



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN MATERIA DE DERECHO DE
AUTOR COMO LIMITACION AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD
RECONOCIDO A LOS AUTORES POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

AUTOR

Michele Alessandro Bianco Guerra

AÑO

2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR
COMO LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD RECONOCIDO A
LOS AUTORES POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los tribunales y juzgados de
la Republica

Profesor guía

Mgt. Leónidas Eduardo Rojas Salazar

Autor

Michele Alessandro Bianco Guerra

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, Licencias obligatorias en derecho de autor como limitación a los derechos de exclusiva otorgados a los autores por la propiedad intelectual, a través de reuniones periódicas con el estudiante Michele Alessandro Bianco Guerra, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación."

Leónidas Eduardo Rojas Salazar
Magister en Propiedad intelectual
C.C. 170961798-7

DECLARACIÓN PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Licencias obligatorias en derecho de autor como limitación a los derechos de exclusiva otorgados a los autores por la propiedad intelectual, del estudiante Michele Alessandro Bianco Guerra, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Roberto Santiago Lara Narváez
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 171595779-9

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.”

Michele Alessandro Bianco Guerra

C.C. 171459462-7

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia, en especial a mi madre Mónica y a mi papa Giorgio, por otro lado agradezco a mi novia Samantha Ulloa por haberme dado el apoyo durante el transcurso de mi carrera. También agradezco a mi tutor de Tesis Leónidas Rojas por haberme ayudado paso a paso en el desarrollo de la presente tesis.

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a toda mi familia, en especial a mi madre, padre, por otra parte a mi novia Samantha Ulloa. Sin su apoyo este trabajo no hubiera sido posible.

RESUMEN

En resumidas palabras el presente ensayo trata sobre determinar si las licencias obligatorias van o no en contra de la explotación normal de la obra, además de determinar los derechos que pueden ser afectados mediante la implementación de este mecanismo.

Por otro lado se propone demostrar mecanismos alternos a las licencias obligatorias. Desde otra perspectiva se plantea establecer que conllevan en si los derechos patrimoniales o de explotación, para así poder determinar que conlleva el termino explotación normal de la obra, de esta forma podemos llegar a entender si se violenta o no este principio.

Viéndolo desde otro ángulo se demostrara jurisprudencia sobre una causal que me llamo la atención, para determinar una licencia obligatoria, la cual es la posición dominante de mercado y otra sobre obras derivativas.

El método empleado dentro de esta investigación es el método deductivo, el cual aborda la investigación de lo general a lo específico. Las conclusiones a las cuales llegue son que las licencias obligatorias si pueden llegar a atentar contra la explotación normal de la obra.

Por otro lado se puede ver afectados los derechos de libertad de contratación y por ultimo concluyo que el sistema de licencias extendidas colectivas puede ser una opción que busca los mismo objetivos que la licencia obligatoria sin ir en contra de los derechos de propiedad intelectual.

ABSTRACT

In short, this essay deals with determining whether compulsory licenses go against the normal exploitation of the work, as well as determining the rights that may be affected by the implementation of this mechanism. On the other hand, it is proposed to demonstrate alternative mechanisms to compulsory licenses.

From another perspective, it is proposed to establish that they entail the patrimonial or exploitation rights in order to determine what the normal exploitation of the work entails, in this way we can understand if this principle is violated or not.

Looking at it from another angle, jurisprudence on a cause that caught my attention, to determine a compulsory license, which is the dominant market position and another on derivative works.

The method used in this investigation is the deductive method, which approaches the investigation from the general to the specific.

The conclusions reached are that the compulsory licenses if they can go as far as to threaten the normal exploitation of the work. On the other hand, the freedom of hiring rights may be affected and, finally, I conclude that the system of collective extended licenses may be an option that seeks the same objectives as the compulsory license without going against intellectual property rights.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1.CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS	5
1.1. Limitación a los derechos de autor	5
1.2. Derechos de autor	8
1.3. Licencias obligatorias	9
2. CAPÍTULO II. SISTEMAS DE LICENCIAS OBLIGATORIAS Y JURISPRUDENCIA	11
2.1. Sistema Europeo vs Sistema Americano:	11
2.2. Legislación Ecuatoriana	13
2.3. Jurisprudencia	14
2.3.1. Volvo vs Veng	15
2.3.2. Caso Xerox	15
2.3.3. Caso Microsoft	16
2.3.4. Harper & Row, Publishers, Inc. vs Nation Enterprises	16
3. CAPÍTULO III. DERECHOS POSIBLEMENTE VULNERADOS CON EL SISTEMA DE LICENCIAS OBLIGATORIAS.....	17
3.1 Derechos patrimoniales.....	18
3.2. Derecho a la libertad de contratación	21
3.3. Derecho de autor como derecho humano fundamental y derecho Constitucional	24

4. CAPÍTULO IV. ALTERNATIVAS A LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS.....	25
4.1. Licencias colectivas extendidas.....	25
4.2. Open content licensing	29
5. CONCLUSIONES	31
REFERENCIAS.....	34

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se refiere al tema de las licencias obligatorias en materia de derecho de autor, y como este mecanismo no solo limita los derechos patrimoniales de los autores, sino también atenta contra la explotación normal de la obra, además de violentar los derechos de libertad de contratación. Se puede percibir en primer plano, que la licencia obligatoria es un contrato de licencia en el cual el dueño del derecho de autor no posee voluntad en el desenvolvimiento de la contratación.

Hay que entender que las licencias obligatorias son de hecho catalogadas como limitaciones a los derechos de autor. Lo que se intentará demostrar es el hecho de que esta limitación perjudica la explotación normal de la obra, además de violentar el derecho a la libertad de contratación.

Para poder resolver esta problemática, es importante entender que el género son las limitaciones a los derechos de autor, mientras que las licencias obligatorias son una especie. Una vez entendido esto, podemos tener claro que lo que se intenta es ir probando de a poco que esta medida puede en si potencialmente causar más daño que bien; debido a que no solo limita los derechos de autor sino que de hecho afecta la explotación normal de la obra, lo cual esta prohibido por el Convenio de Berna.

La presente investigación, proviene del cuestionamiento que me planteé al percibir que generalmente se analizan las licencias obligatorias con relevancia a la protección de la sociedad en general, y como esta se beneficia mediante el otorgamiento de este tipo de licencias. Por otro lado es menos común el hecho de cuestionar como estas limitaciones con el objetivo de proteger al público, se ataca a los derechos de los titulares de derechos de autor.

Desde otra perspectiva, se estudiará cómo se maneja el tema de las licencias obligatorias según las distintas corrientes; por un lado la corriente Europea y por otro el sistema Norteamericano. De esta forma podremos entender las distintas ramas de pensamiento y posturas que existen tanto a favor como en contra de esta medida, y de esta manera podremos formar un criterio solidificado sobre el tema en cuestión.

El estudio realizado en lo referente a terminología básica empleada dentro de este trabajo, será aportado por una gama de autores. Por otra parte el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, nos sirve como una herramienta importante para entender como se está regulando el tema en el Ecuador.

También hay que recalcar que para este trabajo fue muy importante la mención a los dispuesto en el Convenio de Berna sobre obras literarias y artísticas, debido a que en esta convención surgen dos directrices vitales para el entendimiento del tema tratado, como la prohibición que se prohíbe todo uso de licencias obligatorias para temas no relacionados a la educación, por otro lado se habla de que las licencias obligatorias no deben atentar contra la explotación normal de la obra.

En otro orden de ideas, el haber estudiado la Declaración Universal de Derechos Humanos, en especial el artículo número 27, da como resultado el entender que no es cualquier cosa la protección que se le da a los autores sobre sus creaciones, debido a que el cumplimiento y respeto de estos derechos es de obligatorio cumplimiento para los estados que son miembros del mismo, como por ejemplo el caso de Ecuador.

Conjuntamente se estudió lo dispuesto en la Constitución sobre la protección a los derechos de propiedad intelectual, además del derecho a la libre contratación los cuales son temas relevantes al objeto de estudio.

Durante la fase investigativa surgió uno de los obstáculos, el cual fue el hecho de que existen dos teorías sobre las licencias obligatorias: por un lado, la proteccionista que es la del sistema europeo, y por otro lado, está el otro extremo, la teoría americana, la cual está en contra de licenciamiento obligatorio.

Cabe recalcar que el método utilizado para la elaboración de este ensayo académico es el método deductivo, tal método consta en que se tratara de los general a los específico. Este método fue el utilizado dentro de la investigación debido a que primero quise dar una especie de introducción al tema y de a poco adentrarme al tema a mayor profundidad, donde eventualmente llego al tema concreto y del cual puedo a llegar a concluir sobre todo lo investigado.

El trabajo esta dividido en 4 capítulos, cada uno de estos tendrá el objetivo de iluminar al lector sobre distintos elementos presentes dentro del tema de las licencias obligatorias.

Comenzaré por el capítulo 1, que tiene el propósito de darnos un marco conceptual, que nos puede hacer llegar a entender el tema de manera profunda. Para que, luego de analizar el tema, se pueda entender a que se refiere la terminología empleada dentro del texto.

Por otra parte, el capítulo 2 tiene como objetivo establecer como es manejado el tema de licencias obligatorias en los dos sistemas existentes, por un lado, el americano y por otro el europeo. Para así poder llegar a entender porque existe información tan contradictoria en el tema de licencias obligatorias, debido a que la teoría americana no tiene palabras muy cálidas sobre las licencias obligatorias, mientras que la europea tiene más apertura a esta medida.

Por otra parte, en este capítulo se hablará sobre jurisprudencia sobre posición dominante de mercado y sobre la perdida de control de una obra, la utilidad de las primeros casos se deben a que nos ayudan a identificar el hecho de lo difícil

que es comprobar la causal. Por otro lado el segundo tema de jurisprudencia nos ayuda a entender lo que puede ocurrir cuando un autor pierde control de su obra.

Desde otra línea de pensamiento, el capítulo 3 presenta el desenvolvimiento del problema jurídico. En el mismo se analizará si efectivamente o no se limitan los derechos patrimoniales, a nivel de afectar la explotación normal de la obra, además de ver si se comprueba o no la violación al derecho a la libertad de contratación.

Finalmente, en el capítulo 4 se planea establecer medidas existentes que cumplen la misma función que las licencias obligatorias, además de dar argumentos sustentados de porque estas medidas son más efectivas y menos invasivas.

Por último, establecí una serie de conclusiones en base a todo lo investigado donde resalto de manera breve lo expuesto, más haber agregado mi visión final del tema.

Los objetivos de la investigación son cuatro, uno de estos es específico y los otros tres son secundarios, el primero o el principal es el establecer si las licencias obligatorias en materia de derecho autor atentan contra la explotación normal de la obra, por otro lado el objetivo secundario uno consta en determinar que conllevan los derechos patrimoniales, el tercero consiste en establecer la serie de derechos que violentan la medida estudiado y el cuarto por ultimo consiste en determinar si existen o no mecanismos mas viables y respetuosos a los derechos de autor que posean el cumplimiento de los mismos objetivos de la medida controvertida.

1. CAPÍTULO I. MARCO CONCEPTUAL SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS

El capítulo 1 tiene la intención de brindar al lector una serie de conceptos básicos, los cuales son vitales para poder comprender el tema que esta siendo tratado. Mi intención primordial es abordar en que consisten las limitaciones en derecho de autor de manera general, además de identificar los distintos tipos de mecanismos de limitación existentes, los cuales en breves rasgos son los abiertos y cerrados, que serán explicados posteriormente dentro de este capítulo.

Desde otra perspectiva, se mencionarán los tipos de derechos que poseen los autores, y por último, se abordará el tema de las licencias obligatorias, donde se determinará como surgen, para que sirven y que implican.

1.1. Limitación a los derechos de autor

Muchos de los lectores se preguntarán a que se refiere con limitaciones a los derechos de autor. Antes de poder abordar el tema, es necesario entender que conllevan estos derechos. En resumidas palabras, se puede describir que los derechos de autor son aquellos en los cuales el estado otorga un monopolio al creador de una obra intelectual (Lepage, 2003). Este monopolio conlleva que solo el autor puede ser considerado como el creador de la obra y autorizar el uso de la misma a terceros.

Por otra parte, aunque el estado garantiza esta protección a dicho monopolio sobre la creación intelectual, debe darse un balance entre la protección otorgada al autor y el interés general (Lepage, 2003). Aquí es donde comienza la posible problemática, la cual es el encontrar el balance entre el derecho de autor y el desarrollo del conocimiento, o como también se lo denomina el interés general.

En este punto es donde entran las limitaciones de los derechos de autor. La realidad es que la justificación de estas medidas se da debido al desarrollo de la sociedad del conocimiento. El hecho de que la protección de los derechos de autor sea absoluta, no quita la posibilidad de hacer una reseña de una exhibición o citar un trabajo (Lepage, 2003).

Existen varias limitaciones al derecho de autor, sin embargo me concentraré en establecer las que están en torno al Convenio de Berna sobre obras literarias y artísticas, las cuales son relevantes a nuestro tema de investigación. Específicamente me referiré a las licencias obligatorias en materia de derecho de autor.

Las siguientes excepciones son las que permiten el uso de material protegido por el derecho de autor para temas educativos, tales como el derecho de citar en trabajos académicos y en general el derecho de las personas de poder utilizar de manera libre el contenido de los libros y publicaciones con fines académicos, siempre que este no sea utilizado para fines comerciales (Altarriba, 2014).

Por otra parte, hay que entender de manera clara que las limitaciones a los derechos de autor están para poder ayudar a impulsar la educación, más no para beneficiarse de manera económica. Lo dicho, se ejemplifica de mejor manera por la siguiente aportación: “Derecho de cita para elaborar revistas de sumarios. Mera reproducción del artículo con finalidad lucrativa excluida” (Altarriba, 2014).

Desde otra perspectiva, existen dos tipos de mecanismos de limitaciones a los derechos de autor, los mecanismos abiertos y los mecanismos cerrados. Los mecanismos cerrados, son los que poseen una lista exhaustiva de las situaciones en las cuales se aplican limitaciones o excepciones a los derechos de autor (Lepage, 2003). Por lo cual solo en los casos descritos en la norma jurídica, podrá establecerse una licencia obligatoria.

Los mecanismos abiertos, son aquellos en los cuales existe una regla general, la cual puede ser abierta a la libre interpretación. Esto quiere decir que existe un enunciado, más bien no una lista exhaustiva de los casos precisos en los cuales puede otorgarse una licencia obligatoria (Lepage, 2003). Lo que en pocas palabras se plantea, es que cada caso varía y puede ser interpretado el enunciado de manera distinta.

Después de lo analizado, puedo establecer que tener ciertas limitaciones al derecho de autor es algo que puede resultar positivo mientras se establezca como una regla general en la que todo trabajo pueda ser citado de manera libre y ser utilizado de manera referencial para fines meramente académicos, pero pienso que ir más allá de eso, lo que estoy delimitando, es irse en contra de los derechos legítimos de los autores.

Desde otro ángulo, considero que los sistemas abiertos podrían ser más beneficiosos desde la perspectiva de los autores, debido a que evitaría que por que se de una licencia obligatoria solo porque se da una situación de manera concreta, debido a que en el sistema abierto se puede argumentar de manera mas amplia sobre la disconformidad del apartado, que al ser un enunciado mas bien no una lista exhaustiva esta abierto a discusión, mientras que un sistema cerrado no hay discusión si se cumplió un requisito sumamente objetivo.

Para finalizar este tema, me gustaría concluir que aunque exista ese balance necesario entre interés general y el derecho de los autores, debe cuestionarse el porque se otorga un monopolio exclusivo a un autor, si luego se planea violentarlo. Esta reflexión sale del hecho de que potencialmente toda obra creada puede ser parte de una licencia obligatoria, debido a que puede crearse un abuso sobre la facultad de utilizar estas medidas.

1.2. Derechos de autor

Es de gran importancia desarrollar el tema de los derechos de autor, en este caso el analizar cómo se dividen los mismos. Por un lado, existen los derechos morales y por otro los patrimoniales. Es menester abordar esta cuestión debido a que los derechos morales son en breves rasgos derechos intocables, mientras que en los derechos patrimoniales se permite su limitación.

Considero importante establecer en primer plano que se entiende por derechos patrimoniales o también denominados derechos de exclusiva. La mejor manera de explicarlo, es que es esa facultad exclusiva del autor, en la cual se le permite autorizar o denegar toda explotación de su obra (Rodríguez, 2004). De lo establecido, se puede entender que no solo es un derecho en el cual con una simple remuneración el derecho está cumplido, sino que el hecho de no darle opción al autor sobre la distribución de la obra es no solo limitar, sino violentar los derechos patrimoniales.

Es menester entender que cada forma de autorización de la obra es independiente de cada una, por ejemplo si el autor da una autorización para ejecutar la obra en un escenario, no quiere decir que esta incluya la autorización por medios mecánicos. Debido a que cada autorización es específica para cada reproducción (Rodríguez, 2004). Lo dispuesto quiere decir que no porque un autor autorice la reproducción de su obra para un tipo de medio, esta autorización sirva para futuras reproducciones en otro tipo de medio.

Por otra parte, me parece vital determinar que los derechos morales son definidos como un “Derecho personalidad y al igual que tales derechos son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles” (Rodríguez, 2004). De lo establecido, se puede percibir que los derechos morales son aquellos en los cuales se reconoce la autoría del autor.

Me gustaría comentar que existe una situación en la cual se le da más importancia a los derechos morales de los autores que a los derechos patrimoniales. La razón por la cual yo considero que se da esto es porque se tiene como una concepción generalizada que el derecho patrimonial solo engloba una remuneración, de esa manera se entiende que este derecho esta subsanado, pero en realidad considero que está lejos de la realidad, debido a que el derecho patrimonial engloba una gran serie de facultades que posee el autor, como por ejemplo ser el único que puede autorizar o denegar toda explotación económica de la obra.

Finalmente, luego de todo lo analizado puedo llegar a concluir este subtema diciendo que existen dos tipos de derechos involucrados en la protección de los derechos de autor, estos son los derechos morales y los patrimoniales. Los derechos morales, son los que protegen el reconocimiento de la autoría de una obra, estos derechos no pueden ser cedidos ni agredidos por ninguna norma legal; y los derechos patrimoniales si pueden ser cedidos y limitados.

1.3. Licencias obligatorias

Muchos de ustedes se preguntarán que son las licencias obligatorias, pues este subtema se dedicará a aclarar este tema, para más adelante en el capítulo 3 poder establecer si efectivamente existe una limitación injustificada a los derechos de autor, cuya limitación posiblemente afecte la explotación normal de la obra, además de la libertad de contratación.

Las licencias obligatorias, son una limitación al derecho de autor, en la cual en ciertos casos se puede limitar tal derecho sobre trabajos publicados, e inclusive los no publicados (Dhiraj, 2009). La cuestión que se quiere explicar con el aporte establecido dentro de este párrafo es que las licencias obligatorias pueden operar para casos en los cuales las obras estén o no publicadas.

Desde otra perspectiva, las licencias obligatorias pueden ser utilizadas para producción, publicación o traducción de la obra (Dhiraj, 2009). Por lo cual se

puede llegar a la realización que las licencias obligatorias no solo permiten el uso de la obra sin necesidad de autorización del autor, si no también el hecho de poder aprovechar y modificar la obra.

Sobre los requisitos para la licencia obligatoria en materia de autor, se tiene como requisito que el “assignor” o licenciante debe firmar en el contrato su aceptación (Dhiraj, 2009). Por lo cual, al buscar el significado de “assignor”, sale que este es una persona que transmite derechos de propiedad o poderes a otros” (Uslegal, 2010). se puede percibir de lo establecido, que de hecho debe haber un consenso escrito del autor, además de la prerrogativa de que está involucrado una transmisión de derecho de propiedad o poderes al licenciante.

La explicación más común para justificar una licencia obligatoria es la de facilitar a la comunidad el acceso a la cultura (Antequera, 2005). Por lo cual se entiende que el propósito principal de esta medida, es que el público tenga acceso a las obras literarias para poder participar dentro del ámbito del conocimiento.

Por otra parte también conlleva a que se respete el balance entre el acceso a la cultura y la protección a los derechos de autor (Antequera, 2005) Por lo cual, lo que nos dice Antequera es que no es que se deba por el bienestar general, irse en contra de los derechos de los autores.

Por otra parte, los derechos de autor no están violentando el acceso al conocimiento, este argumento, ya que el derecho de autor no impide el acceso a comprar, leer prestarle un libro a alguien más (Cameron, Borenstein, 2003). Por lo cual no se esta violentado el acceso a la obra.

Desde otra perspectiva, lo que se protege dentro del derecho de autor no es la copia física de las obras ni el acceso a las mismas, lo que se protege son las ideas contenidas dentro de la obra (Cameron, Borenstein, 2003). Por lo cual el

derecho de autor no planea aislar al público del conocimiento. De lo establecido, puedo llegar a opinar que las licencias obligatorias son un mecanismo invasivo, debido a que pueden operar sobre trabajos publicados y no publicados, por lo cual puede llegar a convertirse en una medida demasiado intrusiva la cual va en contra de los derechos de divulgación de la obra.

En conclusión, podría establecer que las licencias obligatorias en la teoría son un mecanismo para proteger a la colectividad, en base de liberar el conocimiento con el costo de limitar los derechos de un autor.

2. CAPÍTULO II. SISTEMAS DE LICENCIAS OBLIGATORIAS Y JURISPRUDENCIA

El presente capítulo tiene la intención de ilustrar las dos corrientes existentes en tema de licencias obligatorias, por un lado el sistema Europeo y por otro el sistema Norteamericano, además de incluir una serie de jurisprudencias sobre licencias obligatorias en materia de derecho de autor enfocado en uno de los apartados que más me llamo la atención dentro de las circunstancias de licencias obligatorias establecidas dentro de la legislación Ecuatoriana.

Tal circunstancia, es la posición dominante de mercado, lastimosamente esta jurisprudencia solo es sobre patentes debido a que a que no encontré jurisprudencia sobre derechos de autor. La razón por la cual escogí jurisprudencia sobre posición dominante de mercado, se debe a que es la cuestión que más duda me da en su aplicación en la vida real. La intención era dedicar un capítulo entero sobre este tema.

2.1. Sistema Europeo vs Sistema Americano:

Es menester establecer la diferencia de criterios que existen entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, debido a que su priorización al ponderar derechos es muy distinta, el primero da mayor énfasis a proteger los derechos de los autores, mientras que el segundo da prioridad a temas de libre

competencia, siendo así más importante para ellos el bien común que los derechos de los autores.

Por un lado, el sistema Europeo posee mayor probabilidad de otorgar licencias obligatorias, debido a que prefieren proteger temas de competencia, mientras que en el sistema Norteamericano es más probable que favorezca los derechos de propiedad intelectual (Tudor, 2013). Lo que esto quiere decir, es que mientras en la Unión Europea se da más prioridad a temas de competencia, viendo el interés general de la comunidad y el acceso al conocimiento, USA por otro ve más la protección de la propiedad intelectual.

El razonamiento por el cual el sistema europeo posee esta visión es por cuestiones históricas, en la cuales el derecho de propiedad intelectual ha sido percibido como un mecanismo asociado con barreras de entrada e inflación (Tudor, 2013). Lo cual quiere decir que en el sistema Europeo los derechos de propiedad intelectual son vistos como un método anticompetitivo “per se”.

Mi consideración, es que ninguna de estas posiciones necesariamente es más adecuada que la otra, porque se trata de un tema delicado que posee un choque de derechos, pero tendría que irme por la lógica de que el derecho a la protección de los derechos de propiedad intelectual está considerado como un derecho fundamental, por otro lado, al establecer temas de competencia mezclado con la propiedad intelectual es un tema en el que conceptualmente saldría perdiendo el tema de competencia antes que el tema de la propiedad intelectual.

Personalmente me inclino al sistema americano, debido a que no se puede menoscabar un derecho humano fundamental como la propiedad intelectual, por temas de competencia, debido a que como se puede determinar prácticas anticompetitivas de un monopolio legal, cuya esencia es la de dar derechos exclusivos a una persona por su creación intelectual, en realidad se supone

que la persona beneficiada por la propiedad intelectual posea un monopolio sobre su propia creación intelectual.

A mi parecer esta posición es muy primitiva, debido a que en temas de propiedad intelectual se trata de otorgar un monopolio al autor, por lo cual querer atacar este monopolio, el cual la misma ley otorga al autor, carece de sentido práctico.

Mientras que por otra parte, los temas de posición dominante de mercado sobre derechos de propiedad intelectual son temas que varían de caso a caso y por su extrema defensa como en el caso europeo, pueden ser violentados de maneras extremas los derechos concretos y palpables de los autores que gozan de una protección a nivel de derecho humano fundamental.

Puedo llegar a concluir, que aunque existan menos problemas de posición dominante de mercado bajo el sistema Europeo comparado con el de Estados Unidos, proporcionalmente en el primero existe mayor violación a los derechos de propiedad intelectual, lo que conllevaría a pensar que a la Unión Europea poco le importan los derechos de propiedad intelectual.

2.2. Legislación Ecuatoriana

El Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento y la Innovación nos dice que:

Las circunstancias para licencias obligatorias son: posición dominante de mercado, obras musicales, traducciones, obra que no se encuentre disponible en territorio nacional (COESC, 2016).

Según el artículo 217 de esta norma, se pueden otorgar licencias obligatorias sobre los derechos exclusivos y en el 218 sobre los derechos no exclusivos

(COESC, 2016). Por lo que se puede otorgar una licencia obligatoria, tanto sobre derechos exclusivos y no exclusivos.

Según el artículo 219, la remuneración se efectuará acorde al reglamento (COESC, 2016). Sin embargo no existe dicho reglamento.

2.3. Jurisprudencia

Hay que tomar en cuenta qué dentro de las jurisprudencias mencionadas se habla de casos sobre patentes y uno nos habla sobre obras derivativas, los primeros 3 casos son relevantes para determinar la dificultad de determinar casos de posición dominante de mercado en temas de propiedad intelectual, lo cual será útil para determinar lo ambiguo de tener como justificación de la licencia obligatoria temas de posición dominante de mercado.

Por otra parte, se establecerá una jurisprudencia sobre trabajos derivativos, el cual muestra la posible problemática del perder el control de la distribución de una obra, lo cual causa graves perjuicios a los autores. Esto es relevante, debido a que con las licencias obligatorias se pierde el control del autor sobre la distribución de su obra, causándole graves perjuicios de control, distribución y explotación de su obra.

La razón de incluir en su gran totalidad casos sobre patentes sobre licencias obligatorias, es debido a que las jurisprudencias sobre licencias obligatorias en materia de derecho de autor son nulas, no pude encontrar ni un solo caso que nos hable específicamente sobre casos de licencias obligatorias en materia de derecho de autor, excepto por un caso sobre trabajos derivativos en los cuales se puede percibir.

La importancia de estudiar tales fallos jurisprudenciales, es el simple hecho de que nos enseña que el denegar una licencia a terceros, o terceros competidores, no consta como una conducta de posición dominante de

mercado. Tema relevante debido a que esta establecido como circunstancia para establecer una licencia obligatoria en materia de derecho de autor dentro del COESC, en el articulado 127.

2.3.1. Volvo vs Veng

Este caso en breves rasgos, es sobre una distribuidora de repuestos Volvo, que iba operando sin autorización de Volvo, tal distribuidora se llamaba Veng. Esta acusa a Volvo de posición dominante de mercado debido a que se le solicitó a Volvo la licencia, pero se les negó.

Sin embargo, el tribunal europeo decide denegar la demanda, debido a que existe la posibilidad de denegarse a dar una licencia sin que esto conlleve como una conducta de posición dominante de mercado. Precisamente se dice que: "The court ruled that refusal to grant a license cannot alone be an abuse of a dominant position since design protection gave firms the right to exclude" (Reichenberger, 2010).

2.3.2. Caso Xerox

El presente caso trata sobre la compañía Xerox, que se niega a licenciar a sus rivales dentro de la industria, una patente innovadora sobre temas de copiado, por lo cual, el caso llegó al tribunal Europeo que trata los temas de competencia. El tribunal llegó a la conclusión que el negarse a licenciar no es considerado como un acto de posición dominante de mercado (Reichenberger, 2010).

Debido a que se tiene el derecho de rehusarse a otorgar una licencia en determinados casos, sin que esto conlleve un acto de posición dominante de mercado, tal rechazo conlleva al derecho legítimo de la libertad del autor sobre el control de su obra. Este caso es muy trascendental debido a que dejó un precedente legal sobre el derecho del titular del derecho de propiedad intelectual a negarse a otorgar licencia cuando este lo crea conveniente (Reichenberger, 2010).

2.3.3. Caso Microsoft

En breves rasgos, el presente caso es el de la empresa Microsoft, que denegó a fabricantes de sistemas operativos la licencia del sistema operativo Microsoft, el cual sirve según ellos para resolver cuestiones de interoperabilidad, las cuales son requeridas bajo los estándares de la Unión Europea, lo cual permitía actuar de modo aceptable con sus sistemas operativos. Hay que tomar en cuenta que Microsoft hacía parte del mismo giro del negocio que las demás partes, por lo cual eran su competencia (Waisman, 2013).

El caso se desarrolla en base al principio de plenamente negarse a licenciar, sin embargo, solo cuando se determine un caso excepcional de parte del solicitante y esta sea denegada, será determinado como posición dominante de mercado. Por tal motivo, es sumamente complicado alegar, demostrar y que la comisión determine cuando será este caso excepcional. Por lo cual, lo que ocurre en este caso en particular es la interpretación que le da el tribunal al concepto de interoperabilidad.

Ante lo expuesto, la comisión sobre asuntos de competencia de la Unión Europea decide que es suficiente la información voluntaria que Microsoft comparte con terceros, debido a que con esta información ellos pueden obtener la compatibilidad del sistema operativo y así podrán competir, por lo cual, no existe el elemento de excepcionalidad, así que Microsoft no está en la necesidad de licenciar lo que solicitan los otros operadores involucrados en el caso.

2.3.4. Harper & Row, Publishers, Inc. vs Nation Enterprises

El siguiente caso en breves rasgos, consta en la situación en la cual se demuestra los problemas que puede causar que una licencia tenga el carácter de obligatoria. El caso trata que el ex Presidente de los Estados Unidos, Gerald Ford contrata a la empresa de publicaciones Harper and Row, para que esta

publique las memorias de cuando hubo una controversia, en la cual el perdonó a Richard Nixon de un escándalo legal con el tema de Watergate.

El problema se dio cuando la obra perdió el control de su distribución, esto fue aprovechado por The Nation, un diario. Por lo cual, ocurrió una serie de trabajos derivados, por lo que la corte federal de distrito decidió que se tomó más de lo necesario de la información de acceso libre para beneficio económico (Morrison, 2006). Por lo cual, hay que entender que más que una ayuda a la comunidad del conocimiento, las licencias obligatorias tienen el objetivo de cortar gastos.

Esto se complementa por lo siguiente, dicho dentro de un artículo académico: “The concept of a mandatory copyright license already exists in the statute. The idea behind a statutory license, or a compulsory license, is to reduce the transaction costs needed to license out the work” (Morrison, 2006).

De lo dicho se quiere transmitir el hecho es que la idea detrás de las licencias obligatorias, está el reducir los costos de trabajos licenciados, más bien no como una herramienta cuya verdadera motivación es el acceso al conocimiento. La parte negativa es que mediante la idea de reducir costos, se hace perder dinero a los titulares, mediante el hecho de tener que compartir el dinero con el licenciatario, además de usar un mecanismo con motivaciones de reducción de costos para irse en contra de un derecho humano fundamental, como el derecho a la protección de los derechos patrimoniales sobre la propiedad intelectual.

3. CAPÍTULO III. DERECHOS POSIBLEMENTE VULNERADOS CON EL SISTEMA DE LICENCIAS OBLIGATORIAS

El presente capítulo, tratará el tema sobre los derechos que considero que son vulnerados dentro del sistema de licencias obligatorias. La importancia de este tema es demostrar que las licencias obligatorias limitan los derechos

patrimoniales o exclusivos de los autores al nivel de violentar otra serie de derechos, los cuales serán detallados en el transcurso de este capítulo.

3.1 Derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales son limitados dentro del sistema de licencias obligatorias” (Walker 2014). Lo establecido por Walker, actúa como una pequeña introducción, debido a que es más que obvio en este punto del trabajo académico que los derechos patrimoniales son una especie de limitación a los derechos de los autores.

Me gustaría establecer a que se refieren los trabajos derivativos, pues este tipo de trabajos son basados en uno preexistente (Morrison, 2006, p.88). Por lo cual un trabajo derivativo se da cuando una persona desee realizar una traducción, versión alternativa o cualquier historia o trabajo de cualquier tipo en el cual se use una parte o la totalidad de la obra para la creación de un producto nuevo.

Mi consideración sobre lo analizado, es que las licencias obligatorias atentan contra la explotación normal de la obra, lo cual es prohibido por el Convenio de Berna, el cual nos dice literalmente en su articulado numero 9.2 que “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (C.B, 1979).

Por lo cual, al perderse el control de la obra mediante las licencias obligatorias en base a que en las licencias obligatorias ya no es necesaria la autorización del autor, para comunicar, reproducir, o distribuir la obra (Dhiraj, 2009).

Desde otra perspectiva la Unión Europea usa la regla de los tres pasos, en el paso numero dos se reconoce que se prohíbe la explotación normal de la obra (Quintais, 2017). De tal consideración se puede decir que estos tres pasos

tienen que ser respetados, centrándonos en el paso dos, primero tenemos que determinar a que se refiere con explotación normal de la obra, en los siguientes párrafos se intentara definir este concepto.

La dificultad del paso numero 2, el cual también es recogido por el convenio de Berna, es que el termino explotación normal de la obra es una ficción legal (Qintais, 2017). Por lo cual no existe un criterio unificado de que se refiere con explotación normal de la obra, sin embargo se comparte que tiene que ver con los derechos que engloba la explotación de la obra, el cual será detallado en el siguiente párrafo.

La explotación normal de la obra se hace tomando en cuenta el conjunto de derechos que engloban el derecho de explotación de la obra (Qintais, 2017). Tales derechos serán descritos a continuación.

Tales derechos son los derechos de reproducción, distribución, comunicación y transformación. De manera breve, a los derechos de reproducción se los puede definir como un derecho de copia (Ashok, 2009). Analizando lo dicho por Ashok, se puede decir que el derecho del cual estamos hablando faculta a quien lo sustenta la exclusividad de autorizar cualquier copia realizada sobre la obra protegida. En otras palabras se refiere a la copia física de ejemplares.

Por otra parte, hay que entender que hasta la copia parcial constituye como copia o violación al derecho de reproducción (Ashok, 2009). Por lo cual no es necesario que haya una copia total de un trabajo como para considerarse una violación al derecho de reproducción.

Desde otra perspectiva, a los derechos de distribución se los puede definir como el derecho de poner a disposición del público del original o copias de la obra, mediante venta, préstamo o alquiler o cualquier otro medio permitido (Vilches, 2010). O sea, se refiere a la exteriorización de la obra al público. Por lo cual solo el titular puede distribuir al público el material protegido.

También están los derechos de comunicación, los cuales pueden considerarse como “Actos en los cuales una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas” (Vilches, 2010). Podría también decirse, que este derecho se relaciona íntimamente con la exteriorización de la obra con terceras personas. Me refiero a que la comunicación de la obra, podría ser afectada con las obras derivativas que podrían surgir en base a las licencias obligatorias.

Por ultimo están los derechos de transformación, el cual es el derecho en el cual solo el titular del derecho de propiedad intelectual, puede realizar o autorizar a terceros cualquier modificación de la obra, como por ejemplo traducción, cambio o obra derivativa sobre el trabajo original (Vilches, 2010). Por lo cual es la prerrogativa en el cual solo el autor puede hacer cualquier modificación o trabajo que derive de su obra original.

La cuestión de que solo se adeuda al autor el valor negociado, decir que al momento de negociar una licencia obligatoria se debe tener cuidado por parte del licenciante de tener clara esta cuestión, debido a que si no se acuerda un monto beneficioso para el autor, no habrá cargos adicionales a favor de él.

En el caso de Ecuador, se puede percibir la situación de no tener establecida una remuneración. Esto se da debido a que, en el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento y la Innovación, el cual de aquí en adelante será denominado como COESC, en el artículo 219 nos menciona que la remuneración será pactada por la autoridad competente dentro del reglamento del mencionado código legal (COESC, 2017, Art 219). Sin embargo tal reglamento no existe al día de hoy.

También considero que en base a lo dispuesto en el párrafo anterior, que las licencias obligatorias también causan una afectación a los intereses legítimos del autor, ya que solo adeudan al autor el valor negociado en el contrato y no

hay cargos adicionales (Walker, 2014). En base a lo entendido dentro de lo establecido por Walker puede notarse que al negociar una licencia obligatoria, puede causarse un abuso por parte del contratista, en el cual si el autor no se verifica de los montos adeudados dentro del contrato, esto no tendrá derecho a mas de lo establecido dentro del mismo.

Por otra parte, se ha comprobado que existe una relación en la cual entre mayor es el menoscabo de los derechos de autor, en base a un alza de otorgamiento de licencias obligatorias, esto causaría un incremento en un desinterés a desarrollar y incentivar el conocimiento. (Tudor, J, 2013). De lo establecido se puede llegar a tener la idea de que el hecho que las licencias obligatorias sean un mecanismo impositivo esto cause un desintereses de los autores para crear, debido a que el estado le otorga un derecho por un lado y por otro luego puede violentarlo repentinamente con una licencia obligatoria.

Me gustaría concluir con la idea de que los derechos patrimoniales no solo conllevan la parte económica, sino que se extiende también a la facultad de los autores sobre el control de la obra. Al analizar el tema desde esta perspectiva, me parece preocupante lo expuestos que quedan a los autores, dejando que su trabajo quede a la deriva y sin la posibilidad de control sobre un monopolio, el cual el mismo estado se lo otorgó en primer lugar.

3.2. Derecho a la libertad de contratación

El razonamiento de este apartado, es establecer como las licencias obligatorias al ser un mecanismo contractual y al mismo tiempo obligatorio atentan en contra del derecho a la libertad de contratación, principalmente en base a dos puntos fundamentales, los cuales son que el autor no tiene opción de si acepta o no la licencia obligatoria.

Hay que tomar en cuenta que las licencias obligatorias son un contrato involuntario (Arnold, 1993). Por lo cual la idea que intento plantear se explica

por si misma dentro de lo dicho por Arnold, debido a que la naturaleza misma del contrato de licencia obligatoria, quiere decir que es un contrato de licencia que se impone a los autores, de otorgar una licencia de uso.

De lo dicho anteriormente, se tiene claro que las licencias obligatorias son consideradas como un contrato involuntario, donde el licenciante no posee la intención de licenciar, pero es obligado por la ley. Uno de los pilares fundamentales del derecho, es que todo el mundo tiene la libertad de contratar como uno quiera, mientras el fruto de esta contratación no sea ilegal (Fridman, 2015). Por lo cual si yo estoy contratando de forma legal, no debería haber razón para la cual se quite el derecho de libertad de contratación.

La consideración que también se plantea bajo esta misma línea, es que no debería haber el caso en el cual a una persona se le interfiera el derecho de establecer con quien desea contratar (Fridman, 2015). Lo cual ocurre con las licencias obligatorias, ya que la finalidad de este mecanismo es obligar al autor a licenciar su trabajo con el estado, para que este distribuya su trabajo de manera libre.

El derecho a la libertad de contratación es un derecho de inmediato cumplimiento y exigibilidad (Bernstein, 2003). Por lo cual, si en el Ecuador también se lo considera como derecho de rango constitucional, no debería existir una excepción a este derecho de libertad de contratación.

No solo por que una ley determine algo significa que esto sea legítimo. Lo dicho se desprende debido a que el derecho a la libertad de contratación, en ciertos casos ha sido bloqueado por disposiciones legales poco razonables, por lo cual se posee un mecanismo de defensa en el sistema norteamericano para estos casos (Bernstein, 2003). De lo cual se desprende que no solo porque proviene de la disposición de la ley las licencias obligatorias, estas mismas puedan violentar un derecho constitucional como el derecho de la libertad de contratación.

Por otro lado, la justificación de un interés general no puede ir amedrentando el derecho que estamos mencionando (Bernstein, 2003). Sobre lo establecido, se puede determinar que ni la justificación social que lleva en si las licencias obligatorias, puede amedrentar el derecho a la libertad de contratación.

El derecho de libertad de contratación es uno de los derechos más fundamentales que tenemos en nuestra sociedad (Weber, 2014). Por lo cual se puede entender la importancia de su protección, debido al rango de derecho constitucional que posee.

La importancia de este derecho es tan vital, que se propone que su protección sea ascendida a un nuevo grado de protección (Weber, 2014). La realidad es que lo dicho por Weber me parece tan relevante, que adelantaré un comentario sobre el tema, que es, que el nuevo grado de protección que menciona me parece muy importante debido a que al darle un grado de protección más alta, podría causar que el estado sugiera más métodos abusivos de derechos.

Desde otra perspectiva, no existe razón justificativa para irse en contra del derecho a la libertad de contratación (Weber, 2014). Lo dicho por Weber es sumamente impactante e incómodo para algunos gobiernos. Sin embargo es bastante válido su punto establecido.

Sobre todo lo establecido dentro de este subtema, se desprende que no todo lo que se justifica mediante leyes, puede causar una serie de violaciones a derechos inclusive de rango constitucional, sin embargo con alegría veo como esto no es tomado a la ligera en todos los países, debido a que según lo investigado se puede percibir que de hecho hay derechos los cuales se han hecho respetar, como por ejemplo el derecho a la libertad de contratación, el cual no puede ser violentado ni por justificación en base al bienestar general.

Finalmente puedo llegar a concluir después de todo lo analizado, que no porque una norma legal diga una cosa significa que esta pueda violentar un derecho constitucional.

3.3. Derecho de autor como derecho humano fundamental y derecho Constitucional

El presente apartado tiene el objetivo de demostrar que la protección a los derechos de propiedad intelectual está protegida tanto por la constitución de la republica del Ecuador, como por pacto internacional de derecho económico, social y cultural.

Otro problema que surge en base de las licencias obligatorias en materia de derecho de autor, es el hecho de que está establecido como un derecho humano fundamental, el beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor. Esto está establecido en el artículo 27 del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1976, Art 27). Hay que recordar que los tratados internacionales son considerados como fuente de derecho y van sobre las leyes orgánicas.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 22, dispone protección a los derechos morales y patrimoniales de los creadores de obras, producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría (CRE, 2008, Art 22).

Por lo cual, la Constitución misma reconoce la protección de los derechos patrimoniales y en ninguna parte de ella se reconoce a la licencia obligatoria. Por lo cual, al final del día se discute lo dicho por la Constitución con lo establecido en una ley orgánica, que es la Ley Orgánica de la Economía Social del Conocimiento y la Innovación.

El artículo de manera literal nos dice lo siguiente. “Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría” (CRE, 2008, Art 22).

Finalmente, me gustaría concluir este breve apartado recapitulando lo ya establecido, que los derechos de la protección a los derechos patrimoniales son protegidos por lo menos en la teoría a nivel constitucional y a nivel de derecho humano fundamental.

4. CAPÍTULO IV. ALTERNATIVAS A LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS

El capítulo que estamos tratando, tiene el objetivo de establecer que existen otros métodos mucho más efectivos y menos invasivos a los derechos de los autores. Para poder beneficiar al público general, me tomaré la libertad de solo hablar de dos ejemplos, ya que considero que es suficiente para poder brindar el mensaje que intento transmitir, primero están las licencias colectivas extendidas y por otro el sistema educacional abierto, los cuales desarrollaré a continuación.

4.1. Licencias colectivas extendidas

Tales licencias tratan sobre una agrupación en la cual interesados del público en general se reúnen con los titulares de derechos intelectuales, con el fin de negociar de manera directa sobre una licencia colectiva en la cual se beneficie la colectividad con la que se negocia. Por el momento dicha licencia esta siendo utilizada únicamente en países Nórdicos (Gervais, 2003)

La primera opción son las denominadas licencias colectivas extendidas. Este sistema se basa en una negociación colectiva entre los interesados y los dueños del derecho de autor, cabe recalcar que esta si es una verdadera negociación no impositiva, por lo cual, prima la voluntad de las partes sobre el

acuerdo y entre ellas pueden ser plasmadas las condiciones que van a ser parte de la contratación de la licencia.

Tal licencia trata sobre una agrupación, en la cual interesados del público en general se reúnen con los titulares de derechos intelectuales con el fin de negociar de manera directa (Walker, 2014). Estos interesados podrían ser por ejemplo universidades, bibliotecas y en fin instituciones que tienen como prioridad el acceso al conocimiento.

Se considera que este sistema es el mejor mecanismo para poder beneficiar a los interesados de contenido protegido por la propiedad intelectual (Gervais, 2003).

De lo establecido en el párrafo anterior se puede percibir que el autor está diciendo debido al ámbito de negociación y respeto a los derechos del autor por un lado, desde otro ángulo se logra el objetivo de lo propuesto por las licencias obligatorias, pero sin limitar los derechos de los autores.

En el ámbito de la educación, el cual es el pilar fundamental de las licencias obligatorias, según el convenio de Berna, ha sido las licencias extendidas colectivas el mecanismo más rápido para poder determinar y negociar tarifas de uso (Gervais, 2003).

En base a esta información puede decirse que el mecanismo tratado posee mayor eficiencia para lograr el objetivo de por un lado proteger los derechos de autor y por otro proteger al interés general, específicamente en temas de educación.

Desde otro pensamiento dicho mecanismo no transfiere los derechos patrimoniales o de disposición de la obra al colectivo, si no que el autor se queda con el derecho exclusivo de permitir o no el uso de su trabajo, no se

transfiere el control de la obra, lo que se transfiere es que el colectivo pueda utilizar la obra sobre las bases acordadas (Rydning, 2010).

De lo anterior se puede inferir que por un lado los derechos exclusivos no son transferidos dentro de la licencia extendida colectiva, por lo cual solo se dará el uso establecido dentro de los términos del acuerdo. Lo cual considero que es un mecanismo el cual no invalida los derechos patrimoniales de los autores, mientras que por otro lado considero que dentro de licencias obligatorias esto si puede ocurrir.

Por otra parte, este sistema sirve para reducir costos en negociaciones relevantes a contenido intelectual. Por lo cual no solo es un mecanismo que funciona, sino que no afecta los derechos de los autores, el proceso no es complejo, fomenta la negociación entre autores e interesados, además de ser un mecanismo que esta siendo cada vez más acogida en países Nórdicos (Rydning, 2010).

La posible razón de que este mecanismo posea mas aceptación de parte de los autores es el hecho que esta medida posee una categoría propia a limitación a los derechos de autor, por lo cual esta medida no es “per se” un limitante a los derechos del autor (Rydning, 2010).

De lo dicho por Ryding se puede desprender la idea de que las licencias extendidas colectivas no limitan los derechos de autor y conectándolo con lo dicho por el mismo autor sobre el objetivo de la medida referida, la cual concuerda con el objetivo de las licencias obligatorias considero que esta medida puede llegar a beneficiar al conocimiento sin limitar los derechos de los autores.

Este método es uno de los medios primarios para resolver controversias de derechos de autor en los países Nórdicos (Schovsbo, Riis, 2006). Por lo cual se puede ver que existe una incidencia real de la utilización de esta medida,

también se percibe que los autores de hecho si tienen la disponibilidad y apertura para negociar lo cual es positivo. Desde otro ángulo se visualiza que las controversias de derecho de autor si pueden ser solucionados por esta medio.

La razón por la cual este método puede ser un remplazo de las licencias obligatorias, es porque se usa para mitigar situaciones como los trabajos huérfanos o documentos digitales (Schovsbo, Riis, 2006). Por lo cual se puede visualizar que existen mecanismo alternos a la coerción para negociar contenido en el cual no se conoce al autor o documentos digitales.

Un punto importante de las licencias colectivas extendidas es que el titular posee mayor respeto y se considera la negociación con el mismo, por lo cual se cree que este mecanismo posee mayor consideración entre las partes que las licencias obligatorias (Schovsbo, Riis, 2006). Por lo cual aquí no se planea el violentar o aprovecharse de los derechos del autor, si no en que tanto la sociedad como el autor salgan beneficiados.

Desde otro ángulo los derechos exclusivos permanecen de manera intacta en el sistema de licenciamiento abierto. (Strowel, 2011). Lo contrario a lo que ocurre dentro del sistema de licencias obligatorias, el cual puede irse en contra de los derechos de exclusiva, como por ejemplo en el caso de Ecuador donde se permite el licenciamiento sobre los derechos exclusivos (COESC, 2017, Art 217).

El mecanismo en cuestión posee la ventaja de no irse en contra de la voluntad del autor (Leveringfrist, 2009). Por lo cual se trata de beneficiar al colectivo, pero sin irse en contra de la voluntad del autor, por lo cual no se intenta imponer si no se trata de ver el verdadero bienestar de la comunidad y el del autor. Probablemente con una cultura mucho mas civilizada como la Nordica en términos de derechos se podría tener mas apertura al dialogo.

Para poder soportar mi argumento con mayor solidez Leveringfrist nos dice que lo que se planea con este mecanismo es el beneficiar al colectivo sin entrar en una ilegalidad (Leveringfrist, 2009). Lo establecido por el autor me hace dar cierta molestia por el sistema de las licencias obligatorias que para justificar el bien común en realidad cometen una ilegalidad porque para proteger un derecho limitan otro, habiendo otras opciones como por ejemplo el mejorar la calidad de negociación y dialogo, mientras que en los países Nórdicos si se percibe como ilegalidad el irse en contra de derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, me gustaría proponer la implementación de este sistema en el Ecuador en ves de las licencias obligatorias, debido a que el segundo “no posee limitaciones concretas si no que cada país según el convenio de Berna, puede tener sus propias disposiciones, lo cual puede causar abusos, sin embargo, el primero posee limitaciones como que solo se permite la reproducción de manera libre” (Leveringsfrist, 2009). De lo establecido se tiene claro que el uso que se puede dar del contenido libre es limitado por el mismo sistema.

Para concluir el tema tratado, me gustaría recapitular que las licencias extendidas colectivas son un método de negociación directa entre autores e interesados, en el cual a diferencia de las licencias obligatorias no limitan los derechos de autor a nivel de violentar la explotación normal de la obra.

4.2. Open content licensing

Este mecanismo es básicamente un espacio virtual en la cual los beneficiarios sobre derechos intelectuales pueden compartir al público sus trabajos, procurando establecer en la web acceso libre y legal a los trabajos de los autores (Fitzgerald, 2007). Por lo cual bajo este mecanismo hay una interacción directa entre usuarios y autores de contenido académico.

Un buen ejemplo de este sistema es Wikipedia (Fitzgerald, 2007). Este sistema cuenta en un portal web donde se pueden subir artículos de información que

sirve para uso académico, la razón por la que considero que es importante el ejemplo de Wikipedia es porque es un mecanismo que se ha hecho muy popular, aunque se lo menciona solo como ejemplo no como la mejor opción de “*open content licensing*” debido a que esta página es criticada debido a que cualquiera puede editar el contenido o subir su aporte por lo cual puede causar conocimiento falso.

Lo positivo de este sistema es que posee costos reducidos de implementación para la persona que obtiene la licencia, y el contenido es libre al público (Baker, 2014). Por lo cual posee un tinte realístico para su implementación, sin ser un mecanismo que violenta el derecho de autor.

También posee la ventaja de ser sustentable y posee buenos resultados en la actualidad (Baker, 2014). Esto quiere decir que está siendo utilizado y que además está ayudando a que se logre su objetivo planteado, debido a que se está logrando compartir conocimiento, mientras se respetan los derechos de los autores.

Este sistema incentiva la reutilización de conocimiento al ser un sistema que posee gran apertura y acogida (Baker, 2014). Esto se refiere a que al ser un medio electrónico como el internet incentiva que muchas personas tengan acceso al contenido, por lo cual considero que promueve la cultura y la educación.

Finalmente, puedo concluir este tema con la idea de que este sistema posee cierta validez real debido a que está funcionando en la actualidad. Hay un montón de escritores jóvenes, que de hecho poseen el buen sentimiento de compartir trabajos intelectuales de su autoría. Por lo cual, considero que las licencias obligatorias nacen de una mala concepción que parte del principio que la gente que posee derechos de autor nunca van a querer negociar ni compartir de buena manera su trabajo de forma voluntaria.

5. CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo académico me gustaría concretar con las siguientes conclusiones:

Aunque exista un balance necesario entre el interés general y el derecho de los autores, debe cuestionarse el porque se otorga un monopolio exclusivo a un autor, si luego se planea violentarlo. Esta reflexión sale del hecho de que potencialmente toda obra creada puede ser parte de una licencia obligatoria, debido a que puede crearse un abuso sobre la facultad de utilizar estas medidas, debido a la gran amplitud de circunstancias a las cuales se las pueda aplicar.

Existen dos tipos de derecho involucrados en la protección de los derechos de autor, estos son los derechos morales y los patrimoniales. Por un lado, los derechos morales son los que protegen el reconocimiento de la autoría de una obra, estos derechos no pueden ser cedidos ni agredidos por ninguna norma legal. Mientras que por otro lado los derechos patrimoniales si pueden ser cedidos y limitados.

Las licencias obligatorias en la teoría son un mecanismo para proteger a la colectividad, en base de liberar el conocimiento con el costo de limitar los derechos de un autor. Por lo cual sería proteger un interés de la colectividad, a costas del menoscabo de los derechos a la propiedad intelectual y la libertad de contratación.

Aunque existan menos problemas de posición dominante de mercado bajo el sistema Europeo comparado con el Estado Unidos, proporcionalmente en el primero existe mayor violación a los derechos de propiedad intelectual, lo que conllevaría a pensar que a la Unión Europea poco le importan los derechos de propiedad intelectual.

La idea detrás de las licencias obligatorias está el reducir los costos de trabajos licenciados, más bien no como una herramienta cuya verdadera motivación es el acceso al conocimiento. La parte negativa es que mediante la idea de reducir costos, se hace perder dinero a los titulares mediante el hecho de tener que compartir el dinero con el licenciataro, además de usar un mecanismo con motivaciones de reducción de costos para irse en contra de un derecho humano fundamental, como el derecho a la protección de los derechos patrimoniales sobre la propiedad intelectual.

Los derechos patrimoniales no solo conllevan la parte económica, sino que se extiende también a la facultad de los autores sobre el control de la obra. Al analizar el tema desde esta perspectiva me parece preocupante lo expuesto que se deja a los autores, dejando que su trabajo quede a la deriva y sin posibilidad de control sobre un monopolio el cual el mismo estado se lo dio en primer lugar.

No solo porque una norma legal diga una cosa significa que esta pueda violentar un derecho constitucional. Lo dicho se desprende debido a que el derecho a la libertad de contratación es violentado mediante el mecanismo de licencias obligatorias, simplemente porque una norma legal lo permite.

Los derechos de la protección a los derechos patrimoniales son protegidos por lo menos en la teoría a nivel constitucional y a nivel de derecho humano fundamental. Lo cual causa un gran problema, porque por un lado existe el derecho humano a su protección, además de constitucional, pero no existe un derecho humano ni derecho constitucional al interés general. Lo que si existe es una ley orgánica que violenta una disposición constitucional.

Existen otros métodos para poder obtener el balance entre derecho de autor y el bienestar general, sin recurrir al menosprecio del derecho patrimonial. Tales mecanismos pueden ser las licencias extendidas colectivas, que son un método de negociación directa entre autores e interesados, en el cual a

diferencia de las licencias obligatorias no limitan los derechos de autor, a nivel de violentar la explotación normal de la obra. Por otra parte están los sistemas educativos abiertos, los cuales son una plataforma en la cual los autores libremente pueden subir sus trabajos.

REFERENCIAS

- Altarriba, N. (2012). Excepciones al derecho de autor a favor de bibliotecas y archivos en el entorno digital: la posición de las bibliotecas. Recuperado el 21 de febrero del 2018 de http://www.fesabid.org/sites/default/files/repositorio/2012_Alicante.pdf
- Antequera, R. (2009). LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS COMO LÍMITES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-las_licencias_obligatorias.pdf
- Arnold, G.J. (1993) *INTERNATIONAL COMPULSORY LICENSING: THE RATIONALES AND THE REALITY*. Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted_resources/IDEA/p349.Arnold.pdf
- Ashok, A. (2010). *Economic rights of authors under copyright law: Some emerging judicial trends*. Recuperado el 24 de febrero de 2018 de <http://docs.manupatra.in/newslines/articles/Upload/1EC850DF-EAA0-4E86-BD9B-99E2B16F12BB.pdf>
- Baker, F. (2014). *Policies related to the implementation of openness at research intensive universities in the United States a descriptive content analysis*. Recuperado el 28 de febrero de 2018 de <https://www.fredwbaker.com/wp-content/uploads/2016/05/Baker-Dissertation-Public-Version.pdf>
- Bernstein, D. (2003). *Freedom of contract*. Recuperado el 26 de febrero de 2018 de

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=yhrdlj>

Cameron, D, Borenstein, R. (2003). *Key aspects of IP license agreements*. Recuperado el 16 de enero de 2018 de <http://www.jurisdiction.com/lic101.pdf>

Código orgánico de la economía social del conocimiento y la innovación. (2016). Registro oficial 899 de 9 de Diciembre de 2016.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Dhiraj, R. (2009). *The law of copyright in india*. Recuperado el 26 de diciembre de 2017 de http://www.saprlaw.com/taxblog/copyright_final.pdf

Fitzgerald, B (2007). *Open Content Licensing (OCL) for Open Educational Resources*. Recuperado el 26 de diciembre de 2017 de <http://www.oecd.org/education/ceri/38645489.pdf>

Fridman. (2015). *Freedom of contract*. Recuperado el 26 de febrero de 2018 de https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/06_2ottawalrev11967-1968.pdf

Gervais, D. (2012). *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*. Recuperado el 1 de marzo de 2018 de http://bat8.inria.fr/~lang/orphan/documents/monde/canada/regime_e.pdf

<http://www.jurisdiction.com/lic101.pdf>

Lepage, A. (2003). *Overview and exceptions and limitations to copyright in the digital environment*. Recuperado el 30 de diciembre de 2017 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696E.pdf>

Leveringfrist, K. (2009). *Extended collective licenses – the compatibility of the Nordic solution with the international conventions and EC law*. Recuperado el 15 de marzo de 2018 de <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/22235/94173.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Morrison, R. (2006). *DERIVER'S LICENSES: AN ARGUMENT FOR ESTABLISHING A STATUTORY LICENSE FOR DERIVATIVE WORKS*. Recuperado el 18 de enero de 2018 de http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2013/06/06_6JIntellProp872006-2007.pdf

OMPI (1979). Enmendado Convenio de Berna, para la protección de obras artísticas y literarias. Recuperado el 31 de octubre de 2017 de http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698

Quintais, J. (2017). *Rethinking Normal Exploitation: Enabling Online Limitations in EU Copyright Law*. Recuperado el 1 de marzo de 2018 de https://www.ivir.nl/publicaties/download/AMI_2017_6.pdf

Reichenberger, M.J. (2010). *The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal: Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS?* Recuperado el 11 de enero del 2018 de <http://lesliecaton.com/wordpress/wp-content/uploads/2012/01/13-REICHENBERGER-FINAL.pdf>

Riis, T, schovsbo, J. (2006). Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon? Recuperado el 15 de marzo de 2018 de papers.ssrn.com

Rodríguez, L. (2004). CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR. DERECHO PROTEGIDOS: MONOPOLIO DE EXPLOTACION, DERECHO A DISPONER DE LA OBRA, DERECHO DE REPRODUCCION Y COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. Recuperado el 27 de diciembre de 2017 de http://www.cadra.org.ar/upload/Miglio_Derecho_Autor.pdf

Rooks, J. (1995). *Constitutionality of Judicially - Imposed Compulsory licenses in copyright infringement cases*. Recuperado el 28 de Diciembre de 2018 de <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1112&context=jipl>

Strowel, A. (2011). Symposium: *Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice? The European "Extended Collective Licensing" Model*. Recuperado el 15 de marzo de 2018 de <file:///Users/michelebianco/Downloads/665-669.pdf>

Tudor, J. (2013). *Compulsory licensing in the European Union*. Recuperado el 20 de enero de 2018 de http://www.georgemasonjicl.org/wp-content/uploads/2013/05/TUDOR_4_J_Intl_Com_Law_222.pdf

UNESCO. (2001). La propiedad intelectual como derecho humano. Recuperado el 22 de enero de 2018 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf>

Uslegal. (2010). Assignor and assignee. Recuperado el 23 de Enero de 2018 de <https://assignments.uslegal.com/assignor-and-assignee/>

Vilanka. (2010). *Rough Justice or Zero Tolerance? - Reassessing the Nature of Copyright in Light of Collective Licensing*. Recuperado el 15 de marzo de 2018 de <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10227/661/vilanka.pdf?sequence=3>

Vilches. (2010). Límite a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Recuperado el 25 de febrero de 2018 de <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-de-snack-tech-lex/limite-a-los-derechos-de-reproduccion-distribucion-y-comunicacion-publica>

Waisman, A. (2017). ¿Es obligatorio otorgar una licencia de propiedad intelectual? Recuperado el 16 de enero de 2018 de <http://www.ebv.com.ar/images/publicaciones/laleywaisman.pdf>

Walker, R. (2014). *NEGOTIATING THE UNKNOWN: A COMPULSORY LICENSING SOLUTION TO THE ORPHAN WORKS PROBLEM*. Recuperado el 10 de enero de 2018 de <http://www.cardozolawreview.com/content/35-3/WALKER.35.3.pdf>

Weber, D. (2014). *Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition*. Recuperado el 26 de febrero de 2018 de <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=yhrdlj>

