



FACULTAD DE DERECHO

**El Impacto de la Tecnología Digital y los Nuevos Mecanismos de
Protección de Fonogramas: Controversia y Soluciones en la Normativa
Nacional**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para
obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía: Dr. Santiago Bustamante Sáenz

Humberto Alejandro Herrera Tamariz

2010

Quito

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Santiago Bustamante Sáenz

Doctor en Jurisprudencia

C.C. 170745166-0

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.

Humberto Alejandro Herrera Tamariz

C.C. 171149529-9

DEDICATORIA

A mi padre, ejemplo a seguir, quien con amor, pujanza y entereza hace posible afrontar cualquier reto.

Mi madre, colmada de paciencia, bondad y sabiduría.

A mis amados hermanos Antonio, Lucía y Carolina, un gran motivo para querer ser mejor día a día.

Mi abuelita Georginita, quien rejuvenece mi espíritu a través del suyo.

A mi familia, unidad y amor latente en cada acto de vida.

AGRADECIMIENTO:

A mis padres, quienes permanentemente me han apoyado en todos mis sueños y metas.

Mis hermanos, su amor y entusiasmo es capaz de engrandecer mi vida en un segundo.

Bárbara, quien ha sido un apoyo incondicional en todo este proceso.

A todos quienes han participado, contribuido y han hecho posible este trabajo.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación consiste en una breve introducción al origen de los fonogramas, el empeño por las Organizaciones Internacionales por protegerlos mediante la promulgación de Convenios y Tratados Internacionales, de todos los cuales la República del Ecuador ha sido estado contratante, y la propia participación del Ecuador al expedir la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento. Se analiza el efecto de la piratería, su incidencia en el ámbito nacional e internacional; la aparición de las nuevas tecnologías, la controversia legal que se ha generado a nivel internacional y la participación de organismos internacionales en que tienen como principal objeto contrarrestar la permanente infracción de los usuarios en la web, siendo su más emblemático ejemplo, las redes denominadas Peer to Peer; y, la problemática que ha existido entre las sociedades de gestión colectiva y los organismos de radiodifusión, siendo de trascendental importancia realizar un análisis de la acción de inconstitucionalidad planteada por un medio de radiodifusión, contra el pliego de tarifas publicado por SOPROFON, a fin de recaudar licencias de uso sobre el repertorio de sus fonogramas. Se cuenta con la contribución de criterios de personas inmersas en el campo e influyentes en la protección y explotación de fonogramas, esto es: Compañías Discográficas, Doctores en Jurisprudencia precursores por su protección, medios de radiodifusión y la visión de los propios artistas nacionales.

ABSTRACT

The following investigation consist on a brief introduction to the origin of phonographs, the constant efforts done by International Organization in order to protect them, by promulgating several international Agreements and Treaties, in which Ecuador has being a signing country, also the interest of Ecuador itself by subscribing its Intellectual Property Law and Regulation. Music piracy, its implications in national and international law are analyzed; the appearance of new technologies, legal controversy which was occurred from it and the involvement of International Organizations who have as priority resisting those networks; The persistent conflict between radio and television with labels and companies that charge special values because of its use, and the very high importance that has had the unconstitutional declaration for the SOPROFON license of use. The important contribution of labels, specialized lawyers in phonographs protection, people at radio and television, and artists give this investigation a different angle.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

1	ORIGEN DE LOS FONOGRAMAS.....	4
1.1	El Derecho del Productor Fonográfico.....	4
1.1.1	Origen de la Grabación.....	5
1.2	La Protección al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Multilateral	7
1.2.1	Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas con el Comercio (ADPIC).....	10
1.2.2	Tratados Internet.....	12
1.3	La Protección al Derecho de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Campo Nacional	15
1.4	El Productor Fonográfico en los Tratados Internacionales Ratificados por el Ecuador	18
1.5	Las Sociedades de Gestión Colectiva	20
1.5.1	Creación de la Sociedad de Gestión Colectiva “Sociedad de Productores de Fonogramas del Ecuador SOPROFON”	22

CAPÍTULO II

2	APARICIÓN DE MÉTODOS QUE QUEBRANTARON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS	23
2.1	La Piratería.....	23
2.1.1	Impacto de la Piratería en el Ecuador.....	25

CAPÍTULO III

3 LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS CONEXOS	31
3.1 Las Nuevas Tecnologías	31
3.1.1 El Internet.....	32
3.1.2 Incidencia de las Nuevas Tecnologías en la Protección de Fonogramas.....	33
3.2 Los Derechos de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital	34
3.2.1 Teoría Digital: En la Red, en las Descargas	37
3.2.2 Derechos Patrimoniales en la Red.....	40
3.2.3 Análisis del Efecto Peer to Peer.....	41
3.2.4 Características de las Redes Peer to Peer	43
3.3 Controversia Legal de las Redes Peer to Peer	45
3.3.1 Situación Legal de las Redes Peer to Peer.....	46
3.3.2 Situación Legal en el Ecuador	47
3.4 Estudio del Caso Napster en Estados Unidos de América.....	50
3.5 Obras en la Red	53
3.6 La Protección Internacional de los Organismos de Radiodifusión.....	56
3.7 Cambio de Modelo de Negocios.....	58

CAPÍTULO IV

4 LOS GRANDES USUARIOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS CON LA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA	62
4.1 Acción de Declaratoria de Inconstitucionalidad No. 026-06-TC planteado por la Asociación de Canales de Televisión, ante la Resolución No. 021 del Director de Derechos de Autor del IEPI,	

publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002	63
4.1.1 Contenido de la Demanda de Inconstitucionalidad Presentada por la Asociación de Canales de Televisión	63
4.1.2 Contestación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual	65
4.1.2.1 Resolución No. 021 Publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de Septiembre de 2002, por la que se Dispone la Publicación en el Registro Oficial del Pliego de Tarifas ratificada por la Asamblea General de Sociedad de Productores de Fonogramas SOPROFON.....	66
4.1.2.2 Derecho Comparado	68
4.1.3 Resolución No. 026-2006-TC, de la Demanda Presentada por el Señor Franklin Javier Mazón Figliole, Presidente de la Asociación de Canales de Televisión, Mediante la Cual se Solicita se Declare la Inconstitucionalidad de la Resolución No. 021 Publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de Septiembre de 2002, Dictada por el Tribunal Constitucional, Con Siete Votos a Favor (Unanimidad)	76
4.1.4 Posiciones y Criterios Respecto de la Resolución No. 026-2006-TC y la Aplicación de Tarifas	77
4.1.5 Resolución No. 218 de la Directora de Derechos de Autor del IEPI, Doctora Eva García Carrión, Publicada en el Registro Oficial No. 113 de 26 de Septiembre del 2007	79

CAPÍTULO V

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	84
5.1 Conclusiones.....	84
5.1.1 El Ecuador y la Piratería de Fonogramas	84

5.1.2 El Ecuador y las Nuevas Tecnologías.....	86
5.1.3 El Ecuador y el Compromiso de los Medios de Radiodifusión de Asumir los Pagos por Remuneración o Regalías por Uso de Fonogramas	86
5.2 Recomendaciones.....	87

BIBLIOGRAFÍA	89
---------------------------	-----------

ANEXOS	95
---------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

La invención del fonógrafo en el año de 1878, bajo la autoría de Thomas Elve Edison, motivó a las naciones a interesarse por la protección que se derivaría de este hecho. Es así que en el año de 1886 se promulga el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, que establece las primeras restricciones para la fijación de obras sobre soportes. Hasta esa fecha no se avizoraba el impacto que llegarán a tener los soportes fonográficos. Se celebra entonces la Convención de Roma en el año de 1961, conscientes de la creciente demanda que ya existía de LPs y otros fenómenos tecnológicos importantes como la radio y la televisión, para que dos años más tarde Phillips Electronics diseñe el cassette y en el año de 1965 autorice su fabricación a todos los fabricantes de la industria. El descubrimiento de poder grabar contenidos sobre un cassette de forma casera es lo que alerta a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Organización creada para precautelar por los titulares de derechos de propiedad intelectual a nivel mundial.

La Comunidad Andina de Naciones suscribe el Acuerdo de Cartagena, dentro del cual se incorpora la Decisión 351, que contiene principios de tratamiento a temas de derechos de autor y derechos conexos. La Organización Mundial de Comercio frente al impacto económico que generó lo relativo a propiedad intelectual, proclama el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas con el Comercio en 1994. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual promulga su Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT), en el año de 1996, ante las nuevas tecnologías de la información; y, posteriormente en una iniciativa conjunta de la OMPI y la OMC, se resuelve brindar asistencia técnico - jurídica a fin de que los países en vías de desarrollo, para preparación de la legislación, formación, creación de instituciones, modernización de sistemas de propiedad intelectual.

El Ecuador publica la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana en el año 1998, misma que hace una compilación de lo más destacado de todas las legislaciones rectoras internacionales, conteniendo de este modo articulados que advirtieron el advenimiento de una era tecnológica acelerada. Años más tarde de su publicación, el país se ve inmerso en la dificultad de darle un carácter positivo a la mentada ley, y afronta el incumplimiento constante de la protección que les corresponde a los titulares de los derechos fonográficos, entre otros.

Este trabajo de investigación contiene una breve reseña histórica de la creación del fonógrafo, las normas nacionales e internacionales que buscan proteger los derechos de autor y derechos conexos; y, la afectación que ha significado la aparición de la piratería en el soporte denominado CD. Se pondrá en evidencia que el Ecuador es un país, protegido ante este acto ilícito y lo difícil que ha sido detener el cometimiento de esta infracción.

Contiene nuevos conceptos relativos a la protección de los productores de fonogramas con la nueva era digital, se alerta de nuevos mecanismos de fijación de soportes mediante descargas, streamings, samplers; es desarrollado el caso Napster que marcó una pauta en los software Peer to Peer, programas de ordenador que permitieron la descarga de contenidos de manera gratuita en la red; y la propuesta por parte de compañías informáticas y discográficas con el objeto de reducir el impacto, mediante nuevos mecanismos de negocios y mecanismos de autotutela aplicables a los soportes.

Se ha visto pertinente revisar la Acción de Declaratoria de Inconstitucionalidad No. 026-06-TC planteado por la Asociación de Canales de Televisión, ante la Resolución No. 021 del Director de Derechos de Autor del IEPI, publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002. En este apartado se constata la dificultad de recaudar las remuneraciones por uso de fonogramas pese a la aprobación de un nuevo Reglamento de Tarifas, publicada mediante Registro Oficial No. 113, de 26 de junio del 2007. Para el desarrollo de este

capítulo se cuenta inclusive con la participación y opinión de un representante de una radio, a fin de comprender y entender la postura que manejan los medios de radiodifusión.

Se concluye el objeto de esta investigación al verificar que existe suficiente normativa en el país, nacional e internacional, que protege los derechos de los productores de fonogramas, estableciéndose que la dificultad de ejecución y cumplimiento de la legislación, radica indudablemente en un problema social, cultural y educacional.

CAPÍTULO I

1 ORIGEN DE LOS FONOGRAMAS

1.1 El Derecho del Productor Fonográfico

ANTEQUERA PARILLI, en su ensayo titulado Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos, OMPI No. OMPISGAE/DA/COS/00/3, define al productor de fonogramas como¹:

*“De acuerdo al artículo 3, c) de la Convención de Roma, productor de fonogramas es la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”.*² Esta definición fue ampliada posteriormente a través del artículo 2. Literal d) del TOIEF que señala además *“que es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos.”*³

Se entiende que la razón de la tutela legal está en la protección a una actividad técnico-industrial-comercial (responsabilidad económica), necesaria para la difusión a gran escala de las obras sonoras. El derecho de los productores de fonogramas es en sí, un derecho muy particular frente a los que poseen los autores, intérpretes o ejecutantes, ya que como se ha señalado, la actividad es netamente técnico – industrial – comercial, sin que exista el ingenio que caracteriza al derecho de autor, o las facultades que brinda a los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones artísticas.

De lo mencionado podemos concluir entonces que siendo el objeto de protección una actividad empresarial, mal podrían los productores de

¹ ANTEQUERA PARILLI. *Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Derechos Conexos*. OMPI No. OMPISGAE/DA/COS/00/3. p. 20.

² CONVENCION DE ROMA. Art. 3, c.

³ Tratado de la OMPI. *Sobre Interpretación y Ejecución o Fonogramas TOIEF*. Art. 2, d.

fonogramas ser titulares de derechos morales sobre sus fonogramas. Igualmente, cuando la OMPI promulgo el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas, advirtió la era digital que se avecinaba y en la definición aplicada a Productor de Fonogramas agregó “o las representaciones de sonidos”⁴, estableciendo así, además de la fijación de sonidos, la “representación de los mismos a través de signos binarios”.⁵

1.1.1 Origen de la Grabación

Entre los precursores científicos pueden citarse a:⁶

- Young quien tuvo la idea de acoplar un estilete a un cuerpo en vibración y registrar sus vibraciones sobre un cilindro giratorio.
- Duhamel, consiguió registrar las vibraciones de unas cuerdas.
- Wertheim, de manera muy similar a sus antecesores, realizó ensayos acoplando el estilete a diapasones.
- En 1857, el tipógrafo francés Scout de Martinville, crea el “fonoautógrafo”, es decir <voz que se inscribe a si misma>. Este sistema consistía en unir con cera un estilete muy fino a una membrana, y de ese modo registrar vibraciones de voz y sonidos musicales en un papel ahumado enrollado en un cilindro rotatorio. De igual manera logró establecer experimentalmente el *principio del inscriptor mecánico*.
- Thomas Elve Edison, fue quien construiría el primer “fonógrafo” en 1878. El dispositivo constaba de un receptor.

⁴ ATEQUERA PARILLI. *Op. Cit.* OMPI No. OMPISGAE/DA/COS/00/3. p. 21.

⁵ CONVENCION DE ROMA. Art. 2, b.

⁶ NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE. España. Editorial Planeta S.A. Tomo IV. 1981. p. 4084.

El receptor consistía en una especie de embudo o trompa acústica invertida, cuya sección menor estaba cerrada por un diafragma metálico que vibraba al hablar frente a la embocadura. Todos los movimientos del diafragma se transmitían a una aguja de marfil fijada en su centro. El dispositivo registrador se componía de un cilindro recubierto de cera. Frente a este cilindro iba dispuesto un carro móvil que llevaba la embocadura, la membrana o diafragma y el estilete, y que se desplazaba uniformemente a lo largo del cilindro, de modo que la punta de marfil se mantenía en contacto constante con la capa de cera. Este movimiento se obtenía mediante un mecanismo de relojería.”⁷

- En 1890 Emile Berliner substituye el cilindro por un disco chato, construyendo el primer “gramófono”.⁸
- El año de 1898, el Ingeniero de Sonido danés, Valdemar Poulsen, fue el primero en conseguir el registro de la voz en hilo magnético, dispositivo al que bautizó “telegráfono”. Su invención fue presentada en la Exposición de París de 1900. Para la época en que creó su telegráfono, trabajaba en la Compañía Telefónica Copenhague.⁹
- En 1920 “dos aficionados británicos, Lionel Guest y H.O. Merriman, fueron los primeros en experimentar un método de registro con toma de sonido por micrófono, ampliación y después grabación eléctrica.”¹⁰ Fueron los primeros discos oficialmente fabricados por este método.
- En 1928, el ingeniero alemán Fritz Pfleumer patentó en Alemania la primera “cinta magnética”, una cinta de papel sobre la que se depositaba una fina capa de hierro magnetizable.¹¹
- Tentativamente en el año de 1930 se define el trabajo del primer “disco estéreo” o disco electrónico, proyecto que fue emprendido por la

⁷ Ibídem. p. 4084.

⁸ Ibídem. p. 4085.

⁹ Ibídem. p. 4085.

¹⁰ Ibídem. p. 2994.

¹¹ Ibídem. p. 4086.

Compañía Telefónica Bell, bajo la dirección de J.P Maxfield y de H.C. Harrison.

- En 1963 Philips Electronics diseña un nuevo soporte de grabación de sonido, denominado “cassette o cinta de sonido”. La patenta en el año de 1965 y autoriza la fabricación de este dispositivo a todos los fabricantes de la industria.
- Los “Cds o discos compactos (Audio Compact Discs)” fueron introducidos en el mercado de audio por primera vez en 1980 de la mano de Philips Electronics y Sony como alternativa a los discos de vinilo y de lo cassettes.

1.2 La Protección al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Multilateral

Como consta en la Página Web Oficial de la OMPI, acrónimo de Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

*La necesidad de protección internacional de la propiedad intelectual se hizo patente en 1873, con ocasión de la **Exposición Internacional de Invenciones de Viena**, a la que se negaron a asistir algunos expositores extranjeros por miedo a que les robaran las ideas para explotarlas comercialmente en otros países.¹²*

Los derechos conexos, esto es los derechos de artistas, interpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, nacen de tres grandes inventos, estos son¹³: El fonógrafo de Thomas Elva Edison, en 1878, el cinematógrafo de los hermanos Luís y Augusto Lumiere, patentado el 13 de febrero de 1894 y la radio, patentado por Guillermo Marconi el 2 de julio de 1897, en Inglaterra, siendo el primer sistema de telegrafía sin

¹² OMPI. <http://www.wipo.int/treaties/es/general/>.

¹³ LIPSZYC Delia. **Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA. p. 236.

hilos. Estos mecanismos hicieron factible la reproducción mecánica de las obras musicales, literarias y dramáticas, y su comunicación pública a auditorios, con independencia de la participación de los artistas, precepto que anteriormente era difícilmente concebible.

El glosario de la OMPI establece sobre los derechos conexos, que:

*...se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes (...)*¹⁴

A estos derechos también se los conoce como derechos vecinos o derechos afines.

Con estos antecedentes nace el propósito de proteger el derecho a la propiedad intelectual, y se formaliza el **Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial**, el 20 de marzo de 1883¹⁵; y, el **Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas**, el día 9 de septiembre de 1886¹⁶. El artículo 24 del Convenio reconoce la conformación de una Oficina Internacional, que tendrá a su cargo:

*2) La Oficina Internacional reunirá y publicará informaciones relativas a la protección del derecho de autor. Cada país de la Unión comunicará lo antes posible a la Oficina Internacional el texto de todas las nuevas leyes y todos los textos oficiales referentes a la protección del derecho de autor. 3) La Oficina Internacional publicará una revista mensual. 4) La Oficina Internacional facilitará a los países de la Unión que se lo pidan informaciones sobre cuestiones relativas a la protección del derecho de autor. 5) La Oficina Internacional realizará estudios y prestará servicios destinados a facilitar la protección del derecho de autor.*¹⁷

¹⁴ OMPI. **Glosario de derecho de autor y derechos conexos**. 1980. p. 168. Voz 164.

¹⁵ Ecuador se adhirió al Convenio el 22 de marzo de 1999, y entró en vigor a través de su publicación en el Registro Oficial No. 244, el 29 de julio del mismo año.

¹⁶ El Estado Ecuatoriano se adhirió al Convenio el 8 de julio de 1991, y su publicación en el Registro Oficial No. 844, fue el 2 de enero de 1992.

¹⁷ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Art. 25.

Con este presupuesto se crea en el mismo año el Buró Internacional Unido para la Protección de la Propiedad Intelectual (francés: Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle BIRPI), con sede en Berna y posteriormente en Ginebra, Suiza.

Décadas más tarde, el día 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución No. 217 A (III), aprobó y proclamó la **Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH**, y en la cual se reconoció y protegió la propiedad intelectual, declarando en su artículo 27 numeral dos que: *“toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*.¹⁸

Luego, el 26 de octubre de 1961, en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, llevada a cabo en Roma, y denominada simplemente como **“Convención de Roma”**¹⁹, en su artículo segundo establece que:

*Cada uno de los Estados Contratantes concederá el mismo trato que a los nacionales a los productores de fonogramas siempre que se produzca cualquiera de las condiciones siguientes: a) que el productor del fonograma sea nacional de otro Estado Contratante (criterio de la nacionalidad); b) que la primera fijación sonora se hubiere efectuado en otro Estado Contratante (criterio de la fijación); c) que el fonograma se hubiere publicado por primera vez en otro Estado Contratante (criterio de la publicación). 2. Cuando un fonograma hubiere sido publicado por primera vez en un Estado no contratante pero lo hubiere sido también, dentro de los 30 días subsiguientes, en un Estado Contratante (publicación simultánea), se considerará como publicado por primera vez en el Estado Contratante. 3. Cualquier Estado Contratante podrá declarar, mediante notificación depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que no aplicará el criterio de la publicación o el criterio de la fijación. La notificación podrá depositarse en el momento de la ratificación, de la aceptación o de la adhesión, o en cualquier otro momento; en este último caso, sólo surtirá efecto a los seis meses de la fecha de depósito.*²⁰

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁹ Ecuador firmo la Convención el día 26 de junio de 1962, ratificándolo el 19 de diciembre de 1963, y publicándolo en el Registro Oficial No. 137 el día 24 de diciembre de 1963.

²⁰ CONVENCION DE ROMA. Art. 5.

Es importante destacar que la Convención de Roma sigue siendo la piedra angular del reconocimiento de los derechos de productores de fonogramas, y que aún en la actualidad se sigue respetando a dicho instrumento, al no contradecir sus normas, pero complementándolo con nuevos tratados internacionales que desarrollan de manera más minuciosa escenarios que han aparecido principalmente con el desarrollo tecnológico.

El 29 de octubre de 1971 se suscribe el **Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas**²¹, o denominada simplemente “**Convenio de Fonogramas**”, cuyo objeto era la inserción de normas en el ordenamiento nacional de cada Estado, relativas a la protección del derecho de los productores de fonogramas, legislación relativa a la competencia desleal, y sanciones penales para los infractores.

1.2.1 Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionadas con el Comercio (ADPIC)

Como resultado de la Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Inglés: General Agreement on Tariffs and Trade GATT), celebrada en la ciudad de Marrakech, Marruecos el 15 de abril de 1994, se suscribe el “Acuerdo de Marrakech”, que establece la OMC, acrónimo de Organización Mundial de Comercio, y los siguientes acuerdos conexos. El Anexo 1C del referido Acuerdo, aprueba el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC (inglés: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

Los ADPIC, tienen como objeto, principalmente:²²

²¹ El Ecuador firmó el Convenio el día 29 de octubre de 1971, lo ratificó el 4 de junio de 1974; y, fue publicado en el Registro Oficial el día 24 de septiembre del mismo año.

²² OMC. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm.

- El modo de aplicación de los principios básicos reconocidos en el sistema de comercio y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual;
- Mecanismos para prestar una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual;
- Herramientas para que cada país pueda respetar los derechos de propiedad intelectual en su territorio;
- Resolución de Conflictos en materia de propiedad intelectual entre Miembros de la OMC;
- Disposiciones transitorias especiales que simplifiquen el periodo de adaptación de nuevos sistemas.

La Parte II de los ADPIC, expresa: “las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual”, esos enunciados objetos de protección son:²³

- Derecho de autor y derechos conexos;
- (...)

Al respecto, dicho Acuerdo expresa en su artículo 9, Parte II, la debida observancia que corresponderá dar al Convenio de Berna (1971), en sus artículos 1 a 21, exceptuando derechos y obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 *bis* de dicho Convenio, ni respecto de los derechos que se derivan del mismo.

El numeral 2 del artículo 14, relativo a los productores de fonogramas (grabación de sonido), reza lo siguiente “*Los productores de fonogramas*

²³ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC. Art. 2.

*tendrán el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.*²⁴

El numeral 6 del artículo 14, adicionalmente expresa que:

*En relación con los derechos conferidos por los párrafos 1, 2 y 3, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma. No obstante, las disposiciones del artículo 18 del Convenio de Berna (1971) también se aplicarán mutatis mutandis a los derechos que sobre los fonogramas corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.*²⁵

Podemos apreciar entonces que los ADPIC expresamente reconoce la supremacía de la Convención de Roma, expresando que dicha normativa no irá en detrimento de la que hemos mencionado es la piedra angular de los derechos de productores fonográficos.

1.2.2 Tratados Internet

El 14 de julio del año 1967, en Estocolmo, Suecia, se suscribe el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²⁶, mismo que crea como una Agencia especializada de las Naciones Unidas, y sucesora de la BIRPI, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI (francés: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle). Los fines de la Organización son:

“i) fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional, y ii) asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones.”²⁷

²⁴ *Ibidem.* Art. 14.

²⁵ *Ibidem.* Art. 14.

²⁶ La República del Ecuador firmó el Convenio el día 14 de julio de 1967, lo ratificó el día 22 de febrero de 1988 y fue publicado en el Registro Oficial el día 22 de mayo de 1988.

²⁷ Convención que establece la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Art. 3.

Se estableció como sede la ciudad de Ginebra, Suiza.

El **Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA/WCT)**²⁸; y, **Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF/WPPT)**²⁹, ambos adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, responden a la necesidad de introducir nuevas normas que protejan a la creación literaria y artística, y a los artistas, intérpretes o ejecutantes, respectivamente, ante el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. Toda vez que se ha reconocido el profundo impacto en ámbitos de carácter económico, social, cultural y tecnológico.

Actualmente, la OMPI administra 24 tratados (dos de ellos con otras organizaciones internacionales), entre protección de derechos de propiedad intelectual y derechos de propiedad industrial; y, por conducto de sus Estados miembros y de su Secretaría, lleva a cabo un exhaustivo y variado programa de trabajo con las siguientes finalidades³⁰:

1. Armonizar legislaciones y procedimientos nacionales en materia de propiedad intelectual;
2. Prestar servicios de tramitación para solicitudes internacionales de derechos de propiedad industrial;
3. Promover el intercambio de información en materia de propiedad intelectual;
4. Prestar asistencia técnico-jurídica a los Estados que la soliciten;
5. Facilitar la solución de controversias en materia de propiedad intelectual en el sector privado, y

²⁸ La República del Ecuador firma el Tratado el día 31 de diciembre de 1997, lo ratifica el 21 de junio del año 2000 y entra en vigor el 25 de noviembre del 2002, mediante publicación del Registro Oficial No. 711

²⁹ El Ecuador firmó el Tratado el día 31 de diciembre de 1997, ratifica el mismo el 21 de junio del 2000, y es publicado en el Registro Oficial No. 711 el 25 de noviembre del 2002.

³⁰ OMPI. <http://www.wipo.int/treaties/es/general/>.

6. Fomentar el uso de las tecnologías de la información y de Internet, como instrumentos para el almacenamiento, el acceso y la utilización de valiosa información en el ámbito de la propiedad intelectual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI desde su creación ha tenido el compromiso de disminuir el impacto que los cambios han generado en los derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial, debiendo instaurar nuevas normas ante los constantes descubrimientos tecnológicos e inventivos.

La Organización administra 13 tratados inherentes a la protección de propiedad intelectual, éstos han sido convenidos internacionalmente y de igual manera han producido la implementación de normas comunes en los Estados firmantes, a fin de que tengan aplicación dentro de sus jurisdicciones.

Estos son:

1. Convenio de Berna
2. Convenio de Bruselas
3. Arreglo de Madrid (indicaciones de procedencia)
4. Tratado de Nairobi
5. Tratado de Paris
6. Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT)
7. Convenio Fonogramas
8. Convención de Roma
9. Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas
10. Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT)
11. Tratado de Washington
12. Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODAWCT)
13. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución o Fonogramas (TOIEF/WPPT)

Tratados como el TODA y TOIEF, que entraron en vigor en el Ecuador el año del 2002, son manifestaciones claras de la esmerada labor que desempeña la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Ambos tratados adaptan la protección internacional de derechos de autor y derechos conexos al nuevo entorno del Internet, contienen manifestaciones de voluntad y reglas básicas que cumplen su afán por englobar los nuevos cambios tecnológicos y de cualquier campo en su normativa internacional, utilizando como referencia la Convención de Roma.

1.3 La Protección al Derecho de Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Campo Nacional

La Comunidad Andina, a través de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión **351, dada en Lima – Perú, el día 17 de diciembre de 1.993, decide** aprobar el “Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”, denominada simplemente Decisión 351.

Dentro de la Decisión se reconocen los derechos que tienen los productores de fonogramas, es así que el artículo 37 manifiesta que:

...los productores de fonogramas tienen el derecho de: a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular; c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y, d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.³¹

Es de suma importancia hacer hincapié en lo expresado en su artículo 33 donde se resalta la no afectación que tendrán los derechos conexos sobre los derechos de autor respecto de sus obras. A este principio se lo denomina “*in dubio pro auctoris*”, y consiste en que jerárquicamente el derecho de autor tiene

³¹ Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos - Decisión 351. Art. 37.

prioridad sobre el derecho conexo, que quiere decir que "*en caso de conflicto o duda, se estará a lo que más favorezca al autor*". Se les considera obra derivadas a las interpretaciones o ejecuciones.

La Constitución Política del Ecuador, aprobada mediante referéndum el día 28 de septiembre del 2008 y que entró en vigor el día 20 de octubre del mismo año, en su artículo número 322, "*reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley*".³²

En el Ecuador, la Ley de Propiedad Intelectual en el Capítulo II y su Reglamento regulan los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

El Ecuador promulga la **Ley de Propiedad Intelectual** mediante Ley No. 83, publicada en el Registro Oficial No. 320 el día 19 de mayo de 1998; y, su Reglamento publicado en el Registro Oficial No. 120 del 1 de febrero de 1999. El objetivo fue armonizar todos los convenios internacionales suscritos por la República del Ecuador, particularmente el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, en su artículo 7, define ciertos términos para efectos de su aplicación. Me permitiré mencionar los que tienen relación con el presente trabajo:³³

Derechos conexos: Son los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radio - difusión.

Fijación: Incorporación de signos, sonidos, imágenes o su representación digital, sobre una base material que permita su lectura, percepción, reproducción, comunicación o utilización.

³² Constitución Política del Ecuador, Referéndum 28 de septiembre del 2008, publicada el 20 de octubre del 2008. Art. 322.

³³ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 7.

Fonograma: Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos o de sus representaciones digitales. Las grabaciones gramofónicas, magnetofónicas y digitales son copias de fonogramas.

Productor de Fonogramas: Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución, u otros sonidos o sus representaciones digitales.

Reproducción: Consiste en la fijación de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo y, la obtención de copias de toda o parte de ella.

El Parágrafo Tercero, Numeral Segundo, en su artículo 65 y siguientes establece la relación jurídica que existirá entre el autor, su representante, o una sociedad de gestión colectiva y el productor fonográfico. Determina las exigencias que deberán contener los soportes materiales de los fonogramas.

Los Productores de Fonogramas, según reza el artículo 92 de la Ley de Propiedad Intelectual:

...son titulares del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción directa o indirecta de sus fonogramas por cualquier medio o forma; b) la distribución al público; y, c) la importación por cualquier medio de reproducciones de fonogramas, lícitas o ilícitas.³⁴

Así mismo “los productores de fonogramas tienen también el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública con o sin hilo”³⁵, precepto jurídico establecido en el artículo 94 de la Ley de Propiedad Intelectual. Al igual que a los artistas, intérpretes y ejecutantes, la Ley prevé

³⁴ Ibídem. Art. 92.

³⁵ Ibídem. Art. 94.

una duración de protección a los productores de fonogramas por setenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación del fonograma.³⁶

Es pertinente recordar lo que establece nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en el sentido que inclusive ya considera el campo de la digitalización, como un objeto de protección dentro de los fonogramas.

Los Artículos 324, 325, 326 y 327 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, protegen a los titulares de derecho de autor y derechos conexos, facultando la iniciación de acciones legales civiles y penales para la correcta protección de sus derechos, como lo pudimos apreciar anteriormente.

1.4 El Productor Fonográfico en los Tratados Internacionales Ratificados por el Ecuador

El artículo 3 literal c) de la Convención de Roma define a productor de fonograma como *“la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”*³⁷ definición que es promulgada en los mismos términos por el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus Fonogramas.

El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC, en su artículo 2 numeral 2 establece que:

*Ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados.*³⁸

³⁶ *Ibíd.* Art. 94.

³⁷ CONVENCION DE ROMA. Art. 3, d.

³⁸ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC. Art. 2, 2.

Este Acuerdo, al no proporcionar una definición de Productor de Fonogramas, se sujetará a la definición que establece la Convención de Roma.

El Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas TOIEF, define en su artículo 2, literal c) a productor de fonograma como:

“la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos;”³⁹

El denominado Tratado Internet, primeramente añade que debe tener la responsabilidad económica de su primera fijación y adicionalmente admite la adaptación del fonograma dentro del entorno digital al determinar “representación de sonidos”.

El productor de fonogramas es entonces la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos, admitiendo la adaptación del fonograma dentro del “entorno digital”, es decir a través de signos binarios, y que debe tener responsabilidad económica, es decir la capacidad de difusión a gran escala de las obras sonoras.

Los productores de fonogramas, por lo tanto, están protegidos en los siguientes convenios o tratados internacionales:

- La Convención de Roma sobre la protección de los artistas, interpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

³⁹ Tratado de la OMPI. *Op. Cit.* Art. 2, b.

- El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.
- El tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre la interpretación o ejecución y fonogramas, TOIEF.

1.5 Las Sociedades de Gestión Colectiva⁴⁰

El inicio de las sociedades de gestión colectiva, se remonta al 3 de julio de 1777, en Francia, donde se crea el Bureau de Legislation Dramatique, bajo la dirección del comediógrafo Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais.

Las sociedades de gestión colectiva, deben al menos cumplir con dos aspectos principales: a) recaudación, y b) la distribución o reparto. Su origen se sujeta a que es imposible para el autor o productor de fonogramas saber dónde, cuándo y cómo se están utilizando sus obras.

La explotación de una obra o fonograma, debido a los avances tecnológicos, se dan de manera simultánea en varios países al mismo tiempo, dificultando al titular su derecho a la recaudación de su remuneración por comunicación pública, distribución pública y transformación.

La legislación ecuatoriana, en su artículo 109 de la ley de Propiedad Intelectual, establece que:

*Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos. La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria.*⁴¹

⁴⁰ LIPSZYC Delia. *Op. Cit.* p. 412.

⁴¹ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 109.

Por su parte, en una línea muy similar, el artículo 147 de la Ley de Propiedad Intelectual española define a éstas entidades de gestión como:

*...aquellas entidades legalmente constituidas, autorizadas por la Administración y sin ánimo de lucro, cuyo objeto social es gestionar, en nombre propio o ajeno, y por cuenta e interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, los derechos de carácter patrimonial.*⁴²

Se puede concluir entonces, que una agrupación de autores que no cumpla con alguna de las condiciones señaladas anteriormente, es decir:

*...no gestione los derechos de autor o no cuente con los mecanismos adecuados para efectuar, con eficacia, la recaudación y la distribución de los ingresos a título de derecho de autor o derechos conexos y no asuma plenamente la responsabilidad sobre las operaciones correspondientes a la administración de los derechos que se le confían, no es una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor o derechos conexos.*⁴³

Las sociedades de gestión colectiva únicamente podrán administrar los derechos patrimoniales que le sean confiados, sujetándose siempre a lo que establezcan sus estatutos, contratos de gestión celebrados con los titulares de los derechos y contratos de reciprocidad suscritos por organizaciones extranjeras de igual naturaleza, esto con el propósito de permitir tanto al usuario como al titular, distinguir unas entidades de las otras y saber con cual de ellas deben negociar licencias de uso o con cuál pueden confiar la administración de sus derechos.

Las sociedades de gestión colectiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, serán autorizadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, quienes serán los encargados de vigilarlas, controlarlas e intervenirlas en el caso de ser necesario, conforme lo expresa el artículo 112 de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁴² Ibídem. Art. 147.

⁴³ LIPSZYC Delia. **Op. Cit.** p. 423.

1.5.1 Creación de la Sociedad de Gestión Colectiva “Sociedad de Productores de Fonogramas del Ecuador SOPROFON”⁴⁴

Con el afán de aunar esfuerzos, un grupo de productores de fonogramas constituye la Sociedad de Productores de Fonogramas del Ecuador, su acrónimo SOPROFON, Organización que gestiona los derechos expresados en la norma contenida en la Ley de Propiedad Intelectual y Tratados Internacionales, a favor de los productores fonográficos. Mediante Resolución No. 001, de fecha 17 de noviembre de 1999, expedida por el Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, su acrónimo IEPI, se aprueba el funcionamiento de la Sociedad de Gestión Colectiva.

Según el texto publicado por SOPROFON en su Página Web Oficial:

Las obligaciones que tiene esta Organización para con sus afiliados son las de velar por los denominados derechos conexos como supervisar la reproducción (copia) directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier medio o procedimiento; Vigilar la distribución de dichos fonogramas al público; y la exportación por cualquier medio de reproducciones de fonogramas.⁴⁵

⁴⁴ SOPROFON. www.soprofon.ec/inicio.html.

⁴⁵ *Ibíd.*

CAPÍTULO II

2 APARICIÓN DE MÉTODOS QUE QUEBRANTARON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

2.1 La Piratería

Según la Nueva Enciclopedia Larousse, la piratería consiste en:

Depredación o violencia cometida contra un buque, personas o cosas que en él se encuentran, realizadas en el mar por la tripulación o los pasajeros del mismo o de otro navío. (El buque sospechoso de piratería puede ser detenido por los barcos de guerra o mercantes de cualquier estado. Su carga puede ser confiscada y su tripulación puede ser juzgada según las leyes del estado que le ha hecho prisionero.)⁴⁶

Nuestro Código Penal dedica un Capítulo a la Piratería estableciendo que:

CAPÍTULO IX: DE LA PIRATERÍA.- Art. 423.- El delito de piratería o asalto cometido a mano armada en alta mar, o en las aguas o ríos de la República, será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. Art. 424.- Los que en buques armados navegaren con dos o más patentes de diversas naciones, o sin patentes ni matrículas, u otro documento que pruebe la legitimidad de su viaje, serán tenidos por piratas, aunque no cometan otros actos de piratería; y serán reprimidos, el comandante o capitán, con ocho a doce años de reclusión mayor; y los tripulantes que resultaren culpados, con cuatro a ocho años de la misma pena. Art. 425.- El que, maliciosamente, entregare a piratas la embarcación a cuyo bordo fuere, será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. Art. 426.- Serán considerados y reprimidos como piratas, todos los corsarios. Art. 427.- El que, dolosamente, traficare con piratas en el territorio de la República, será reprimido como su cómplice.⁴⁷

⁴⁶ NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE. España. Editorial Planeta S.A. Tomo VIII. 1981. p. 7807.

⁴⁷ REPÚBLICA DEL ECUADOR. **Código Penal**. Capítulo IX.

El Código Penal Federal de México, en una línea muy parecida a la que sostiene nuestra normativa, determina que:

*Artículo 146.- Serán considerados piratas: 1.- Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo; II.- Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata; y, III.- Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. (...)*⁴⁸

Como se puede observar, ninguna de las definiciones citadas se aproxima al concepto que ha adquirido dicha mención en la actualidad.

En el mundo contemporáneo, la denominación Piratería consiste en “referirse a la copia de obras literarias, musicales, audiovisuales o de software efectuada sin el consentimiento del titular de los derechos de autor y derechos conexos o, en su defecto, sin autorización legal.”⁴⁹

Se concluye que el término “piratería”, que inicialmente haría referencia a tripulantes de una nave que apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se encuentran a bordo, en la actualidad, ha sido dirigida a una nueva concepción jurídica, que se refiere a quien copia obras de derechos de autor o derechos conexos sin autorización de su titular, por ende sin autorización legal. El pirata actual por tanto podría considerarse como quien violenta o depreda bienes intangibles.

⁴⁸ CÓDIGO PENAL FEDERAL DE MÉXICO. Última Reforma. DOF 20-08-2009.

⁴⁹ WIKIPEDIA. http://es.wikipedia.org/wiki/Copia_ilegal.

2.1.1 Impacto de la Piratería en el Ecuador⁵⁰

La piratería ha significado para la industria discográfica, pérdida de fuentes de empleo, estancamiento en el desarrollo de la cultura, el arte y la economía del país, constituye en si un gran espaldarazo que ha dejado grandes secuelas. El Ecuador perdió aproximadamente USD. 66 832 500 y provocó el desempleo de 15 mil personas hasta mediados del año 2005.⁵¹ Provocó el cierre de productores fonográficos a nivel nacional y ha obligado a los artistas nacionales a salir del país, a fin de poder producir su material fonográfico, significando esto un incremento de gastos personales, privando esa posibilidad de triunfar.

Competir contra los comerciantes piratas se ha convertido en un imposible para las compañías discográficas, esto, debido a que una Disquera nacional gasta aproximadamente USD. 25.000 entre grabación y publicidad, a esto se le incrementa el pago que corresponde a derechos de autor (7,56%), derechos artísticos (del 5% al 20%), el 12% del Impuesto al Valor Agregado IVA, e impuestos complementarios, de 25%, dando como resultado cifras que de manera imposible podrían igualar el valor de USD. 1,00, que es el valor por el cual los comerciantes piratas venden sus CDs.

El Centro de Investigación en Entretenimiento y Medios de la Universidad de Palermo, manifiesta que:

...se estima que el valor del mercado global rondó los 4.500 millones de dólares para el 2006, manteniendo una participación estable a lo largo del tiempo del orden del 30% de los discos existentes: es decir 1 de cada 3 discos en el mundo es ilegal.⁵²

⁵⁰ ECUADOR. DIARIO HOY. **La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias.** <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm>. Quito. Julio 2 de 2005.

⁵¹ Ibídem.

⁵² UNIVERSIDAD DE PALERMO. <http://www.docstoc.com/docs/3245585/La-industria-discografica-y-sus-desaf%C3%ADos-En-los-últimos-años>.

Para Estados Unidos y Europa, la venta de CDs legales bajo en un 9%, en el año 2003 y un 10% en el 2004, mientras que Chile sobrevive con el débil nivel de piratería del 15%. Ecuador por su parte se ubica en la actualidad en la segunda posición en América Latina, donde se desconoce un CD o DVD original. En cifras, se establece que en nuestro país solamente el 2% de CDs que son adquiridos, son originales.⁵³

El Doctor Esteban Argudo, Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, menciona que:

...a inicio de los noventa habían más de 13 industrias discográficas en el Ecuador, que incluso pudieron resistir al fenómeno de los casetes, pero que no han podido resistir al fenómeno de la piratería sobre soportes como CDs, estas empresas que daban empleo directo e indirecto a muchísimas personas, que pagaban impuestos al estado, pagaban salarios fijos de conformidad con el Código del Trabajo, afiliaban a sus trabajadores al Instituto de Seguridad Social, desaparecieron. La última compañía discográfica que quedaba era JD FERAUD GUZMÁN, pero más como un símbolo de lo que eran las grandes empresas disqueras del país, que tuvieron su gloria en los años sesentas, setentas y ochentas.⁵⁴

Zelva González, Directora General de EGEDA Ecuador, la entidad que protege y que recauda los derechos de los productores audiovisuales, y Directora General de ENRUCOPI, sociedad de gestión colectiva recaudadora única por copia privada, igualmente recuerda el hecho devastador que supuso la piratería, cuando:

...las compañías discográficas JD FERAUD GUZMÁN, INDUSTRIAS FAMOSO, FADISA y otras empresas más, salieron del mercado debido a la piratería. Concluye que la piratería les ganó y que actualmente sigue ganando espacio, y que ata indudablemente a muchísimos aristas, principalmente ecuatorianos, ya que ninguna autoridad realmente ha asumido el compromiso de erradicarlo.⁵⁵

⁵³ ECUADOR. DIARIO HOY. **La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias.** <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm>. Quito. Julio 2 de 2005.

⁵⁴ Entrevista realizada al Dr. Esteban Argudo. Agosto 2009.

⁵⁵ Entrevista realizada a la Dra. Zelva González. Julio del 2009.

En relación al costo que representa comprar un fonograma original, la Dra. Zelva González, expresa que:

...no se puede echar la culpa y decir que los discos cuestan demasiado, ¿cuánto cuesta producir un disco original?. En las películas que yo represento, por ejemplo, los chicos y chicas que hacen películas acá, tienen que hipotecar sus bienes, sus casas, sus departamentos, poniendo en riesgo la seguridad familiar para llevar adelante algo que ellos quieren que se conozca.⁵⁶

Gonzalo Jiménez, Representante Legal de MTM y ex Gerente de Industrias FAMOSO, desarrolla un poco de historia y manifiesta que:

...la aparición del cassette le quitó al mercado un porcentaje, no superior al 20 % o 25% del mercado de las compañías fonográficas. Hecho que hoy en día es totalmente inverso, ya que el 98% del mercado está en manos de los piratas y el 2% es la parte legal. Tal vez hasta un 5%, el resto es contenido ilegal.⁵⁷

A modo de reflexión, sentencia que los productores de fonogramas no llegaron a vender un millón de dólares en el año 2007, cuando el Ecuador es un mercado que importa 20 millones de unidades en blanco, por un valor de 5 centavos tentativamente, generando así más o menos 80 millones en facturación solamente en CDs. Este hecho ha producido que de las compañías discográficas que entraron al país en la década de los ochentas y noventas, ya no queden sino dos.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual, prohíbe y sanciona la reproducción, distribución, comunicación pública y producciones de obras protegidas, para fines comerciales, conforme lo expresa su artículo 324, que reza:

Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de quinientas a cinco mil unidades de valor constante (UVC), tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos: (...); d) Comuniquen públicamente obras, videogramas o fonogramas, total o parcialmente; (...); f) Reproduzcan un fonograma o videograma y en general cualquier obra protegida, así como las actuaciones de

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ Entrevista realizada al señor Gonzalo Jiménez. Septiembre del 2009.

intérpretes o ejecutantes, total o parcialmente, imitando o no las características externas del original, así como quienes introduzcan al país, almacenen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros tales reproducciones ilícitas; y, g) 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.⁵⁸

Así mismo, el artículo 289 de la mentada ley, expresa que:

En caso de infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, se podrá demandar: a) La cesación de los actos violatorios; b) El comiso definitivo de los productos u otros objetos resultantes de la infracción, el retiro definitivo de los canales comerciales de las mercancías que constituyan infracción, así como su destrucción; c) El comiso definitivo de los aparatos y medios empleados para el cometimiento de la infracción; d) El comiso definitivo de los aparatos y medios para almacenar las copias; e) La indemnización de daños y perjuicios; f) La reparación en cualquier otra forma, de los efectos generados por la violación del derecho; y, g) El valor total de las costas procesales.⁵⁹

Se podría aseverar que, el argumento que ha existido en reiteradas ocasiones referente a que los productores de fonogramas deberían bajar los precios de sus fonogramas, es alejado de la realidad. Carolina de la Torre, compositora y cantante, vocalista del dúo “La última tentación”, expresa que una cotización de producción de un disco de óptima calidad del dueto, rondaba la cifra de USD. 40 000.⁶⁰

Como contrapartida, existe el argumento sostenido por los comerciantes piratas, quienes defienden su labor. Bertha Caiza, tesorera del Frente de Defensa de Trabajadores Autónomos de Productos Fonográficos y Afines, asegura que como ella existen 5000 personas que se dedican a esta actividad y mantienen a sus familias. Igualmente ha expresado que en la actualidad, artistas nacionales de la tecnocumbia, han optado por acudir a productoras, tales como la de su hermana Zoila Caiza, que colocan sus fonogramas por un

⁵⁸ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 324.

⁵⁹ *Ibíd.* Art. 289.

⁶⁰ Entrevista realizada al Duo “La última tentación”. Diciembre del 2009.

dólar, con el fin de promocionar su trabajo. Esta asociación de comerciantes piratas, como muchas otras, han sido activistas en defender su labor, y en muchas ocasiones han realizado levantamientos para defender su derecho al trabajo, sobre la actividad ilícita que realizan.

La producción de soportes fonográficos ilícitos, es el equivalente al robo de un vehículo, celulares, o cualquier otro bien tangible.

Analizado todo lo que envuelve el tema de la piratería en el campo nacional, se puede concluir que está en manos del estado y artistas, interpretes, ejecutantes y productores de fonogramas, seguir acciones legales en contra de los comerciantes piratas; y, llevar a cabo campañas de concientización dirigidas a la ciudadanía en general y principalmente a instituciones educativas, que generen el respeto por la propiedad intelectual.

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, en su tríptico de concientización a la ciudadanía, establece que la piratería es “el irrespeto al trabajo de nuestros creadores usando sus obras sin autorización y obteniendo de ello un beneficio económico.”⁶¹ Esta deberá ser la consigna que maneje dicha Institución y los titulares de los derechos a fin de erradicar este hecho que como lo hemos visto perjudica en cifras astronómicas a nuestro país.

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en el año 2007 tuvo la iniciativa de lanzar una campaña denominada “SER ORIGINAL”, que consistió en la elaboración de una canción que fomente el respeto por los fonogramas originales, con el objeto de erradicar los discos piratas. En este proyecto trabajaron los siguientes artistas nacionales contemporáneos (en orden de aparición): AU-D, Fausto Miño, Darío Castro (Verde 70), Jorge Luis del Hierro, Mirella Cesa y Aladino, Hipatia Balseca, Jaime Enrique Aymara, Sebastián García, Lola, Damiano, Daniel Betancourt, Fernando Pacheco, Douglas Bastidas, Ivis Flies, Ricardo y Martín Terán, Riccardo Perotti, Pablo Santacruz y

⁶¹ Tríptico de Concienciación proporcionado por el IEPI.

Andrés Sacoto, Andretti. El arreglista de esta producción fue Nelson García. Pese a haber sido una campaña que se difundió en el país, mediante la comunicación pública de modo masivo, no tuvo suficiente permanencia en los medios de comunicación y finalmente no tuvo el impacto esperado en los consumidores.

Luego de esta gran iniciativa promovida por el IEPI, no se ha generó otra campaña que constituya una secuencia al emblemático proyecto “SER ORIGINAL” dirigida a la población, generando el incremento, tal como se ha indicado, de la compra de material fonográfico pirata.

CAPÍTULO III

3 LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS CONEXOS

3.1 Las Nuevas Tecnologías

Herbert Marshall McLuhan, educador y estudioso canadiense, advirtió al final de los años 60 e inicio de los 70 que el mundo sería una “aldea global”, sentenciando que el medio de comunicación serán los mensajes, gracias a los medios electrónicos de comunicación y su acelerado desarrollo. El desarrollo tecnológico ha producido cambios significativos en la estructura económica, social y en las relaciones sociales, dejando prácticamente imperceptible las grandes distancias geográficas existentes en nuestro planeta. La individualidad de cada estado está permanentemente afectada por las tecnologías de la información convirtiéndonos en una sola “aldea global” en donde la información y la comunicación prevalecen, y sujeta a toda persona a acontecimientos que están ocurriendo en el otro extremo del mundo.⁶²

A este acelerado desarrollo en la tecnología, se lo denomina hoy por hoy las “nuevas tecnologías”. Gisbert Cervera, autor del libro “Technology based training. Formador de formadores en la dimensión ocupacional”, define a las nuevas tecnologías (nt) como el “conjunto de herramientas, soportes y canales para el tratamiento y acceso a la información”.⁶³ Se consideran Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación tanto al conjunto de herramientas relacionadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de información, como al conjunto de procesos y productos derivados de las nuevas herramientas (hardware y software), en su utilización en la enseñanza.⁶⁴

⁶² WIKIPEDIA, La enciclopedia libre. http://es.wikipedia.org/wiki/Aldea_global.

⁶³ <http://yohenna.wordpress.com/2007/07/31/el-concepto-de-nuevas-tecnologias-es-muy-cambiante/>.

⁶⁴ GENERALITAT VALENCIANA. <http://www.recursosees.uji.es/fichas/fc10.pdf>.

Ahora bien, muchos especialistas en el tema expresan que el uso del término “nuevas” es sui géneris, debido a que la novedad es un hecho que es irrefutablemente progresivo. Para ello se ha establecido que lo que se conoce como nuevas tecnologías consisten explícitamente en todo medio que posibilite la creación de nuevos entornos comunicativos y expresivos, facilitando de este modo a los receptores canales para nuevos mecanismos formativos, expresivos y educativos.

3.1.1 El Internet⁶⁵

El origen del Internet se le atribuye al Proyecto MAC, acrónimo de Machine Aided Cognition, en castellano Cognición Asistida por Maquinas, que se desarrollo en la década de 1960 por el Laboratorio de Sistemas del Departamento de Ingeniería Civil del Instituto Tecnológico de Massachussets – Massachussets Institute of Technhnology MIT-. El objetivo principal consistía en la experimentación de nuevos mecanismos de utilización de los ordenadores en modalidad “en línea” –online- Este proceso de utilización de ordenadores interconectados en tiempo compartido, sin duda contribuía con el quehacer intelectual y creativo, para fines educacionales, de investigación, diseño o control, gracias a la conmutación de paquetes. En 1969 Robert Taylor, Director de la Oficina para las Tecnologías de Procesado de la Información, acrónimo IPTO en ingles, surgió con la idea de crear una primera red respaldada en cuatro nodos que serían ubicados en la Universidad de California, Los Ángeles UCLA, el Stanford Research Institute SRI, la Universidad de Utah y la Universidad de California, Santa Barbara UCSB, proyecto patrocinado por el ARPA (Advance Research Projects Agency), Agencia financiada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. A este proyecto posteriormente se uniría el Instituto Tecnológico de Massachussets MIT y la Universidad de Harvard, en el año de 1970. Esta red adquirió el nombre de ARPANET por las siglas de la Agencia que emprendió el proyecto. El objeto de la red ARPANET era el de experimentar vínculos de comunicación entre

⁶⁵ LIPSZYC Delia. *Op. Cit.* p. 246.

universitarios. Muchas veces se ha cuestionado el origen del Internet, relacionándolo con una red, creada por el Departamento de Defensa, resistente a fallos de ordenadores o de líneas de comunicación que lo componían, en caso de ataques.

En el Ecuador, el primer proveedor de acceso al Internet fue la Institución Ecuánex, de la Corporación Interinstitucional de Comunicación Electrónica, Intercom, el año de 1991. En octubre del año 1992, un segundo nodo entra al mercado, bajo la denominación de Ecuánex, de la Corporación Ecuatoriana de la Información. Actualmente el Ecuador cuenta con una amplia lista de proveedores de Internet de entre los cuales se puede citar a Easynet, Ecuador Telecom, ESPOLTEL, Interactive, Impsat, Fastboy, entre otros.⁶⁶

3.1.2 Incidencia de las Nuevas Tecnologías en la Protección de Fonogramas⁶⁷

En 1987, el Instituto alemán Fraunhofer Gesellschaft trabaja en un algoritmo de compresión que permita emitir radio digital. De esta investigación nace el estándar MPEG Audio Layer 3 o MP3. Cabe señalar que la denominación MP3 proviene del registro de dominio MP3 que tenía Martin Paul 3ro “mp3.com”, dado que coincidía con sus iniciales. Éste permitió reducir el almacenamiento de la música en una escala de 10 a 20 veces, sin afectar la nitidez y calidad de la música que era almacenada bajo este formato. La aparición del formato MP3, consiste entonces, en la integración entre la industria discográfica y la industria informática. En 1998, Diamond Multimedia presenta el primer equipo portátil “Rio”, capaz de reproducir música en formato MP3. En el 2004 inicia el proceso de masificación de la banda ancha denominado por Tim O`Reilly como Web 2.0, que consistía en la segunda generación del desarrollo de la tecnología Web, que suponía el enfoque dirigido a la creación de comunidades

⁶⁶ FIERRO Luis A. **Presencia del Ecuador en el Internet.** <http://interred.wordpress.com/1995/02/12/presencia-del-ecuador-en-el-internet/>

⁶⁷ DÍEZ NOGUEIRA Gonzalo. **Caso Napster.** <http://www.delitosinformaticos.com/trabajos/napster.shtml>.

en la World Wide Web, siendo sus íconos principales las redes sociales tales como Hi5 y Facebook, los blogs y los Wikis.

La tecnología digital y las telecomunicaciones a través de satélites geostacionarios y redes de fibra óptica, han producido nuevas formas de explotación de las obras, afectando de este modo los derechos morales, así como los derechos de orden patrimonial de autores y titulares de derechos conexos. Las superautopistas de la información, consistente en todos los mecanismos basados en las nuevas tecnologías, han creado una “sociedad de la información”, que hoy por hoy está obligando a los productores de ordenadores a la creación de dispositivos de *autotutela*, que restrinjan la divulgación de material no autorizado y asimismo que creen la efectiva recaudación y distribución de las remuneraciones para quien tenga la intencionalidad de acceder a ello.

3.2 Los Derechos de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital

ARAUJO MORALES, plantea que en la actualidad existen tres posturas frente al comportamiento que se da en el entorno digital, y que se ponen de manifiesto en las siguientes teorías doctrinarias, frente al derecho de autor y derechos conexos, como un derecho fundamental del ser:⁶⁸

La teoría neoclásica o conservadora, plantea que el derecho de autor y derechos conexos es válido en cuanto a la explotación económica de sus obras en el entorno digital. Por ende, las normas vigentes son perfectamente aplicables en el mundo digital, sin embargo de ello, establecen que sí son necesarios ciertos ajustes legales para fortalecer las prerrogativas patrimoniales de sus titulares, sobre todo por la posibilidad de digitalizar todo tipo de obras u producciones fonográficas. Cuestionan la copia privada, legalmente autorizada por tratados internacionales y leyes nacionales, ya que permite una rápida reproducción y distribución de las obras en el entorno

⁶⁸ ARAUJO MORALES Cristian. *El Internet y el Derecho de Autor*. <http://essentiajuris.iespana.es/B3-internet.htm>. 2006.

digital, incumpliendo el objeto para el cual fue concebido. Asimismo le dan una jerarquía superior frente a la educación y cultura, factor que se entiende contradictorio debido al menoscabo en el que quedan sujetos estos derechos. Esta doctrina le reconoce al derecho de autor y derechos conexos, el carácter de fundamental, imprescriptible, ilimitado e inalienable.

La teoría minimalista rechaza todo reconocimiento a los titulares de derechos de autor y derechos conexos en el Internet, ésta teoría también es conocida como teoría pro – informática. Supone que el autor no tiene espacio en el Internet con la finalidad de favorecer al usuario, invalidando así todos sus derechos. El Internet es un mundo que se mueve libremente en beneficio de los usuarios, garantizándoles la libre circulación y acceso. Según esta corriente, la normativa carece de sentido, en su criterio el entorno digital impide que se ejerzan controles sobre la utilización y destino de las obras, imposibilitando que se establezcan responsables que infringen los derechos de propiedad intelectual.

Las teorías modernas o eclécticas, buscan crear un equilibrio entre los derechos de autor, usuarios, proveedores de contenido y de servicios en Internet, partiendo de la premisa que el derecho de autor y derechos conexos, debe adecuarse a las necesidades que plantean las redes digitales. Esta doctrina, por su parte, concibe al derecho de autor como un derecho instrumental elevado a la categoría de derecho humano tendiente a facilitar la protección de otros derechos considerados como inalienables, como la educación y la cultura.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana en este sentido, reconoce el derecho exclusivo que tiene el productor de fonogramas, en el entorno digital, de realizar, autorizar o prohibir:⁶⁹

⁶⁹ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

- La reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier medio o forma. Como se ha señalado antes, esto incluye su almacenamiento digital, temporal o definitivo.
- La distribución al público. La comunicación pública consiste en el principal medio de distribución, señalando el artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual que es "todo acto 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 en los siguientes casos: (...) c) 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 éstos, sea o no simultánea".

De igual modo, la OMPI mediante Declaración Concertada respecto de los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, establece que todo lo enunciado en el derecho de reproducción, es aplicable plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. En la misma declaración expresa que:

"Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos. (Artículos 7, 11 y 16 del TOIEF)".⁷⁰

El Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas TOIEF, establece en su Artículo 15, numeral 1 que:

⁷⁰ Tratado de la OMPI. **Op. Cit.** Declaración Concertada.

Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.⁷¹

Se puede evidenciar entonces, que pese a las doctrinas que manejan un sentido contrario a lo que reza nuestra legislación y los tratados internacionales, respecto de los derechos de autor y derechos conexos, las teorías modernas o eclécticas, son las que realmente velan por la protección acertada de los derechos que les corresponden a los legítimos titulares. En la práctica, lastimosamente, la aplicación que se ha dado a la prerrogativa de proteger al titular de los derechos, en la era tecnológica ha sido complejo. Los recursos tecnológicos para poder identificar a los infractores en la red así como los mecanismos de autotutela apenas están siendo desarrollados, permitiendo de este modo, que se siga infringiendo la ley, y perjudicando a los titulares de derechos.

3.2.1 Teoría Digital: En la Red, en las Descargas

Para LIPSZYC, la explotación en línea, es “todo o una parte significativa del proceso por el cual las obras protegidas por el derecho de autor, cualquiera sea su género (textos, música, imágenes fijas o en movimiento, etcétera) y las prestaciones protegidas por los derechos conexos se explotan por medio de descargas (downloadings) o de streaming de diferentes formas o procedimientos – siguiendo a Rodríguez Miglio - enumera como medios de explotación en línea a:⁷²

Preview: Mecanismos que permiten la elección de una obra e interpretación determinada, para ser escuchada en su totalidad o un fragmento de ella, a fin de decidir realizar la descarga (download).

⁷¹ Tratado de la OMPI. *Op. Cit.* Art. 15, 1.

⁷² LIPSZYC Delia. *Op. Cit.* p. 328.

Streaming: Descarga de un archivo, sin que este se almacene en el disco duro. La reproducción se realiza en tiempo real.

Webcasting: Transmisión que se realiza exclusivamente por Internet, es decir, que no hay emisión de radiodifusión ni cable-distribución.

Simulcasting: Consiste en la posibilidad de acceder por Internet a una emisión de radiodifusión hertziana. Ésta reproducción no se da en tiempo real.

La utilización de obras musicales en un sitio web, a modo de cortina musical que el usuario final escucha cuando ingresa al sitio, sin poder participar en su elección.

RÍOS RUIZ, por su parte, y de modo más detallado, establece que los nuevos comportamientos que son considerados como infracciones a los derechos de autor y derechos conexos, en el Internet son:⁷³

- *Upload*: Es decir la introducción o carga de contenidos y su puesta a disposición en la red.
- *Download*: Descarga o almacenamiento de contenidos en la memoria interna del ordenador o en la memoria aleatoria (almacenamiento temporal o permanente).
- *Digitalización*: Pasar de un texto análogo o plano a un texto digital determinados contenidos o informaciones.
- *Visualización de sitios web*.

⁷³ RÍOS RUIZ Wilson. *Propiedad Intelectual en el entorno digital, infracción de los derechos de autor en la red*. 2006. p. 16.

- *Enlaces, hipervínculos o links*: Particularmente de links IMG o de imagen, así como los vínculos profundos o deep links, frames o marcos.
- *Formatos de Compresión de Audio*: Aquellos que permiten comprimir formatos y archivos musicales e inclusive de imágenes y texto, logrando eliminar aquellos sonidos que no son perceptibles para el oído humano, tales como el MP3, el MP3 pro y el MP4.
- *Software de Intercambio*: Programas de ordenador que permiten el intercambio de distintos formatos de comprensión, en algunos casos utilizando la comunicación de equipo a equipo (peer to peer) utilizando servidores como en el caso de NAPSTER, Audiogalaxy, o CuteMX. En otros casos sin tener que recurrir a servidores físicos como en los ejemplos de sistemas de intercambio como GNUTELLA, Morpheus (Music City) y Kazaa.
- *Bases o bancos de datos*: Los derechos sobre la selección y disposición de la información, y el derecho que, por ejemplo en la legislación Europea, se brinda al Fabricante de la misma.
- *Creaciones Multimedia*: Entendida como aquella que involucra texto, imagen y sonido en un solo medio o soporte.
- *Obras creadas o generadas por ordenador*: Autoría y titularidad de creaciones generadas a través de la utilización de sistemas de inteligencia artificial y principalmente de los sistemas expertos.
- *Violación de medios tecnológicos*: Como por ejemplo de señales indelebles, claves de acceso, password, firewalls, sistemas de cifrado y criptografía (SSI-SET), firmas digitales, Certificados digitales, huellas o tatuajes digitales y marcas de agua.

Las personas diariamente desarrollan estos comportamientos en la red, sin la necesidad que exista el cometimiento de una infracción. Esto se puede evidenciar en actos como: introducir al Internet un trabajo de su autoría para difundirlo en la red (upload) con el propósito de promocionarse, entre otros fines; descargar una actualización de un programa de ordenador (download) sobre el cual se ha pagado la respectiva licencia; scanear un comprobante de pago (digitalización), para enviárselo a un cliente y así justificar un gasto; acceder a una página web de noticias, como por ejemplo: www.elcomercio.com, www.eluniverso.com, para estar al día (páginas web). Podemos evidenciar entonces que lo que se ha podido catalogar como comportamientos que son considerados como infracciones en la red, no necesariamente lo sean siempre y cuando no se esté perjudicando a titular alguno.

3.2.2 Derechos Patrimoniales en la Red

Los derechos patrimoniales tradicionales, tal como lo expresa nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 19 y siguientes, consisten en el derecho de explotación de la obra (obteniendo un beneficio económico sobre ello) que se le da al legítimo titular, de realizar, autorizar 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; d) La importación; y, e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*⁷⁴

Sin embargo, al ser trasladados al entorno digital, estos se traducen a nuevas conductas tales como:⁷⁵

⁷⁴ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 19.

⁷⁵ RÍOS RUIZ Wilson. **Op. Cit.** 2006. p. 18.

- **Reproducción:** Almacenamiento digital, directo o indirecto, provisional o permanente.
- **Comunicación pública:** transmisión digital, puesta a disposición del público y descarga de contenidos.
- **Transformación:** Digitalización y producción de creaciones multimedia
- **Distribución:** Es un derecho que está supeditado a la teoría del agotamiento del derecho con la primera venta que surta.
- **Extracción:** Ordinariamente dado como derecho a favor del fabricante de una base de datos.
- **Descompilación:** Conocido también como ingeniería de reversa o reingeniería en creaciones como el soporte lógico – Software.

A diferencia de lo expresado anteriormente, es importante recalcar que conductas como la transformación, la comunicación pública, la reproducción, la distribución, están taxativamente contempladas como infracciones y delitos de propiedad intelectual, conforme se ha señalado anteriormente en el artículo 324 de la Ley de Propiedad Intelectual, sea esto realizado por medios analógicos o digitales.

3.2.3 Análisis del Efecto Peer to Peer

Peer to Peer, Traducido al español como **entre iguales** o **de igual a igual**.

SÁNCHEZ IREGUI, define al sistema Peer to Peer, como *“Un tipo de red en el que cada estación de trabajo tiene capacidades y responsabilidades*

*equivalentes. Está red difiere del sistema tradicional cliente/servidor en el que algunos computadores están dedicados a servir a otros.*⁷⁶

El sistema peer to peer fue revolucionado por los holandeses Niklas Zennstrom y Janus Friis, con su software denominado Fast Track, quienes licenciaron su software a otras empresas. FastTrack puede soportar hasta un millón de usuarios en una única red sin necesidad de un servidor central y sin que las búsquedas se hagan eternas, la propia red asigna de forma automática, entre sus usuarios con mayor ancho de banda, el papel de “supernodos”: ordenadores que, además de actuar como clientes, funcionan a modo de servidores cuando las necesidades de tráfico así lo reclaman.⁷⁷

A grandes rasgos, una red informática Peer to Peer se refiere a una red que no tiene clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan simultáneamente como clientes y como servidores respecto de los demás nodos de la red. Es una forma legal de compartir archivos de forma similar a como se hace en el e-mail o mensajeros instantáneos, sólo que de una forma más eficiente.

BAUWENS⁷⁸, expresa que pese a que frecuentemente Peer to Peer sea asociado por error a la etiqueta de “intercambio ilegal de archivos musicales”, existe mucho más por entender de esta red informática. Considera que la educación, el aprendizaje y las instituciones que trabajan en la dirección de cristalizar y distribuir conocimiento, serán los mejores candidatos para adaptarse a este sistema, que podrá mantenerlas relevantes, útiles socialmente y viables a nivel económico. Señala como ejemplos a Wikipedia y Delicious.

Actualmente existen tres clases de sistemas Peer to Peer:⁷⁹

⁷⁶ SÁNCHEZ IREGUI Felipe. *De la legalidad de Napster a la legalidad de Kazaa, Grokster, Gnutella y Streamcast*. 2003. p. 22.

⁷⁷ RÍOS RUIZ Wilson. *Op. Cit.* 2006. p. 22.

⁷⁸ BAUWENS Michel. *Educación y P2P*. http://www.masternewmedia.org/es/2008/08/28/p2p_y_educacion_robin_good_entrevista_al.htm.

⁷⁹ SÁNCHEZ IREGUI Felipe. *Op. Cit.* 2003. p. 23.

El sistema **centralizado** es precisamente el que utilizaba y aun utiliza hoy en día Napster, en donde un servidor central acopia la información de los nodos donde se almacenan los contenidos, administra la red y permite la interconexión e intercambio de archivos entre nodos. Se basa en una arquitectura monolítica. Se entiende entonces que para que exista la interconexión e intercambio de información, los usuarios dependen exclusivamente de la existencia del servidor.

El sistema **semi descentralizado o híbrido** usa la idea de supernodos donde cada uno de los computadores o usuarios (peers) son agrupados y organizados jerárquicamente a los cuales se les asigna un supernodo o servidor que es escogido entre los mismos usuarios, generalmente por las mejores características técnicas que tenga un usuario en relación con los del mismo grupo. Se entiende entonces que el servidor central únicamente sirve como *Hub*, administrando los recursos de banda ancha, enrutamientos y comunicación entre nodos, sin saber la identidad de cada nodo y sin almacenar información alguna.

Finalmente, cuando el sistema peer to peer es **descentralizado**, todos y cada uno de los usuarios funcionan como servidor y como cliente, siendo el mejor ejemplo Gnutella, que es hoy en día considerado el padre de los sistemas peer to peer puros. Los usuarios son nodos de conexiones y almacenistas del contenido. La comunicación en este caso es directa entre nodos, siendo un tercer usuario quien permite enlazar la comunicación.

3.2.4 Características de las Redes Peer to Peer

Según BARRERA GONZÁLEZ, catedrático de la Universidad Carlos III de Chile, experto en la materia, manifiesta que existen cinco características que contiene el sistema Peer to Peer. Estos son:⁸⁰

⁸⁰ BARRERA GONZÁLEZ Pablo. *P2P: Peer to peer o "Conexión punto a punto"*. <http://www.plonechile.cl/desarrollo/diccionario/p2p>.

1. *Escalabilidad*: Las redes P2P necesitan ser grandes, contar cada vez con más usuarios. El tener alcance mundial brinda la posibilidad de incrementar su número de usuarios, mejorando así su funcionamiento. Sin embargo, BARRERA advierte que si este tipo de redes proliferan desmesuradamente, podrían llegar a su fin debido a una diversificación de usuarios, que conllevará a que en cada red se conecten muy pocos nodos.
2. *Descentralización*. Estas redes por definición son descentralizadas. Los contenidos se transmiten directamente entre nodos, entre usuarios.
3. Los *costes* están repartidos entre los usuarios. Se comparten o donan recursos a cambio de recursos.
4. *Anonimato*. Para BARRERA los usuarios permanecen en el anonimato en estas redes. Así el autor, el editor, el lector, el servidor que alberga el contenido, el documento y la petición permanecerán anónimos.
5. *Seguridad*, ya que el usuario abre su máquina al resto que esté seguro. Para ello los mecanismos son: Encriptación multiclave, la llamada Caja de arena, gestión de derechos de autor (la industria define qué puede hacer el usuario, por ejemplo la segunda vez que se oye la canción se apaga), reputación (sólo permitir acceso a los conocidos) y cortafuegos.

Por otro lado, WIKIPEDIA, incorpora una sexta característica, denominada *Robustez*, consistente en *“La naturaleza distribuida de las redes peer-to-peer también incrementa la robustez en caso de haber fallos en la réplica excesiva de los datos hacia múltiples destinos.”*⁸¹

⁸¹ WIKIPEDIA, La enciclopedia libre. http://es.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer#Filosof.C3.ADa_de_las_redes_Peer-to-peer.

3.3 Controversia Legal de las Redes Peer to Peer

Aunque las redes P2P pueden ser empleadas para compartir contenidos, propiedad de los propios usuarios, nodos, en este caso denominados *sharers*, no protegidos por derechos de autor o susceptibles de libre difusión, tal como lo ha expresado BAUWENS, citado anteriormente, no deja de ser cierto que su mayor aplicación está dirigida para intercambiar archivos ajenos con material protegido por derechos de propiedad intelectual.

Los archivos compartidos que mayormente se encuentran en estas redes son de música y video. Lamentablemente, en su mayoría son archivos protegidos puestos a disposición de otros usuarios en la red. Este acto entraña un acto ilícito que en ocasiones y según las legislaciones de algunos países, puede desatar en una responsabilidad de naturaleza penal, como es el caso de nuestra normativa nacional.

El TOIEF, en su artículo 19 establece que:

*1) Las Partes Contratantes, Estados, proporcionarán recursos jurídicos adecuados y 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: (...); (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. (...)*⁸²

Se puede advertir entonces, que la infracción directa en las redes Peer to Peer se presenta cuando un tercero, sin autorización del autor o titular de los derechos conexos, realiza uno de los actos cuyo ejercicio está reservado exclusivamente a estos. En esta línea, aquella persona que descargue (download) un fonograma cuyo contenido haya sido autorizado a ser

⁸² Tratado de la OMPI. **Op. Cit.** Art. 19.

reproducido por el titular, no está implicado en el cometimiento de delito alguno. Es importante mencionar que muchos artistas han colocado sus obras, e incluso álbumes enteros, en sus páginas web oficiales con el objeto de promocionarse. Un claro ejemplo es la banda de rock Nine Inch Nails (www.nin.com).

SÁNCHEZ IREGUI, señala que es importante mencionar que la infracción de derechos de autor directa, no exige que el infractor tenga una intención específica al momento de realizar la infracción, sin embargo si el infractor realiza la actividad con el ánimo de perjudicar al titular de los derechos de autor o de obtener un beneficio económico, el ofendido con la infracción queda facultado para exigir el pago de la indemnización.

Los modelos empresariales clásicos de empresas discográficas, distribuidoras y defensores del sistema Peer to Peer, se han visto amenazados por estos softwares que dificultan manejar el mercado de la música legalmente, como se lo ha hecho en décadas pasadas, obligándolos a levantar otros servicios, además de sus modelos ya establecidos, basados en proporcionar al usuario, a través de redes Peer to Peer el servicio de descarga de música autorizada por el productor de fonograma.

3.3.1 Situación Legal de las Redes Peer to Peer

Con razón de la aparición de la era digital, han existido varias Declaraciones Concertadas llevadas a cabo por la OMPI, particularmente en el Tratado de la OMPI sobre Intérpretes o Ejecutantes y Fonogramas, con el fin de regularizar y proteger los derechos conexos en esta esfera. De este modo queda en evidencia que:

El derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma

*en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos.*⁸³

Sin embargo, mediante Declaración Concertada respecto del Artículo 15 del TOIEF, inherente a la comunicación pública en la esfera digital, se ha expresado que aún:

“no representa en su totalidad una solución completa del nivel de derechos de radiodifusión y comunicación al público, de que deben disfrutar los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la era digital.”

Con las observaciones enunciadas anteriormente parece claro que el sistema de las redes Peer to Peer no plantea por sí mismo ninguna problemática de orden legal mientras exista cabal cumplimiento a las disposiciones normadas en los distintos Tratados Internacionales, surgiendo entonces la problemática de los archivos que se comparten en esas redes de intercambio no autorizados.

Sentadas las características de los archivos intercambiados en estas redes Peer to Peer en su mayoría, nos permitimos concluir que son totalmente validas mientras el material descargado contenga la autorización expresa de su titular o representante, o se haya ejecutado el pago de remuneración para realizar dicho acto.

3.3.2 Situación Legal en el Ecuador

Se ha afirmado en repetidas ocasiones que la descarga de archivos de audio y audiovisual es legal, amparándose en el derecho de copia privada y siempre y cuando no exista ánimo de lucro. Nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 108, manifiesta que:

⁸³ Tratado de la OMPI. **Op. Cit.** Declaración Concertada.

*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 natural que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contrario a los usos honrados.*⁸⁴

En éste sentido, es de suprema importancia hacer hincapié que dicha copia única, será realizada por el *adquirente original de un fonograma o videograma*, escenario que no se produce cuando existe la participación de un usuario en una red Peer to Peer, ya que el contenido es divulgado sin el merecido reconocimiento económico al titular del derecho conexo.

Inclusive, ya en el campo de la digitalización de fonogramas, el artículo 292 de la ley mentada, expresa que:

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.*⁸⁵

Al respecto es pertinente evaluar el cumplimiento que se debe proporcionar al derecho de copia privada, y el efectivo pago que deben asumir los fabricantes e importadores de los equipos de soporte en el Ecuador. El Doctor Esteban Argudo sostiene que:

...pese a que la Ley de Propiedad Intelectual, vigente desde el año 1998, prescribe tal derecho de compensación, no ha sido posible recaudar el pago de

⁸⁴ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 108.

⁸⁵ *Ibíd.* Art. 292.

fabricantes o importadores; y, más alarmante aún es que el nivel promedio anual de importación de discos vírgenes supera los 100 millones.⁸⁶

En una línea similar, la Doctora Zelva González⁸⁷, manifiesta que anualmente ingresan al país más de 120 millones de soportes en blanco, sean cds, dvds, mp3, mp4, ipods, computadores, etc. Expresa que el artículo 106 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que la remuneración compensatoria será pagada por el fabricante o importador en el momento de la puesta en el mercado nacional de: a) Las cintas u otros soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual; y, b) Los equipos reproductores. La cuantía porcentual de la remuneración compensatoria por copia privada deberá ser calculada sobre el precio de los soportes o equipos reproductores, la misma que será fijada y establecida por el Consejo Directivo del IEPI. Lamentablemente este enunciado sigue siendo letra muerta, debido a que los importadores aducen que ¿por qué vamos a pagar por todo cuando la mayoría de soportes son para oficinas, universidades y estudiantes?, hecho totalmente falso, ya que en una investigación se determinó a nivel mundial, que de todo lo que se produce de soportes en blanco, es apenas el 5% destinado a estudiantes, oficinas o universidades.

Podemos concluir que las redes Peer to Peer en el Ecuador, son totalmente contrarias a nuestra legislación vigente; y, que el sustento de la copia privada es ajeno al fin que aducen con argucia especialmente los importadores, inclusive partiendo de la premisa que los comerciantes piratas se benefician de dichas redes para descargar y fijar contenidos en aquellos cds, importados sin la remuneración compensatoria, para su respectiva venta ilícita, hecho sancionado por nuestra Ley de Propiedad Intelectual, en lo relativo al derecho patrimonial, y por consiguiente al derecho de explotación de fonogramas.

⁸⁶ Entrevista realizada al Dr. Esteban Argudo. Agosto 2009.

⁸⁷ Entrevista realizada a la Dra. Zelva González. Julio del 2009.

3.4 Estudio del Caso Napster en Estados Unidos de América⁸⁸

Shawn Fanning creó el software Napster como un sistema que permitiera compartir música gratuita en formato MP3 a través de la red. Napster fue colocado en el ciberespacio en junio de 1999. El significado de Napster incluso evoca su naturaleza, y es “revocar el derecho de autor”.

La polémica en relación a este programa radica en que, según los abogados de la Asociación Americana de la Industria Discográfica (RIAA), se descubrió que los usuarios de Napster podían acceder a cualquier canción del mercado, escucharla e incluso guardarla de forma totalmente gratuita, sin hacer desembolso alguno en concepto de derechos de autor, es ahí que en el año 2001 inicia el famoso caso Napster – A & M Records, Inc., et al. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. Feb. 12,2001). Empresas de grabación comercial, distribución y venta de composiciones musicales y grabaciones sonoras, estas son:⁸⁹ A&M Records, Inc; Geffen Records, Inc; Interscope Records; Sony Music Entertainment, Inc; MCA Records, Inc; Atlantic Recording Corp.; Island Records Inc.; Motown Record Co.; Capitol Records, Inc.; Jerry Leiber Music.; Mike Stoller y Frank Music Corp, iniciaron demandas a Napster alegando que ésta coadyuvaba a las infracciones (contributory infringement) a los copyrights de los demandantes y que, por ello, era indirectamente responsable (vicarious liability).⁹⁰

“Napster sustancialmente proveía a sus usuarios con la infraestructura, las facilidades, los medios tecnológicos y el soporte y los servicios permanentes que permiten que estas infracciones se cometan.”⁹¹ El Software de Napster permite el intercambio de archivos musicales; los usuarios eligen de entre su repertorio las canciones disponibles para ser copiados por usuarios de Napster.

⁸⁸ LIPSZYC Delia. *Op. Cit.* p. 417.

⁸⁹ *Ibidem.* p. 419.

⁹⁰ *Ibidem.* p. 419.

⁹¹ SÁNCHEZ IREGUI Felipe. *Op. Cit.* 2003. p. 19.

Napster de este modo creaba una “colección virtual” elaborando un inventario de los contenidos que almacenaba de cada usuario.

Es así que los Tribunales Federales establecieron que Napster “coadyuvaba a la infracción” al suministrar a los usuarios el software MusicShare donde se efectuaba la reproducción y permitía acceder a la base de datos donde reposaba la lista de archivos puestos a disposición del público. Igualmente establecieron que Napster era “indirectamente responsable” ya que obtenía un beneficio económico, ya que permitía a sus usuarios compartir (share) archivos de música sin autorización de los titulares de derechos.

Los demandantes en el caso de Napster demostraron con claridad las etapas e infracciones que se llevaban a cabo con este software, estableciendo que cada persona (usuario) que se servía de Napster, incurría en una infracción directa en materia de derechos de autor, al quebrantar dos derechos básicos de todo autor, es decir el derecho a la distribución pública y el derecho a la reproducción de la obra; y, por su parte, Napster, evidentemente se convertía en un “infractor indirecto”. Igualmente se estableció que Napster sabía de las actividades ilegales en las que estaba inmersa, debido a que los demandantes habían notificado de este hecho por escrito a Napster. En lo que se refiere a la contribución material, éste estaba involucrado de un modo activo en todo el proceso de infracción al colocar a disposición de sus usuarios todas las herramientas mencionadas atrás.

Napster argumentó por su parte que:⁹² era pertinente identificar tres usos específicos que tenía su software, es decir, que eran *fair uses*: 1. Muestreo: los usuarios del software hacen una copia temporal de una obra antes de comprar; 2. Cambio de Espacio: Se favorecían del sistema Napster para incorporar en su disco duro en formato MP3, una grabación sonora que ya poseían en Cd., y 3. Distribución autorizada de grabaciones, tanto por artistas nuevos como ya conocidos. Ante este argumento el Tribunal de Apelaciones señaló:

⁹² LIPSZYC Delia. **Op. Cit.** p. 425.

*“Coincidimos en que el aumento de las venta de material protegido atribuibles a un uso no autorizado no debería privar al titular del derecho de autor del derecho a licenciar el material”.*⁹³

Sin embargo de toda la defensa presentada por Napster, el Tribunal de Apelaciones determinó que la compañía debía desaparecer, por lo que la Corte de San Francisco decidió reenviar el asunto a la Juez encargada recomendándole que permitiera su permanencia, siempre y cuando se adopten medidas encaminadas a impedir el acceso a los usuarios que no respeten los derechos de propiedad intelectual.

Ante esta decisión de los Tribunales de Justicia de Estados Unidos de América, finalmente Napster deja de funcionar y mediante acta transaccional, acuerda pagar 26 millones de dólares a las compañías discográficas demandantes cuando pueda relanzar el servicio como portal de pago.

En el 2002, Napster entra en quiebra y en noviembre de ese mismo año Roxio compra la marca por 5.1 millones de dólares, anunciando la próxima creación de un nuevo servicio.

De todo lo dicho, en relación al caso Napster y lo mencionado en este capítulo, podríamos establecer que los procedimientos que se deben seguir a fin de no incurrir en estas actitudes delictivas, son:

1. La ley reconoce el derecho a la copia para uso personal. Es decir, no constituye un delito grabar un CD para oírlo uno mismo en su ámbito familiar.
2. Hacer una copia de un CD para dársela a otra persona (a un amigo) o mandarle las canciones por e-mail sí es una práctica penalmente perseguible.

⁹³ Ibídem. p. 426.

3. Es ilegal poner en Napster o en una web particular ficheros de música a disposición de los demás.
4. Asimismo, tampoco está permitido difundir la música sin permiso del autor.
5. Vender falsificaciones constituye un delito que se castiga con pena de prisión e indemnización por daños y perjuicios.
6. Con respecto al hecho de descargar canciones de Napster para uso personal hay diversidad de opiniones jurídicas. Por un lado, hay quienes abogan por su legalidad al entender que entra dentro del marco expuesto en el punto 1 relativo al derecho a la copia privada. Los que disienten de esta opinión argumentan que al ser ilegal el intercambio de canciones en un ordenador, en Napster el que las descarga se hace cómplice de un delito.

Cabe destacar que en relación a este punto, se ha hecho detallada explicación del propósito y fin que tiene el derecho de copia privada en el presente capítulo, siendo el argumento de la legalidad de usar softwares Peer to Peer gratuitos, totalmente antijurídico.

El emblemático caso Napster, en el mundo de las redes Peer to Peer, ha sido una pauta para que estas empresas puedan determinar su espacio de acción y las reglas que se deben aplicar para estar dentro del marco de la legalidad. De este modo se podrá definir los medios legales para poder acceder, reproducir y distribuir fonogramas que se encuentren protegidos por los derechos conexos, entendiéndose que previamente deberá existir una remuneración a favor del titular para dicho acto.

3.5 Obras en la Red

Las autopistas de la información son hoy una realidad masiva y su utilización crece a diario.

En el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, celebrado en Panamá los días 15, 16 y 17 de octubre de 2002⁹⁴, con la asistencia de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España, Artistas intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) de España, y el Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), se refiere al fenómeno de la era digital y citan al catedrático JEREMY RIFKIN, profesor de la Escuela Warthon de Finanzas y Comercio, en su obra "La era del acceso" al sentenciar que el concepto actual de propiedad está sufriendo un cambio radical.

Así mismo, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, los asistentes señalaron que:

*...en la economía digital los mercados tradicionales son paulatinamente reemplazados por las redes, los vendedores y compradores se sustituyen por proveedores y usuarios. Antes se intercambiaban bienes físicos y servicios, hoy, en el ciberespacio, los servidores y los clientes básicamente intercambian información, conocimiento, experiencias e incluso fantasías. Se consolida así la era de la cultura por encima de la basada en la propiedad.*⁹⁵

Bill Gates, cofundador de la empresa de software Microsoft, señaló que será más fácil proteger los derechos de los titulares de derechos de derechos intelectuales en las autopistas de la información de lo que ha sido posible hacerlo hasta hoy en la era analógica. Esto actualmente está trasladándose a la realidad practica mediante medidas tecnológicas que van desde la encriptación, que consiste en poner en un contenido una clave: si los ceros y unos que forman el contenido se desordenan primero y luego se reordenan con arreglo a la determinada rutina, nadie que no posea la "clave" de tal rutina

⁹⁴ IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), conjuntamente con el Gobierno de la Republica de Panamá, a través del Ministerio de Educación con la asistencia de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España, Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) de España, y el Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), bajo los auspicios de los Gobiernos de España y Portugal, celebrado en Panamá los días 15, 16 y 17 de octubre de 2002.

⁹⁵ Ibídem. p. 2.

podría seguir el procedimiento inverso para restablecer el orden original y tornar el contenido utilizable⁹⁶, mecanismos que advierten la existencia de derechos de autor justo antes de reproducir la obra, impedimentos de realizar más de una copia, sistemas de identificación del usuario o errores voluntarios e inocuos que permitan identificar cuando, por ejemplo, una base de datos ha sido copiada.⁹⁷

Con lo enunciado será factible detectar cada uso y verificar si fue transmitido a otro o miles de usuarios en la red, situación que en la piratería de soportes resulta complejo identificar.

En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, en sus artículos 18 y 19 se regula específicamente la obligación de las Partes Contratantes (Estados) de proporcionar protección jurídica contra estas acciones, como se ha señalado anteriormente. De este modo, cada Estado se compromete a detectar, realizar comisos e incluso proceder con la destrucción, de programas (software) que sean creados para decodificar o romper mecanismos de autotutela, creados para la protección de fonogramas.

Los asistentes del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, sentencian que en el área de la administración de los derechos existe un gran avance, pues hoy se puede conocer la cantidad de veces que se utiliza una obra, cuándo y quién lo hace y si ha pagado los derechos correspondientes, o de lo contrario efectuar el débito pertinente. Será de vital importancia tener un código único mundial, tal como se propone en el CIS (Sistema Común de Información).

Igualmente promulga que el control y la protección de derechos de autor y derechos conexos quedará en las sociedades colectivas y en la tarea comercial desarrollada por los productores y editores que estarán habilitados para

⁹⁶ CRYPTOGRAFIA. <http://www.textoscientificos.com/criptografia/cripto>.

⁹⁷ GRIJALVA Agustín y otros. **Temas de Propiedad Intelectual**. Ecuador. ISBN Corporación Editora Nacional. p. 78 y 79.

conceder la autorización de su utilización, al igual que percibir los derechos económicos por ellos generados, y así poder otorgar y fijar las condiciones de licenciamiento de la obra en usos interactivos, en producciones o en transmisiones multimedia.

3.6 La Protección Internacional de los Organismos de Radiodifusión

ANTEQUERA PARILLI, manifiesta que “se entiende por organismo de radiodifusión la persona natural o jurídica que emite, mediante difusión inalámbrica, sonidos (radio) o imágenes y sonidos (televisión), para su recepción por el público.”⁹⁸ Siguiendo la misma línea, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas TOIEF, en su artículo 2 literal g, establece que para los fines del presente Tratado se entenderá por “radiodifusión”:

*...la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos para su recepción por el público, considerando que también hay radiodifusión en el caso de las transmisiones por satélite o cuando se trate de señales codificadas, siempre que los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.*⁹⁹

La Decisión 351, por su parte, en su artículo 2, define a los Organismos de Radiodifusión como “Empresas de radio y televisión que transmiten programas al público”.¹⁰⁰

ANTEQUERA PARILLI advierte que, la emisión de radiodifusión no constituye una creación intelectual con características de originalidad, sino el resultado de una actividad técnico- empresarial, siendo naturalmente la emisión la que contiene una programación, la cual, generalmente, está constituida por obras del ingenio, prestaciones artísticas y producciones fonográficas, de manera que el organismo de radiodifusión es un usuario de tales creaciones, prestaciones y

⁹⁸ ATEQUERA PARILLI. *Op. Cit.* p. 21.

⁹⁹ Tratado de la OMPI. *Op. Cit.* Art. 2, g.

¹⁰⁰ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 2.

producciones, y por tanto obligado a cumplir las obligaciones derivadas de esa utilización.¹⁰¹

El artículo 97, relativo a los Organismos de Radiodifusión, establece que serán:

...titulares del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones, por cualquier medio o procedimiento; b) La fijación y la reproducción de sus emisiones, incluso la de alguna imagen aislada, cuando ésta se haya hecho accesible al público por primera vez a través de la emisión de radiodifusión; y, c) La comunicación al público de sus emisiones cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de admisión.

En relación a la aplicación de la protección de organismos de radiodifusión a nivel ecuatoriano, Álvaro Rosero, Director de Radio Exa 92,5 FM, expresa que el incumplimiento se sujeta:

...un poco a un tema cultural, y me refiero a esto con la actitud que tal vez nosotros asumimos a episodios (...) que han sido muchos y muy frecuentes, de retransmisión no autorizada de alguna emisión nuestra y cosas y detalles tan graves como incluso utilizar lo que se llama la vestimenta de una estación de radio, que es lo que identifica a una estación de radio, con lo que difundimos nosotros, con las voces contratadas, con la creatividad, utilizadas por otras radios de provincias pequeñas, de ciudades pequeñas, en donde el momento de mencionar el nombre de la radio nada más ellos cambiaron el nombre. Cosas tan sencillas, pero graves como esas.¹⁰²

Las nuevas tecnologías en el mundo globalizado, han permitido que programas radiofónicos sean susceptibles de piratería en la red. Esto se produce gracias al uso de señales satelitales. La OMPI por lo tanto, deberá replantear cómo se ejecutará la protección de derechos de radiodifusores, relativos a transmisión o retransmisión, transmisión diferida, tele distribución, decodificación de las emisiones codificadas. Será de trascendental importancia definir estos lineamientos para impedir la piratería de señales y el robo de sus contenidos transmitidos.

¹⁰¹ ATEQUERA PARILLI. *Op. Cit.* p. 21.

¹⁰² Entrevista realizada a Álvaro Rosero. Noviembre del 2009.

3.7 Cambio de Modelo de Negocios

El editorial de BLANCO Y NEGRO, titulado *“La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias”*, asevera que existieron pérdidas por USD. 66 832 500 hasta el año 2005, producto de la piratería de discos, libros y películas. El Representante Legal de MTM, Gonzalo Jiménez¹⁰³, manifiesta que de entre toda la compilación de fonogramas que se encuentra en el país, apenas el 2% es material original, ubicando al Ecuador en la segunda posición a nivel latinoamericano, detrás de Paraguay, donde no se conocen CDs o DVDs auténticos.

La piratería, dentro de lo cual también está contempladas las redes Peer to Peer que ofrecen su contenido gratuitamente, ha disminuido notablemente los ingresos de la industria discográfica. Hoy por hoy, se vislumbran modos de contrarrestar mediante el uso de “nuevas tecnologías” como canales adicionales de comercialización de fonogramas.

Son apenas pocas productoras fonográficas (Universal, Warner, Sony-BMG y EMI) las que aún tienen un ingreso anual significativo, producto de la venta de fonogramas, superando los 30.000 millones de dólares a nivel mundial.

Un informe elaborado por la UNIVERSIDAD DE PALERMO, sostiene que los cambios tecnológicos afectaron a la industria, en un primer momento, de manera adversa: La posibilidad de copiar música, con muy poca pérdida de calidad, evadiendo el pago de derechos de autor, unido a la capacidad instalada de fabricación de discos ópticos, ha sido el escenario propicio para incentivar prácticas ilegales. Sin embargo los cambios más recientes, relacionados principalmente con la telefonía celular y su posibilidad de bajar música en muy poco tiempo, ya sea para escucharla o para usarla en la

¹⁰³ ECUADOR. DIARIO HOY. ***La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias.*** <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm>. Quito. Julio 2 de 2005.

personalización del aparato, permiten imaginar un escenario de crecimiento para la industria.¹⁰⁴

Las acciones emprendidas por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) para combatir la piratería tienen como principales objetivos: *educar y disuadir potenciales acciones ilegales.*¹⁰⁵

En el caso de Europa esta campaña ha dado buenos resultados. Mientras que se experimentó un incremento en la utilización de banda ancha en los hogares, no sólo que no aumentó el uso de sitios no autorizados para descargar música, sino que el uso de los mismos disminuyó.

Según John Kennedy, Gerente General de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica, se espera que para el 2010 los ingresos por ventas provenientes del sector digital alcancen el 25% de participación del mercado global.

Las posibilidades de crecimiento de este nuevo canal, cuyos nichos de mercado son el Internet y la Telefonía Celular, dependerán estrictamente de los mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, incluyendo la codificación de señales, con el fin de impedir la comunicación, recepción, transmisión, reproducción o modificación no autorizada de la obra; la observancia de y aplicación de medidas de autotutela por los países contratantes de los varios instrumentos comunitarios; y, desarrollo de nuevos modelos de negocios que canalicen y motiven al usuario al acceso de software de intercambio de contenidos legales.¹⁰⁶

¹⁰⁴ UNIVERSIDAD DE PALERMO. *La Industria Discográfica y sus Desafíos.* <http://www.docstoc.com/docs/3245585/La-industria-discografica-y-sus-desaf%C3%ADos-En-los-últimos-años>.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ ANTEQUERA PARILLI Ricardo. *Derecho de Autor: Un desafío para la creación y el desarrollo.* Santiago – Chile. LOM Ediciones. pp. 112 - 118. Edición: Eduardo Carrasco.

Se han creado una diversidad de modelos de negocio para combatir las descargas de fonogramas ilícitas, estos son: *price place*: que consistía en que “entregabas USD. 10,00 al mes y podías descargar toda la música que quieras y al dejar de pagar, todos los archivos eran borrados; *las licencias colectivas voluntarias*: fue un sistema en el cual a cada persona de Estados Unidos que tenía acceso a Internet se le cobraba USD. 5,00 al mes y ellos podían descargar cualquier contenido, cabe resaltar que esta medida fue más atractiva que la anterior; *Real Placer*: Es un sistema en el cual pagas mensualmente USD. 10,00 y 79 centavos por cada una de las descargas; *sistema Ipod*: siendo un sistema particularmente distinto a los anteriores debido a que el concepto, más allá que vender fonogramas, era el de vender Ipods y sacarle el mejor provecho al soporte. *Napster*: como lo hemos analizado, incursionó en estos sistemas y hoy por hoy vende su música a un costo de 5 centavos por cada canción. *Janus*: creado por la compañía Microsoft se perfila como una buena alternativa, siendo su sistema de negocios el cobro de una tarifa por cada transacción. *Apple*: recauda 70 millones a través de descargas, y no tienen publicado nada en el DRM (*Digital Right Management*).¹⁰⁷

Con todos estos softwares creados principalmente por empresas informáticas, la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) según el informe anual, expresa que se puede ver a las empresas discográficas explorando nuevos y diferentes canales de ingresos.

Otro modelo de negocios, distinto a los enunciados en este título, se basa en servicios online financiados por publicidad y los ingresos compartidos por las ventas de aparatos portátiles digitales.

Los sellos discográficos, que han sido muy reticentes a la idea de legitimar el consumo de “música gratis”, se han hecho eco de la necesidad de explorar e implementar nuevos modelos de negocios.

¹⁰⁷ NUTTAL FRANCOIS Xavier. ***Derecho de Autor: Un desafío para la creación y el desarrollo***. Santiago – Chile. LOM Ediciones. pp. 92 - 95. Edición: Eduardo Carrasco.

Un modelo que se está discutiendo a nivel mundial se asemeja a la forma de hacer negocios en la televisión de aire o en la radio, donde el costo de producción del contenido se financia a través de la venta de publicidad.

Del informe elaborado por la UNIVERSIDAD DE PALERMO, se concluye que este es un modelo que podría ayudar a disminuir las pérdidas en las discográficas producidas por la piratería, e inclusive crear un nuevo formato de negocios de tal manera que la generación de valor agregado atraiga nuevos clientes, consiguiendo de esta forma cambiar la tendencia decreciente del negocio.¹⁰⁸

Podemos concluir entonces, que se avecina una etapa informática en donde los usuarios gozarán de mecanismos para acceder a contenidos lícitos, regularizando inclusive la información que podría reposar en sus soportes. Igualmente, los mecanismos de autotutela crearán barreras que impidan colocar soportes en la red sin autorización. Seguirá siendo preponderante el importante rol que tengan Instituciones Nacionales e Internacionales en aras por proteger la propiedad intelectual y sancionar a quienes la infringieran.

¹⁰⁸ UNIVERSIDAD DE PALERMO. *Op. Cit.* <http://www.docstoc.com/docs/3245585/La-industria-discográfica-y-sus-desaf%C3%ADos-En-los-últimos-años>.

CAPÍTULO IV

4 LOS GRANDES USUARIOS Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS CON LA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA

Como hemos observado dentro de todo este trabajo de investigación, los productores de fonogramas gozan del derecho de explotar sus fonogramas en el campo de la radiodifusión, conforme lo establece el artículo 94 de la Ley de Propiedad Intelectual que faculta *“el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública con o sin hilo”*¹⁰⁹, es así que la Sociedad de Gestión Colectiva SOPROFON, sujeto a la capacidad que le otorga nuestra Ley y al reconocimiento que la Dirección de Derecho de Autor y Derechos Conexos le confirió (*art. 112 LPI*)¹¹⁰, está en la facultad de establecer tarifas para recaudar las remuneraciones que le corresponden por la concesión de licencias de uso y derechos sobre producciones que conforman su repertorio (*art. 116 LPI*)¹¹¹.

Con este antecedente, y una vez cumplidas todas las formalidades y requisitos del caso, el Director de Derecho de Autor y Derecho Conexos, mediante Resolución No. 021, publica en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002, el pliego de tarifas ratificado por la Asamblea General de Socios de Sociedad de Productores de Fonogramas, SOPROFON, para la concesión de las licencias de uso y los derechos sobre las reproducciones que conforman su repertorio.

Los Organismos de Radiodifusión no estuvieron de acuerdo con el Pliego de Tarifas publicado en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002, expedido mediante Resolución No. 021 por el Director de Derecho de Autor y

¹⁰⁹ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 94.

¹¹⁰ *Ibíd.* Art. 112.

¹¹¹ *Ibíd.* Art. 116.

Derechos Conexos, e iniciaron la acción de declaratorio de inconstitucionalidad que analizaremos a continuación.

4.1 Acción de Declaratoria de Inconstitucionalidad No. 026-06-TC planteado por la Asociación de Canales de Televisión, ante la Resolución No. 021 del Director de Derechos de Autor del IEPI, publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002¹¹²

El día 4 de septiembre de 2006, la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional, calificó de clara y completa la demanda presentada por el señor Franklin Javier Mazon Figliole, Presidente de la Asociación de Canales de Televisión, mediante la cual se solicita se declare la inconstitucionalidad de la Resolución No. 021 publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002, por la que se dispone la publicación en el Registro Oficial del Pliego de Tarifas ratificada por la Asamblea General de Sociedad de Productores de Fonogramas SOPROFON, admitiéndola al trámite correspondiente.

4.1.1 Contenido de la Demanda de Inconstitucionalidad Presentada por la Asociación de Canales de Televisión¹¹³

Se establece como punto de partida, que las sociedades de gestión colectiva tienen, entre otros, el deber de establecer tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Dichas tarifas establecidas por estas sociedades deberán ser publicadas en el Registro Oficial, por disposición de la Dirección de Derechos de Autor, siempre que cumplan los requisitos formales establecidos en sus estatutos y lo establecido en el Capítulo concerniente de la Ley de Propiedad Intelectual. Esto lo expresa el Art. 116 de la mentada ley.

¹¹² Caso No. 0026-2006-TC.

¹¹³ *Ibidem*.

Se expresa nuevamente que las tarifas publicadas no gravan el uso de fonogramas, sino las ventas brutas de estaciones de radio y televisión y de otros negocios, constituyéndose así un impuesto que no le compete crear a una institución que no fuere la Función Legislativa.

Sin embargo de todo lo expuesto, esta demanda se sustenta en la inobservancia de la obligación constitucional de motivar razonablemente las resoluciones por parte de autoridades públicas. Al respecto expone lo siguiente: a) artículo 24 de la Constitución Política (1998), emana que “las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”, b) el artículo No. 31 de la ley de Modernización del Estado reza que:

...todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.¹¹⁴

Dentro del acto impugnado, expresa que la ausencia de motivación se refleja en la disposición del Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de publicar el Pliego de Tarifas, sin hacer un análisis de la proporcionalidad o racionalidad de dichas tarifas y menos aún repara, si las tarifas propuestas por su forma y contenidos, no constituyen impuestos u otros tributos, campo reservado expresamente para la Función Legislativa. Aduce que mal puede el funcionario atenerse a una interpretación restringida del art. 116 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la cual no tiene potestad facultativa de examinar el contenido del acto emanado por la Asamblea de SOPROFON, para así advertir que dichas tarifas constituían verdaderos impuestos sobre las ventas brutas de

¹¹⁴ Ley de Modernización del Estado. Art. 31.

determinados negocios como las estaciones de televisión y radio u hoteles y restaurantes o los de transporte.

Afirma que si bien las sociedades de gestión colectiva están en la potestad de cobrar tarifas relativas a las licencias de uso sobre fonogramas que conformen su repertorio, ésta debe ser sobre la explotación real de las obras, conforme lo establecido en el artículo 113 de la Ley de Propiedad Intelectual, lo actuado por el Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos, debía ser motivado y razonado para su plena validez.

4.1.2 Contestación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual¹¹⁵

Comparece la señora Abogada Eva García Carrión, en su calidad de Directora de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, y expone su alegato en el sentido que: EL artículo 30 de la Constitución Política del Ecuador (1998) reconoce los derechos de propiedad intelectual y garantiza los mismos, en concordancia con la Ley de Propiedad Intelectual vigente desde el 19 de mayo de 1998, así como normas comunitarias, particularmente la Decisión 351 de la CAN y convenios internacionales sobre la materia, b) que el artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual, determina únicamente la atribución de publicar el pliego tarifario al Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, toda vez que se haya cumplido los requisitos formales que prevean sus Estatutos y el capítulo pertinente de la Ley de Propiedad Intelectual, es así, que inclusive el primer pliego tarifario enviado por SOPROFON, con fecha 27 de marzo del 2001, fue devuelto a la sociedad debido a la existencia de observaciones que fueron oportunamente acogidas por SOPROFON, c) Enfatiza que la Secretaría General de la CAN expidió un dictamen de incumplimiento del Estado Ecuatoriano, por la resolución del Juez de lo Civil de Pichincha, con asiento en

¹¹⁵ Caso No. 0026-2006-TC.

Cayambe, interpuesta por la Compañía Televisión del Pacífico TELE 2 S.A. en contra de la Resolución No. 021 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, puntualizando tal decisión del Juez fue contraria a la Decisión 351 sobre régimen común andino en materia de Derechos de Autor, sustentado en el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a percibir las remuneraciones o regalías por la utilización o explotación de sus producciones, a través de las sociedades de gestión colectiva.

Es importante resaltar la participación que tuvo la Comunidad Andina de Naciones dentro de este proceso, misma que expidió la Resolución 931, que contiene el Dictamen 03-2005 de Incumplimiento por parte de la República del Ecuador en la aplicación de la normativa comunitaria andina sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, al suspender los efectos de la publicación del pliego de tarifas de la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor “Sociedad de Productores de Fonogramas - SOPROFON” de Ecuador.¹¹⁶

4.1.2.1 Resolución No. 021 Publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de Septiembre de 2002, por la que se Dispone la Publicación en el Registro Oficial del Pliego de Tarifas ratificada por la Asamblea General de Sociedad de Productores de Fonogramas SOPROFON¹¹⁷

El día lunes 2 de septiembre del 2002, se publica en el Registro Oficial No. 652, la Resolución No. 021, mediante disposición del Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Doctor Esteban Argudo Carpio, el Pliego de Tarifas ratificado por la Asamblea General de Socios de Sociedad de Productores de Fonogramas, SOPROFON, para la concesión de las licencias de uso y los derechos sobre las producciones que conforman su repertorio.

La resolución estableció dentro del sector de radio y televisión las siguientes tarifas:

¹¹⁶ COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/R931sg.htm>.

¹¹⁷ Caso No. 0026-2006-TC.

- u) Radio y Televisión por cable.- Por utilización pública de repertorio de fonogramas administrados por SOPROFON, pagarán el 0,59 % del valor bruto total anual de los ingresos por facturación de comercialización y cuotas de abonados;
- v) Radio y Televisión por satélite.- Por utilización pública de repertorio de fonogramas administrados por SOPROFON pagarán el 0,59 % del valor bruto anual de los ingresos por facturación de comercialización y cuotas de abonados;
- w) Uso y producción de música red de Internet.- Por utilización pública de repertorio de fonogramas administrados por SOPROFON, mediante red de Internet, pagarán anualmente el 2,97 % del valor total por cada abonado;
- x) Canales de Televisión.- Por comunicación pública de fonogramas administrados por SOPROFON, pagarán anualmente el 0,58% del valor bruto total de los ingresos anuales por contratos de publicidad; y,
- y) Radiodifusoras.- Por difusión pública de fonogramas administrados por SOPROFON, pagarán anualmente de la siguiente manera:

Proporción de Música	Tarifa a pagar
0 a 30%	0,30% de los ingresos brutos de la facturación por publicidad.
31 a 50%	0,36 % de los ingresos brutos de la facturación por publicidad.
51 a 70 %	0,48% de los ingresos brutos de la facturación por publicidad.

71 a 90 %	0,60% de los ingresos brutos de la facturación por publicidad.
91 a 100%	0,90% de los ingresos brutos de la facturación por publicidad.

4.1.2.2 Derecho Comparado

Es oportuno en este punto, citar Pliegos de Tarifas que están en vigor a nivel latinoamericano:

a. Costa Rica¹¹⁸: La Asociación Costarricense de la Industria Fonográfica y Afines, teniendo en consideración que el artículo 12 de la Convención de Roma establece una remuneración equitativa y única, para artistas y productores en la comunicación pública del fonograma, y que la Ley No. 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos, establece el pago de una remuneración equitativa y única, destinada a su propio pago y al de los artistas, interpretes y ejecutantes.

Radioemisoras Abiertas

La tarifa a aplicarse será:

Con ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares: tres por ciento sobre los ingresos mensuales brutos generados por la venta de publicidad, concesiones o similares; incluye cobertura nacional. Con el descuento que corresponda según la categoría.

Sin ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares, la tarifa será igual a los mínimos establecidos por categorías para las radioemisoras con ingresos.

¹¹⁸ ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE LA INDUSTRIA FONOGRAFICA Y AFINES. **Fonotica, Tarifas.** http://www.fonotica.co.cr/p_www_fonotica_co_cr.aspx.

La tarifa mínima mensual a aplicarse será de:

CATEGORÍA A	40 SMV
CATEGORÍA B	30 SMV
CATEGORÍA C	20 SMV

Aplicación de la tarifa para radioemisoras abiertas o cerradas:

La tarifa del 3% a pagar por las radioemisoras podrán disminuir, según clasificación en base al promedio de uso de música en sus emisiones, de acuerdo, con las siguientes categorías:

1. Categoría A: radioemisoras que utilizan fonogramas, en promedio, más del 75% del tiempo de emisión, se les aplicará un descuento de 5%.
2. Categoría B: radioemisoras que utilizan fonogramas, en promedio, entre el 75% y el 10% del tiempo de emisión, se les aplicará un descuento de 15%.
3. Categoría C: radioemisoras que utilizan fonogramas, en promedio, menos del 10% de su tiempo de emisión, se les aplicará un descuento de 25%.

Televisión Abierta

La tarifa a aplicarse será:

- 1) Con ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares: 1.5% sobre los ingresos mensuales por venta de publicidad, concesiones o similares.
- 2) Sin ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares: La tarifa mínima mensual a aplicarse será de: 20 USMV.

Del pliego de tarifas de Fonética, podemos determinar que las remuneraciones que les corresponden a los titulares de derechos conexos, se aplica sobre ingresos mensuales por venta de publicidad, concesiones o similares. Es importante enfatizar que en lo relativo a radioemisoras, la remuneración base corresponde al 3%, y que los descuentos que se aplican, son producto del uso de fonogramas frente a tiempo de emisión.

b. Venezuela¹¹⁹: La Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN), y la Asociación Venezolana de Interpretes y Productores de Fonogramas (AVINPRO) suscribieron un contrato en donde se le otorga a SACVEN poder especial, amplio y suficiente, para que recaude en todo el territorio de Venezuela, en forma exclusiva, el derecho conexo de comunicación pública de los fonogramas o sus reproducciones, de cuyos derechos son titulares los productores fonográficos y los artistas, interpretes y ejecutantes miembros, con arreglo a las tarifas previamente publicadas por AVINPRO.

Comunicación Pública de obras musicales por empresas de señal libre:

Consiste en una tarifa porcentual calculada sobre los ingresos brutos declarados por la empresa ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), que alcanza hasta 1,05%.

Comunicación Pública de obras musicales a través de radioemisoras:

La tarifa es 0,30% sobre el 60% de la facturación bruta anual declarada por la empresa ante CONATEL.

Podemos determinar que las remuneración que cobra AVINPRO, a través de SACVEN, siguen el mismo principio que mantuvo la Resolución No. 021 publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de septiembre de 2002, por la

¹¹⁹ SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE VENEZUELA. **Tarifas.**
<http://www.sacven.org/usuarios/tarifas.php>.

que se dispone la publicación en el Registro Oficial del Pliego de Tarifas ratificada por la Asamblea General de Sociedad de Productores de Fonogramas SOPROFON.

c. Perú¹²⁰: La Unión Peruana de Productores Fonográficos UNIMPRO, expide el Reglamento de Tarifas UNIMPRO – 2009, con arreglo al Título VIII del Decreto Legislativo N° 822 “Ley sobre el Derecho de Autor”, concordante con lo dispuesto en el Artículo 12° de la Convención sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión hecha en Roma el 26 de Octubre de 1961, con el Artículo 37° literal d) de la Decisión No. 351 de la Comunidad Andina de Naciones y con las demás disposiciones nacionales e internacionales que formen parte ahora o en el futuro del ordenamiento jurídico nacional, tanto en la parte que corresponde a los productores de fonogramas, como en la parte que corresponde a las interpretaciones y ejecuciones de los artistas intérpretes y ejecutantes fijadas en fonogramas.

V. Tarifas para radioemisoras

V.1. Radioemisoras abiertas

La tarifa a aplicarse será:

V.1.1. Con ingresos por radiodifusión como: venta de publicidad, concesiones similares:

3.8% sobre los ingresos mensuales por venta de publicidad, concesiones o similares (incluye cobertura nacional), con el descuento que corresponda según la categoría. Será Aplicable la tarifa acordada en el convenio suscrito entre el Comité de Radio y UNIMPRO, de fecha 01.01.2004.

¹²⁰ UNIÓN PERUANA DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS. **Reglamento de Tarifas Generales.**

V.1.2. Sin ingresos por venta de publicidad, concesiones similares:

La tarifa será igual a los mínimos establecidos por categorías para las radioemisoras con ingresos.

La tarifa mínima mensual a aplicarse será de:

Presencia Musical mayor al 20% 150 VUM

Presencia Musical menor o igual a 20% 100 VUM

V.3. Aplicación de la tarifa para radioemisoras abiertas y cerradas

Las tarifas para radioemisoras se calculan en base a los ingresos de cualquier índole relacionados con la radiodifusión y será aplicable la tarifa acordada entre el Comité de Radio y UNIMPRO de fecha 01.01.2004.

A partir del 01 de Enero del 2005 en adelante, la tarifa del 3.8% a pagar por las radioemisoras podrán ser ajustadas, según clasificación en base al promedio de uso de música en sus emisiones de acuerdo con las siguientes categorías:

V.3.1. Categoría A:

Radioemisoras que utilizan en promedio más de 20% de música en su programación, se les aplicará un descuento de 5%. Siendo su tarifa mínima de 150 VUM.

V.3.2. Categoría B:

Radioemisoras que utilizan, en promedio, hasta el 20% de música en su programación, se les aplicará un descuento de 75%. Siendo su tarifa mínima de 100 VUM.

V.3.3. Determinación de los ingresos por radiodifusión:

Se consideran ingresos por radiodifusión, aquellos ingresos por comercialización y venta de publicidad a los anunciantes, realizado de forma directa o indirecta por el radiodifusor o por algún tercero o empresa relacionada con el radiodifusor, así también los alquileres de espacio, concesiones u otros que tengan que ver con la radiodifusión.

Para el caso de empresas comercializadoras dedicadas a la venta de publicidad a los anunciantes y que tengan relación con las empresas que han suscrito convenio con UNIMPRO, se encuentran obligadas a declarar los ingresos provenientes de la comercialización y venta de publicidad a los anunciantes a efectos de regularizar su situación.

VI. Tarifas para televisoras

VI.1. Televisoras abiertas

La tarifa a aplicarse será:

VI.1.1. Con ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares:

1.5% sobre los ingresos mensuales por venta de publicidad, concesiones o similares (incluye cobertura nacional), con el descuento que corresponda según la categoría.

Categoría A, con presencia de Hasta el 50% de música, en todas las modalidades de utilización, 55% de descuento por categoría.

Categoría B, con presencia de más de 50% de música, en todas las modalidades de utilización, 45% de descuento por categoría.

CAMPO	CATEGORÍA A	CATEGORÍA B
Tarifa Bruta	1.5	1.5
% de Música	Más de 50%	Hasta 50%
Descuento por Categoría	45%	55%
Prod. Y Ventas.	30%	30%
Descuento Conv.	63.00%	63.00%
Tarifa Neta.	0.305%	0.175%
Tarifa Mínima	120 VUM	85 VUM

Nota Importante: Las tarifas que muestra el cuadro que antecede, es por los derechos de emisión para la comunicación pública de la música a través del espacio radioeléctrico.

VI.1.2. Sin ingresos por venta de publicidad, concesiones o similares:

La tarifa será igual a los mínimos establecidos por categorías para las televisoras con ingresos, la misma que progresará anualmente de acuerdo a lo establecido en el cuadro que antecede.

VI.4. Descuentos

Los descuentos y/o beneficios previstos en los numerales 2.10 a 2.14 podrán ser aplicables a las televisoras abiertas y cerradas, en lo que fuere pertinente.

Al realizar el análisis comparativo de la Resolución planteada por SOPROFON en el año 2002, y los tres pliegos de tarifas actualmente vigentes en Costa Rica, Venezuela y Perú, se puede determinar que todos los pliegos de tarifas, se sustentan en los principios internacionales vigentes, principalmente en las leyes nacionales, Decisión 351 a nivel regional y

Convención de Roma a nivel mundial. Lastimosamente, en el Ecuador, el pliego de tarifas por licencia de uso de fonogramas fue cuestionando, llegando así hasta el Tribunal Constitucional, declarando su efecto suspensivo mediante auto mientras sea resuelta la causa, durante 4 años que tomó el proceso, y finalmente resolviendo la inconstitucionalidad de la Resolución 021.

Es importante recalcar que los países que aprobaron los pliegos de tarifas por licencia de uso y derechos sobre las producciones que conforman sus repertorios, han sido Estados Contratantes de la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones o Fonogramas, y la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

Particularmente, Costa Rica en su Ley No. 6683, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, artículo 83, establece que:

Cuando un fonograma o videograma, publicado con fines comerciales, o una reproducción de ese fonograma o videograma, se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier forma de comunicación, (...) el usuario obtendrá autorización previa del productor y le pagará a éste una remuneración equitativa y única, que será destinada a su propio pago, al de los artistas, intérpretes y ejecutantes.¹²¹

Perú, por su parte, en su Ley de Derecho de Autor, artículo 153 expresa que:

Las entidades de gestión están obligadas a: (...) e) Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión deberán ser razonables y equitativas, las cuales determinarán la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, sea perteneciente a titulares nacionales o extranjeros, residentes o no en el país, las cuales deberán aplicar el principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio (...)¹²²

¹²¹ COSTA RICA. LEY DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Ley No. 6683. Art. 83.

¹²² PERÚ. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR. Decreto Legislativo No. 822. Art. 153.

En estricto derecho, al hablar de *remuneración equitativa y única y principio de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos con la explotación de dicho repertorio*, trata inminentemente de la efectiva explotación del repertorio, situación jurídica que también se encuentra contemplada en nuestra legislación.

4.1.3 Resolución No. 026-2006-TC, de la Demanda Presentada por el Señor Franklin Javier Mazón Figliole, Presidente de la Asociación de Canales de Televisión, Mediante la Cual se Solicita se Declare la Inconstitucionalidad de la Resolución No. 021 Publicada en el Registro Oficial No. 653 de 2 de Septiembre de 2002, Dictada por el Tribunal Constitucional, Con Siete Votos a Favor (Unanimidad)¹²³

El Tribunal Constitucional considera la falta de aplicación de normativa nacional y supranacional por parte de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, frente a la clara mención del artículo 48 de la Decisión 351, que dispone que *“Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas”*, como tampoco exige el cumplimiento del artículo 113 b) de la Ley de Propiedad Intelectual (también contemplada dentro del mismo Capítulo III sobre las sociedades de gestión colectiva), en cuanto impone que la recaudación por este tipo de tarifas debe *“... necesariamente distribuirse en forma equitativa entre los diversos titulares de derechos, en forma proporcional a la explotación real de las obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas según el caso”*.

El artículo 118 de la Ley de Propiedad Intelectual prevé que en los organismos de radiodifusión se lleve registro o planilla mensual, en que se registre la obra difundida, por orden de difusión, la que debe ser remitida a la sociedad de gestión colectiva, para efectos de las recaudaciones. Es decir, se busca individualizar con este procedimiento las veces que se ha usado una obra.

¹²³ Caso No. 0026-2006-TC.

Toda vez que la normativa nacional como supranacional, se refiere reiterativamente al real uso de una obra, siendo el uso per. se, el bien protegido, motivo por el cual todo ordenamiento a establecido la existencia y cumplimiento frente a una tarifa de licencia de uso, conforme lo dispone el artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual, mal se podría permitir que se creen tarifas que graven las ventas brutas de las estaciones de radio y televisión.

El Tribunal Constitucional se sustentó en que:

...el Ecuador es un Estado Social de Derecho, lo cual supone que todos sus organismos y autoridades, se hallan sometidas a la prescripciones de su ordenamiento jurídico vigente. Sería absurdo pensar que este principio sólo sea exigible a quienes integran las instituciones que conforman el Estado, por eso, es obvio que ello debe ser extendido a la generalidad de los ciudadanos.¹²⁴

Sin desmerito del autentico derecho y garantías que reconocen a la propiedad intelectual en el artículo 30 inciso de tercero de la Constitución Política del Estado (1998), se establece que éstos deben sustentarse en los términos que se prevé en la ley y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

4.1.4 Posiciones y Criterios Respecto de la Resolución No. 026-2006-TC y la Aplicación de Tarifas

Se ha señalado en varios foros de propiedad intelectual, que el perjuicio que se genera a los titulares de fonogramas, no sólo se produce con la piratería, sino que lo más grave es que en el país, los grandes usuarios de las obras como son la radio y la televisión, históricamente no han cancelado el pago de las regalías, ni a los autores ni a los productores.

¹²⁴ Resolución No. 026-2006-TC. Foja 93.

El Doctor Esteban Argudo Carpio, ex Director de Derechos de Autor y Derechos Conexos, que dispuso la publicación del Pliego de Tarifas ratificado por la Asamblea General de Socios de Sociedad de Productores de Fonogramas, SOPROFON, advierte que:

...el mayor perjuicio que sufren los titulares de derecho provienen del hecho de que los grandes usuarios, la radio y la televisión, históricamente no han cumplido con su obligación de pagar las regalías correspondientes por el uso de las obras, en especial de las obras musicales, y en el caso de la televisión, no solamente musicales sino incluidas las obras audiovisuales. no se está cumpliendo con ese pago y eso es lo que más perjuicio causa a los titulares de derecho, mucho más perjuicio que lo que puede ocasionar la piratería.¹²⁵

Coincide que los parámetros que se siguieron para la elaboración del pliego de tarifas de SOPROFON del año 2002, fueron sujetos a estándares internacionales y tarifas que se habían fijado en otros países. Asevera que “en muchos casos son mucho más bajas que de otros países de Latinoamérica”.¹²⁶ Lamenta el hecho que el Tribunal Constitucional, haya dictaminado la inconstitucionalidad del pliego, sustentando sus criterios, en una modificación a la demanda introducida por la parte actora, donde se atribuyó a la Resolución No. 021, la especie de impuesto, tributo o contribución, y no la esencia en sí de estos cobros, que corresponden a una regalía o retribución que les corresponde a los autores y productores por el uso de sus obras.

Álvaro Rosero, Director de Radio Exa 92,5 FM, expresa que tiene conocimiento de los derechos que tienen los titulares de derechos conexos; y, reconoce que:

...sabemos sobre la existencia de las leyes y de nuestra responsabilidad que se deriva de ellas, pero tal vez aquí cabe el primer punto: este es un tema que desde el principio nosotros defendimos el planteamiento de que debería ser tratado a nivel de asociación de radio, porque esto implicaba acuerdos en donde todos estemos inmersos, es decir, si yo soy un concesionario como cualquier otro, voy a pagar un derecho que me estipula la ley, lo lógico es que todos los

¹²⁵ Entrevista realizada a Álvaro Rosero. Noviembre del 2009.

¹²⁶ *Ibíd.*

concesionarios hagamos lo mismo. En función de eso, nuestro planteamiento ha sido que tenemos que tratar este tema como asociación de radios.”¹²⁷

Para Álvaro Rosero, su principal inquietud, que es compartida en su gremio, radica en el estricto cumplimiento que dan las sociedades de gestión colectiva a los fondos que se cobran por concepto de regalías o remuneraciones, frente a los titulares de los derechos. Cuestiona el rol que ha desempeñado SAYCE, acrónimo de Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, y sentencia que:

SAYCE viene cobrando dinero cuando realizas un concierto, los organizadores de conciertos pagan un valor por concepto de tasa o impuesto, pero finalmente bajo el tema “beneficio de los artistas”, y estas son cantidades importantes, en donde está ese dinero, yo hablo con artistas y cantantes quienes aseguran que nunca han recibido un centavo de SAYCE.¹²⁸

4.1.5 Resolución No. 218 de la Directora de Derechos de Autor del IEPI, Doctora Eva García Carrión, Publicada en el Registro Oficial No. 113 de 26 de Septiembre del 2007

La Resolución No. 218, en la parte que nos ocupa, establece que:

2. Estaciones de Radiodifusión:

Estaciones de radio que transmitan su señal mediante frecuencia modulada, amplitud modulada u onda corta, así como aquellos que realicen transmisión directa de su señal por medio de Internet y por la comunicación pública de fonogramas, pagarán la siguiente tarifa calculada mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Tarifa} = \frac{24 \times 60 \times 365 \times Y \times A}{X}$$

¹²⁷ Resolución No. 026-2006-TC. Foja 93.

¹²⁸ *Ibíd.*

Donde:

- X= 80 minutos que es la capacidad de almacenamiento que contiene un CD normal. En el caso de DVD's o VCR's se aplica el mismo promedio de duración de acuerdo al contenido.
- Y= US \$ 4.015 que es el cincuenta por ciento del precio promedio publicado al distribuidor de un fonograma en el mercado Ecuatoriano.
- A= porcentaje de música en la programación diaria:

a) Mayor al 70%	1
b) Entre el 33.01% y 70%	0,50
c) Entre 1% y 33%	0,25

Para efectos de la liquidación de la correspondiente tarifa, el usuario mediante un formato predeterminado por SOPROFON, declarará la información solicitada en la variable A. El otorgamiento de la licencia sobre la base de la anterior fórmula está calculada para un año.

3. Televisión Abierta:

Estaciones de televisión abierta que presten su servicio en la República del Ecuador y por la comunicación pública de fonogramas, pagarán anualmente de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Tarifa} = \frac{B \cdot 60 \cdot Z \cdot Y \cdot A}{X}$$

Donde:

- B= horas de ejecución de fonogramas: Aquí el usuario declarará cuantas horas al día realiza la comunicación pública de fonogramas de acuerdo al contenido de su programación diaria.
- Z= número de días en el año que transmite la señal la compañía televisora.
- X= 80 minutos que es la capacidad de almacenamiento que contiene un CD normal. En el caso de DVD's o VCR's se aplica el mismo promedio de duración de acuerdo al contenido.
- A= número de provincias a las que llega la señal de televisión por transmisión directa o retransmisión mediante antenas repetidoras.
- Y= US \$ 4.015 que es el cincuenta por ciento del precio promedio publicado al distribuidor de un fonograma en el mercado Ecuatoriano.

Si tomamos como base la resolución del Tribunal Constitucional, las tarifas actuales son adecuadas a esa resolución, Particularmente porque las tarifas están sujetas al uso efectivo de los fonogramas.

La Resolución No. 218, desde el punto de vista jurídico, cumple con todos los ordenamientos legales relativos a la materia, es así que en la mentada resolución se fundamenta su validez y ejecución al amparo del artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual que reza:

Las sociedades de gestión colectiva establecerán las tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva serán publicadas en el Registro Oficial por disposición de la Dirección Nacional de Derecho de

*Autor, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en este Capítulo para la adopción de las tarifas.*¹²⁹

Igualmente se establece la obligatoriedad de los organismos de radiodifusión y en general de quien realice cualquier acto de comunicación pública de manera habitual, de llevar catálogos, registros o planillas mensuales donde será registrado por orden de difusión, título de las obras difundidas y nombre de los autores o titulares de derechos conexos, debiendo remitirlo a cada una de las sociedades de gestión y a la entidad única recaudadora de los derechos por comunicación pública, para los fines establecidos en esta Ley, conforme lo establece la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 118, con arreglo al artículo 37 de la Decisión 351 de la CAN, que atribuye los siguientes a los productores de fonogramas:

*a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; (...); c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y, d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.*¹³⁰

Las tarifas que cobren las entidades de gestión colectiva serán proporcionales a los ingresos que sean obtenidos con la utilización de las producciones fonográficas, conforme lo señala el artículo 48 de la Decisión 351.

Sin embargo, en la actualidad pese a que exista la Resolución No. 218, que constituye una respuesta a todos los parámetros que exigieron sean reconocidos los accionantes en la acción de declaratoria de inconstitucionalidad, los medios de radiodifusión se sienten reacios al éxito que se pudo haber alcanzado. Álvaro Rosero, sostiene que:

¹²⁹ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador. Art. 116.

¹³⁰ Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos - Decisión 351. Art. 48.

...el registro establece que las radios tienen la obligación de tabular la frecuencia con que utilizan determinada canción, esta es una medida de control para determinar la obligación que tienen las radios, pero esta es una ley impracticable, yo emito un documento y a quien lo presento, quien se va a encargar de tabular y de verificar, esto es irreal e impracticable. ¿Sabes lo que significa tener que verificar todo lo que yo he hecho por un año?, esto es impracticable. Por ello yo me refiero a un software que debería ser manejado por la misma SAYCE o quien resuelva, que genera informes automáticos e inmediatos.¹³¹

Es importante resaltar que en otros países los informes, producto del programa de ordenador, son comprados por los radiodifusores, porque es de su interés saber qué es lo que la gente más escucha.

¹³¹ Entrevista realizada a Álvaro Rosero. Noviembre del 2009.

CAPÍTULO V

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

La República de Ecuador, indudablemente cuenta con una normativa de avanzada en el campo de propiedad intelectual, habiéndose beneficiado de la iniciativa conjunta que existió por parte la Organización Mundial de Comercio y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y promulgando una Ley de Propiedad Intelectual, que lograra albergar todos los conceptos y proteger los derechos de los titulares, ante escenarios que una década más tarde han tenido apogeo. Los delitos a los derechos de los productores de fonogramas, sin duda han generado afectaciones de carácter social, cultural y económico, que en el pasado era inimaginable suponer. Además, el Ecuador figura a nivel internacional como un país que ha tenido mucho interés en la protección de la propiedad intelectual, siendo estado contratante de los convenios y los tratados más emblemáticos en el campo de protección de derechos de autor y derechos conexos.

5.1.1 El Ecuador y la Piratería de Fonogramas

La Ley, a pesar de proteger al titular de los derechos fonográficos y sancionar al infractor, en la práctica se ha visto quebrantada debido a la falta de eficacia de las entidades que deben ejecutar los procesos resueltos por el Instituto de la Propiedad Intelectual.

La falta de cultura frente a la protección de bienes intangibles, ha generado por su parte un efecto de “indiferencia social”, en donde han pasado por alto las protecciones que se merecen los titulares de material fonográfico, e incluso, en mayor o menor escala, todos han sido infractores de haber adquirido, al menos una vez en su vida, un CD pirata.

Las campañas educativas que se han llevado a cabo a nivel interinstitucional, han quedado opacadas por los movimientos desarrollados por comerciantes piratas, y políticas gubernamentales en su afán por controlar delitos de evasión fiscal llevados a cabo por este gremio, han desconocido los derechos de propiedad intelectual.

Los argumentos de que paulatinamente el material fonográfico original está escaseando, es ajeno a la realidad, al menos en el campo fonográfico, ya que en material audiovisual el comercio pirata posee el 100% del mercado nacional.

Operativos públicos que se llevaron a cabo por el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, con la participación de la fuerza pública, no han sido noticia aproximadamente por dos años, siendo este hecho lamentable, ya que en el pasado constituyeron al menos una alerta a los infractores, acerca del alcance que tiene la propiedad intelectual.

Así mismo, el incremento de asociaciones de comerciantes piratas, ha tenido auge, siendo ellos quienes han sido noticia cuando sus derechos, principalmente el derecho al trabajo, han estado en riesgo; confundiendo de este modo a la población, respecto de quién realmente está siendo objeto de perjuicios.

Muchos artistas nacionales, ante el escenario de la piratería, han preferido desconocer este derecho patrimonial, y han optado por explotar otros mecanismos de efectiva recaudación de regalías, particularmente intensificando su agenda en presentaciones públicas.

La Ley de Propiedad Intelectual, el Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Intérpretes o Ejecutantes y Fonogramas, los ADPIC, la Decisión 351 de la CAN, y los derechos que la normativa nacional e internacional promulga, ha pasado a ser desconocida por la sociedad en general, mientras que los derechos de propiedad industrial,

especialmente el derecho marcario, han tenido un reconocimiento pleno y se han visto beneficiados de todas sus bondades.

5.1.2 El Ecuador y las Nuevas Tecnologías

El Ecuador en el campo de las nuevas tecnologías ha tenido cierto retraso frente a otros países de Latinoamérica. La masificación del Internet sigue siendo un proyecto que ha tenido un incremento lento. Sin embargo de ello, nuestra Ley de Propiedad Intelectual cuenta con articulado expreso que prohíbe el hecho infractor de descargar música sin la autorización expresa del titular del derecho o previo la cancelación de una regalía.

Quienes se han beneficiado de las nuevas tecnologías ilegalmente; y, han usado el derecho de la copia privada como argumento para realizar el comercio ilegal de soportes fonográficos han sido los comerciantes piratas.

En este sentido podemos determinar que el Ecuador, hasta ahora, no ha enfrentado el verdadero reto que conlleva combatir este tipo de acto ilícito, advirtiendo que nuestra legislación tiene facultad para inclusive usar medidas coercitivas, en el caso de cometimiento.

5.1.3 El Ecuador y el Compromiso de los Medios de Radiodifusión de Asumir los Pagos por Remuneración o Regalías por Uso de Fonogramas

Pese a que la Ley de Propiedad Intelectual y la Resolución No. 218, dictada por la Dirección de Derechos de Autor y Derechos Conexos, establece el reglamento de las tarifas aplicables a los medios de radiodifusión, no ha existido el cabal cumplimiento del mismo.

La intervención de la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, lamentablemente deterioró la imagen de las sociedades

de gestión colectiva en el Ecuador, creando cierto tipo de escepticismo acerca de sus funciones y la distribución de lo recaudado a los titulares de los derechos, perjudicando de este modo a SOPROFON.

SOPROFON por su parte no ha tenido una participación preponderante frente a las varias medidas que han perjudicado los derechos de productores fonográficos, siendo la más impactante, la resolución de legalizar el trabajo de comerciantes piratas a fin de cumplir con la recaudación de impuestos y reducir su evasión.

5.2 Recomendaciones

La industria musical en el Ecuador está incrementando, la aparición de nuevos compositores e intérpretes ha aumentado notablemente en la última década. Existe esa intencionalidad en los artistas de potenciar su talento dentro del Ecuador. Es por esto, y por proteger a todos los legítimos titulares de derechos de propiedad intelectual, que se debe manejar una nueva política a nivel nacional.

En lo que respecta al impacto del comercio de material pirata, es de suprema importancia que se intensifiquen las campañas de concienciación, principalmente a nivel de instituciones educativas. En este propósito, será de suma importancia la participación del Ministerio de Educación, en alianza con el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y la Sociedad de Gestión Colectiva, llevando a cabo foros en instituciones educativas, con la intervención de artistas nacionales, que conciencien a los menores acerca del valor de los bienes intangibles y lo trascendental que es su protección.

Por otra parte, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, debe procurar dar estricto cumplimiento a la ley, su reglamento y legislación internacional de la materia, alertando de este modo a la ciudadanía de las implicaciones que tiene la infracción de los derechos de propiedad intelectual, mediante comisos

definitivos y destrucción de material ilegal, y de ser el caso, prisión de los infractores.

Los artistas nacionales, como personalidades de la sociedad, deberán también participar en conjunto con la sociedad de gestión colectiva que los represente, y el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, promoviendo el respeto por los derechos de autores, artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas, mediante campañas masivas dirigidas al público en general.

SOPROFON, al amparo de lo que establece nuestra legislación, debería intensificar acciones antipiratería, a través de procesos civiles, administrativos y penales, a las que habría lugar, con el propósito de erradicar este ilícito y proteger a los titulares de derechos.

SOPROFON, por su parte, deberá incentivar a los medios de radiodifusión a cancelar las remuneraciones que por el uso de fonogramas le corresponde, negociando contratos que establezcan tarifas propias, en condiciones que les sean atractivos a los usuarios.

SOPROFON, igualmente deberá aunar esfuerzos, a fin de mostrarse como una sociedad sólida que da cumplimiento al fin para lo cual fue creada. La participación de los artistas que componen su cartera, mediante declaraciones que den fe de su compromiso, serán una forma atractiva de cautivar al público, y recuperar la imagen desgastada con la que cuentan las sociedades de gestión colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ANTEQUERA PARILLI Ricardo. ***Derecho de Autor: Un desafío para la creación y el desarrollo.*** Santiago – Chile. LOM Ediciones. 2004.

ANTEQUERA PARILLI Ricardo. ***La protección de los Intérpretes o Ejecutantes y los Productores de Fonogramas en la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.*** OMPI/DA/MVD/00/6. Montevideo, 13 y 14 de septiembre de 2000.

ANTEQUERA PARILLI Ricardo. ***Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos.*** OMPI-SGAE/DA/COS/00/3.

BARZALLO José Luís. ***La Propiedad Intelectual en Internet.*** Ecuador. IMPRESORES MYL.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo. ***Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.*** Buenos Aires – Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 2008.

GRIJALVA Agustín y otros. ***Temas de Propiedad Intelectual.*** Ecuador. ISBN Corporación Editora Nacional. 2007.

INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL IEPI Y BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE BSA. ***Normativa sobre Propiedad Intelectual.*** Quito – Ecuador.

LABARIEGA VILLANUEVA Pedro Alfonso. ***Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.*** Revista de Derecho Privado nueva época. Año II. Num 4. Enero – abril de 2003.

LIPSZYC Delia. ***Derecho de Autor y Derechos Conexos.*** Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA. 2005.

LIPSZYC Delia. ***Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos.*** Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA. 2004.

MARTÍNEZ Viviana Elizabeth. ***Trabajo de Investigación Redes Peer to Peer Sistemas P2P.*** Argentina.

NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE. Editorial Planeta S.A. España. 1981.

NUTTAL Francois Xavier. ***Derecho de Autor: Un desafío para la creación y el desarrollo.*** Santiago – Chile. LOM Ediciones. 2004. Edición: Eduardo Carrasco.

OMPI - INR/CE/I/2. ***Comité de Expertos sobre un posible instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.*** Ginebra. Primera sesión. 28 de junio a 2 de julio de 1993.

OMPI/PI/MAN/02/4. ***Taller Itinerante de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y las Pequeñas y Medianas Empresas PYME.*** Managua. 23 y 24 de septiembre de 2002.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). ***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.

RÍOS RUIZ Wilson. ***Propiedad Intelectual en el entorno digital, infracción de los derechos de autor en la red.*** 2006.

SÁNCHEZ IREGUI Felipe. *De la legalidad de Napster a la legalidad de Kazaa*. Grokster, Gnutella y Streamcast. 2003.

VARIOS AUTORES. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia, España. Tirant lo Blanch. 2006.

VARSAVSKY Martín. *La historia de la música por Internet y la Piratería*. 6 de junio del 2007.

Legislación Nacional e Internacional

Acuerdo entre la OMPI y la OMC. 1995.

Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC. 15 de abril de 1994.

Código Penal del Ecuador. 24 de marzo del 2009.

Código Penal Federal de México. 20 de agosto del 2009.

Constitución Política del Ecuador. 20 de octubre del mismo año.

Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, "Convención de Roma". 26 de octubre de 1961.

Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. 9 de septiembre de 1893.

Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, "Convenio de Fonogramas". 29 de octubre de 1971.

Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 14 de julio del año 1967.

COSTA RICA. Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Ley No. 6683.

Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH. 10 de diciembre de 1948.

ECUADOR. Registro Oficial No. 113. Martes 26 de junio del 2007.

ECUADOR. Registro Oficial No. 653. Lunes 2 de septiembre del 2002.

ECUADOR. Tribunal Constitucional. Resolución No. 026-2006-TC.

Ley de Propiedad Intelectual. Ley No. 83. Publicada en el Registro Oficial No. 320 el día 19 de mayo de 1998.

PERÚ. Ley sobre el Derecho de Autor. Decreto Legislativo No. 822.

Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Decisión 351. 17 de diciembre de 1993.

Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual, publicado en el Registro Oficial No. 120. 1 de febrero de 1999.

Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF/WPPT). 20 de diciembre de 1996.

Documentos de Internet

ARAUJO MORALES Cristian. *El Internet y el Derecho de Autor*. <http://essentiaiuris.iespana.es/B3-internet.htm>. 2006.

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE LA INDUSTRIA FONOGRÁFICA Y AFINES FONOTICA. **Tarifas**. http://www.fonotica.co.cr/p_www_fonotica_co_cr.aspx.

BARRERA GONZÁLEZ Pablo. **P2P: Peer to peer o "Conexión punto a punto"**. <http://www.plonechile.cl/desarrollo/diccionario/p2p>.

BAUWENS Michel. **Educación y P2P**. http://www.masternewmedia.org/es/2008/08/28/p2p_y_educacion_robin_good_entrevista_al.htm.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/R931sg.htm>.

CRIPTOGRAFÍA. <http://www.textoscientificos.com/criptografia/cripto>.

DÍEZ NOGUEIRA Gonzalo. **Caso Napster**. <http://www.delitosinformaticos.com/trabajos/napster.shtml>.

ECUADOR. DIARIO HOY. **La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias**. <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm>. Quito, julio 2 de 2005.

FIERRO Luís A. **Presencia del Ecuador en el Internet**. <http://interred.wordpress.com/1995/02/12/presencia-del-ecuador-en-el-internet/>.
GENERALITAT VALENCIANA. <http://www.recursosees.uji.es/fichas/fc10.pdf>.
<http://yohenna.wordpress.com/2007/07/31/el-concepto-de-nuevas-tecnologias-es-muy-cambiante/>.

OMPI. **Glosario de derecho de autor y derechos conexos**. 1980.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
<http://www.wipo.int/treaties/es/general/>.

SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE VENEZUELA. **Tarifas.**
<http://www.sacven.org/usuarios/tarifas.php>.

UNIÓN PERUANA DE PRODUCTORES FONOGRAFÍCOS. **Reglamento de Tarifas Generales.**

UNIVERSIDAD DE PALERMO. <http://www.docstoc.com/docs/3245585/La-industria-discográfica-y-sus-desaf%C3%ADos-En-los-últimos-años>.

WIKIPEDIA. http://es.wikipedia.org/wiki/Copia_ilegal.

Entrevistas

Entrevista realizada a Álvaro Rosero. Noviembre del 2009.

Entrevista realizada a la Dra. Zelva González. Julio del 2009.

Entrevista realizada al Dr. Esteban Argudo. Agosto 2009.

Entrevista realizada al señor Gonzalo Jiménez. Septiembre del 2009.

ANEXOS

ENTREVISTA CON LA DOCTORA ZELVA GONZÁLEZ

EMPECEMOS POR FAVOR, ¿CUÁL ES SU NOMBRE POR FAVOR?

Mi nombre es Zelva González, soy abogada, actualmente soy la directora general de EGEDA Ecuador, que es la entidad que protege y que recauda los derechos de los productores audiovisuales. A su vez soy directora general de ENRUCOPI que es la entidad recaudadora única por copia privada que es un nuevo sistema que se implantó en la ley de propiedad intelectual a partir de su vigencia que es el 19 de mayo de 1998.

ENTONCES ESTA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA ¿GRAVARÍA DIRECTAMENTE EL SOPORTE EN BLANCO?

Así es, todo lo que son cds, dividís y soportes en blanco, todo lo que pueda almacenar información audiovisual o fonográfica, porque la información que se hace en las oficinas, que hacen los estudiantes al hacer sus tesis no.

Pero ese es un tema del que se agarran los importadores al decir ¿por qué vamos a pagar por todo cuando la mayoría de soportes son para las oficinas, para las universidades, para los estudiantes? Al respecto se ha hecho una investigación a nivel mundial de todo lo que se produce de soportes, y es apenas un 5% de todo lo que ingresa o produce un país que es utilizado por estudiantes, oficinas o universidades. Lo demás se ha comprobado que es para reproducir música o para reproducir películas.

ENTREVISTA CON ÁLVARO ROSERO, RADIO DEMOCRACIA

¿A QUÉ EMPRESAS REPRESENTA?

Radio cadena democracia, que es FM y democracia AM.

¿CUÁL ES LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA?

Director de las estaciones.

A MODO PERSONAL, ¿CUÁL HA SIDO SU TRAYECTORIA EN EL MUNDO DE LA RADIO?

Básicamente es una empresa familiar, asumí la responsabilidad en la conducción de las radios hace 9 años.

EN LAS RADIOS QUE REPRESENTA, ¿CUÁL ES LA MISIÓN Y VISIÓN DE LAS?

Si las visualizamos como cadena es constituirnos en un medio líder, influyente, que son los parámetros fundamentales en nuestra visión, en el aspecto y en el reconocimiento de la enorme responsabilidad que significa manejar medios de comunicación, debido a la influencia que esto genera en la gente y en la sociedad. Así que asumiendo esa responsabilidad, alcanzar niveles de liderazgo.

COMO REPRESENTANTE DE UN ORGANISMO DE RADIODIFUSIÓN, ¿CONOCE USTED QUE EXISTE LA OBLIGACIÓN DE CANCELAR UNA REMUNERACIÓN A LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y PRODUCTORES DE FONOGRAMAS, POR LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LA MÚSICA A TRAVÉS DE SUS EMISIONES?

Sabemos sobre la existencia de las leyes y de nuestra responsabilidad que se deriva de ahí, pero tal vez aquí cabe el primer punto, este es un tema que

desde el principio nosotros defendimos el planteamiento de que debería ser tratado a nivel de asociación de radio, porque esto implicaba acuerdos en donde todos estemos inmersos, es decir, si yo soy un concesionario como cualquier otro, voy a pagar un derecho que me estipula la ley, lo lógico es que todos los concesionarios hagamos lo mismo. En función de eso, nuestro planteamiento ha sido que tenemos que tratar este tema como asociación de radios.

COMO ORGANISMO DE RADIO DIFUSIÓN, ¿PODRÍA USTED MENCIONAR SI ALGUNA VEZ HA EJERCIDO ACCIONES AL VER VIOLADOS SUS DERECHOS RELATIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, RETRANSMISIÓN DE ALGÚN PROGRAMA, ENTREVISTA QUE USTEDES HAYAN ELABORADO?

Debe ser un poco un tema cultural, y me refiero a esto con la actitud que tal vez nosotros asumimos a episodios que mencionas y que han sido muchos y muy frecuentes, retransmisión no autorizada de alguna emisión nuestra y cosas y detalles tan graves como incluso utilizar lo que se llama la vestimenta de una estación de radio, que es lo que identifica a una estación de radio, con lo que difundimos nosotros, con las voces contratadas, con la creatividad, utilizadas por otras radios de provincias pequeñas, de ciudades pequeñas, en donde el momento de mencionar el nombre de la radio nada más ellos cambiaron el nombre. Cosas tan sencillas, pero graves como esas.

Este es un medio en el que estas cosas pueden ocurrir con relativa facilidad, porque finalmente las cosas que tú haces está siendo emitido al aire y cualquier persona lo puede capturar, o lo puede simplemente copiar, reproducir, adaptar o lo que sea. me refería a tema cultural como el hecho de no haber encaminado estos temas desde la perspectiva legal, el haber tal vez puesto una demanda y buscar que una instancia legal se encargue de corregir esto, básicamente nos hemos limitado a acciones directas con quienes lo han hecho, con los infractores digámoslo así, para intentar cortar esto.

ENTREVISTA CON EL DOCTOR ESTEBAN ARGUDO

DR. ARGUDO, ¿PODRÍA DETALLARME CUÁLES SON LOS CARGOS QUE HA EJERCIDO Y QUE ES LO QUE ESTÁ HACIENDO ACTUALMENTE EN RELACIÓN A LO QUE A PROPIEDAD INTELECTUAL SE REFIERE?

Profesor de la materia de derecho de autor en la PUCE, he sido profesor en otras universidades también de esta materia como la del Azuay y en posgrado de la universidad central y en la SEK, director nacional de derecho de autor del IEPI, también del consejo directivo del IEPI, he participado como delegado experto en varios eventos internacionales como la conferencia diplomática, que convocó la organización de propiedad intelectual en el año 2000, para trabajar en un acuerdo de protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes del medio audiovisual. Actualmente trabajo como asesor de varios titulares de derechos en materia de derecho de autor y derechos conexos.

¿CUÁL ES SU OPINIÓN RESPECTO A LA EVOLUCIÓN EN CUANTO A LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL PAÍS?

Desde que se escribió la ley de propiedad intelectual, el 19 de mayo de 1998, es evidente que el Ecuador cuenta con un ordenamiento jurídico adecuado al desarrollo de las nuevas tecnologías.

La ley de propiedad intelectual se expidió a instancias de las obligaciones que el Ecuador adquirió como miembro de la organización mundial del comercio cuyo acuerdo general fue suscrito en el año 2004 y entró en vigencia a partir del 1 de enero del año 2005, esto significó la incorporación de las obligaciones de uno de los anexos al acuerdo marco por el cual se comprueba la OMC que es el acuerdo 1c, en donde se contempla el acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, se conoce con la siglas de ADPIC. Eso obligaba a los países bases de la organización mundial de

comercio a adecuar sus legislaciones a las nuevas exigencias que dentro del ámbito comercial se debían respetar en materia de propiedad intelectual.

En consideración a que la mayor parte de bienes y servicios que circulan dentro del marco de una economía globalizada son bienes protegidos por la propiedad intelectual. Nosotros como país en desarrollo teníamos un plazo de gracia de 5 años para incorporar estas obligaciones derivadas del acuerdo de armonizar nuestra legislación al nuevo desarrollo económico y tecnológico, no obstante renunciamos a ese plazo de gracia en el año 98 en que expedimos nuestra ley.

¿CUÁL ES SU CRITERIO EN CUANTO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA AFECTACIÓN EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS?

Las nuevas tecnologías han permitido, por una parte la creación de obras derivadas de la aplicación de esas nuevas tecnologías como son el software, las bases electrónicas de datos o los productos multimedia que pueden ser calificados como obras, incluidos todo lo que tiene que ver con el desarrollo de productos para el entretenimiento, que también se incorpora dentro del sector de lo que son las obras protegidas por el derecho de autor. Pero sobre todo las nuevas tecnologías han provocado que se puedan difundir y reproducir a gran escala y de manera simultánea todo tipo de obras, la tecnología digital finalmente es materializar textos, sonidos e imágenes y convertir en secuencias numéricas para luego ser recuperados a través de dispositivos electrónicos de lectura. Esto hace que esta sea una tecnología incluyente, no es una tecnología especializada como era la tecnología analógica, especializada en transmisión de voz, especializada en transmisión de datos o de gráficos o de imágenes, ahora la tecnología confluye, y eso posibilita que las obras puedan circular a través de las redes como el internet de manera masiva y simultánea en todo el planeta.

A parte internet es la mayor copiadora que existe en el mundo. Esto ha traído consigo que el derecho de autor tenga que evolucionar, correr detrás de estas nuevas realidades para dar respuesta a este nuevo entorno en donde las obras son fácilmente copiables, y aún más fácilmente divulgables. es por ello que en el ámbito de derechos de autor se ha trabajado en nuevos acuerdos y tratados internacionales, como es el caso de los tratados de internet acordados en el año de 1996, bajo el auspicio de la organización mundial de propiedad intelectual en donde se han ampliado determinados conceptos dentro del ámbito de derecho de autor que se venían manteniendo firmes desde la suscripción del Convenio de Berna en el año de 1886, así se han ampliado conceptos tales como la reproducción que ahora abarca también el almacenamiento digital de manera temporal o definitiva de las obras en soportes electrónicos, o el concepto de comunicación pública que también comprende la puesta a disposición del público de las obras, a través de las transmisiones interactivas, como cuando uno adquiere las obras a la casa.

Esencialmente esta ha sido la respuesta que desde el derecho se ha dado al desarrollo de las nuevas tecnologías, a fin de evitar que el impacto de las mismas, pueda tener efectos negativos en el ámbito del derecho de autor.

Hoy en día también han cambiado los modelos de negocios ya en la red y más bien en lugar de presentar un aspecto negativo en el desarrollo de las nuevas tecnologías, también ha traído nuevas posibilidades a los autores y productores para hacer negocios en la red.

Se están reemplazando los soportes físicos o ejemplares por las descargas y eso va a ser el negocio del mañana. El descargar las obras de la red, va a ser sin duda el negocio de los autores y productores en lugar de la venta de ejemplares.

RESPECTO DE ESTOS NUEVOS SISTEMAS DE NEGOCIOS MANEJAMOS DOS CONCEPTOS EN EL QUE CADA SOFTWARE TIENE LA

INFORMACIÓN Y EN DONDE SOLO EXISTE INTERCAMBIO DE DATOS, Y POR OTRO LADO LA INFORMACIÓN CENTRALIZADA EN UN SOLO LUGAR, Y QUE SON LAS PERSONAS QUE HOY POR HOY ESTÁN EMPEZANDO A MANEJAR ESTE TEMA DE VENDER LAS DESCARGAS. EN CUANTO AL TEMA PEER TO PEER

En ese tema, creo que la resolución de los tribunales norteamericanos, en el caso Napster, fue un espaldarazo para el derecho de autor, porque el argumento de Napster fue que ellos no almacenaban las obras en una base de datos para ofrecer al público, sino que eran los mismos usuarios quienes intercambiaban los archivos. En este caso la resolución dictada es muy importante, porque allí se habló de la contribución a la inflación. Que el hecho de ofrecer en la red un software que permite que los usuarios puedan intercambiar archivos, contribuía al acometimiento de la inflación, que es parecido a lo que dicta el código civil, y que se denomina responsabilidad por actuaciones de terceros. Eso surge como parte de la responsabilidad civil extra contractual, y así se le sancionó a Napster por haber ofrecido o puesto en la red una herramienta que permitía o facilitaba el hecho de que se violen los derechos de los autores y de los productores.

Tanto en este caso como en otro caso que siguieren algunas empresas productoras de música contra Grokster que es otro caso emblemático donde los tribunales norteamericanos hablaron sobre la inflación contributaria o de la contribución a la inflación, sancionando este tipo de conductas. Creo que eso fue muy importante. este momento quienes ofrecen la música lo hacen más bien sobre el almacenamiento, pero previo a los acuerdos celebrados con las grandes productoras de música. No obstante, también hay sitios piratas donde se ofrece música. Pero cada vez son menos, ya que en Europa y Estados Unidos hay una afluencia importante que evita que este tipo de conductas queden sin sanción.

ENTREVISTA CON GONZALO JIMÉNEZ

¿CUÁL ES SU CARGO EN MTM Y QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA MTM AQUÍ EN ECUADOR?

Soy de origen colombiano, llegue aquí a Ecuador en 1974 a montar Industrias Famoso, que nació en el año 74 y fue cerrada en 1994. Ante el cambio de tecnología de analógico a digital, al cerrarse esta compañía ya no tenía objeto mantener abierta la venta de fonogramas que ya no iban a tener mercado. Obviamente vimos que hacer una inversión en ese momento en la parte industrial, en ese momento era un tema supremamente costoso y muy difícil la amortización en un mercado tan pequeño como Ecuador.

A raíz de unas normativas de aduana, dictadas a través de la OMC y la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, se estipulaba que para aquellas compañías que tengan licencia para el uso de la música de esas compañías en el territorio ecuatoriano, había la obligatoriedad, de acuerdo al artículo 402, de que las aduanas cobraran sus impuestos, no por el valor que costaba un CD, sino por el valor de manufactura, porque la licencia tiene la responsabilidad de manejar todo el contexto así no la producción, porque no tenía la forma.

Y es por esto que se generan los royalties, por las regalías cuando se vende el disco, y no cuando se importa. Si se importaba, incluyendo los royalties, había que pagar aduana sobre algo que todavía no estaba ocasionado.

Esa es la diferencia entre ser un productor de fonogramas y un distribuidor de fonogramas, el distribuidor de fonogramas, ya trae a su propio riesgo los fonogramas, incluidos los royalties autorales y fono mecánicos, y obviamente paga los derechos arancelarios sobre todo ese contexto. El productor fonográfico en caso de MTM que tiene la licencia desde el año 94, de Warner Music, en todo caso, porque hay varias compañías, pero para darle un ejemplo con ellos, nosotros tenemos un contrato en el cual ellos nos venden el producto

terminado de cualquiera de las fábricas o compañías de Warner Music, donde ellos directamente tienen oficinas, por ejemplo argentina, México, Brasil, o cualquier otro país, si bien viene ahí la facturación del costo de manufactura en ese país, se suma a ello los costos de transporte, de aduanas, seguros y todo lo que tenga que ver.

Pero si ellos en vez de facturarme en un disco por royalties, me lo facturan en costo de producción, por un dólar veinte, o 99 centavos, sobre ese dólar veinte. Por dar un ejemplo, yo pago los derechos de aduana, sobre el valor de facturación, porque es costo definitivo. Entonces yo traigo esos discos a mi inventario y empiezo un plan promocional de los temas que son importantes a través de los medios de comunicación, de audio y de video, televisión, radio, prensa, por todos lados, y empieza a levantarse, a través de los oídos o de la visión aquellas cosas como los video clips, obviamente el disco empieza a calentar motores y el público a oírlo y a demandarlo.

Cuando yo ya le vendo a esa tienda, ya la responsabilidad dejó de ser mía y ya es de la tienda, porque a esa tienda yo ya le vendo el disco, incluidos los royalties, saco todos mis costos, y busco el mark up que necesita esta compañía para que subsista.

¿CUÁNTO TIEMPO SUBSISTIÓ LA INDUSTRIA FONOGRAFICA A RAÍZ DE LA REPRODUCCIÓN?

Hubo una afectación del mercado, indudablemente una afectación no tan grave como el CD hoy en día, porque en aquella época las dos cosas eran analógicas, el CD, el casete no podían reproducirlo porque era muy difícil, pero si resultaba fácil coger un LP y ponerlo en la casetera y copiaban si sabían tapar el hueco, entonces la afición era esa, empezar a hacer el negocio, primero en el centro de la ciudad, y después se regó por todo el país, especialmente para mi creo que era más difícil combatir todas estas cosas de ilegalidad, allá fue donde estuvo más fuerte, y obviamente hasta las mismas

emisoras auspiciaban esto, “alisten pues sus casetes que ya les vamos a” (...) era como de replay (...), como para grabarlos y dejarlo para la posteridad.

Así empieza el casete, que le quita al mercado un porcentaje, que yo no creo que habrá llegado a más del 20, 25% del mercado de las compañías fonográficas. Hoy en día es al revés, el 98% del mercado está a manos de los piratas y el 2% es la parte legal. Tal vez hasta un 5%, el resto es ilegal.

obviamente esto es tan complejo, que todas las compañías fonográficas, cuando se desarrolla el CD que tenían compañías afuera, montaron su propia oficina en Ecuador, porque se podía exportar el producto terminado, porque aquí no había pauta, y porque esa legislación de la OMC, se podía traer los discos y grabarlos.

Por lo que todas esas empresas abrieron oficinas aquí en Ecuador. Se armó una asociación de disqueras que se llamaba SOTEC, quien guió todo eso fue una señora que trabajaba conmigo, quien después se fue a trabajar en una compañía BMG, que hoy en día está con SONY, ya se unieron las dos. Pero esta señora, que obviamente trabajó conmigo en famoso, la llevaron allá, una mujer inteligente, buena trabajadora, capaz, obviamente ella fue quien se encargó de hacer esa asociación a la que todos los directores fonográficos buenos llegamos.

Y empieza otro proceso, es que todo lo que estaba en analógico, en cinta analógica, se podía convertir en CDS, entonces empiezan a revivir todos los repertorios antiguos para que salieran en CDS. Y hace un boom en el año 95, 96 la venta de los CDS en toda América Latina, fue impresionante. no había forma de copiarlos porque la gente no sabía, no había fábricas que se pudieran perfilar como piratas, aunque sí existían en China y por allá en el Asia, pero no alcanzaban a llegar con todos sus repertorios, entonces empieza aquella cosa que se llama la recomposición de todos esos catálogos, entonces a esos grandes éxitos de Julio Jaramillo, en vez de meterle 12, meterle 18 temas,

cuando ya estaban amortizados todos los costos, eso estaba todo discontinuado, porque si usted se encuentra un disco con nuestro juramento, la versión original y que ya le habían pasado por unos filtros y le hayan hecho una remasterización. algo de la 5ta sinfonía de Beethoven, cantando Julio Jaramillo. Entonces empieza la demanda de la gente, porque eso es ya una comparación del pasado a oír música digitalizada. Eso es más o menos el desarrollo.

DE TODOS ESTOS OPERATIVOS QUE ME HA COMENTADO, ¿CUÁNTO TIEMPO HA TRANSCURRIDO DESDE EL ÚLTIMO QUE USTED TIENE MEMORIA DE QUE SE HAYA LLEVADO A CABO?

No me pregunte cuánto tiempo, pero realmente han pasado años que no se hace nada, no hay ningún fiscal encargado de delitos intelectuales o una sección de la fiscalía con sus oficinas donde hay un montón de gente pero que no hace nada. Y lamentablemente creo que desde que salió Esteban Argudo de allí, no se ha hecho nada.

Partiendo de que se ha hablado de la ley de propiedad intelectual ecuatoriana y en donde está claramente identificado, primero el procedimiento a seguir para sancionar a infractores que cometen piratería, y segundo, establecida cuál es la autoridad que debe involucrarse en los operativos etc. En que cree que existe la falencia, estando la ley organizada y teniendo en sí la ayuda de la fuerza pública como prescribe la propia ley. ¿ por qué razón en su criterio cree que no se ha desarrollado eso?

Yo diría que este problema se lo debe dividir en dos, el primero es en la parte de enseñanza, parte pedagógica, parte didáctica, que la gente sepa entender desde su nacimiento, desde el colegio sobre lo que es la propiedad intelectual, hay que entender de que todos estos niños tienen una mente en desarrollo y esos niños deben también preparar su mente para que puedan en algún momento escoger si ese es el área que quieren vivir libremente, como

cualquier escritor, cualquier compositor que genera su propia obra, quien tiene derecho al usufructo que le pueda permitir su trabajo. no podemos circunscribir a que todos esos niños que están en los colegios y escuelas no sepan que es eso, y no lo saben. Entonces debe haber a nivel de público culturalmente, por algún sistema, el hecho de que la gente empiece a tomar conciencias de que eso es ajeno, de que esa propiedad de creación es de quien la creo. y se tiene y se debe respetar que la ley del país se hizo para eso, que es una ley que la gente debe aprenderlo.

Empecemos por lo primero, quien primero lo debe aprender es la autoridad, uno va donde un juez y no sabe de lo que le está hablando. Cómo hace para juzgar algo, si le falta el conocimiento al respecto. Yo diría que aquí hay una necesidad impostergable e inmediata de la parte cultural con respecto a la protección de la propiedad intelectual, así como estamos oyendo de que la patria ahora ya es de todos, también deberíamos hacer algo que tenga que ver con que la gente tome conciencia del tema, cualquier tipo de cadenas en las que se hable de defender los derechos de los ecuatorianos de la propiedad intelectual. La creatividad.

Puede usted coger ese cuadro del señor Kigman y lo puede vender, porque lo compro, pero eso no me da derecho a que yo utilice la pintura para hacer lo que me dé la gana, ya que allí hay propiedad intelectual, es una obra y es valiosa, por lo que yo no podría reproducirla y venderla.

Entonces empecemos por la parte educacional, y usted me lo va a entender, usted sabe lo que es, y está dentro de la facultad de jurisprudencia, recopilando la información para tener los conocimientos suficientes.

Hagamos los básicos, simplemente que la gente entienda que hay que proteger y defender la propiedad intelectual, no hay creación fonográfica local, hay dos o tres grupos rockeros, tratando de salir adelante, conmigo grabó un grupo que llamaba tercer mundo, cuando yo vi a esos muchachos metidos en el estudio,

que eran hermanos y uno de ellos que no lo era, yo dije a quien los representaba que fue a hablar conmigo para saber lo que opinaba, le dije que me encantaba el grupo, pero póngale cuidado a ese muchacho que va a ser un gran artista de talla internacional, sáquelo de ahí, pero también el artista lo sacó de allí, el se llama Juan Fernando Velasco, el grababa en tercer mundo y grabó conmigo.

No es justo que ese señor que tiene esas aptitudes, que tiene esa calidad artística, llegue cualquier vagabundo que haya nacido en Rusia, en china y le robe su trabajo, no es justo, hay que enseñarle a la gente que hay que respetar, así como nos han enseñado la ley de tránsito, igual hay que enseñar la ley de propiedad intelectual. Yo lo vería más exigente, primero en la misma autoridad, que fue lo que hizo Esteban, con policía, con fiscales, con jueces, con todo lo que podía, pero para ellos les entró la lección y les salió por las mismas.

En esa época hubo acciones, y hubo una acción digna de comentársela a usted. En cuenca en una de esas conferencias, un muchacho, un niño, cuando pasó uno de esos vendedores piratas que venden los discos por la calle, le agarró un disco y salió corriendo, y un policía salió detrás, no lo alcanzó, pero me acerqué al policía y le pregunté que iba usted a hacer con ese niño. y el policía me respondió es que se robó un disco. Y le respondí el que se robo es el vagabundo que se está robando toda la propiedad intelectual.

Este es un tema que debería ponerlo como parte importante de su libro, porque esto valía la pena, ya que este policía no sabía de lo que estaba hablando yo, y es una persona que está representando la ley, entonces hay que enseñarle, que es lo mismo, al que infrinja la ley hay que aplicársele las sanciones. no hay nada distinto de hacer aquellas cosas de control en las calles con los mafiosos, y con las aduanas y con quien sea, aplicar la ley para que la respeten, porque yo pago las aduanas, yo pago el seguro social, yo le pago al estado el 25% de retención de regalías, porque le pago el impuesto, les doy a

mis trabajadores aquello que les corresponde, porque cumpla la ley. Pero eso únicamente es para 4 o qué, mientras tanto tengo ahí un video que el señor presidente correa ande diciendo reformamos la ley de propiedad intelectual, pero que no es justo que se les quite las ventas a los pobres revendedores que con eso se ganan la vida. Yo creo que el maneja esa política porque no conoce respecto de la ley.