer excepciones y limitaciones en el entorno digital con sujeción a la regla de los tres pasos; y, también es similar a la norma del ADPIC, porque su aplicación no se enmarca únicamente en los derechos de reproducción sino a todos los derechos de los titulares de las obras.

En el segundo párrafo 2 el artículo 10, se refiere a la aplicación de las disposiciones del Convenio de Berna, que en relación a las limitaciones y excepciones, las Partes habrán de restringir cualquier limitación o excepción a los derechos previstos en dicho Convenio, a la regla de los tres pasos.

Para aclarar el texto de este artículo la Conferencia Diplomática adoptó una declaración concertada en los siguientes términos:

Declaración concertada respecto del Artículo 10: Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Conforme lo señalamos previamente, esta declaración concertada nos permite aclarar la posibilidad que tienen los Estados que son partes de este Tratado de ampliar las limitaciones y excepciones que resulten adecuadas en el entorno

digital, desde luego bajo los presupuestos concurrentes de la regla de los tres pasos.

De su parte, el TOIEF / WPPT en su artículo 16 sigue los mismos lineamientos del TODA / WCT en relación a las limitaciones y excepciones y nos dice:

1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

En el primer párrafo, esta disposición faculta a las Estados partes del tratado, para que puedan proveer en sus legislaciones internas en relación a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, iguales limitaciones y excepciones a aquellas establecidas en relación a los derechos patrimoniales de los autores.

En el párrafo segundo, el artículo 16 del TOIEF, determina la obligación de la Partes Contratantes de someter cualquier limitación o excepción a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, a la regla de los tres pasos, igual que en el TODA.

El contenido de este artículo también se aclara mediante una declaración concertada de la Conferencia Diplomática, con una remisión expresa al artículo 10 del TODA / XCT, como consta a continuación:

Declaración concertada respecto del Artículo 16: *La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandis al Artículo 16 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. [El texto de la declaración concertada respecto del Artículo 10 del WCT tiene la redacción siguiente: “Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.”]*

3.4 La responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet (Internet Service Provider –ISP-P por las vulneraciones al Derecho de Autor en el entorno digital.

En referencia a Internet y sus implicaciones en el ámbito de la propiedad intelectual, José Masaguer Fuentes, señala que desde una óptica eminentemente jurídica este nuevo medio se enfrenta a un Derecho cuyos principios y reglas básicas tienen sus cimientos en una realidad tecnológica y socio-económica en la que la explotación de los contenidos protegidos se basa esencialmente en copias físicas que se distribuyen y comunican al público de forma centralizadas, razón por la cual no puede extrañar que las relaciones entre este Derecho y la nueva realidad estuviera en un principio, marcada más por dudas que certezas.⁷⁶

Las infracciones al derecho de autor en Internet por parte de los usuarios, son constantes y facilitadas por la posibilidad que proporciona la tecnología digital de poner a través de los medios de comunicación a circular textos, sonidos e imágenes en un mismo formato y a almacenarlos a su vez en un mismo

⁷⁶ MASSAGUER, José: “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea”: ponencia recogida en el Libro Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, Panamá, 2004, p. 256.

soporte, al que se puede acceder a través de equipos informáticos desde el lugar y momento en que el usuario de manera individual lo decidas.

Como ya se manifestó en un capítulo anterior, la determinación del responsable de las infracciones al derecho de autor se hace muy difícil para los titulares de los derechos, por varias razones como el frecuente anonimato del infractor directo, así como la deslocalización que dificulta su emplazamiento a Derecho, siendo en este contexto el proveedor de servicios intermediarios, el que aparece como el objetivo más claro de responsabilidad.⁷⁷

Siguiendo una explicación muy clara y didáctica de la profesora Delia Lipszyc, se puede identificar a cada uno de los actores intermediarios involucrados en la entrega de contenidos en línea a los usuarios finales, así:⁷⁸

El proveedor de servicios en Internet –ISP–, es aquel que pone a disposición del proveedor de contenido un espacio de memoria en ese servidor – aloja el contenido – y, además brinda el servicio de acceso a Internet. En particular, estos proveedores proporcionan y gestionan las infraestructuras a través de las que se establece la interconexión entre los ordenadores por los que circulan los contenidos que han sido alojados en ordenadores de otros proveedores de servicios.

El proveedor de acceso –IAP– (*Internet Access Provider*), es aquel que básicamente, presta el servicio de conexión a Internet, lo que posibilita el enlace a redes de ordenadores interconectados que forman la red y que incorporan ciertos recursos para mejorar las condiciones técnicas de acceso a los contenidos alojados, tales como el *caching* (sistema especial de almacenamiento de alta velocidad)

⁷⁷ Ver: BUGALLO, Beatriz: “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea”. Opus cit. p. 625.

⁷⁸ Ver: LIPZYC, Delia: “La Responsabilidad de Proveedores de Acceso y Prestadores de Servicios en la Sociedad de la Información por Contenidos Infractores de Derechos de Autor”. Ponencia recogida en el Libro Memorias del del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, Panamá, 2004. p. 1001

El proveedor de alojamiento (*Hosting Service Provider*), es aquel que solamente aloja sitios o páginas en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse con los proveedores de servicios o con un proveedor de acceso.

A más de estos actores, también intervienen como sujetos implicados en la introducción y puesta en circulación de contenidos en Internet, los siguientes:

Los proveedores de contenidos, que son aquellos que crean o seleccionan los materiales a introducir en los servidores conectados a la red, haciéndolos accesibles a los usuarios.

Los usuarios, que son finalmente aquellas personas que desde los equipos informáticos acceden a los contenidos que han sido almacenados.

A criterio de la reputada autora, “el proveedor de servicios y el proveedor de acceso son las personas a quienes se puede considerar como los verdaderos intermediarios en Internet, porque coadyuvan directamente a la transmisión de los contenidos que, potencialmente son obras y prestaciones (...) protegidas por los derechos de autor y conexos, de titularidad de terceros.”⁷⁹

Por esta razón sin duda, fue que los titulares buscaron que sean los *ISP* quienes respondan por las infracciones que cometen los usuarios, ya que estas empresas son fáciles de localizar y cuentan con la solvencia económica necesaria para responder por los daños causados.

Cuando un proveedor de contenidos abre una cuenta con un proveedor de servicios en Internet, tiene la posibilidad de cargar páginas web en un sitio que se encuentra físicamente ubicado en el servidor de ese proveedor y poner los contenidos a disposición de todos los usuarios en la red.

Según la profesora Lipszyc, el proveedor de contenidos es quien elige la información que se publica en un sitio o página Web y es plenamente

⁷⁹ Idem. pp. 1001-1002.

responsable por las infracciones que causa, porque es quien debería saber, si los contenidos que pone a disposición del público están protegidos por los derechos de autor o conexos y si cuenta o no con las autorizaciones de los titulares de esos derechos; no obstante – señala la autora-, la identificación y localización del proveedor de contenidos suele ser problemática, y de conseguirlo es posible que sea poco solvente o que resida en un país con bajo o inexistente nivel de protección legal, de modo que en caso de infracción los titulares del derecho deberán dirigirse a otras personas que intervienen en la cadena operativa, concretamente los intermediarios.⁸⁰

En referencia a la responsabilidad de los ISP, José Massaguer dice que no se puede afirmar con un carácter general que los proveedores de servicios de intermediación reproduzcan directamente los contenidos que se cargan y circulan en y a través de sus equipos que procuran a los a los proveedores de contenidos y usuarios con este fin, puesto que las copias y la puesta a disposición de los contenidos que se cargan, almacenan y envían desde sus servidores (a través de enrutadores, servidores de correo o en los *proxí servers*) se deben a la actuación de terceros, estos son los proveedores de contenidos y los usuarios, que se sirven de los medios técnicos puestos a su disposición, eso sí por el proveedor de servicios de intermediación.⁸¹

En criterio del mismo autor, si bien es cierto que los proveedores de servicios de intermediación no llevan a cabo de manera personal y directa ninguna actuación que implique una reproducción o una comunicación pública de contenidos protegidos, no lo es menos que una vez impartida por el usuario la orden de recuperación del contenido almacenado y puesto a disposición del público se suceden de forma automática una serie de reproducciones efímeras que entran en la esfera de control o dominio técnico del proveedor de servicios

⁸⁰ *Ibíd.* P. 1002.

⁸¹ MASSAGUER, José: “La responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea”. *Opus cit.* p.267.

de intermediación y particularmente de proveedor de servicios de red y de servicios de acceso.⁸²

Para ir aterrizando en estos criterios y el establecimiento de las responsabilidades por las infracciones a los contenidos protegidos por el derecho de autor y/o los derechos conexos, es importante anotar que aunque los proveedores de servicios en Internet no provean los contenidos, ni participen en la decisión de difundir las obras y prestaciones protegidas, no obstante participan directamente en la difusión de esos contenidos y están obligados a responder por el carácter fraudulento de éstos. De modo que si los titulares de los derechos perjudicados hubiesen advertido al ISP sobre el carácter ilícito del contenido infractor y lo intimase a rechazar el alojamiento en su servidor y la circulación de esa información, y el operador no lo eliminara de su servidor y su circulación en la red, no podría excusarse en la ignorancia y la buena fe.⁸³

La responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet ha sido regulada de manera especial a través de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), y en la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de 1998, así como en otras legislaciones como la ecuatoriana o colombiana, que han abordado este tema sin la necesaria profundidad, conforme lo veremos en nuestro caso, en el siguiente capítulo.

En relación a este tema, Rodrigo Bercovitz-Cano manifiesta que en países como Alemania o Estados Unidos los prestadores de servicios de Internet lograron obtener un régimen privilegiado, ya no respondían civilmente por las infracciones cometidas por sus usuarios siempre que cumplieran ciertas

⁸² Idem.

⁸³ Ver: LIPSZYC, Delia: "La Responsabilidad de los Proveedores de Acceso". Opus cit. pp. 1003-1004.

condiciones (que no conocieran que se esta cometiendo una infracción, y en caso que se conociera dicha infracción, bloquear inmediatamente). La Unión Europea estableció que los prestadores de servicios de la sociedad de la información si son responsables por las violaciones que cometan sus usuarios, pero civilmente pueden eximirse de esta responsabilidad si demuestran que no han tenido nada que ver con las actividades ilegales que llevaron a cabo sus usuarios.⁸⁴

La Directiva Europea de Comercio Electrónico y la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), esclarecen de manera exhaustiva las responsabilidades de los proveedores de servicios intermediarios, a la vez que han incorporado disposiciones en las cuales se limitan sus responsabilidades. No obstante se puede afirmar a ciencia cierta, que lo común a estos dos instrumentos jurídicos, es que sus disposiciones van destinadas a que los proveedores de servicios ISP no sean responsables por los actos delictivos de sus usuarios, siempre y cuando no intervengan de manera directa o se mantenga pasivos cuando han sido advertidos o tenían razones suficientes para conocer del acto infractor o ilícito.

Con respecto las responsabilidades en la ámbito de las redes digitales, Santiago Schuster nos dice: *“Si no existen disposiciones específicas que regulen las responsabilidades de los agentes que actúan en el mercado de redes digitales, o que establezcan excepciones de responsabilidad, en particular respecto de la utilización ilícita de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos conexos, debe revisarse la aplicación de los principios generales de la legislación de propiedad intelectual y del derecho común, a fin de encontrar respuesta a las infracciones a los derechos de autor en e mundo de Internet”*.⁸⁵

⁸⁴ Ver: BERCOVITZ-CANO, Rodrigo y otros, “Manual de Propiedad Intelectual” Segunda Edición, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2003. pp.. 304 y 305.

⁸⁵ SCHUSTER, Santiago: “La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios Intermediarios en Línea”. Ponencia recogida en el Libro Memorias del Congreso Internacional “El Derecho de Autor ante los desafíos del mundo cambiante: Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc”. Lima-Perú- 27 de abril de 2006, p. 648.

Los niveles de responsabilidad en este ámbito, se pueden determinar de la siguiente manera:

La responsabilidad contractual, cuando se autoriza por medio de un contrato la utilización de contenidos que están protegidos por derechos de autor o derechos conexos y en este se regulan las posibles infracciones, que en caso de que sean cometidas bastaría reclamar el incumplimiento de contrato. Estos contratos podrían ser de adhesión, y que sus normas se encuentran preestablecidas, en este sentido el prestador de servicios en línea debe indicar a sus suscriptores con claridad las condiciones de uso, para que éstos se sujeten a respetarlas y no tener enfrentamientos posteriores derivados de las infracciones.

La responsabilidad extracontractual, que surge en los casos en que no existe de por medio un contrato en el que se regulen los derechos y obligaciones de las partes, y que responde a la idea de la producción de un daño a un tercero por haber transgredido el deber genérico de abstenerse de una conducta o comportamiento que sea lesivo a los derechos de los demás. En este sentido, toda utilización no autorizada de una obra o prestación protegida por el derecho de autor o un derecho conexo, constituirá una violación una infracción a los derechos de sus titulares, puesto que se ejecuta un acto que se encuentra prohibido por la ley, y el infractor no ha tenido la precaución necesaria para evitar los daños producidos.

4. CAPITULO IV

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana y los conceptos vinculados al entorno digital.

4.1 Breves Antecedentes.

El 19 de mayo de 1998, mediante la Ley No. 83 se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual sancionada por el Congreso Nacional, bajo varias consideraciones entre las que podemos destacar algunas que aparecen como más relevantes, así:

En el primer párrafo se pone de relieve que la protección de la creación intelectual es un derecho fundamental consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el tercer párrafo se señala que la protección de la propiedad intelectual es vital para el desarrollo tecnológico y económico del país; en el párrafo sexto, se afirma que la protección de los derechos intelectuales debe responder a los principios de universalidad y armonización internacional; y, recién en el párrafo séptimo asoma una consideración que fue quizá la razón fundamental para la oportuna expedición de esta ley, esta es la adhesión del Ecuador al Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio y la ratificación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC / TRIPs el acrónimo en inglés).

En relación al ADPIC, hay que recordar que en las Disposiciones Transitorias, se establecen los plazos para aplicar este Acuerdo, Así en el primer párrafo señala que ningún Miembro está obligado a aplicarlo antes del transcurso del período de un año contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC (la fecha de entrada en vigor es el 1 de enero de 1995); y, en el párrafo segundo, determina que todo país en desarrollo Miembro, categoría en la que entraría en Ecuador, tiene derecho a aplazar por un nuevo período de

cuatro años, la fecha de aplicación que se establece en el párrafo primero (la fecha de aplicación conforme el párrafo primero es el 1 de enero de 1996).

Lo señalado en el párrafo anterior, nos muestra que el Ecuador en condición de país Miembro del Acuerdo se encontraba obligado a aplicar las disposiciones del ADPIC a partir del 1 de enero de 1996; no obstante, por su condición de país en desarrollo, tenía un período de gracia y aplazar por cuatro años adicionales la fecha de aplicación de las disposiciones del Acuerdo, esto es hasta el 1 de enero de 2000. No obstante, el 19 de mayo de 1998, a través de la expedición de la Ley de Propiedad Intelectual, se incorporan en gran medida a las disposiciones al ordenamiento jurídico interno nacional.

Con lo expresado, se puede afirmar que la Ley de Propiedad Intelectual fue sancionada –entre otros motivos- , a instancias de las obligaciones asumidas por el Ecuador como miembro de la OMC, razón por la cual existe un desarrollo normativo ajustado al contenido del Acuerdo sobre los ADPIC; y, también, que se pretendió armonizar el ordenamiento jurídico interno con las Decisiones de la Comunidad Andina, que con el carácter de preeminentes y de aplicación directa, vino a regular aspectos sustantivos y comunes a las diversas modalidades de la propiedad intelectual.⁸⁶

En el ámbito de los sistemas internacionales de protección a la propiedad intelectual, el Ecuador ha ratificado varios convenios multilaterales, desde los mas antiguos como el Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial y el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, hasta los mas recientes tratados como el antes mencionado Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC y aquellos acordados en el año 1996 bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y conocidos como los “Tratados Internet”.

⁸⁶ En la actualidad se encuentran vigentes en esta materia las Decisiones Comunitarias Andinas: 351, 486 y 345, que establecen los regímenes comunes sobre derecho de autor, propiedad industrial y de los obtentores de variedades vegetales, respectivamente.

Esteban Argudo Carpio, en un comentario que resume a la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana (LPI) dice:

*“... entre los aspectos destacables que introduce la LPI para hacer frente al reto tecnológico y a las ilimitadas posibilidades de realización de actos de explotación o utilización de las obras protegidas por el derecho de autor, podemos señalar a guisa de muestra los siguientes: modifica las definiciones tradicionales con respecto a los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública, ampliándolas a fin de adecuarlas al entorno digital; protege las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares del derecho de autor y la información electrónica sobre la gestión de derechos, mediante la provisión de recursos jurídicos efectivos; determina las responsabilidades solidarias de los proveedores de servicios, por las infracciones cometidas a través de Internet; y, establece un régimen jurídico especial para la protección del software”.*⁸⁷

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, quizá por la época en que fue expedida, es un instrumento jurídico cuyo texto regula muchos aspectos vinculados al desarrollo de las nuevas tecnologías, así varias de sus disposiciones sustantivas son adecuadas y en parte armonizadas con los más recientes tratados internacionales, como los denominados Tratados Internet de la OMPI, que no obstante que aún no entraban en vigor en el año 1998, ya se tenía conocimiento de sus contenidos; y, en la parte adjetiva, evidentemente desarrolla los compromisos derivados del Acuerdo sobre los ADPIC, ya en vigor a la fecha.

4.2 Los derechos patrimoniales en la Ley de Propiedad Intelectual relacionados al entorno digital.

En el artículo 20, la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), se establecen las modalidades que con el carácter de derechos exclusivos, reviste el derecho patrimonial, con el siguiente texto:

Art. 20.- El derecho exclusivo de explotación de la obra comprende especialmente la facultad de realizar, autorizar o prohibir:

⁸⁷ ARGUDO CARPIO, Esteban: “La Remuneración compensatoria por Copia Privada en el Ecuador: Evolución Legislativa y Jurisprudencial”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor No. 1. CERLALC/UNESCO/Universidad de los Andes. Bogotá, 2007. p. 120.

- a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b) *La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c) *La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d) *La importación; y,*
- e) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*

La explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

De estas varias modalidades, vamos a analizar los conceptos de los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública, que establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual, son los que sin duda dan una respuesta a las nuevas relaciones jurídicas que en materia del derecho de autor han surgido en ámbito o entorno digital.

- a) Comenzaremos con el **derecho de reproducción**, que se encuentra definido en el artículo 21 de la LPS con el texto siguiente:

“La reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella”.

Este concepto del derecho de reproducción introducido en la LPI se encuentra plenamente adecuada al entorno digital, puesto que a más de las formas tradicionales de concebir a la reproducción como son la fijación la réplica de la obra , se incluye también en el concepto a su almacenamiento digital temporal o definitivo.

Como ya se ha analizado en varias partes de este trabajo, el almacenamiento o *up-loading* de las obras o prestaciones protegidas digitalizadas en un soporte electrónico o lo que es igual, la introducción de

un contenido protegido en una memoria de un ordenador conectado a Internet - al que podría accederse desde otros equipos igualmente conectados a la red- , constituye una reproducción en los términos que se explican tanto en la Declaración Concertada respecto del artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT)⁸⁸ como en las Declaraciones Concertadas respecto de los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF / WPPT).

Vale la pena también aclarar, que es unánimemente aceptado que la digitalización de una obra, independientemente del género al que ésta pertenezca, constituye un acto de reproducción, por más que el resultado de esa reproducción no sea perceptible por los sentidos.

- b) Con respecto **al derecho de comunicación pública** La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, define en el primer inciso del artículo 22 al acto de comunicación pública como *“aquel en virtud del 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.”*

Como se puede ver de esta definición, en nuestra legislación el acto de comunicación pública ya no requiere conforme con su concepto tradicional, de la presencia de una pluralidad de personas que se encuentren reunidas en un mismo sitio o lugar para acceder a la obra, sino que, bastaría que desde cualquier lugar y en el momento en que individualmente decidan “... puedan tener acceso a la obra”.

⁸⁸ **Declaración concertada respecto del Artículo 1.4):** El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda 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.

Si como se conoce y ya fue mencionado, las transmisiones digitales permiten mediante sistemas interactivos que un solo usuario, en el lugar y momento que decida, pueda solicitar y tener acceso a una obra, el concepto de comunicación pública contenido en nuestra Ley de Propiedad Intelectual que hace referencia expresa a estos actos, alcanzaría también a cubrir la transmisión de obras en línea o la “puesta a disposición interactiva” a la que se refiere el artículo 8 del TODA / WCT, que de esta forma estaría sometida al ejercicio del derecho exclusivo de los titulares de los derechos.

Además de esto, en el mismo artículo 22, literal f) de la LPI se abarcaría la puesta a disposición interactiva, al incluir entre los actos que comprende la comunicación pública, a la “... *comunicación al público de cualesquiera obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo, los signos, los sonidos o las imágenes, o la representación digital de estos, sea o no simultánea*”.

4.3 Las nuevas obras protegidas en la Ley de Propiedad Intelectual:

Los nuevos géneros de obras resultantes del desarrollo de la aplicación de la tecnología digital, han requerido la implementación de regulaciones jurídicas también nuevas para su protección, tanto en el ámbito internacional - a través de los acuerdos internacionales -, como en las legislaciones nacionales.

A continuación analizaremos como se encuentra regulado en nuestra legislación el tratamiento jurídico a los programas de ordenador o software, a las bases de datos y las obras multimedia.

a) El programa de ordenador (software), así con esta denominación se encuentra definido en el glosario contenido en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual como:

Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador, o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, para la realización de una función o tarea, u obtención de un resultado determinado, cualquiera que fuere

su forma de expresión o fijación. El programa de ordenador comprende también la documentación preparatoria, planes y diseños, la documentación técnica, y los manuales de uso.

El artículo 28 de la LPI, señala que se protege al programa de ordenador o software como una obra literaria y en este sentido - tal como lo sostiene Alberto Bercovitz al comentar la legislación de propiedad intelectual española -, esta calificación no tiene otro objeto que incluir el software bajo el Convenio de Berna con el fin de conseguir su protección a nivel internacional.⁸⁹

La diferencia fundamental que esta protección presenta con la que se establece para las obras literarias en general, esta en que el legislador ecuatoriano ha dedicado un párrafo de disposiciones especiales al software, por lo que cabe manifestar con al autor citado, que el software o programa de ordenador constituye realmente un nuevo tipo de obra y no una obra literaria más protegida por el derecho de autor.

El contenido del artículo 28 de la LPI, es concordante con lo dispuesto en el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, estipula que los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Art. 2 del Convenio de Berna, protección que se aplica sin importar la forma de expresión.

Nuestro legislador otorga la protección al software con independencia de que haya sido incorporado a un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se encuentre expresado ya sea en forma legible por el hombre (código fuente) o en forma legible por la maquina (código objeto), ya sean programas operativos y programas aplicativos. Esta protección es extendida inclusive para toda la documentación técnica de respaldo, como son los diagramas de flujo, planos,

⁸⁹ Ver: BERCOVITZ, Alberto: "Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la Protección de los Derechos Intelectuales. La quiebra de los Conceptos Tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones Jurídicas". Artículo citado por ARGUDO, Esteban: "El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías". Ruptura No. 49, Libro Anual de los Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Quito, 2005. p.p. 193-194.

manuales de uso y en general a todos aquellos que conforman la estructura y secuencia del programa.

Finalmente, hay que señalar que la Decisión 351 de la Comunidad Andina, reconoce la protección de los programas de ordenador en los mismos términos que las obras literarias, bien como programas operativos o aplicativos, en forma de código fuente o código objeto, remitiéndose además a la aplicación del Art. 6bis del Convenio de Berna a efectos de la protección de los derechos morales.⁹⁰

b) **Las bases de datos** constan también definidas en el glosario del artículo 7 de la LPI, que se refiere a ellas en singular como: *“Compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en una unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma.”*

Esta definición evidencia que el legislador ecuatoriano se refiere a las bases de datos que son almacenadas digitalmente en un soporte electrónico y no a las bases de datos analógicas, razón por la que se pueden mencionar esta referencia a un nuevo género de obra resultantes de la aplicación de las nuevas tecnologías, aunque en esencia no sean más que compilaciones de informaciones, datos o de obras, cuyo contenido puede o no ser protegido por el derecho de autor.

En concordancia con la disposición que consta en el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT)⁹¹, la Ley de Propiedad Intelectual en el literal b) del artículo 8, considera como obras protegidas a las bases de datos de toda clase, que

⁹⁰ Ver: Capítulo VIII de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, dedicado a los programas de ordenador y a las bases de datos.

⁹¹ Esta disposición del TODA se complementa con la siguiente Declaración Concertada:

Declaración concertada respecto del Artículo 5: El ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos) en virtud del Artículo 5 del presente Tratado, leído junto con el Artículo 2, está en conformidad con el Artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC.

“... por la selección y disposición de las materias constituyan obras intelectuales, sin perjuicio de los derechos de autor que subsistan sobre los materiales o datos”

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, a diferencia de la LPI hace una mención especial a las bases de datos, cuando el título del Capítulo VIII se dedica a éstas y a los programas de ordenador. Es así, que con mayor claridad el legislador comunitario andino, en el artículo 28 de esta Decisión señala:

Art. 28.- Las bases de datos son protegidas siempre que por la selección y disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman.

A la luz de esta disposición y de los principios tradicionales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, la protección del derecho de autor no abarca a los datos o materiales contenidos en la compilación.

La lectura de la parte final del literal b) del artículo 8 de la LPI, nos permite inferir además que cuando las bases de datos incluyen obras o materias protegidas por el derecho de autor, requieren de la autorización de sus titulares de este derecho.

Nuestra ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, reconocen en los catálogos abiertos de obras protegidas a las bases de datos, aunque la norma comunitaria hace una mención especial a esta obra en el Capítulo VIII , dedicado también a los programas de ordenador (ver, Art. 28).

c) **La obra multimedia**, a diferencia de los programas de ordenador y las bases de datos, no cuenta con el privilegio de una mención o referencia siquiera en nuestro ordenamiento jurídico interno o comunitario andino.

Por la razón antes mencionada, vale recordar que conforme a criterios doctrinales comunes es aquella en que pueden confluír obras y prestaciones de distinto género, tales como literarias, musicales, audiovisuales, visuales, interpretaciones, software, etcétera, teniendo como característica que mediante la tecnología digital estas obras y prestaciones pueden integrarse en un mismo formato digital, que además posibilitan al usuario interactuar con el material fijado.

Desde esta perspectiva, la obra multimedia constituye de por sí una obra en coautoría, en la que colaboran distintos titulares a través de sus respectivas aportaciones, las que administradas por un software, permiten al público interactuar con la producción resultante.

Según Esteban Argudo Carpio, no obstante la falta de una referencia expresa, conforme con la legislación ecuatoriana la creación multimedia podría ser considerada una obra en colaboración, si es que cada autor contribuyera con su aporte para una obra conjunta; no obstante, que esta situación varía si en la obra multimedia existen se incorporaran obras preexistentes que no son creaciones originarias para la misma, pues en este caso la titularidad podría atribuírsela al productor.⁹²

El mismo autor señala, que al no existir una referencia a la obra multimedia como una nueva categoría de obra, nuestra legislación tampoco define quienes son sus autores o titulares, independientemente de los derechos de explotación que pudieran corresponder al productor de la misma.

Por todas estas características o peculiaridades, son muchos los autores que coinciden en el criterio que la obra multimedia merecería – a la manera del software -, un tratamiento diferenciado o especializado en las legislaciones, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se integran en todo o en

⁹² ARGUDO CARPIO, Esteban: El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías”. Ruptura No. 49, Libro Anual de los Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Quito, 2005. p. 193.

parte, con obras preexistentes, que necesariamente deben contar con la autorización de los titulares de derechos.

4.4 La ley de Propiedad Intelectual y la regulación destinada a proteger: a) las medidas tecnológicas implementadas por los titulares del derecho de autor; y, b) a la información sobre la gestión de derechos.

Una gran parte del mérito de nuestra Ley de Propiedad Intelectual para que se pueda calificar como una legislación contemporánea y adecuada a la Sociedad de la Información, radica en las normas que vamos a analizar a continuación, que desarrollan plenamente los compromisos adquiridos a través de la ratificación de los Tratados Internet de la OMPI.

a) La protección a las medidas tecnológicas implementadas por los titulares del derecho de autor, en el ámbito de las utilidades digitales se constituyen en un aporte indispensable para garantizar los derechos de los autores y los demás titulares de los derechos, tal como los entendieron las Partes Contratantes en la Conferencia Diplomática de diciembre de 1996, para adoptar los denominados Tratados Internet de la OMPI.

Siguiendo la línea de los Tratados Internet de la OMPI, el legislador ecuatoriano parte del reconocimiento de los titulares de los derechos de autor, para aplicar las medidas tecnológicas destinadas a conseguir una eficaz protección de las obras, como. Así, el artículo 25 de la LPI, en un extenso texto señala lo siguiente:

Art. 25.- El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles o intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. Los actos de importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios, puesta en circulación o cualquier otra forma de facilitación de aparatos o medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios de protección aplicados por el titular del derecho de autor, realizados sin su consentimiento, serán asimilados a una violación del derecho de

autor para efectos de las acciones civiles así como para el ejercicio de las medidas cautelares que corresponda, sin perjuicio de las penas a que haya lugar por el delito..

La disposición citada, evidentemente desarrolla las disposiciones relacionadas a las medidas tecnológicas contenidas en los artículos 11 del TODA / TOIEF y 18 del TOIEF / WPPT, puesto que se refiere a la facultad del titular del derecho de autor de aplicar o “exigir que se apliquen” (en esto no se señala al sujeto pasivo de esta exigencia), las protecciones técnicas que en seguida en el propio artículo se describen.

No existe en el tenor de este artículo una exigencia que si se encuentra en los dos Tratados Internet de la OMPI, esto es que esas medidas tecnológicas o las protecciones técnicas (esta última expresión para utilizar los términos de nuestro legislador), sean “efectivas”. Por medidas tecnológicas efectivas “... se entienden todas aquellas que restrinjan actos relacionados con materiales protegidos por los derechos de autor incluso el acto de acceder al material”.⁹³

La disposición analizada no sería suficiente, si no se complementará con el compromiso constante en los mencionados artículos de los TODA / WCT y TOIEF/WPPT, de proporcionar recursos jurídicos efectivos en contra de las acciones que implican eludir o circunvenir las medidas tecnológicas de protección, que el legislador ecuatoriano evidentemente provee, al sancionar en el literal f) del artículo 325 de la LPI, como un delito estas acciones, como se demuestra con su texto a continuación:

Art. **325.-** Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:(...)

d)Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier

⁹³ FICSOR; Mihály: “Limitaciones y Excepciones en el Entorno digital”. Opus cit. p. 240.

otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.

b) La protección a la información electrónica sobre la gestión de derechos, es otra de las medidas necesarias en el entorno digital, para posibilitar una administración eficiente de los titulares del derecho de autor y de otros derechos, sobre todo en el licenciamiento de las obras y prestaciones y en el monitoreo de las utilidades de tales materiales.

En el inciso final del artículo 26, la Ley de Propiedad Intelectual utiliza una fórmula similar a la contemplada en el artículo 12 (2) del TODA / WCT, para definir a la información sobre la gestión de derechos, así:

Se entenderá por información electrónica aquella incluida en las copias de obras, o que aparece en relación con una comunicación al público de una obra, que identifica la obra, el autor, los titulares de cualquier derecho de autor o conexas, o la información acerca de los términos y condiciones de utilización de la obra, así como número y códigos que representan dicha información.

En el mismo artículo en dos párrafos, se describen las conductas que constituyen una violación a la información sobre la gestión de derechos, de la forma siguiente:

Art. 26.- También constituyen violación de los derechos establecidos en este libro cualquiera de los siguientes actos:

- a) Remover o alterar, sin la autorización correspondiente, información electrónica sobre el régimen de derechos; y,
- b) Distribuir, importar o comunicar al público el original o copias de la obra sabiendo que la información electrónica sobre el régimen de derechos ha sido removida o alterada sin autorización.
- c) La provisión de los recursos jurídicos efectivos, que se dispone en los artículos 12 del TODA / WCT y 19 del TOIEF /WPPT, en contra las personas que, con

conocimiento de causa, realicen los actos señalados en el citado artículo 26 de la LPI, se cumpliría en el ordenamiento jurídico ecuatoriano al tipificar como un delito en el literal g) del artículo 324 de este cuerpo legal, las conductas destinadas a comercializar obras o prestaciones en las cuales, se ha alterado o removido la información sobre la gestión de derechos, así:

Art. 324.- Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144, 50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos: (...)

- d) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras, fonogramas o videogramas en las cuales se ha alterado o removido información sobre el régimen de derechos aplicables.

4.5 La Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet en la Ley de Propiedad Intelectual.

Los más recientes tratados internacionales multilaterales, cuyo contenido ha sido analizado a efectos de establecer las respuestas que desde el ámbito jurídico se proporciona a los retos que se presentan para el derecho de autor en el entorno digital, no han proveído ninguna norma para regular la responsabilidad de los proveedores de servicio y acceso a Internet –ISP-.

Es válido recordar que en el capítulo anterior, al analizar el tema del establecimiento de las responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet por las infracciones a los contenidos protegidos por el derecho de autor y/o los derechos conexos, señalamos la importancia de aclarar que aunque los proveedores de servicios en Internet no provean los contenidos, ni participen en la decisión de difundir las obras y prestaciones protegidas, no obstante participan directamente en la difusión de esos contenidos y están obligados a responder por el carácter fraudulento de éstos.

El legislador ecuatoriano, sigue este criterio cuando en una sola disposición contenida en el artículo 292 de la LPI, señala lo siguiente:

Art. 292: Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en ésta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte.

Se entenderá que ha sido advertido de la posibilidad de la infracción cuando se le ha dado noticia debidamente fundamentada sobre ella.

Los operadores u otras personas naturales o jurídicas referidas en esta norma, estarán exentos de responsabilidad por los actos y medidas técnicas que adopten a fin de evitar que la infracción se produzca o continúe.

Aunque resulta exiguo que se destinara apenas un artículo de esta Ley a un tema tan relevante en el entorno digital, la simple atribución de una responsabilidad solidaria - suponemos que en relación con los infractores directos que podrían ser los proveedores de contenidos o los usuarios -, a los prestadores de los servicios intermediarios, que se mencionan en la norma como “... operadores o cualquier persona que tenga el control de un sistema informático interconectado a la red”,⁹⁴ consideramos que es de suma importancia, porque de cierta manera recoge en esencia aquello que de manera exhaustiva se encuentra regulado en importantes instrumentos jurídicos como la Directiva Europea de Comercio Electrónico y la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA).

Existe alguna esencial coincidencia con los instrumentos jurídicos citados, cuando nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece la responsabilidad (aun

⁹⁴ Estos pueden ser categorizados de manera general como proveedores de servicios y de acceso.

de manera solidaria, lo que se entendería como una responsabilidad indirecta o contribuyente) de los proveedores de servicios intermediarios, por las violaciones que cometan sus usuarios; no obstante, que pueden eximirse de esta responsabilidad si demuestran que no han tenido nada que ver con las actividades ilegales que llevaron a cabo sus usuarios.

Si es así, en el caso que los titulares de los derechos perjudicados hubiesen advertido al ISP sobre el carácter ilícito del contenido infractor alojado en su servidor y puesto en circulación a través de la red o cuando el tenga motivos suficientes para conocer de este hecho y no hiciera nada por eliminarlo de su servidor o para bloquear su circulación, será responsable solidario por el cometimiento de la infracción.

En el capítulo anterior también afirmados, que lo común a estos la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico y la DMG, es que sus disposiciones van destinadas a que los proveedores de servicios ISP no sean responsables por los actos delictivos de sus usuarios, siempre y cuando no intervengan de manera directa o en el caso se mantenga pasivos sin embargo de que han sido advertidos o tenían razones suficientes para conocer del acto infractor o ilícito. En esta misma situación, la Ley de Propiedad Intelectual establece que el ISP es responsable indirecto por los actos violatorios previstos en la ley, pero bajo la condición de conocer que se está cometiendo un hecho ilícito y sin que haya adoptado las medidas necesarias para evitarlo.

5. CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES:

Del trabajo realizado podemos destacar las siguientes conclusiones:

- Como primera conclusión podemos señalar que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha producido una revolución en el mundo de las comunicaciones y de la información, y, que ha tenido repercusiones favorables en un sistema jurídico en donde las normas tradicionales fueron concebidas dentro de la esfera de un mundo en el que las telecomunicaciones o la radiodifusión, se desarrollaban mediante el uso de la tecnología analógica y que ha tenido que transformarse en la era digital. Es necesario recordar que en el mundo de la tecnología analógica se dependía de soportes materiales para difundir las formas de expresión utilizadas por los autores en sus obras y que los costos de producción eran generalmente altos. En la era digital, un solo ejemplar de la obra del autor podría ser accesible a muchas personas a la vez, mediante su recepción en cualquier lugar del mundo y a costos relativamente bajos.
- La aparición del internet es un fenómeno que podríamos afirmar que es preponderantemente social (en especial por los cambios en las costumbres de las personas, que ahora se pueden comunicar con una inusitada facilidad, vale citar nada más a las denominadas “redes sociales”, como *facebook* o *hi5*), que ha traído consigo situaciones que en un plano abstracto y general se pueden calificar como positivas para el derecho de autor, pues las obras se divulgan con mayor facilidad; no obstante que también tiene su lado negativo, ya que como se vio en el desarrollo de este trabajo las redes digitales pueden resultar en muchos casos inseguras y no sólo cuando nos referimos a los derecho de autor, sino también para otros ámbitos como la confidencialidad o la seguridad pública, en este sentido la misma tecnología nos ayuda para que la inseguridad existente

en el internet no se revierta en contra de los autores y sus obras que se encuentran en la red.

- El derecho de autor frente al desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido que adecuarse y actualizarse a los nuevos desafíos que presente este mundo cambiante. Las legislaciones nacionales han actualizado sus conceptos y disposiciones por la necesidad de tener una normativa efectiva que garantice los derechos de los autores en el entorno digital. En el caso de nuestro país, contamos con una Ley de Propiedad Intelectual que se adecuo a los constantes cambios tecnológicos a fin de garantizar una protección eficiente para los creadores y sus obras en la sociedad de la información.
- En relación a este mismo tema, desde el ámbito del derecho internacional la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), auspició los denominados “Tratados Internet”, con el propósito de dar una respuesta desde el ámbito multilateral al desarrollo de las nuevas tecnologías y la incidencia de éstas en los derechos reconocidos a los autores y los titulares de los derechos conexos. Es así como se ha conseguido ampliar los conceptos tradicionales de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública, establecer obligaciones relacionadas a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos y, permitir que bajo el paraguas de las regla de los tres pasos establecida en el Convenio de Berna, se puedan ampliar las limitaciones y excepciones en adecuación al entorno digital. De esta forma, el derecho ha establecido condiciones adecuadas para que el internet sirva como medio de difusión de conocimiento y al mismo tiempo como un mercado para las obras protegidas.

5.2 RECOMENDACIONES:

- Conforme se ha puesto de manifiesto en este trabajo, la Ley de Propiedad Intelectual promulgada el 19 de mayo de 1998 (LPI), es un instrumento jurídico cuyo texto regula muchos aspectos vinculados al desarrollo de las nuevas tecnologías y varias de sus disposiciones sustantivas son adecuadas y armonizadas en parte con los más recientes tratados internacionales, como los denominados Tratados Internet de la OMPI; y, en la parte adjetiva, evidentemente desarrolla los compromisos derivados del Acuerdo sobre los ADPIC, sin embargo hay cuestiones que deberían mejorarse en caso de que - como se menciona a la época con insistencia - , se realice una reforma, en los casos que a continuación se mencionan.
- En el tema de las limitaciones y excepciones, que conforme con el Convenio de Berna surgen por la necesidad de mantener el equilibrio entre el interés individual y el social o colectivo, .la LPI se adecua en gran medida a la Decisión 351 de la Comunidad Andina, y estos dos instrumentos contemplan situaciones que fueron perfectamente justificables dentro del ámbito de la explotación de las obras en el entorno digital.

No obstante y sin pretender que se menoscabe los derechos de los autores y otros titulares de los derechos sobre obras y prestaciones, es perfectamente posible que al amparo de lo establecido en los “tratados internet” de la OMPI, se puedan ampliar las limitaciones o excepciones, por ejemplo a algunos actos de reproducción provisionales que formen parte integrante de un proceso tecnológico cuya finalidad consista en facilitar el uso legal o la transmisión en red entre terceros a través de un intermediario de una obra o de un objeto protegido y que no tenga una significación económica independiente, que entre otras excepciones ha sido introducida en la Directiva de la Unión Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información.

- En la LPI se podría hacer una referencia expresa en relación con la creación multimedia, a fin de determinar como una nueva categoría de obra, con un tratamiento diferenciado o especializado, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se integran en todo o en parte, con obras preexistentes, que necesariamente deben contar con la autorización de los titulares de derechos. Como señalan muchos autores, esta regulación sería dedicada a la manera del tratamiento diferenciado que se hace del software.
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISP), no ha sido debidamente regulada en la LPI, puesto que existe una sola disposición el artículo 292 que el legislador ecuatoriano destina a las situaciones de violación del derecho de autor a través de las redes de comunicación digital, estableciendo que *“... tendrá responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en ésta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte”*

Conforme se analizó en este trabajo, en importantes instrumentos jurídicos como la Directiva Europea de Comercio Electrónico y la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), se esclarece de manera exhaustiva las responsabilidades de los proveedores de servicios intermediarios y a la vez se incorporan disposiciones en las cuales se limitan sus responsabilidades. Nuestro legislador podría ampliar el contenido del artículo 292, determinando con precisión las responsabilidades de los diversos proveedores de servicios y las situaciones en que se eximirían de tal responsabilidad por los actos delictivos de sus usuarios, tales los casos en que no intervengan de manera directa o cuando no tenían motivos razonables para conocer de las actividades infractoras y otros más, puesto que conforme se dijo anteriormente, no se puede afirmar con un carácter general que los ISP

reproduzcan directamente los contenidos que se cargan y circulan a través de los equipos que procuran a los a los proveedores de contenidos con este fin, puesto que las copias y la puesta a disposición de los contenidos que envían desde sus servidores a través de enrutadores, servidores de correo o en los *proxi servers*, se deben a la actuación de los proveedores de contenidos y los usuarios.

- La introducción en la LPI de una regulación exhaustiva sobre las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en la red, permitiría al juez nacional resolver situaciones como aquellas que se han analizado en los casos de *Napster* o *Grokster*, en los que se establecieron responsabilidades indirectas o contribuyentes derivadas de conductas infractoras de terceros - los usuarios- , en el intercambio de archivos que incluyen música digitalizada mediante una distribución “puerto a puerto” o “peer to peer”. Con la regulación actual, se hace difícil pensar que nuestros magistrados resuelvan adecuadamente casos similares a los anotados, a menos que sean creativos y recurran a normas que puedan contribuir con carácter supletorio, como las contenidas en el Código Civil.

BIBLIOGRAFIA:

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Consideraciones sobre Derecho de Autor", Buenos Aires, Talleres Gráficos Leonardo Impresora, 1977.

ANTEQUERA, Ricardo: "Derecho de Autor". Tomo I. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Caracas, 1998, p.p. 126.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "*Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*". Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana.

Santo Domingo, 2001. Tomo I.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "Del Entorno Analógico a la Tecnología Digital: Evolución Jurisprudencial". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado "El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante", en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006.

ANTEQUERA, Ricardo: "Implementación de la protección jurídica de las medidas tecnológicas incluidas en el WCT y en el WPPT". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, 2002.

ARGUDO CARPIO, Esteban, "El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías", Ruptura N° 49, Tomo I, 2005.

ARGUDO CARPIO, Esteban, "Apuntes de Clase de Derecho de Autor y Protección", Pontificia Universidad Católica, Quito, Ecuador, 2009

ASTUDILLO GOMEZ, Francisco, "La Protección legal de las Invenciones" Editorial Venezolana, Mérida-Venezuela, 2004.

BERCOVITZ, Alberto, "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales de propiedad intelectual", El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías, Colección Análisis, 1996.

BERCOVITZ, Alberto: "Riesgos de las Nuevas Tecnologías en la Protección de los Derechos Intelectuales. La quiebra de los Conceptos Tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones Jurídicas". Artículo publicado en el Libro: "El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías" Ministerio de Cultura, Madrid.

BERCOVITZ, Alberto: "El derecho de autor en el Acuerdo TRIPs". Artículo que consta en el libro de varios autores titulado: "Propiedad Intelectual en el GATT". Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.000

BUGALLO, Beatriz. "La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea". Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado "El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante", celebrado en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006.

CABALLERO LEAL, José Luis: "Aspectos Jurídicos de las Distribución en línea de Obras Literarias, Musicales, Audiovisuales, Bases de Datos, Producciones Multimedia": Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002
Convención Universal sobre Derecho de Autor, Paris, 1971, R.O. Ecuador N° 847 del 07-01-92.

Constitución Política del Ecuador 2008.

Convenio de Berna para la Protección de la Obras literarias y artísticas, R.O. Ecuador N° 844 del 002-01-92.

Corporación de Estudios y Publicaciones, “Legislación sobre Derechos de Autor”, Quito, Edición Especial de la Sociedad de Atores y Compositores Ecuatorianos “SAYCE” 1993.

CREMADES, Javier: “Régimen jurídico de internet, Editorial La Ley, Madrid, 2002

FERNÁNDEZ BEOBIDE, César: “Las Nuevas Tecnologías y las Creaciones Intelectuales. Aspectos Positivos”. Artículo publicado en el compendio de varios autores titulado: “El Derecho de Propiedad Intelectual y Las Nuevas Tecnologías” Ministerio de Cultura de España, Madrid, 1996

FÍCSOR, Mihály, “Limitaciones y Excepciones en el Ámbito Digital”, IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, Panamá, 2004.

GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: “El Derecho de Autor en Internet”. Editorial Comares, Granada, 2001

Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial N° 320, 1998.

LIPSZYC, Delia, “Derechos de Autor y Derechos Conexos”, Buenos Aires, Argentina, Ediciones UNESCO, 2001.

LIPSZYC, Delia: “La tecnología vs los ilícitos en el Derecho de Autor”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, 2002

PROAÑO MAYA, Marco: “El Derecho de Autor con referencia especial a la Legislación Ecuatoriana”. Central de Publicaciones. Quito, 1972

Rengifo García, Ernesto, Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor, Universidad Externado de Colombia, Sigma Editores Ltda., Bogotá, Colombia, 1997, p.49

RODRÍGUEZ CORTEZO, Jesús: “Las tecnologías de la Información: conceptos y usos”. Artículo publicado en el libro denominado “El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías”. Ministerio de Cultura de España, 1996

RODRÍGUEZ MORENO, Sofía: “La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor”. Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2004

SANTIAGO, Vanisa: “El Derechos Patrimonial en el Siglo XXI”. Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006

SATANOWSKI, Isidro: “El Derecho Intelectual”. Edit. TEA. Buenos Aires. 1954. Tomo I. p. 470.

SHAPIRO, ANDREW: “The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know”. 1999

SHERWOOD, Robert M: “Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico”. Editorial Heliasta S.R.I. Buenos Aires, 1990

SCHUSTER, Santiago, “El Derecho de Autor Y los Derechos Conexos en el mundo digital”, Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI, 1997.

Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA), 1996.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), 1996.

Varios Autores, “Breviario de Derecho de Autor, Livrosca C.A., Universidad de los Andes, Postgrado en Propiedad Intelectual”, Venezuela, 2000.

Varios Autores, “Derechos Intelectuales”, X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Quito, 1995.

Libro de Memorias del Congreso Internacional denominado “El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante”, celebrado en homenaje a la Dra. Delia Lipszyc. Editado por Palestra Editores S.A.C. Lima, Perú, 2006.

Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, Tomo I 2002.

Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, realizado en Panamá, Tomo II 2002.

www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/napster