

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

---

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE LICENCIADA EN  
CIENCIAS JURIDICAS**

**“EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO DE AUTOR:  
TRATADOS INTERNET DE LA OMPI Y LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL  
ECUATORIANA”**

**KARLA JEANNINY LOPEZ SOLORZANO**

**DIRECTOR: DR. ESTEBAN ARGUDO CARPIO**

**QUITO, 2013**

## INTRODUCCIÓN

A través de la historia, la evolución del derecho de autor y derechos conexos ha sido influenciada, por el avance tecnológico y la constante evolución de los medios de comunicación, que generan continuos desafíos a la legislación existente.

Las nuevas tecnologías producen un fuerte impacto y descontrol sobre el uso de una gran cantidad de creaciones inmateriales protegidas por la legislación nacional e internacional, es decir, aquellas que son las tuteladas por los derechos intelectuales.

Ciertamente, la protección del Derecho de Autor en el entorno digital es un problema jurídico que con el tiempo va adquiriendo mayor relevancia, ya que continuamente estos derechos enfrentan nuevas realidades debido a la exorbitante difusión de contenidos protegidos en las redes digitales tales como Internet. Esta revolución tecnológica ha facilitado la copia y reproducción de las creaciones intelectuales con bastante facilidad, perjudicando seriamente a los autores de las obras intelectuales y producciones expuestas en la red.

La trascendencia y revolución que ha propiciado el impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho, ha obligado a las normas tradicionales a evolucionar hacia nuevas realidades y a complementarse con el avance tecnológico para lograr una protección legítima del derecho de autor en el entorno digital.

En Ecuador el Derecho de Autor se encuentra protegido por la Constitución Política de la República del Ecuador y, de manera específica, por la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana (en adelante LPI). Así, la norma constitucional ecuatoriana, expedida y aprobada en el año 2008, en su Capítulo Segundo de los Derechos del Buen Vivir, Sección Cuarta, artículo 22, reconoce a todas las personas en los términos del mismo cuerpo constitucional y demás Tratados Internacionales aplicables, derechos sobre las creaciones culturales y científicas.

De igual manera, la LPI ecuatoriana en sus Arts. 1 y 4 determina la protección del Estado a los derechos de propiedad intelectual en general y a los autores y demás titulares sobre sus obras, respectivamente, de conformidad con la ley, las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los Convenios Internacionales vigentes en el Ecuador.

Adicionalmente, nuestra normativa jurídica en materia de propiedad intelectual, en una considerable medida, ha sido adecuada al desarrollo tecnológico, como se puede comprobar cuando por ejemplo establece la posibilidad de implantar medidas tecnológicas que impidan la reproducción y distribución no autorizadas de contenidos; así pues, el Art. 25 de la LPI señala de manera específica que: “El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles o intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. (...)”

En definitiva, uno de los problemas más significativos que actualmente enfrenta el derecho de autor y los derechos conexos, es su adecuación a las nuevas tecnologías, puesto que cada vez son más los casos en los que se reproducen, distribuyen y comunican al público creaciones intelectuales, de manera masiva y simultánea con el alto riesgo de que no cuenten con el consentimiento del autor o los titulares del derecho de autor o los derechos conexos.

En este sentido, la revolución de la tecnología y los medios de comunicación han producido una inminente expansión de las obras o creaciones intelectuales a nivel mundial, demandando la implementación de nuevos instrumentos jurídicos que permitan salvaguardar los derechos de autores, artistas o productores expuestos en la red.

Así pues, con el advenimiento de las nuevas tecnologías, aparecieron los primeros acuerdos y tratados internacionales, que regulan principalmente las relaciones entre los autores y los usuarios de las obras a nivel local e internacional.

De esta manera, podemos decir que fueron surgiendo diversos instrumentos jurídicos internacionales, que han reconocido y ampliado las formas de protección de los derechos de

autores y los derechos conexos en el entorno digital, entre ellos, los nuevos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI.

Los denominados “tratados internet” de la OMPI de 1996 (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor [TODA o WTC] y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas [TOIEF o WPPT]), ratificados por el Ecuador en el año 2002, surgieron como mecanismos de protección del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos a las nuevas realidades tecnológicas.

El desarrollo tecnológico, no ha traído únicamente nuevas formas de utilización o explotación de las obras y prestaciones protegidas, sino, que también a través de múltiples métodos y técnicas de la digitalización, han generado nuevas obras (software, bases de datos y producciones multimedia).

Por ello, el objetivo de esta investigación es establecer el grado de incidencia e impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de autor y los derechos conexos. Asimismo, buscamos investigar las respuestas que desde el ámbito del derecho de autor se ha proporcionado para evitar los conflictos que cada vez cobran mayor importancia, no solamente desde el puesto de vista económico, sino desde la perspectiva de la tutela efectiva de este derecho. De ahí que, surge la necesidad de analizar la problemática e identificar los mecanismos que fortalezcan y desarrollen esta materia, frente a los nuevos retos que impone el desarrollo de la tecnología digital.

De acuerdo a esta realidad, analizaremos los instrumentos jurídicos que han sido acordados por la comunidad internacional a fin de regular el derecho de autor en el entorno digital, como son los Tratados Internet de la OMPI y relación con la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana (vigente desde el 19 de mayo de 1998 - R.O 320).

En efecto, el análisis jurídico de este tema permitirá desarrollar una investigación concreta, con información y análisis real, que permita a los lectores entender la aplicación de la normativa vigente.

# CAPITULO I

## DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

### 1.1. CONCEPTO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Es pertinente y necesario tener claro el significado de ciertos conceptos básicos relacionados al tema. Por tanto, cabe tener presente que “el derecho de autor y los derechos conexos son conceptos e instrumentos jurídicos a través de los cuales se respetan y protegen los derechos de los creadores sobre sus obras”.<sup>1</sup>

El derecho de autor, en particular, es definido por la tratadista Delia Lipszyc como “*la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.*”<sup>2</sup>

Comúnmente el derecho de autor es considerado como una disciplina jurídica que protege las obras del intelecto humano y regula la relación del autor con su creación intelectual y de ésta con la sociedad. De manera que, en sentido objetivo, el derecho de autor, es la denominación que recibe la materia; y, en sentido subjetivo, alude a las facultades y poderes innatos de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra en el ámbito de la protección dispensada.

Conforme la legislación intelectual ecuatoriana, el derecho de autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión. (Artículo 5 de la LPI).

Dentro del contexto de derecho de autor, se considera autor a la persona física que realiza la creación intelectual y quien tiene, salvo ciertas excepciones, la titularidad de los derechos de

---

<sup>1</sup> Lipszyc Delia; *Derecho de Autor y derechos conexos*; Ediciones Unesco-Cerlalc-Zavalia, Buenos Aires-Argentina, 1993, p. 17.

<sup>2</sup> Lipszyc Delia, Ob. cit., p. 1.

su obra.<sup>3</sup> El derecho de autor reconoce en la cabeza del creador de dichas obras intelectuales facultades exclusivas, oponibles *erga omnes*, que forman el contenido de la materia:

- Facultades de ***carácter personal*** concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra destinadas a garantizar intereses intelectuales, que conforman el llamado *derecho moral*, y
- Facultades de ***carácter patrimonial*** concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado *derecho patrimonial*.

Por lo anterior, y desde un ámbito general podemos decir que “*el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas, derechos y facultades de carácter moral y patrimonial que les son reconocidos a los autores en virtud de su esfuerzo intelectual*”.<sup>4</sup>

Por su parte la LPI en el artículo 8 establece que la protección de del derecho de autor “*recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, merito o finalidad*”

En este mismo escenario, la legislación intelectual ecuatoriana considera obra a “*toda creación intelectual susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse*”. Por su parte, el Glosario de la OMPI define como obra “... toda creación intelectual original expresada en forma reproducible”.

El derecho de autor protege la obra por el solo hecho de su creación; es decir, que el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a

---

3 La legislación ecuatoriana determina que únicamente la persona natural puede ser autor y que la persona jurídica solo puede ejercer los derechos de autor como titular derivado. Es decir, es autor la persona natural o física que ha creado la obra, sin embargo, las referencias al autor incluyen también a los causahabientes del autor, así como al titular de derechos originarios distinto del autor, cuando corresponda.

<sup>4</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, “*La era digital y las excepciones y limitaciones del derecho de autor*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004, p. 27.

registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna<sup>5</sup>; sin embargo, es recomendable registrar la obra en la Unidad de Registro del IEPI, así el autor se beneficiará de la presunción de autoría que la ley reconoce a su favor.<sup>6</sup>

Con las particularidades antes mencionadas, cabe señalar que el derecho de autor es aquel que comprende además de las obras literarias y artísticas, los objetos de los llamados “**derechos conexos**”. Los derechos conexos son también conocidos como derechos vecinos o derechos afines al derecho de autor.

Los llamados derechos conexos agrupan a aquellos derechos que asisten a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión sobre sus actuaciones, fonogramas y emisiones de radiodifusión, respectivamente.

El Glosario de la OMPI define estos derechos de la siguiente manera:

*“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 las obras de autores, toda clase de representación de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes...”<sup>7</sup>*

Finalmente, nuestra legislación sobre propiedad intelectual se refiere a los derechos conexos como “*los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radio-difusión*” (Artículo 7 LPI).

## **1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR**

---

<sup>5</sup> Art. 5 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, Art. 5.2 de la Convención de Berna, y los Arts. 52 y 60 de la Decisión 351/93 de la Comunidad Andina de Naciones.

<sup>6</sup> Igual protección tiene ante la justicia ordinaria una obra registrada frente a otra que no lo esté. Simplemente nos encontramos frente al hecho de que quien tenga un certificado de registro de derechos de autor obtiene un medio de prueba idóneo que crea una presunción en su favor, y quien no tenga este registro podrá, igualmente, probar su derecho por cualquiera de los restantes medios de pruebas existentes. Ríos Ruiz Wilson R.; La propiedad intelectual en la era de las tecnologías; Universidad de los Andes, UNIANDÉS; Editorial Temis; p. 55.

<sup>7</sup> Glosario de derecho de autor y derechos conexos, Caracas, OMPI, 1980, p. 168.

Resulta complejo determinar de manera unánime la naturaleza jurídica del derecho de autor, debido a las diversas facultades y derechos que les son otorgados a los autores. Por esta razón, el derecho de autor ha sido objeto de grandes discusiones y controversias, lo que ha dado lugar al desarrollo de varias teorías:

**a) Teoría del derecho de autor como un derecho real o derecho de propiedad**

Esta teoría define al derecho de autor como un derecho de propiedad, ya que reconoce al autor un derecho de dominio sobre su obra, y asemeja la relación que existe entre el autor y su obra con la relación entre el titular de dominio y la cosa material.

Citando a Marcel Planiol, Marco Proaño Maya manifiesta que *“la diferencia sustancial entre propiedad o dominio y la propiedad literaria, está en el objeto sobre el que recae, en el mundo material se presta para la apropiación, no sucediendo lo mismo en el campo de las ideas, donde no cabe una apropiación única, impidiendo que la colectividad se aproveche de la obra y se beneficie de ella”*.<sup>8</sup>

De acuerdo a lo anterior, las diferencias que existen entre el derecho de autor y el derecho de propiedad son claras:

- El derecho de propiedad es esencialmente patrimonial mientras que el derecho de autor tiene un doble contenido moral y patrimonial.
- El derecho de autor no reúne las condiciones de uso, goce y disposición que caracterizan al derecho de propiedad.
- El derecho de autor nace del acto de creación de la obra y no de los modos comunes de adquirir el dominio (tradicción, ocupación, accesión, prescripción adquisitiva de dominio, sucesión por causa de muerte.)

---

<sup>8</sup> Proaño Maya Marco, *“El derecho de autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana”*, Central de Publicaciones, Quito, Ecuador, 1972, p. 31.

- El derecho de autor no recae sobre un bien corporal o material como en el derecho de propiedad, sino sobre un bien inmaterial que es la creación intelectual.

#### **b) Teoría del derecho sobre bienes inmateriales**

Esta teoría considera que el derecho de autor es un derecho exclusivo que recae sobre bienes de naturaleza inmaterial, ya que describe a la obra como un bien inmaterial, autónomo y susceptible de estimación económica, sobre el cual el autor ejerce un poder jurídico.

Kohler, el fundador de esta teoría, señala que la teoría de la propiedad solo puede darse sobre bienes materiales, motivo por el cual, expone una nueva teoría acerca de los derechos sobre bienes inmateriales, pero en el fondo mantiene los fundamentos de la teoría de la propiedad ya que se fundamenta en el derecho de dominio que tiene el sujeto sobre un bien inmaterial que es la obra.

Esta teoría, sin embargo, carece de un concepto jurídico claro y amplio de lo que son los bienes inmateriales, pues de manera general solo se los caracteriza por ser intangibles.

#### **c) Teoría del derecho de autor como derecho de la personalidad**

Para esta teoría el derecho de autor es parte del derecho de la personalidad ya que considera a la obra intelectual como una prolongación de la personalidad del autor.

Considera además que la facultad que tiene el autor de divulgar su obra o mantenerla inédita no es de carácter patrimonial porque el autor podría divulgar su obra sin la finalidad de obtener beneficios económicos, por lo que el factor patrimonial sería un elemento accesorio del derecho de autor.

Esta teoría tuvo como precursor al filósofo Kant, quien consideró que el derecho de autor no era sino la manifestación del derecho de la personalidad. No obstante, esta teoría es

criticada porque los derechos de la personalidad tienen necesariamente un carácter exclusivamente personal, en donde el objeto de tutela es el sujeto únicamente, mientras que para el derecho de autor el objeto de protección es la obra (creación intelectual).

Por otra parte, el tratadista colombiano Ernesto Rengifo<sup>9</sup>, señala que el derecho moral del autor a diferencia de otros derechos de la personalidad que son innatos al hombre, no lo es, ya que se adquiere por consecuencia de la creación de la obra. Sin embargo, si bien la creación de la obra es presupuesto *sine qua non* para la exigibilidad de protección del derecho moral, también es verdad que cuando hacemos referencia a cualquier otro derecho de la personalidad se lo condiciona a su vez a la existencia de un presupuesto, que es el nacimiento y existencia de la persona (implica existencia legal o jurídica).

#### **d) Teoría de los derechos intelectuales:**

Dentro de esta teoría, Edmond Picard, su principal exponente, sostiene que el derecho de autor y los derechos de propiedad intelectual en general conforman una nueva categoría de derechos de naturaleza sui generis y autónoma la que se denominaría de los derechos intelectuales cuyo objeto es la producción intelectual.

Según esta teoría el derecho de autor es único y comprende dos elementos 1) un derecho personal o moral del autor sobre la obra y 2) un derecho de naturaleza patrimonial que se manifiesta en la explotación económica de la obra, siendo la obra parte del patrimonio de quien produce.

La crítica aduce que los ordenamientos jurídicos positivos le dan un tratamiento separado a este conjunto de actividades, por lo cual, entre ellas surgen diferencias muy marcadas que no hacen posible preservar la pretendida unidad.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Rengifo García Ernesto, “*Propiedad Intelectual, El moderno derecho de autor*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá– Colombia, Editorial Sigma Ltd. 1998, p. 122.

<sup>10</sup> Antequera Parilli Ricardo citado por Rodríguez Ruiz Marco, “*Los nuevos desafíos de los derechos de autor en Ecuador*”, Ediciones ABYA-YALA, Quito 2007, p. 26.

### e) **Teoría del derecho personal – patrimonial**

Esta teoría considera que el derecho de autor tiene una naturaleza particular, pues si bien radica en la persona, comprende facultades de carácter patrimonial, por lo que tiene una doble función que le impide categorizarla en una sola categoría de derechos.<sup>11</sup>

El derecho de autor está conformado por un derecho moral vinculado a la personalidad de autor y a la integridad de la obra, y un derecho patrimonial que concierne a la prerrogativa del autor de explotar su obra para obtener un beneficio económico.

Esta teoría reconoce que el derecho de autor tiene una doble función, al proteger los derechos morales y patrimoniales, y por ende considera que no cabe dentro de la categoría de los derechos de la personalidad ni de los derechos patrimoniales exclusivamente.

Esta teoría se encuadra dentro de la concepción dualista de los derechos de autor, que fue acogida por la Ley de Propiedad Intelectual vigente desde 1998.

## **1.3 CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR**

Como se manifestó anteriormente, el derecho de autor como parte del ámbito jurídico de la propiedad intelectual, tiende a regular la relación existente entre el autor, sus creaciones intelectuales y los intereses socio-políticos y económicos de la sociedad.

En principio se debe considerar que el derecho de autor es el conjunto de prerrogativas que la ley reconoce al autor de una obra, en virtud de su esfuerzo intelectual. Estas prerrogativas pueden ser de dos tipos: las que se refieren a la persona del autor y las que se enfocan al aprovechamiento económico de las obras cuando son explotadas con fines lucrativos. Estas

---

<sup>11</sup> Lipszyc Delia, Ob. cit., p. 26.

prerrogativas son conocidas como derechos morales y derechos patrimoniales, respectivamente.<sup>12</sup>

No obstante, la complejidad y diversidad de posiciones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor ha originado dos concepciones o teorías acerca del contenido del derecho de autor: teoría monista y teoría dualista.

### **1.3.1 Teoría Monista**

Esta teoría expone básicamente la idea de que las facultades (morales y patrimoniales) que posee el autor, provienen de un derecho único y uniforme.

Como lo manifiesta Lipszyc, la teoría monista rechaza la separación de derechos morales y patrimoniales del autor, ya que considera que todas las facultades patrimoniales y personales del autor constituyen solo derivaciones de un derecho unitario.

Por su parte el Dr. Ricardo Antequera Parilli apunta en su obra Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, *“que los derechos morales y patrimoniales son manifestaciones de un derecho único que vela en su conjunto por los intereses espirituales y mentales del autor, razón por la cual ambos derechos son derivaciones de una sola figura”*.

En efecto, esta teoría expone básicamente la idea de que no cabe una división entre el aspecto moral y el patrimonial en los derechos de autor, ya que se entiende que los derechos patrimoniales sirven a los intereses intelectuales del autor y viceversa, por tanto se encuentran consolidados en un solo derecho.

En las legislaciones donde se acoge la teoría monista, no se puede transferir a terceros los derechos de orden patrimonial, (contempla únicamente la concesión de derechos de utilización

---

<sup>12</sup> Contenido del Derecho de Autor; Derecho de Autor; Conceptos Generales; <http://olea.org/~palmis/firma-digital-proteccion-derechos-morales/ch01s05.html>.

o autorización de uso de las obras mas no la cesión de estas), ya que la cesión implicaría transferencia de los derechos y de acuerdo a la concepción monista los derechos patrimoniales se encuentran intrínsecamente unidos a los derechos morales y éstos por su naturaleza son intransferibles, por lo que no procede ni cabe ningún tipo de transferencia de los derechos de carácter patrimonial.

En consecuencia, para esta teoría ambas categorías (moral y patrimonial) forman un todo inseparable, puesto que los aspectos económicos de la obra no pueden separarse del derecho moral.

### **1.3.2 Teoría Dualista**

La teoría dualista, sostiene que del derecho de autor surgen dos categorías de derechos distintos, uno de orden personal y otro patrimonial. De acuerdo a esta concepción, estos derechos son de naturaleza diferentes, pues uno tutela el aspecto afectivo y otro protege los intereses económicos del autor, por tanto, son independientes, disociables, y, deben ser entendidos, tratados y regulados de forma diversa.

Los seguidores de esta teoría, mencionan que los derechos de autor se dividen en derechos patrimoniales y morales, separados los unos de los otros aunque interdependientes y con características propias que los distinguen; a saber: mientras los derechos morales son perpetuos, inalienables e imprescriptibles, los derechos patrimoniales son esencialmente temporales y transferibles.<sup>13</sup>

Esta teoría en definitiva establece una dicotomía entre ambos derechos, y considera, además, que estos derechos no se asocian ni al momento de nacer, ni al extinguirse, por ello deben ser considerados y regulados separadamente ya que responde a una distinta naturaleza. Sin embargo, “esta división no es del todo aceptada. Por ejemplo, hay quienes aceptan la teoría dualista, según la cual el derecho reconocido descansa, ya sea en el respeto a la persona o

---

<sup>13</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 34.

personalidad del autor a través de su obra o en los beneficios económicos que reporta la explotación de la misma; mientras que, hay otros que profesan la teoría monista, según la cual, la división de facultades reconocidas al autor es inadmisibles, ya que el derecho es uno e indivisible. Sin embargo, cabe aclarar, que el adoptar la teoría dualista no implica que se hable de dos derechos diferentes, que es lo que critica la teoría monista, sino que se considera que el mismo derecho de exclusividad que la ley reconoce al autor tiene una doble manifestación en cuanto a su contenido, atribuyendo a cada manifestación características diferentes que se expondrán líneas abajo.”<sup>14</sup>

En la actualidad la doctrina predominante es aquella que reconoce que el derecho de autor tiene una doble estructura y función, ya que tiene un contenido personal y un contenido patrimonial.<sup>15</sup> Así también, ésta posición es la más aceptada por los sistemas jurídicos latinoamericanos, entre ellos la legislación ecuatoriana, que con la adopción de la LPI en el año 1998, se orienta por la teoría dualista de derechos de autor.

## **1.4 DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES**

### **1.4.1 Derecho Moral**

El derecho moral llamado también “Derecho Personal”, “Derecho de Paternidad” o “Derecho Extrapatrimonial” como lo señala el tratadista Marco Proaño Maya, “*consiste en la facultad de hacer reconocer la personalidad del autor como creador, de dar a conocer su obra, de hacerla respetar, de defender su integridad en el fondo y la forma*”.<sup>16</sup>

El derecho moral nace por el hecho mismo de la creación propia y directa de la obra y se traduce en facultades o prerrogativas de orden personal o espiritual que vinculan

---

<sup>14</sup> Contenido del derecho de Autor; Derecho de Autor, Conceptos Generales; Ob. cit., s/p.

<sup>15</sup> Cuando la obra pasa a ser parte del dominio público, existen ciertas facultades conocidas como “derechos morales”, que corresponden de una manera privilegiada a su autor por ser perpetuos, inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles. En cambio, los “derechos patrimoniales” definidos como la facultad del autor de disponer y explotar por sí o a través de terceros la creación de la obra, con el objetivo de recibir a cambio una retribución económica que corresponde a una compensación de su trabajo.

<sup>16</sup> Proaño Maya Marco, Ob. cit., p. 37.

afectivamente al creador con su obra, y le permiten tener el control y la facultad de tomar decisiones sobre la misma.

En palabras distintas, el derecho moral básicamente hace alusión al respeto que debe existir sobre la personalidad del autor y la defensa de la obra.

En virtud de lo expuesto, los derechos morales son considerados como un “*conjunto de facultades inalienables, irrenunciables e imprescriptibles del autor por la relevancia del desarrollo intelectual y cultural de los pueblos, en relación con el creador de la obra, siendo previstos como parte de los Derechos Humanos, y otorgándoles protección a los intereses tanto morales como patrimoniales del autor.*”<sup>17</sup>

Este derecho se reconoce a los autores en virtud de la creación de un derecho que se liga a la persona del autor, por ser la obra expresión de esa personalidad. Sin duda, consiste en una facultad de carácter personal que exige el respeto a la relación espiritual que vincula al autor con su creación, procurando siempre la protección de los intereses intelectuales del autor.

### **Características del Derecho Moral:**

El derecho moral se caracteriza por ser de carácter extrapatrimonial, porque no es susceptible de estimación económica, es imposible apreciarlo pecuniariamente ya que su valor es incuantificable, sin embargo, si puede ser objeto de indemnización cuando ha sido trasgredido.

De acuerdo al Art. 18 de la LPI ecuatoriana<sup>18</sup>, el derecho moral de autor goza de las siguientes características:

- **Irrenunciable.-** significa que “al ser un derecho personalísimo no está sujeto a la libre disposición por parte de su titular”<sup>19</sup>, por tanto, el autor no puede despojarse ni

---

<sup>17</sup> Dr. Barzallo José Luis; “*La propiedad intelectual en Internet*”; Ediciones legales S.A.; Quito-Ecuador; p. 164.

<sup>18</sup> Nuestra legislación no establece una definición doctrinal de derecho moral, simplemente se limita a realizar una descripción de su alcance y contenido al brindar una enumeración sistemática del conjunto de facultades que lo integran y los caracteres que se atribuyen.

renunciar a los derechos morales. Este precepto procura proteger al autor de no poder ejercer sus derechos o verse tentado a renunciar al ejercicio de sus derechos morales a cambio de una retribución económica.

- **Inembargable.-** “No tiene contenido económico”<sup>20</sup>, por tanto, no puede ser objeto de embargo ni de otra medida cautelar o de ejecución judicial. Implica que es inejecutable, inexpropiable, insubrogable, cuya duración es ilimitada, perpetua.<sup>21</sup>
- **Inalienable.-** porque el derecho de autor es considerado un derecho personal, no es considerado objeto lícito de comercio, por ende, no es susceptible de negociación o transferencia y toda transmisión *inter vivos* de derechos de autor solo puede involucrar los derechos patrimoniales.
- **Imprescriptible.-** significa que sus facultades no están supeditadas al transcurso del tiempo. Es de duración indefinida. “El derecho moral que tiene el autor sobre su obra no termina nunca, no se le concede ningún límite en el tiempo”.<sup>22</sup>

Siguiendo este lineamiento, cabe señalar que el derecho moral es intransferible, no obstante, a la muerte del autor, su ejercicio se transfiere a los herederos o causahabientes, por el tiempo en que la obra permanece en el dominio privado, y una vez que las obras entren al dominio público, el Estado asumirá la defensa del derecho moral.<sup>23</sup> (Art. 11 Dec. 351 y Art. 18 LPI).

### **Facultades que otorga el Derecho Moral.**

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, Art.18, las facultades que constituyen los derechos morales son las siguientes:

---

<sup>19</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob.cit. p. 177.

<sup>20</sup> Argudo Carpio Esteban, Apuntes de la cátedra de Derecho de Autor, Facultad Jurisprudencia; PUCE s/p

<sup>21</sup> Las limitaciones temporales únicamente están establecidas respecto de los derechos patrimoniales.

<sup>22</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob.cit. p. 175.

<sup>23</sup> Argudo Carpio Esteban, Ob.cit. s/p.

1. **Reivindicar la paternidad de la obra:** “Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra”.<sup>24</sup> También se conoce como el derecho de publicar la obra bajo el propio nombre, bajo un seudónimo o en forma anónima. El derecho de paternidad comprende:
  - a. El derecho a reivindicar:
    - La condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se nombra a otra persona o seudónimo.
    - La forma particular de mencionar su nombre sea abreviatura, iniciales, etc.
    - El seudónimo o el anonimato cuando ha optado por estos y se ha usado su verdadero nombre.
  - b. El derecho a defender su autoría cuando esta es impugnada.
  
2. **Derecho al respeto y a la integridad.-** La LPI ecuatoriana lo establece como la facultad de “*oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación del autor*”. Implica que la obra no debe sufrir ninguna modificación u alteración, sino que mantendrá la originalidad con la que el autor la creó. Esta facultad incluye además la prohibición de utilizar indebidamente la obra e impedir la publicación o reproducción imperfecta de la misma.
  
3. **El derecho de divulgación o publicación.-** La legislación ecuatoriana sobre propiedad intelectual lo determina como el derecho a “*mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada*”. Consiste en el derecho o facultad que posee el autor<sup>25</sup> para hacer pública su obra o mantenerla inédita. Se dice que esta facultad es positiva ya que es decisión y potestad del autor determinar cómo y cuándo dará a conocer su obra o si prefiere mantenerla reservada en la esfera de la intimidad.

---

<sup>24</sup> Lipszyc Delia, Ob. cit., p. 165.

<sup>25</sup> Los causahabientes podrán ejercer este derecho durante un plazo de setenta años desde la muerte del autor.

- 4. El derecho de acceso a la obra.-** La LPI ecuatoriana lo incorpora en su artículo 18, estableciendo el derecho a “*acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda*”. Este derecho se ejerce cuando no existen otros ejemplares que sean asequibles al público.

Dentro de las facultades que otorga el Derecho Moral se encuentra el “***Derecho de retracto o arrepentimiento***” que consiste en la facultad que tiene el autor para retirar la obra del comercio cuando esta no ya no se ajuste a sus convicciones morales o intelectuales. Si los derechos de explotación han sido cedidos a una tercera persona se deberá indemnizar por los daños ocasionados por el retiro de la obra. Las causas deben ser proporcionales o justificadas. “Algunos textos nacionales, exigen la concurrencia de requisitos tales como: [1] *graves razones de tipo moral*, [2] *la obra ya no refleja las convicciones del autor*, y [3] *razones morales atendibles*. Sin embargo, este principio no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, pues no es reconocido por la LPI ecuatoriana ni por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones”.<sup>26</sup>

El ejercicio de las facultades de: reivindicar la paternidad de la obra; y oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación del autor; corresponderá, a la muerte del autor, a sus causahabientes, sin límite de tiempo. (Art. 18 LPI).

Sin duda, podemos manifestar que el derecho moral al autor, consagrado por la normativa interna vigente y varios convenios y acuerdos internacionales, no está sujeto a ningún tipo de limitaciones ni condicionamientos para exigir su respeto y cumplimiento.

#### **1.4.2. Derecho Patrimonial**

---

<sup>26</sup> Argudo Carpio Esteban, Ob. cit., s/p

El derecho patrimonial es el derecho por el que se concede al titular, el disfrute económico de la producción intelectual, mediante la explotación de la obra.<sup>27</sup> Este derecho se enfoca básicamente en la facultad exclusiva que tiene el autor de disponer de su obra y extraer de ello un beneficio económico o pecuniario, por sí mismo o autorizando a terceros para hacerlo.

Este derecho puede entenderse como la remuneración que reciben los autores por su esfuerzo intelectual, y se caracteriza porque puede ser objeto de cesión o transferencia, es renunciable y limitado en el tiempo.

Los derechos patrimoniales, no se determinan taxativamente, son tantos como formas de explotación sean posibles, por cualquier medio o forma, sin más límites que los establecidos por la Ley, es decir, cualquier enunciación es simplemente ejemplificativa.

### **Características del Derecho Patrimonial:**

El tratadista Ricardo Antequera Parrili<sup>28</sup>, establece que el derecho patrimonial posee las siguientes características:

- 1) **Exclusivos:** significa que solo el autor, o en su defecto los derechohabientes, tienen la facultad de explotar su obra, o autorizar a que un tercero lo haga.
- 2) **Independientes entre sí:** implica que la autorización del autor sobre una forma de explotación no se extiende a las demás.
- 3) **Sus limitaciones son taxativas:** solo aquellas establecidas en la ley.
- 4) **No está sujeto a numerus clausus:** ya que no existe límites en lo que respecta a la forma en que es explotada la obra, sea el momento de su creación o durante todo el tiempo que dicha obra permanezca en el dominio privado. Comprende la explotación de la obra “*bajo cualquier forma o procedimiento*”.
- 5) **Disponible:** puede transferirse total o parcialmente, por acto entre vivos.
- 6) **Expropiable:** ya sea por causa de utilidad pública o interés social.

---

<sup>27</sup> Proaño Maya Marco, Ob. Cit., p. 49.

<sup>28</sup> Antequera Parrili Ricardo, Ob. cit., p. 395-399

- 7) **Embargable:** en cuanto a los ejemplares de su obra o a los frutos de la explotación.
- 8) **Temporal:** tiene una duración limitada, es prescriptible. Los derechos patrimoniales tienen una protección que incluye cierto periodo de tiempo posterior a la muerte, que comúnmente oscila entre 50 y 80 años y dependiendo de cada legislación<sup>29</sup>. En el Ecuador el derecho de autor dura la vida del creador más 70 años después de su muerte y una vez que expira el plazo de protección, la obra pasa a ser de dominio público<sup>30</sup> y cualquier persona puede utilizarla sin la autorización del autor.<sup>31</sup>

### **Facultades del Derecho Patrimonial**

La LPI ecuatoriana en su Art. 20 enmarca los siguientes derechos dentro de esta categoría:

- a. El derecho de reproducción de la obra por cualquier medio o procedimiento;
- b. El derecho de 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.

Siendo más explícitos, las principales facultades exclusivas que se derivan del derecho patrimonial son las siguientes:

---

<sup>29</sup> El Convenio de Berna en su Art. 7 numeral 1), establece que los derechos patrimoniales duran toda la vida del autor y hasta 50 años después de su muerte.

<sup>30</sup> Una obra pasa a ser de dominio público mediante su agotamiento, publicación y distribución. Las obras de dominio público son aquellas cuyo plazo de protección ha fenecido por el paso del tiempo, por tanto, pueden ser aprovechadas por cualquier persona, respetando los derechos morales correspondientes.

<sup>31</sup> En las obras en colaboración, el período de protección correrá desde la muerte del último coautor. En obras póstumas, el plazo de setenta años comenzará a correr desde la fecha del fallecimiento del autor. La obra anónima cuyo autor no se diere a conocer en el plazo de setenta años a partir de la fecha de la primera publicación pasará al dominio público. Si una obra colectiva se diere a conocer por partes, el período de protección correrá a partir de la fecha de publicación del último suplemento, parte o volumen.

- a. Derecho de reproducción** de la obra por cualquier medio o procedimiento, “consiste en la exclusiva legal que tiene el autor de una obra intelectual, para reproducirla personalmente o a través de terceros, por un plazo determinado”.<sup>32</sup>

Este derecho implica la realización de uno o más ejemplares de una obra.<sup>33</sup> El Art. 21 de la LPI lo establece como “*la fijación o replica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella*”.

- b. La comunicación pública** de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes, implica “*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medio distintos de la distribución de ejemplares*”.<sup>34</sup>

Se considera que todo tipo de comunicación es pública, siempre y cuando salga del ámbito familiar o doméstico, sin importar los fines que persiga.

- c. Derecho de distribución:** “*es la facultad que tiene el autor de distribuir y hacer llegar al público o al mercado, ejemplares de su obra original o copias de ésta, mediante venta, arrendamiento, préstamo público o cualquier otra forma*”.<sup>35</sup>

Consiste básicamente en poner a disposición del público los distintos ejemplares (original o copia) de la obra.

- d. Derecho de importación:** es la facultad del autor de oponerse y prohibir el ingreso de ejemplares de su obra protegida en un país que no fue autorizado para su explotación. El Art. 24 de la LPI ecuatoriana establece el derecho de impedir el

---

<sup>32</sup> Bracamonte Ortiz, Guillermo, “Los derechos patrimoniales. El derecho de reproducción”, X Congreso.

<sup>33</sup> Existen dos formas de autorización por parte del autor para la reproducción de su obra. (1) La licencia de reproducción, que consiste en la autorización a un tercero para que reproduzca la obra, sea de manera exclusiva o no. No implica la titularidad de la obra. Y (2) la cesión de derecho de reproducción que puede ser total o parcial a favor de un tercero.

<sup>34</sup> Lipszyc Delia, Ob.cit. p. 183.

<sup>35</sup> Argudo Carpio Esteban, Ob. cit., s/p

ingreso al territorio ecuatoriano de ejemplares que fueron autorizados para otro país distinto al de importación.

Este derecho podrá ejercerse tanto para suspender el ingreso del original o copias en fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los ejemplares que ya hubieren ingresado. Este derecho no afectará los ejemplares que formen parte del equipaje personal.<sup>36</sup>

**e. Derecho de Modificación o Transformación:** se refiere a cualquier transformación que se le realice a la obra, ya sea mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, actualización, etc.<sup>37</sup> En otras palabras, *“es la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etc.”*<sup>38</sup>

**f. Derecho de participación o “droit de suite”:** también conocido como «derecho de secuencia», «derecho de seguimiento», «derecho de continuidad», *“es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas de los originales de las obras – a las que pueden asimilarse los manuscritos de las obras graficas - realizadas en pública subasta o con la intervención de un comerciante o agente comercial.”*<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob.cit. p. 188.

<sup>37</sup> El convenio de Berna divide por un lado la facultad del autor de autorizar la traducción de la obra y por otra la autorización de adaptaciones, arreglos o transformaciones. En este contexto, obra derivada es aquella que se encuentra basada en una obra preexistente. Cuando la obra preexistente se encuentra en el dominio privado, es necesaria la autorización del autor para lograr realizar la obra derivada; esto es lo que se conoce como derecho de transformación. Si la obra se encuentra en el dominio público ya no es necesaria la autorización.

<sup>38</sup> Lipszyc Delia, Ob.cit., p. 211-212.

<sup>39</sup> Idem.

Este derecho está contemplado en el Art. 38 de la LPI, y hace referencia no solo a la reventa de artes plásticas, sino incluye también los manuscritos originales del escritor o compositor.<sup>40</sup>

En definitiva, el derecho de explotación puede ser libremente ejercido por el autor de la obra, mediante cualquier modalidad lícita existente o que existiere. Los derechos anteriores son transferibles y se explotan normalmente a través de la cesión o licencias.<sup>41</sup>

## 1.5 OBJETO DE PROTECCIÓN

El objeto de protección del Derecho de autor son las obras originales, producto de la actividad intelectual del hombre, que son susceptibles de divulgación.<sup>42</sup>

Como el objeto de la protección del derecho de autor es la obra, para el derecho de autor, *obra* es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento, que se proyecta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere al derecho de autor en los siguientes términos: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que les corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”. (Art. 27 num. 2)

En relación al tema, la ley ecuatoriana sobre propiedad intelectual, artículo 8, establece:

*“La protección del Derecho de Autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto*

---

<sup>40</sup> La Decisión 351 de la CAN - Art 16 contempla este derecho en relación a obras plásticas y no a manuscritos.

<sup>41</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob.cit. p. 148.

<sup>42</sup> En el sistema latino, el objeto del derecho de autor, es la creación intelectual expresada en obras que presenten originalidad o individualidad, a diferencia del sistema Copyright, en el que también son considerados objeto de este derecho, bienes que no son obras de creación como las grabaciones sonoras, los programas de cable, etc., y a los que no se les puede exigir el requisito de originalidad.

*material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad”.*

Por consiguiente, la protección de las obras está sujeta a los siguientes criterios generales:

- El derecho de autor protege las creaciones formales (forma de expresión) y no las ideas;
- La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección;
- La protección no depende del valor o merito, destino o forma de expresión de la obra;
- La protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades.<sup>43</sup>

**1) El derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas.-** este criterio básico determina que “el derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según al género al cual pertenezcan, y a regular su utilización”.<sup>44</sup> Es decir, la protección que otorga el derecho de autor recae sobre la expresión o exteriorización de las ideas, mas no sobre las ideas *per se*, por cuanto las manifestaciones de la voluntad interna no son reguladas por el derecho. Lipszyc sustenta esta idea al señalar que las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. En efecto, se protege la *forma sensible* bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea en sí misma.

**2) La Originalidad, condición necesaria para la protección:** *la originalidad*<sup>45</sup> hace referencia a la individualidad de la obra, es decir, a que el producto creativo, en la manera en que ha sido expresado, en su estructura, o en su composición, tenga características propias que le permitan distinguirse de cualquier obra del mismo género. La ley requiere que la obra sea producto de la mente de una persona humana para que pueda ser protegida por el derecho de autor. Esta categoría contempla por un

---

<sup>43</sup> Lipszyc Delia; Ob.cit., p. 61

<sup>44</sup> Lipszyc Delia; Ob.cit., p. 62.

<sup>45</sup> la originalidad de una obra, se mide a través del reflejo de una actividad creadora, que lleve la marca de la personalidad, iniciativa y esfuerzo del espíritu de su autor.

lado la *creatividad*<sup>46</sup>, y la manifestación de la personalidad del autor a través de su obra, en el marco de un aporte intelectual. Es decir, requiere “*que se exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*”<sup>47</sup> y sea fruto del esfuerzo personal de su creador.

- 3) Criterios ajenos al reconocimiento de la protección: valor, destino, forma de expresión.-** como manifiesta Lipszyc, el valor cultural o artístico de la obra – su mérito – no cuenta para que se beneficie de la protección que acuerda el derecho de autor”. Así también, puede decirse que la obra se encuentra protegida con independencia de que esté *destinada* a un fin cultural o utilitario (como es el caso de los programas de ordenador). Tampoco importa la forma de expresión de la obra; es decir, para el derecho de autor, no tiene efecto alguno que la obra sea expresada en forma escrita u oral, que haya sido representada o bien fijada sobre una cinta sonora o audiovisual. Tampoco interesa la forma en que la obra es difundida o comunicada al público.

En relación al tema, el Art. 5 de la LPI ecuatoriana señala lo siguiente:

*“El derecho de autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión.*

*Se protegen todas las obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones o emisiones radiofónicas cualquiera sea el país de origen de la obra, la nacionalidad o el domicilio del autor o titular. Esta protección también se reconoce cualquiera que sea el lugar de publicación o divulgación. (...)*”

- 4) La ausencia de formalidades:** La protección del derecho de autor no está subordinada al cumplimiento de requisitos formales. Esto significa, que el derecho de autor nace del acto de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa.

---

<sup>46</sup> La creatividad implica que la obra no sea una copia de otra, sino una creación nueva. No significa novedad, sino un aporte al desarrollo de la cultura, a través de su obra. Las obras pueden ser novedosas, pero el derecho de autor no exige la novedad como condición necesaria de la protección. Es decir que una idea puede ser manifestada por dos personas distintas en dos obras diferentes, y ser protegidas ambas por el derecho de autor.

<sup>47</sup> Lipszyc Delia; Ob.cit., p. 65

*“El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna. (...)”*. Art. 5 de la LPI ecuatoriana.

La protección del derecho de autor tampoco requiere que la expresión de las ideas se encuentren fijadas en un medio tangible o soporte material. Nuestra legislación hace referencia a la teoría del *numerus apertus*, y establece de manera ejemplificativa una serie de soportes previstos por el derecho de autor.<sup>48</sup>

Las obras protegidas por el derecho de autor a las que hacen mención los convenios internacionales sobre la materia, como las legislaciones internas de cada país, son eminentemente ejemplificativas o enunciativas y no taxativas o restrictivas.<sup>49</sup>

Finalmente, como lo expresa Ernesto Rengifo García *“A fin de asegurar una protección no excesiva y de establecer un punto de equilibrio entre los derechos de los creadores y en interés público, el derecho de autor no otorga derechos exclusivos en ideas, opiniones, informaciones o hechos que deben estar disponibles a su uso público; por consiguiente, simplemente se protege la forma a través de la cual el autor expresa sus ideas o información”*.<sup>50</sup>

## **1.6 TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

Como hemos manifestado anteriormente, el derecho de autor tiene un doble contenido: económico o patrimonial y extrapatrimonial o personal. Al contenido extrapatrimonial se lo conoce con el nombre de derecho moral, porque le otorga al autor control sobre su obra, aun cuando él no sea titular de los derechos económicos.

---

<sup>48</sup> Libros, folletos, colecciones de obras como antologías o compilaciones y bases de datos, obras teatrales, composiciones musicales con o sin letra; obras cinematográficas, audiovisuales; esculturas y las obras de pintura, proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; ilustraciones, gráficos, mapas y diseños relativos a la geografía, la topografía, y en general a la ciencia; Obras fotográficas, obras de arte aplicada, programas de ordenador; y, adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, otras transformaciones de una obra, realizadas con expresa autorización de los autores.

<sup>49</sup> Ríos Ruiz Wilson R.; Ob.cit., p. 55.

<sup>50</sup> Rengifo García Ernesto; Ob. cit., p.87.

Sin duda, las personas naturales o físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos. Por tanto, solamente la persona natural puede ser autor, en tanto que las personas jurídicas pueden ser titulares de esos derechos.

En definitiva, la doctrina distingue entre titularidad originaria (la cual recae exclusivamente en el autor como persona física de la obra) y la titularidad derivada (que puede ser ostentada tanto por las personas físicas como jurídicas)<sup>51</sup>.

### **1.6.1 Titularidad originaria:**

El derecho de autor nace de la creación intelectual. Dado que esta solo puede ser realizada por las personas físicas, *la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra.*<sup>52</sup> Este principio busca asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa.

El autor es por esencia el titular originario del derecho de autor. Se define al titular originario como la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.<sup>53</sup> El autor de una obra derivada (adaptación, traducción, o cualquier otra transformación) es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual se deriva,

---

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> El sistema copyright si admite la titularidad originaria de las personas jurídicas, o de personas naturales distintas del verdadero creador de la obra, tal es el caso de las obras producto de una relación contractual laboral o de las realizadas por encargo, situaciones en las que se reconoce al empleador o comitente como titular originario de los derechos de autor.

<sup>53</sup> La atribución como titular originario de los derechos de autor a personas distintas del creador solo es admitida en situaciones excepcionales como el caso de las obras colectivas o cuando el autor ha creado una obra en virtud de una relación contractual laboral salvo pacto en contrario como titular originario del derecho de autor sobre las obras realizadas en virtud de esos contratos.

es decir, de la obra originaria. Es por esto, que la utilización de la obra derivada<sup>54</sup> se encuentra sujeta a una doble autorización: del titular de esta y del titular de la obra originaria.

El Art. 9 de la LPI vigente establece que “*sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son también objeto de protección como obras derivadas, siempre que revistan características de originalidad, las siguientes:*

- a) Las traducciones y adaptaciones,*
- b) Las revisiones, actualizaciones, y anotaciones,*
- c) Los resúmenes y extractos,*
- d) Los arreglos musicales, y*
- e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística”.*

Por su parte, el Estado como sujeto de protección es un caso especial. Existen 3 circunstancias bajo las cuales el Estado se considera titular de los derechos de autor: 1) cuando el objeto de protección son textos oficiales; 2) cuando el Estado es derechohabiente por donación; y 3) por transmisión mortis causa siguiendo las reglas de la sucesión intestada establecida en el Código Civil ecuatoriano.

En cuanto a las obras colectivas, en las que resulta imposible determinar la autoría de cada contribución y atribuir la titularidad de derechos sobre el conjunto realizado a todos los participantes, la solución generalmente planteada es atribuir la titularidad original a la persona cuya responsabilidad se produce, edita o divulga la obra. Sin embargo, es interesante el planteamiento de nuestra legislación que en su Art. 14 concede a dicha persona, la titularidad derivada, dejando a salvo los derechos de autor sobre cada una de las partes que componen la obra colectiva. Esta solución es bastante apropiada en cuanto resulta del principio según el cual solamente puede considerarse autor a la persona física que crea la obra, y que cualquier derecho reconocido a un tercero tiene carácter derivativo.

---

<sup>54</sup> Cuando la obra original ha sido traducida, adaptada o ha sufrido cualquier forma de transformación siempre que revista características de originalidad.

En las obras creadas bajo relación laboral, *el autor es un trabajador que en virtud de una relación de trabajo, presta sus servicios a favor de un empleador, a quien se le subordina jurídicamente por el pago de una remuneración.* La tendencia expresada de manera predominante considera que, salvo pacto en contrario, la titularidad de los derechos de explotación de la obra se transmiten de pleno derecho al patrono, bajo la forma establecida en la ley (presunción de cesión o atribución de titularidad originaria). *Nuestra legislación fue más allá de esta tendencia, cuando atribuye la titularidad al empleador, a quien autoriza además “el ejercicio de los derechos morales”.*<sup>55</sup>

### **1.6.2 Titularidad derivada:**

La titularidad derivada es la calidad de la persona natural o jurídica de ser titular de los derechos de autor en virtud de una cesión realizada por el titular originario de la obra<sup>56</sup>, por lo que el titular solo puede ejercer los derechos sobre una obra si el autor se lo ha autorizado de manera expresa, y solo aquellos derechos que se le ha transferido.

La persona jurídica puede ser titular derivada del derecho de autor, sin embargo, esta titularidad no puede contemplar o incluir la totalidad del derecho de autor, puesto que el derecho moral es inalienable y por tanto no puede ser objeto de transferencia. Es decir, que el titular del derecho de autor no goza de los derechos morales que le corresponden exclusivamente al autor.

En este sentido, el derecho de autor busca que el creador de una obra goce de todas las garantías jurídicas que le permitan defender el fruto de su creación intelectual y hacer valer su autoría en la sociedad; y por otro lado, que el autor disfrute de los beneficios económicos o pecuniarios a los que tiene derecho por la utilización de su obra, ya sea él mismo o autorizando a otros.

---

<sup>55</sup> Argudo Carpio Esteban, Ob. cit., s/p

<sup>56</sup> De manera excepcional la titularidad derivada puede nacer por mandato de la ley como en el caso del editor de una obra anónima.

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, Art. 9, por su parte, admite la posibilidad de que exista esta titularidad derivada al permitir que *“una persona natural o jurídica, distinta de autor, pueda ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra y para su regulación faculta a las legislaciones internas de los países miembros.”*<sup>57</sup>

Paralelamente, la LPI ecuatoriana, establece que esta tercera persona (natural o jurídica), puede ser titular de los derechos patrimoniales del autor por tres formas: [1] la transmisión por causa de muerte; [2] la cesión sea esta total o parcial; y, [3] la presunción de cesión (establecida en la ley) que se da por excepción y admite prueba en contrario.

Nuestra legislación, señala que en el caso de las obras anónimas y seudónimas, el empresario o editor será considerado como titular derivado en el ejercicio de los correspondientes derechos de autor (Art. 15 LPI).

En definitiva, la titularidad derivada hace alusión a toda persona natural o jurídica que de algún modo ha adquirido los derechos de autor sobre una obra intelectual. Es decir, se denomina titulares derivados a aquellas personas (físicas o jurídicas) que han recibido la titularidad de algunos de los derechos del autor y que están facultadas para ejercer todas las acciones necesarias a fin de impedir que terceros exploten la obra o creación intelectual sin autorización.

## **1.7 LIMITES AL DERECHO AUTOR**

Las limitaciones al derecho de autor son situaciones excepcionales dentro de la aplicación del derecho de autor. Básicamente consisten en establecer situaciones en las que no se aplique la norma, principalmente si se está generando un desmedro en la vida de los ciudadanos. La normativa legal más que a una necesidad individualista responde a necesidades públicas y sociales que implica el sometimiento a intereses nacionales, como es el acceso a la cultura, al conocimiento y a la información.

---

<sup>57</sup> Rodríguez Ruiz Marco, Ob.cit., p. 56.

Lipszyc<sup>58</sup>, por su parte, corrobora la idea anterior y señala que algunas limitaciones han sido motivadas por razones de política social (las necesidades de la sociedad en materia de conocimiento e información), otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión a fin de satisfacer el interés público general.

Aunque el derecho de autor determina una facultad exclusiva de explotación económica de la obra, por lo que ninguna persona puede explotarla sin autorización previa del autor, sin embargo, este derecho sufre varias limitaciones, las cuales no afectan el derecho moral del autor (solo restringen sus derechos patrimoniales), razón por la cual solo se pueden aplicar o tiene efecto, «una vez que se haya publicado y puesto en circulación una obra». Esto por dos razones: [1] respetar el derecho moral que tienen los autores de mantener, si así lo desean, su obra inédita; y, [2] por cuanto en el momento en que se pone en circulación la obra, aparece el goce y ejercicio de los derechos patrimoniales del autor.

Los límites del derecho de autor están definidos como “*la utilización de obras protegidas que no requieren la autorización de su titular, por hallarse dentro de ciertos supuestos taxativos, que justifican un uso libre y gratuito, en virtud de ciertos derechos prevalentes*”<sup>59</sup>.

Claro está que las limitaciones o excepciones al derecho de autor solo pueden establecerse por vía legislación y de forma expresa. Es decir, las limitaciones están sujetas a *numerus clausus*. Por tanto, la legislación nacional señala que siempre que se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de las obras, ni se causen perjuicios al titular de los derechos, se pueden llevar a cabo cierto tipo de actos lícitos, sin autorización previa del autor, ni remuneración alguna.

En fin, las limitaciones y excepciones de aplicación exclusiva al derecho patrimonial, suponen una compilación de circunstancias en las que se exceptúa la aplicación monopólica del derecho de autor, tienen carácter excepcional y de interpretación y aplicación restrictiva.

---

<sup>58</sup> Lipszyc Delia, Ob. cit., p. 219

<sup>59</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 58.

### **1.7.1 Clases de Limitaciones**

Las legislaciones nacionales, al tiempo que le reconocen al creador el derecho exclusivo de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones, de interpretación y aplicación restrictiva, conocidas como limitaciones al derecho patrimonial exclusivo, las cuales pueden presentarse como:

1. Las que autorizan la utilización libre y gratuita y,
2. Las sujetas a remuneración, llamadas licencias no voluntarias, y comprende:
  - a) Licencias legales
  - b) Licencias obligatorias.

### **7.1.1 Utilizaciones libres y gratuitas**

Abarca aquellos casos en que por excepción la ley permite utilizar las obras protegidas de manera libre y gratuita, sin autorización y sin pago o retribución económica al autor de la obra. Esta limitación exige que se mencione el nombre del autor, el título de la obra, la fuente, y prohíbe cualquier tipo de modificación sobre la misma. Dentro de esta modalidad se encuentran los siguientes tipos de limitaciones:

- a) **Uso para fines de enseñanza o aplicaciones didácticas:** Pese a la facultad de explotación económica que posee el autor sobre su obra, la ley posibilita y considera lícita la reproducción de fragmentos de una obra con fines educativos o didácticos, siempre que se indique el nombre del autor, el título de la obra y la fuente. Esta excepción está basada en principios fundamentales de cultura y educación. Regulada por la LPI ecuatoriana (Art. 83) y por la Decisión 351 (Art. 22 literales b) y j). De igual forma, el Convenio de Berna otorga la facultad a los países miembros de regular el uso lícito de obras a título de enseñanza (Art. 10 párrafo 2).

- b) **El derecho de cita:** básicamente consiste en hacer mención de un fragmento relativamente breve de otra obra, sea esta escrita, sonora o audiovisual, con el fin de apoyar o sustentar las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna.<sup>60</sup> Se debe mencionar claramente la fuente y el nombre del autor y no se admiten modificaciones.
  
- c) **Uso con fines informativos:** significa que es factible la reproducción por medio de la prensa, conferencias públicas, noticias del día, siempre que se realice con el objeto de informar y se indique el origen de la información.
  
- d) **El dominio público:** el artículo 82 de la LPI ecuatoriana señala que una vez cumplidos los plazos previstos por la legislación para la explotación de la obra por parte de su creador y sus derechohabientes; la obra entra al dominio público; de este modo puede ser utilizada y aprovechada por cualquier persona, siempre que respete íntegramente los derechos morales del autor.

### 7.1.2 Licencias no voluntarias

Se entienden como “*licencias no voluntarias*” las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación a determinadas utilidades, que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra<sup>61</sup>. Es decir, mediante este tipo de licencias los actos de explotación pueden ser realizados sin la autorización, pero con la obligación de compensar al titular de los derechos.

Dentro de las licencias no voluntarias, se encuentran las licencias legales y las licencias obligatorias. Las *licencias legales* son de utilización libre y la remuneración correspondiente

---

<sup>60</sup> Lipszyc Delia, Ob. Cit., p. 231.

<sup>61</sup> Antequera Parilli, Ricardo: “Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos”. Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. Santo Domingo, 2001. Tomo I, p. 188.

al autor por tal uso es fijada en la norma legal o por la autoridad competente. Sin embargo, en las *licencias obligatorias* la utilización también es libre, pero el autor conserva el derecho a negociar las condiciones económicas de la utilización, generalmente a través de la entidad de gestión colectiva de la categoría de derechos de que se trate. En caso de que las partes no logren ponerse de acuerdo, el monto de la remuneración lo fija la autoridad competente (judicial o administrativa).

El uso de licencias no voluntarias tiene la finalidad de preservar el acceso a la obra y su adecuada difusión. Puede aplicarse después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor (luego que ha ejercido su derecho moral de divulgación). Está previsto en el Convenio de Berna, en determinados usos, esto es [dos casos en que el derecho patrimonial no es exclusivo]:

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

La diferencia entre la utilización libre y gratuita y la licencia no voluntaria se encuentra en que la primera el uso de la obra es libre (no está sujeto a la autorización del autor) y es gratuito; en cambio, en la segunda si es libre pero no gratuita, pues se encuentra sujeta a una remuneración.

Por otro lado, cabe mencionar que algunas legislaciones también establecen limitaciones al derecho de autor por razones humanitarias (como la transcripción en sistema Braille para personas no videntes, cuando se realiza sin fines de lucro), o bien para preservar la libertad de expresión (admitiendo los derechos de paráfrasis y parodia).

En nuestro país, se está debatiendo actualmente la posibilidad de incluir las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de autor y conexos en el Código Orgánico de las Discapacidades.

Cabe mencionar, que las limitaciones y excepciones al derecho de autor varían de país a país, aunque algunas de estas son comunes a una mayoría. Sin embargo, la educación y la cultura son las limitantes más importantes para el ejercicio del derecho de autor. Puede tratarse de un interés de orden educativo, cultural o informativo – como en los casos de las citas, las ilustraciones, la retransmisión de noticias, el uso para procesos legales, etc. – o de satisfacer el interés público general en la promoción de la cultura, facilitando las actividades de ciertos usuarios a fin de preservar la difusión de las obras, como en los casos en que se instituyen licencias no voluntarias.

Progresivamente por medio de regulaciones supranacionales como convenios internacionales (Convenio de Berna), y otras formas de concertación similares, se ha venido a establecer un estándar mínimo de protección a los derechos de autor que deberán ser reconocidas por todos los Estados; determinándose, asimismo que serán los Estados los que estipulen localmente las limitaciones y excepciones al derecho de autor.<sup>62</sup>

Las limitaciones al derecho de autor contenidas en el Convenio de Berna, permite entre otros la “libre reproducción de las obras literarias y artísticas en determinados casos especiales,...siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

De manera similar, la legislación ecuatoriana sobre propiedad intelectual (artículo 83), en cuanto a las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, establece que siempre y cuando se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos y no requieren autorización del titular, ni están sujetos a remuneración alguna:

1. La inclusión de fragmentos de una obra ajena en una propia, de obras divulgadas, solo para fines docentes o de investigación, en la medida justificada e indicando la fuente.

---

<sup>62</sup> Lic. Guillermo Augusto Pérez Merayo, Universidad Complutense, San José, Costa Rica. *Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor*. Comentarios al documento de Mónica Torres, Coordinadora del Programa de Derechos de Autor del CERLAC, 1998. [www.centrodeconocimiento.com/escritos/excepcionesDerAutor.htm](http://www.centrodeconocimiento.com/escritos/excepcionesDerAutor.htm)

2. La ejecución de obras musicales en actos oficiales del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita (sin ánimo de lucro).
3. La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad, difundidos por medios de comunicación social, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor.
4. La difusión por prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general.
5. La reproducción de noticias del día, que tengan el carácter de simples informaciones de prensa, siempre que se indique su origen;
6. La reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo (...), siempre que se indique el nombre del autor y el lugar donde se encuentra; y, con objeto de difundir del arte, la ciencia y la cultura;
7. La reproducción de un solo ejemplar de una obra que se encuentra en la colección permanente de bibliotecas o archivos, con el fin de reemplazarlo en caso necesario, siempre que dicha obra no se encuentre en el comercio;
8. Las grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión;
9. La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas;
10. La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o artista intérprete; y,
11. Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios, escuelas y centros de educación y capacitación en general, que podrán ser anotadas y recogidas por aquellos a quienes van dirigidas para su uso personal.

Se puede resumir sucintamente que las excepciones y limitaciones más usuales se encuentran en la mayoría de los convenios internacionales y las legislaciones de la colectividad de naciones.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Idem.

## CAPITULO II

### IMPACTO TECNOLÓGICO EN EL DERECHO DE AUTOR

#### **2.1 CONCEPTO SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

Actualmente las tecnologías de la información han llegado a ser la figura representativa de nuestra cultura, debido a que la revolución tecnológica ha permitido el acceso inmediato y masivo a la información, otorgando a la sociedad una herramienta poderosa que ha sido el factor determinante en el desarrollo de la misma, por lo que a esta época algunos tratadistas le han denominado sociedad de la información.<sup>64</sup>

Sin embargo, “no existe aún un concepto bien definido y universalmente aceptado de lo que se le llama «Sociedad de la información», la mayoría de los autores concuerda en que alrededor de 1970 se inició un cambio en la manera en que las sociedades funcionan. Este cambio se refiere básicamente a que los medios de generación de riqueza poco a poco se están trasladando de los sectores industriales a los sectores de servicios. En otras palabras, se supone que en las sociedades modernas, la mayor parte de los empleos ya no estarán asociados a las fábricas de productos tangibles, sino a la generación, almacenamiento y procesamiento de todo tipo de información. Los sectores relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC<sup>65</sup>), desempeñan un papel particularmente importante dentro de este esquema”.<sup>66</sup>

De ahí que, *“uno de los elementos primarios para identificar a la llamada sociedad de la información es: la convergencia de contenidos, dada la existencia de una infraestructura*

---

<sup>64</sup> Lemus Chavarría Ana Lorena; Aspectos Legales y Doctrinarios Básicos para determinar la naturaleza jurídica del uso de Internet y el correo electrónico en el ámbito laboral; Universidad de San Carlos en Guatemala, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas; 2005; [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_6131.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6131.pdf)

<sup>65</sup> La tecnología de la información y la comunicación puede ser definida como el estudio sistematizado del conjunto de procedimientos que están al servicio de la información y la comunicación. Es decir, todos los instrumentos, procesos y soportes que están destinados a optimizar la comunicación humana.

<sup>66</sup> Sociedad de la información, UTPL; <http://blogs.utpl.edu.ec/sociedaddelainformacion/>.

*tecnológica que permite producir y acceder a grandes volúmenes de información e instrumentar servicios por vía electrónica”<sup>67</sup>*

Se trata de una era de información, centrada en la tecnología del ordenador, que opera en conjunción con las «tecnologías de de la información y las comunicaciones», descrita como *“el período de tiempo durante el cual tiene lugar una innovación de la tecnología de la información, se convierte en la fuerza latente de la transformación social, capaz de acarrear una expansión en la calidad de información y un aumento a gran escala del almacenamiento de la información”*.<sup>68</sup>

Esta sociedad de la información hace referencia a un paradigma que está produciendo profundos cambios en nuestro mundo al comienzo de este nuevo milenio. Esta transformación está impulsada principalmente por los nuevos medios disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales. Es decir, una sociedad basada en el empleo masivo de la tecnología, donde todos puedan crear, acceder, utilizar y compartir información y conocimiento.

En este mismo contexto, y en palabras del tratadista Gómez Segade<sup>69</sup>, la sociedad de la información es una sociedad en la que la creación, distribución y manipulación de la información, conjuntamente con la aplicación de los adelantos científicos y tecnológicos, forman parte de las actividades culturales y económicas de los individuos. Los adelantos tecnológicos y científicos que integran la Sociedad de la Información han permitido la recopilación, el almacenamiento y la transmisión de todo tipo de información a una rapidez nunca antes vista.

De acuerdo a esta realidad, y en palabras sencillas, sociedad de la información se denomina al ámbito o campo tecnológico que facilita la creación, distribución y manipulación de la

---

<sup>67</sup> Amoroso Fernández, Yarina, Sociedad de la Información, contribución de la Informática Jurídica, Revista Electrónica de Derecho Informático, s/p, Cuba, octubre 2004, <http://www.alfa-redi.org>.

<sup>68</sup> Yoneji Masuda, La Sociedad Informatizada como Sociedad post-industrial; Editorial FUNDESCO (1984)

<sup>69</sup> Gómez Segade, J.A., “El Derecho de Autor en el Entorno Digital”, Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual, AISGE, Ed. Reus, Madrid, 1999.

información de manera instantánea, a través de medios telemáticos (telecomunicación e informática).

Conforme anteriormente lo expuesto, la Sociedad de la Información, repercute en el proceso de internacionalización de los derechos de autor (mediante la difusión por todo el planeta de obras protegidas a través de Internet), acarreando ciertas dificultades en cuanto a la protección de la explotación de las obras. De acuerdo a este contexto, Horacio Fernández<sup>70</sup> manifiesta que comienzan a desaparecer las fronteras geográficas y los sistemas jurídicos nacionales se tornan a menudo insuficientes para responder a los nuevos conflictos que se plantean, fundamentalmente los producidos por las nuevas tecnologías.

Estos cambios, y la velocidad vertiginosa con la que avanzan, son parte de la sociedad de la información en la que vivimos. Sin embargo, cabe mencionar que aunque Internet<sup>71</sup> ha desempeñado un papel muy importante como un medio que facilita el acceso e intercambio de información y datos, la sociedad de la información no está limitada exclusivamente a Internet.

Por otro lado, podemos manifestar que como evolución del término “sociedad de la información” aparece “sociedad del conocimiento” con una perspectiva más amplia y pluralista.

“El concepto pluralista de sociedades del conocimiento va más allá de la sociedad de la información ya que apunta a transformaciones sociales, culturales y económicas en apoyo al

---

<sup>70</sup>Fernández Delpech Horacio, “Internet: Su problemática Jurídica”, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Abeleo-Perrot, 2001, p. 13.

<sup>71</sup> Abreviatura de inter-network o entre redes. Internet se define como una red de redes de ordenadores instaladas en diferentes partes del mundo e interconectadas entre sí mediante líneas y comunicación de alta velocidad. Aunque en su origen Internet fue una creación estadounidense, Internet no tiene dueño: nadie gobierna Internet, pero varias organizaciones sin ánimo de lucro realizan una serie de funciones de coordinación y adoptan medidas para garantizar su desarrollo y adecuado funcionamiento. Citado en Esteve González Lydia; Aspectos internacionales de las infracciones de derecho de autor en Internet; Ciencia Jurídica y derecho Internacional; Editorial COMARES, S.L.; Granada 2006; p. 10.

desarrollo sustentable. Los pilares de las sociedades del conocimiento son el acceso a la información para todos, la libertad de expresión y la diversidad lingüística.”<sup>72</sup>

Es decir, que aunque el nacimiento y desarrollo de la expresión “sociedad del conocimiento” está estrechamente ligada a la de sociedad de la información, este término evoluciona con sus propios rasgos característicos. Así lo corrobora, Abdul Waheed Khan (subdirector general de la UNESCO para la Comunicación y la Información) al manifestar que: La sociedad de la información es la piedra angular de las sociedades del conocimiento. El concepto de “sociedad de la información” está relacionado con la idea de la “innovación tecnológica”, mientras que el concepto de “sociedades del conocimiento” incluye una dimensión de transformación social, cultural, económica, política e institucional, así como una perspectiva más pluralista y desarrolladora.

Por tanto, para algunos tratadistas, el concepto de “sociedades del conocimiento” es preferible al de la “sociedad de la información” ya que expresa mejor la complejidad y el dinamismo de los cambios que se están dando. (...) el conocimiento en cuestión no sólo es importante para el crecimiento económico sino también para 'empoderar' y desarrollar todos los sectores de la sociedad”.<sup>73</sup>

En efecto, todas estas nuevas posibilidades de difundir el conocimiento han conducido a una verdadera revolución denominada por algunos “*la revolución de la tecnología de la información*”<sup>74</sup>. En esta nueva connotación, la información se convierte en el recurso más importante de la era digital, en fuente fundamental de la productividad y el poder, lo que conduce a señalar que la nuestra es una sociedad de la información<sup>75</sup> o, más propiamente, una sociedad informacional.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Coord. Günther Cyranek; “Hacia las Sociedades del Conocimiento” UNESCO – (2005); en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Barrios Osorio, Omar Ricardo, Internet y derecho, fundamentos de una relación, Revista Electrónica de Derecho Informático, No. 35, s/p, Guatemala, junio 2001, <http://www.derecho.org/redi>

<sup>75</sup> Manuel Castells distingue la expresión “sociedad informacional” de la “sociedad de la información”. En su sentir, “sociedad de la información destaca el papel de esta última en la sociedad”. “En contraste, el término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el

## **2.2 NUEVAS OBRAS COMO PRODUCTO DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO.**

Con la aparición de la tecnología, y el desarrollo exponencial que han tenido los “sistemas digitales”<sup>77</sup>, el derecho de autor se ha forzado a múltiples cambios, adaptaciones, transformaciones e innovaciones que el desarrollo tecnológico le impone constantemente.

Como resultado de las transformaciones fundamentales que actualmente se vive en el campo de la tecnología, comunicaciones y relaciones comerciales, es evidente considerar que el desarrollo de informática y la tecnología digital han provocado la aparición de nuevos productos intelectuales que son susceptibles de protección (obras y prestaciones de carácter tecnológico que han sido ‘digitalizadas’<sup>78</sup> y plasmadas en un soporte electrónico tangible o intangible destinado al consumo del público) a los que podríamos denominar ‘bienes intelectuales’<sup>79</sup> tecnológicos, esto es, obras y prestaciones de carácter tecnológico; haciendo principal énfasis en los programas de ordenador, la base de datos electrónica y obras multimedia.

Cabe recordar que los programas de ordenador y las bases de datos, aunque en el contexto actual son considerados como nuevos tipos de obras, en la legislación son asimilados a las creaciones literarias. Así lo establecen el Art. 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Art. 28 de la LPI ecuatoriana.

### **2.2.1 El Software o Programas de Ordenador**

---

procedimiento, y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este periodo histórico”.

<sup>76</sup> Rodríguez Moreno, Sofía, Ob. cit., p. 108.

<sup>77</sup> Los sistemas digitales son formas de ingresar, procesar, almacenar, transmitir, exhibir, producir datos. Los sistemas digitales, a diferencia de los analógicos, usan números o símbolos discretos o discontinuos como, por ejemplo, los números binarios [ceros (0) y unos (1)].

<sup>78</sup> Significa que las obras pueden ser transformadas en señales binarias e incorporadas a la memoria de un ordenador personal o de un servidor que puede poner esos contenidos en Internet.

<sup>79</sup> Los bienes intelectuales se expresan en obras del intelecto humano y, por tanto, están contenidos en soportes materiales. Los bienes intelectuales en sí mismos son abstractos, dinámicos y tienen la capacidad de traducirse constantemente hacia nuevas obras y soportes.

“La aplicación de las llamadas nuevas tecnologías han dado lugar a la aparición de una nueva clase de obra: «el software». El software como ya sabemos, es un conjunto de instrucciones que interpretadas por las maquinas las adaptan para que realicen unas funciones determinadas.”<sup>80</sup>

El software llamando también programas de ordenador o soporte lógico es considerado como obra protegida por la legislación nacional. De manera que el Art. 7 de la LPI ecuatoriana define al programa de ordenador (software) como *“Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador, o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, para la realización de una función o tarea, u obtención de un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación. El programa de ordenador comprende también la documentación preparatoria, planes y diseños, la documentación técnica, y los manuales de uso.”*

En cuanto a la protección a los programas de ordenador, ésta se encuentra regulada en el Art. 28 de la LPI del Ecuador; donde se establece que el programa de ordenador será protegido como una obra literaria. De igual forma, el Art. 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, estipula que los programas de ordenador estarán protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Art. 2 del Convenio de Berna, en concordancia con el Art. 4 del mismo Convenio y el Art. 10 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta última disposición determina que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto serán protegidos y establece también el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de estos programas.

“Nuestro legislador amplía esta disposición al otorgar la protección al software con independencia de que haya sido incorporado a un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se encuentre expresado ya sea en forma legible por el hombre (código fuente) o en forma legible por la máquina (código objeto), ya sean programas operativos y programas aplicativos.

---

<sup>80</sup> Argudo Esteban, El Derecho de Autor y las Nuevas Tecnologías, Ruptura No. 49, Tomo I, 2005, p. 190.

Esta protección también se extiende para toda la documentación técnica de respaldo, como son los diagramas de flujo, planos, manuales de uso y en general a todos aquellos que conforman la estructura y secuencia del programa.”<sup>81</sup>

De manera similar, la Decisión 351 de la Comunidad Andina, reconoce expresamente en el Capítulo XIII la protección de los programas de ordenador en los mismo términos que las obras literarias.

### **2.2.2 Las Bases de Datos**

Las bases de datos, básicamente consisten en compilaciones de información, datos u obras, dispuestos de manera sistemática y metódica, introducidos en la memoria de un sistema informático al que tienen acceso un determinado número de personas. En este sentido, la LPI ecuatoriana en su Art. 7 define a la base de datos como la “*compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en una unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma.*”

Por consiguiente, la base de datos es considerada como un nuevo tipo de obra, resultado de la innovación tecnológica; sin embargo, nuestra LPI, al igual que a los programas de ordenador, ubica a las bases de datos dentro de la categoría de las obras literarias.

En su mayoría de veces, la base de datos, es una obra colectiva, lo que implica que es producida por varios autores, por iniciativa o responsabilidad de una persona natural o jurídica, que la publica o divulga con su propio nombre y en la que no es posible identificar a los autores o individualizar sus aportes. De ahí que, los derechos y facultades le son atribuidos a quien ostenta la calidad de titular de la obra, sin perjuicio de los derechos morales de sus colaboradores.

---

<sup>81</sup> Idem.

En las bases de datos, pueden ser almacenadas obras y prestaciones de distinta naturaleza como: diseños, textos, fotografías, fijaciones sonoras y audiovisuales, software, etc. En caso de que la base de datos esté estructurada sobre obras preexistentes (material protegido por el derecho de autor), antes de utilizar dichas obras se deberá obtener la autorización de sus titulares, caso contrario la incorporación de dichas obras constituirán reproducciones no permitidas. No obstante, la base de datos puede utilizar información de dominio público (datos bibliográficos) ante lo cual el compilador no requiere autorización previa.

En cuanto a su regulación, tenemos el Art. 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA, Art. 10.2 de los ADPIC y Art. 28 de la Decisión 351. El TODA, por su parte, contempla como objeto del derecho de autor (en términos del Convenio de Berna) las compilaciones de datos u otros materiales, en cualquier forma, que por razón de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin extender esa protección a los datos o materiales como tales y sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista sobre esos datos o materiales contenidos en la compilación.

Significa, que “la protección que otorga el derecho de autor a las bases de datos, no abarca a los datos o materiales contenidos en la compilación y, aunque actualmente es un hecho controvertido en los niveles doctrinal y legislativo, es condición para la protección de las bases de datos el que presente originalidad en la forma de selección y disposición de los materiales compilados, en los términos establecidos en el Art. 2, apartado 5 del Convenio de Berna.”<sup>82</sup>

En fin, lo que se protege en una base de datos es el modo en que se encuentra la información, es decir, la selección o disposición de sus contenidos, siempre que se trate de un trabajo original y creativo que implique una creación personal. De ahí que, la originalidad de las bases de datos<sup>83</sup> se mide por el nivel de destreza y esfuerzo que el compilador realizó en la selección, distribución y ordenación sistemática de la información. Esto no evita que existan

---

<sup>82</sup> Argudo Carpio Esteban. Ob. cit., p. 191.

<sup>83</sup> La base de datos con información personal es información personal y valiosa que merece reconocimiento de propiedad intelectual.

bases de datos provistas con poco grado de originalidad, en donde se debe tener en cuenta para su protección otros factores como son la inversión de tiempo, el costo financiero, y otros.

### 2.2.3 La obra multimedia

Una obra multimedia es aquella en la que intervienen obras de distinta naturaleza: literaria, musical, audiovisual, fotográfica, entre otras. Es decir, este tipo de obras se caracteriza por la integración y combinación de sonidos, textos, imágenes (preexistentes o no), que se presentan como una creación homogénea y secuencial, dentro de un medio electrónico que permite la interactividad de dichos elementos.

Alberto Bercovitz, se refiere a las obras multimedia y expresa que son obras con partes literarias, gráficas, musicales o de otro tipo, integradas en un mismo soporte electrónico, que refuerza la unidad de la obra resultante y facilita su almacenamiento, transmisión y difusión.<sup>84</sup>

Cabe mencionar que “las aportaciones para la creación de una obra multimedia pertenecen a diversos géneros, por ende a diversos autores, por lo que comúnmente nos encontramos en obras en coautoría<sup>85</sup>. Sin embargo, resulta complejo determinar quienes intervienen como autores de la obra, es decir, existen múltiples criterios de si las obras multimedia pertenecen al género de la obra colectiva o de la obra en colaboración.

*“Conforme con la legislación ecuatoriana, la creación multimedia podría ser considerada una obra en colaboración, si es que cada autor contribuyera con su aporte para una obra conjunta. No obstante, esta situación varía si en la obra multimedia se incorporan obras preexistentes que no son creaciones originarias para la misma, pues en este caso la titularidad podría atribuírsele al productor; pero al no existir un tratamiento especial para la obra multimedia, como una nueva categoría de obra, nuestra legislación no define quienes son los autores o titulares, independientemente de los derechos de explotación que corresponden al productor de la misma”.*<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Bercovitz Rodríguez –Cano Alberto, “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”. Ministerio de Cultura, Madrid, España, 1996, p. 71.

<sup>85</sup> La obra en coautoría comprende: a) *las obras en colaboración* (obras musicales, dramático-musicales, cinematográficas, audiovisuales), y, b) *las obras colectivas* (diccionarios, enciclopedias, diarios, revistas, compilaciones, repertorios de jurisprudencia). Constituyen categorías y regímenes jurídicos distintos.

<sup>86</sup> Argudo Carpio Esteban; Ob. cit., p. 192

De acuerdo a esta realidad, las obras multimedia, en su mayoría de veces, incorporan obras que han sido creadas con anterioridad (preexistentes), dando lugar a la obra derivada. Por tanto, al intervenir varios creadores intelectuales, se requiere la autorización de todos ellos para la explotación de la obra. Sin embargo, esto no impide que pueda tratarse de una obra o creación individual constituida en base a creaciones nuevas, en cuyo caso, la titularidad sería atribuida al productor; sin embargo, esta posibilidad resulta difícil debido a que por su naturaleza múltiple, requiere de la intervención de varias personas.

En cuanto a la naturaleza y a las peculiaridades que presentan las obras multimedia, existe controversia. Algunos autores las incorporan bajo el régimen de obras audiovisuales y otros las consideran bases de datos.

Por su parte, la LPI ecuatoriana define a las obras audiovisuales como:

*“Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contenga”*

En definitiva, las obras multimedia constituida por una combinación de obras y elementos que se encuentran digitalizadas, y que solo pueden ser apreciadas a través de un ordenador, y distribuidas en un soporte digital o físico; no es considerada una nueva categoría de obra, sin embargo, *“por su naturaleza distinta merecería por parte del derecho de autor un tratamiento especializado”*.<sup>87</sup>

### **2.3 NUEVAS FORMAS DE DIVULGACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS.**

El *entorno digital*<sup>88</sup>, las nuevas tecnologías y el internet han contribuido a la fácil y rápida transmisión masiva de material protegido por el derecho de autor.

---

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Se entiende como entorno digital toda información contenida en computadoras personales alrededor del mundo, que es compartida e intercambiada por millones de usuarios conectados a la red.

Estas nuevas tecnologías dieron paso a nuevas formas de explotación y divulgación de las creaciones intelectuales amparadas por el derecho de autor, revolucionado no solo el mundo de la información y las comunicaciones, sino también el campo del derecho de autor, donde las normas tradicionales han cambiado en esta nueva era tecnológica-digital, en la medida de los avances tecnológicos.

Sin duda, el derecho de autor ha sido una de las disciplinas que se ha visto en gran medida impactada por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, que han permitido la circulación masiva de los contenidos protegidos a través de las redes digitales. Esto implica nuevas formas de explotación comercial, nuevas formas de uso de las obras, nuevas formas de consumo, nuevas oportunidades de negocios, nuevas amenazas.<sup>89</sup>

Por tanto, colocar una obra en Internet, en estos días, es susceptible de ser reproducida por cualquier persona conectada a la red, sin ningún tipo de restricción o límite, lo que hace casi imposible el control por parte del autor y de las autoridades.

De ahí que, son varias las formas de divulgación y explotación de las obras intelectuales que se destacan dentro del ámbito digital, como es el caso de la **reproducción de las obras**, que con el advenimiento de la tecnología tomó mayor complejidad. De manera que, en la actualidad no solo es posible la perfecta reproducción de obras, sino que también cabe la realización de copias sin un soporte material, lo cual permite la transmisión de contenidos en línea. Por tal motivo se puede decir que la digitalización es un acto de reproducción, ya que para poder explotar cualquier obra en el entorno digital se requiere digitalizar la obra.

Así, a través de **la digitalización**, la reproducción de las obras tomó un nuevo sentido, ya que la transmisión digital es el vehículo que moviliza la información en la que se encuentran incluidas creaciones intelectuales amparadas por el derecho de autor.

---

<sup>89</sup> Torres Mónica; “El Derecho de Autor y las Tecnologías de la Información y Comunicación”; CERLALC; 2008; s/p., [http://www.cerlalc.org/Prospectiva/Derecho\\_de\\_autor.pdf](http://www.cerlalc.org/Prospectiva/Derecho_de_autor.pdf). s/p

Con el uso de la tecnología, una obra digital es más vulnerable que una obra contenida en formato analógico, ya que permite la aplicación de ciertas técnicas como el escaneo o el almacenamiento digital de las obras en la memoria de un ordenador.<sup>90</sup>

De igual forma, se destaca como medio de explotación de las obras intelectuales en el ámbito digital, la **descarga de la obra o su almacenamiento** en el disco duro del usuario, o en otros soportes<sup>91</sup>, así como su impresión, etc. De manera que el **almacenamiento digital**<sup>92</sup> también es considerado un acto de reproducción, ya que al almacenar electrónicamente una obra protegida se está obteniendo una copia de la misma. En este sentido el Dr. Esteban Argudo considera que *“el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida o lo que es igual, la incorporación de una obra en el disco duro de un ordenador, constituye un acto de reproducción, que requiere de la autorización expresa del autor o del titular del derecho de autor.”*<sup>93</sup>

En cuanto a la **transmisión digital** de obras protegidas, se dice que “es un acto de comunicación pública, pues implica que la obra o prestación intelectual está puesta a disposición de una pluralidad de personas (los millones de usuarios de Internet), configurándose al tener cada cibernauta la posibilidad de acceder a esa obra o prestación en el momento y lugar que elija, aun cuando efectivamente no lo haga”.<sup>94</sup>

Se considera que en el ámbito tecnológico, no se realiza una distribución de ejemplares, pues el concepto de distribución está absolutamente ligado al soporte físico, es decir, se trata de un derecho limitado a copias o ejemplares físicos, por lo cual, el derecho de distribución no tiene

---

<sup>90</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob. cit., p. 241.

<sup>91</sup> Soporte es un bien de carácter material-físico-tangible en cuya superficie o interior se registran datos o información. Los soportes pueden ser el papel, la cinta magnética, un 'disco compacto' [DC], un 'disco digital versátil' [DVD], el 'disco rígido' [DR] de una computadora personal [CP], los 'servidores distribuidos por Internet', o bien, entre muchos otros, una 'memoria electrónica de almacenamiento portátil'.

<sup>92</sup> El almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.

<sup>93</sup> Argudo Carpio Argudo, Ob. Cit., p. 194.

<sup>94</sup> Torres Mónica; Ob. cit. s/p.

en el entorno digital el protagonismo que tiene en el mundo analógico<sup>95</sup>. Por tanto, lo que se produce es la comunicación pública de copias intangibles.

Debido a la evolución tecnológica, el concepto de **comunicación pública**<sup>96</sup> ha ido adaptándose para integrar nuevas formas de explotación de las obras protegidas. Por tanto, la comunicación pública adquiere una mayor relevancia y dimensión que en su concepto tradicional. Internet y las redes permiten que el acto de comunicación de una obra se realice a escalas antes impensables, posibilitando que los usuarios<sup>97</sup> accedan a obras protegidas en el lugar y momento que estimen oportuno. Una obra de texto puede comunicarse públicamente. Tradicionalmente se trataba de representaciones teatrales, recitales o radiodifusión, pero las nuevas tecnologías han dado origen a nuevas modalidades de este tipo de comunicación. Según la LPI, esta se produce cuando se comunica públicamente una obra, por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que una persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que desee. Esto se refiere, por ejemplo, al caso en que una obra está almacenada en un servidor y se puede acceder a ella por Internet o en una intranet, o en los intercambios de ficheros con obras de texto.<sup>98</sup>

En cuanto al **derecho de transformación**, que consiste en la adaptación de la obra de un género a otro o la traducción de la misma a diferentes idiomas, también sigue plenamente vigente en el entorno digital, ya sea facilitando la modificación de obras, por ejemplo en obras multimedia, en las que la unión de imágenes, texto y sonido pueden dar lugar a obras nuevas, que en ocasiones tendrán poco que ver con el original.

---

<sup>95</sup> Sin embargo, la divulgación *off-line* de contenidos a través de soportes electrónicos como CD-ROM, CD-R, DVD-R, CD-RW, DVD-RW, o mediante soportes impresos constituye un acto de distribución, que se verifica bien sea mediante su venta, alquiler o préstamo. El mundo analógico es uno de átomos y la información se trabaja en cantidades variables; el mundo digital es uno de bits y la información se representa por dígitos, sea “1” o “0”.

<sup>96</sup> Comunicación pública es todo acto por el cual una o varias personas, reunidas o no en un mismo lugar, tienen acceso a la obra, sin importar el lugar o la hora escogido por cada uno de ellos para acceder a la misma.

<sup>97</sup> Denominado también cibernauta o internauta, es toda persona que se conecta a internet, a través de una computadora u otro medio idóneo y utiliza los recursos que provee la red.

<sup>98</sup> Asociaciones de Autores y Editores CEDRO; “La Comunicación Pública, una forma de difundir las obras impresas”; Boletín No. 61; [http://www.cedro.org/docs/textos-de-inter%C3%A9s/quees\\_61.pdf?Status=Master](http://www.cedro.org/docs/textos-de-inter%C3%A9s/quees_61.pdf?Status=Master)

En este ámbito, Internet se ha convertido hoy día en la red de redes que permite que las obras de los autores viajen de un lugar a otro sin límites ni fronteras. Sin duda, *“las características de Internet facilitan las violaciones a los derechos de los autores, ya que este medio le permite al usuario un acceso universal a las obras de los creadores, teniendo la opción de copiar, adaptar, transformar y comunicar las obras del intelecto, de manera automática y sin ningún costo”*.<sup>99</sup>

En consecuencia, cabe indicar que todo acto de reproducción o comunicación pública como la digitalización, el almacenamiento en un soporte electrónico, la transmisión digital de contenidos protegidos por el derecho de autor a través de las redes digitales, así como la distribución o transformación, debe ser previamente autorizado por el autor o titular, tal como sucede en el entorno analógico. Esto significa que debe mediar un contrato de licencia de uso o, si éste fuera el caso, de cesión de derechos, para determinar las condiciones, alcance, derechos y obligaciones de estas y otras formas de utilización de las obras en la red digital. De ahí que, considerando el principio de independencia de los derechos se determina que el hecho de que se autorice a reproducir una obra no implica que se autorice que se comunique al público<sup>100</sup>, asimismo el que se otorgue una licencia para uso de forma analógica no es aplicable en el formato digital; por lo que el acto de transmisión de la obra y su visualización por parte del usuario en el momento que lo crea conveniente, es considerado un acto de comunicación pública que requiere la autorización por parte del autor.

#### **2.4 INFLUENCIA E IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO DE AUTOR.**

Uno de los temas que más preocupación ha suscitado dentro de este entorno, ha sido la influencia e impacto percibida por la propiedad intelectual dentro del ciberespacio.

---

<sup>99</sup> Martínez Nadia Rubí; Las nuevas tecnologías en el derecho de autor y su evolución en Colombia, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá - Colombia, 2007, p. 99-106; <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/876/87601906.pdf>

<sup>100</sup> En el entorno digital, se puede considerar público a una persona, debido a que la información en la red está a disposición de todos, de cuanta gente esté interesada, y el hecho de una o millones de personas soliciten tal información es secundario. Es decir, “basta con que el público pueda tener acceso a la obra, aunque no acceda efectivamente a ella” Ricardo Antequera Parilli.

Son muchos los factores importantes que encontramos con el uso de la tecnología, entre ellos, el mejoramiento de la calidad y desarrollo de las creaciones intelectuales, y las facilidades otorgadas a los usuarios de la red, para tener acceso inmediato a todo tipo de información actualizada.

De manera general, las nuevas tecnologías determinan como vivimos, como trabajamos o estudiamos, como nos ganamos la vida y como nos relacionamos. Podemos hablar a bajo coste con personas situadas a muy largas distancias, enviar y recibir correos electrónicos de forma instantánea de personas que se encuentran a miles de kilómetros de distancia, comprar o vender productos que se encuentran en países remotos, votar, consumir, recibir consejos médicos, legales, estudiar, trabajar, relajarnos y experimentar varios tipos de realidad virtual a través de las Nuevas Tecnologías, y todo ello, sin necesidad de salir de casa.<sup>101</sup>

Los continuos avances tecnológicos y sus modernas herramientas, incluso, han mejorado la forma de comunicación de las obras alrededor del mundo sin limitaciones de distancia e idioma, de manera que una obra puede conocerse de manera simultánea en todo el planeta.

Sin embargo, el entorno digital y las nuevas tecnologías, por otro lado, han generado amplias posibilidades de explotación de las obras intelectuales. Internet, como espacio virtual universal e ilimitado, es sin duda el mayor avance tecnológico, que junto con otras tecnologías ha permitido la transmisión y almacenamiento de información de un extremo del planeta a otro en cuestión de segundos, debido a sus características de globalidad y múltiple acceso.

En este mismo contexto, Andrew Shapiro ha definido internet como "una gigantesca máquina de copiado"<sup>102</sup>. Muchos autores dicen que internet representa la muerte de los derechos de autor. Todos destacan, una y otra vez, que, con internet y las tecnologías digitales, ha surgido una realidad completamente nueva con la que nunca antes habíamos tratado: por primera vez en la historia, la tecnología permite realizar copias perfectas, idénticas al original, y distribuirlas masivamente sin apenas costes económicos. Más aún, permiten modificar los

---

<sup>101</sup> Esteve González Lydia; Ob. cit., p. 10.

<sup>102</sup> Andrew L. Shapiro, *The Control Revolution*, PublicAffairs, Nueva York, 1999, p. 79

originales con casi total libertad. Esta situación es vivida por los autores y por la industria de los contenidos como una terrible amenaza.<sup>103</sup>

Indudablemente, la susceptibilidad que tienen estos derechos de verse constantemente modificados y distribuidos por la tecnología digital, supone un fuerte elemento de inestabilidad dentro del ámbito de desarrollo del derecho de autor, y, a su vez, provoca una violación a las normas de propiedad intelectual al permitir la multiplicación de ejemplares sin pagar las regalías correspondientes, perjudicando seriamente a los autores de las obras expuestas en Internet, la Red de redes.

Adicionalmente, se puede determinar que Internet, con su aparición, acarrea una serie de problemas nunca antes tratados con respecto al derecho de autor. Un fenómeno carente de barreras geográficas, demográficas y jurídicas, situación a la que se le suma el constante y acelerado avance tecnológico que lo caracteriza y convierte en un arma para la inestabilidad jurídica en general y una sólida amenaza contra el derecho de autor en particular.<sup>104</sup>

Por otro lado, el impacto tecnológico sacó al derecho de autor de la posición secundaria en que se lo situaba por afectar a un grupo reducido de personas – escritores, dramaturgos, compositores, artistas plásticos – cuyas actividades se reconocían como vitales, pero que se desarrollaban en áreas económicamente restringidas, como la cultura, la educación, la información y el espectáculo, sin incidencia en la formación de las riquezas nacionales.

No obstante, pese a que la propiedad intelectual no es una materia estrictamente de carácter comercial, lo cierto es que en los últimos años ha recuperado gran interés para los países desarrollados porque de esta depende por completo la protección legal a las industrias de cine, radio, televisión, programas de computo, bases de datos y otras, así como la reputación comercial de millones de compañías que hacen negocios a escala global como nunca antes gracias a la Internet.

---

<sup>103</sup> Villate Javier; “La propiedad intelectual en la nueva era digital”; Archivo OCS – Observatorio para la CiberSociedad; 2001; <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>

<sup>104</sup> Jurídicamente esta problemática implica: el menoscabo contra la privacidad de las personas, la protección de datos personales, y las múltiples infracciones cometidas a través de la red.

De tal manera, Internet y el medio digital en general permiten una diversidad de nuevos usos de las obras, lo que enfrenta a los titulares de derechos sobre las mismas y a los consumidores que desean acceder a ellas al menor costo posible.<sup>105</sup> Sin embargo, Ralph Oman manifiesta que “en este nuevo entorno, cada consumidor que se conecta, es un autor, un editor y un infractor en potencia, las tres cosas al mismo tiempo o en diferentes momentos”.<sup>106</sup>

En consecuencia, los derechos de autor dentro del entorno digital se ven constantemente afectados y amenazados, lo cual provoca que las obras intelectuales que se difunden a través de la red, se desenvuelvan en un entorno con características especiales:

1. Facilidad de acceso a las obras desde cualquier parte del mundo.
2. Facilidad en la distribución, multiplicación y reproducción de obras.
3. Excelente calidad de las reproducciones, sin poder distinguir el original y la copia.
4. Facilidad de manipulación, modificación, y transformación de obras digitales.
5. Falta de mecanismos de control o registro respecto a la difusión de obras en la red.
6. Posibilidad de realizar y transmitir copias a terceros sin deteriorar el original.
7. Posibilidad de explotación de las obras sin ser titular de los derechos de autor.
8. Imposibilidad de los titulares de ejercer el control sobre sus obras en el extranjero.

En síntesis, la protección de los contenidos de las páginas web, la dificultad para determinar la legislación aplicable a las transmisiones digitales, la facilidad de manipulación y modificación de cualquier tipo de obras debido a su formato digital y por ende la transgresión al derecho de integridad de la obra, las infracciones al derecho moral y patrimonial a través de la copia, reproducción y transformación de obras protegidas expuestas en la red, entre otros, son algunos de los aspectos que se ven comprometidos o afectados con el advenimiento de la era digital.

---

<sup>105</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 118.

<sup>106</sup> Oman, R., “El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet”, Boletín de Derecho de Autor, París, Unesco, 2/1998, p., 29.

## 2.5 DESAFÍOS DEL DERECHO DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

Siendo evidente que Internet otorga múltiples posibilidades a los usuarios por medio de las cuales se ataca fácilmente los derechos de autor; varios tratadistas concuerdan con la idea de que las constantes innovaciones tecnológicas constituyen retos para lograr una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual.

Sin duda, uno de los problemas que plantea Internet en cuanto al derecho de autor, radica en la facilidad de manipulación de las obras difundidas en la red, ya que los usuarios cuentan con una variedad de herramientas que le permiten transformar una obra original.

Tal vez uno de los sectores en donde más se han presentado retos para los derechos de autor ha sido el de la música. Gracias a formatos de compresión de archivos de sonido como el MP3<sup>107</sup> y a la existencia de servicios de intercambio que permiten compartir archivos musicales, los usuarios de Internet pueden obtener música de manera fácil, efectiva y a muy bajo costo, dentro de un modelo que ha sido llamado P2P o *Peer to Peer*<sup>108</sup> (siglas que corresponden a la expresión anglosajona persona a persona) que permite a los usuarios acceder a la información de otras máquinas.

En efecto, el derecho de autor se encuentra constantemente amenazado en el ámbito tecnológico, sin embargo, establecer cualquier tipo de control en el ciberespacio es algo bastante complejo; más aun cuando la delimitación del ámbito territorial no ofrecía mayor dificultad en el entorno analógico pero sí lo ofrece en el ámbito de Internet.

---

<sup>107</sup> El formato MP3 hace posible la transmisión de archivos de audio que posteriormente pueden ser escuchados con una calidad extraordinaria. Este formato comprime y reduce el tamaño de los archivos y permite su posterior grabación en soporte electrónico (CD, lápiz de memoria, disco duro del ordenador, etc.) multiplicando las posibilidades de almacenamiento de música, por ejemplo, un CD puede almacenar alrededor de 60 minutos de música, mientras que en formato comprimido se pueden almacenar alrededor de 600 horas y en un solo lápiz de memoria se podría almacenar miles de horas. Esteve González Lydia; Ob., cit., p. 13.

<sup>108</sup> Es un software informático que permite la comunicación entre ordenadores y por ende entre usuarios (de par a par) con el fin de intercambiar archivos. Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 114

Así también, la descentralización que caracteriza y diferencia a Internet de otras redes, no permite ejercer un control sobre su contenido ni sobre su funcionamiento, por tanto, técnicamente, no cabe algún tipo de supervisión ni control, sobretodo porque no existe una central para almacenar la información ni un canal único para la telecomunicación.

La importancia de la regulación y protección de la propiedad intelectual es parte del desafío que suponen las Nuevas Tecnologías para los derechos de autor y derechos conexos.

En este sentido, varios autores consideran que el derecho de autor tiene bases débiles e inestables debido a la contradicción que resulta del hecho de que su regulación legal pretende proteger y promover dos derechos mutuamente conflictivos, el de los creadores y el de los usuarios; situación que lo hace vulnerable dentro del campo de la comunicación y tecnología.

Por consiguiente, los innumerables avances tecnológicos demandan una permanente actualización de las normas legales sobre la materia, a fin de que se hallen adecuadas a los retos impuestos continuamente por el desarrollo digital. Así pues, surge la necesidad de que la comunidad internacional establezca un marco jurídico armonizado que busque la protección de los derechos de autor y derechos conexos dentro del entorno tecnológico, innovando y complementando la normativa jurídica existente a fin de otorgar un entorno favorable que permita garantizar las creaciones intelectuales.

En este escenario, puede denotarse que la propiedad intelectual cada día se enfrenta a nuevos desafíos impuestos por la tecnología, frente a los cuales el derecho de propiedad intelectual debe responder con respaldo tecnológico y con innovaciones legales; es decir, no solo son necesarias las soluciones tecnológicas, sino también las soluciones legales, especialmente contar con reglas claras de contratación en línea. El derecho de autor implica una continua adaptación a los cambios producidos por las tecnologías de la información y comunicaciones.

Sin embargo, lo importante es encontrar la manera de regular Internet de tal manera que la propiedad intelectual quede protegida, pero sin violar las libertades individuales y sin reprimir la innovación o la creación de empleos. Se trata de buscar un equilibrio entre los derechos de

autor y derechos conexos y los intereses de los distintos titulares y usuarios de obras protegidas. Todo esto, evitando transgredir los derechos fundamentales constitucionales, ya que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En definitiva, esta compleja situación exige un equilibrio, a fin de evitar una sobreprotección de la obra que impida la promoción de la innovación, la educación y el acceso público a la información.

## **2.6 PROTECCIÓN DEL AUTOR FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

En base al lineamiento anteriormente expuesto, podemos manifestar que “el uso de las Nuevas Tecnologías no sólo ha transformado nuestra vida en todos los ámbitos, sino que ha modificado, mejorado y abaratado el costo de los procesos de producción de cualquier obra intelectual, universalizando así su llegada y alcance; sin embargo, el uso de estas nuevas formas de difusión de las obras intelectuales por canales no tradicionales, han hecho difícil proteger los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.<sup>109</sup>

Actualmente es muy común “bajarse” o “descargarse” un video, un libro, una película, o acceder a cualquier tipo de obra intelectual desde el ciberespacio. A través de la digitalización, las obras se desmaterializan, y es posible manipularlas en Internet sin mayores complicaciones para el usuario pero sí para los titulares de los derechos intelectuales.

La protección de los derechos de autor en la sociedad de la información es un problema jurídico que con el tiempo va adquiriendo mayor relevancia. Ya son muchos los casos en los que se reproducen, distribuyen y comunican al público creaciones intelectuales sin el correspondiente consentimiento de la persona autora y por tanto sin su correspondiente contraprestación económica.

---

<sup>109</sup> Méndez Mendizábal Rodrigo, La propiedad Intelectual respecto a las nuevas tecnologías en Bolivia, apoyo legal, s/p., <http://www.apoyoabogados.com/col/pitec.html>

Internet, es sin duda la más grande red virtual de comunicación que jamás haya existido, y es a su vez un entorno que demanda nuevas reglas para el uso y explotación de las obras y objetos protegidos por el derecho de autor.<sup>110</sup>

Sin embargo, cabe recordar que los principios básicos del derecho de autor continúan aplicándose en el entorno digital. De manera que los criterios para determinar si una obra está protegida o no siguen siendo los mismos: la originalidad, la protección automática (no requiere formalidad), la protección de la expresión de las ideas, no las ideas en sí mismas, y la no relevancia del mérito ni del destino de la obra.

Por tanto, en ningún caso se puede presumir que si una obra está accesible en Internet es que carece de derechos de autor, independientemente de la facilidad con la que podamos acceder a ella, copiarla, modificarla o distribuirla.

El autor, en este nuevo entorno, sigue siendo la persona natural que crea la obra y en cabeza de quien nacen los derechos de autor originalmente; quien puede transferir o no, por acto entre vivos, sus derechos a un tercero, ya sea una persona natural o jurídica, de manera parcial o total, o transmitirlos por causa de muerte.<sup>111</sup>

En cuanto a los derechos morales, éstos no solo se mantienen, sino que cobran una especial relevancia en el entorno digital. En este ámbito debe garantizarse el ejercicio del derecho de paternidad, pues debe procurarse seguridad en la identidad del autor de la obra y, por supuesto, el ejercicio del derecho de integridad de la obra para que ella se mantenga y circule a través de estas redes en la forma como la concibió su autor. Esto garantizaría la autenticidad de contenidos.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Caballero Leal, José Luis; “Derecho de Autor en la nueva era digital, La industria del libro, de la música y del audiovisual. Tendencias Creative Commons”; Jornadas de Derecho de Autor; México 2005; s/p., [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_da\\_mex\\_05/ompi\\_da\\_mex\\_05\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_da_mex_05/ompi_da_mex_05_6.pdf)

<sup>111</sup> Torres Mónica; Ob. cit. s/p.

<sup>112</sup> Idem.

De acuerdo a esta realidad, en el entorno digital el autor conserva su derecho exclusivo a autorizar las traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra; así como de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento.

En este contexto, el especialista sobre la materia doctor Ricardo Antequera Parilli, manifiesta que “...el reto que hoy más preocupa al mundo autoral, está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generan con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones tanto a los derechos de orden moral, especialmente en cuanto a las alteraciones digitales” de las obras preexistentes, como a los patrimoniales, por ejemplo, respecto del ejercicio de tales derechos y la instrumentación de los controles que deberán instrumentarse para la «navegación» de las obras a través de las «super-autopistas de la información», no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, ni en desmedro de la remuneración a que tienen derecho por esas comunicaciones”.<sup>113</sup>

Aunque, la tecnología parece ir continuamente por delante de las leyes, cada vez se producen mayores avances dentro de la normativa jurídica. Se adoptan nuevas normas para proteger el derecho de autor en el espacio cibernético, en respuesta a la idea de que: “*del ingenio humano nacen las obras de arte y de invención. Esas obras garantizan a los hombres la dignidad de la vida. El Estado tiene el deber de proteger las artes y las invenciones*”<sup>114</sup>

Por tal razón, y con el fin de restringir esos usos no autorizados, se crearon normas de derecho de autor en el entorno digital, denominados los Tratados Internet de la OMPI de 1996, que tienen como principal objetivo la protección de los derechos de autor y la adopción de medidas tecnológicas a fin de resguardar las creaciones intelectuales u obras de los autores en el entorno digital.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Antequera Parilli, Ricardo; El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual. El desafío de las nuevas tecnologías ¿Adaptación o cambio?. Curso OMPI. Quito Ecuador 1995.

<sup>114</sup> Dr. Arpad Bogsch, Director General de la OMPI 1973-1997-<http://www.apoyoabogados.com/col/pitec.html>

<sup>115</sup> Martínez Nadia Rubí; Ob. cit., p. 99-106.

**CAPITULO III**  
**TRATADOS INTERNET DE LA OMPI, LA LEY DE PROPIEDAD**  
**INTELECTUAL ECUATORIANA Y EL DESARROLLO DE LOS**  
**TRATADOS INTERNET**

La aplicación de la ley del derecho de autor para proteger a los autores en la actual era digital, responde a los desafíos y condiciones planteadas constantemente por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Podría decirse que la ley dejó de ser estática en la medida que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación evolucionaron. Tenía que atender lo relacionado con la reproducción, la copia, la distribución y el uso de la información en el entorno digital, en el cual el uso de Internet y las redes de cómputo han determinado la relevancia de los acuerdos internacionales sobre el derecho de autor.<sup>116</sup>

De ahí que, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>117</sup>, agencia especializada de la Naciones Unidas dedicada a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano, cuyo acuerdo de vinculación se firmo en 1974, “participa desde hace muchos años activamente en la defensa de los derechos de los autores sobre sus producciones intelectuales, en particular en lo que hace a su derecho exclusivo para autorizar la reproducción de sus obras.”<sup>118</sup>

La OMPI a menudo procura establecer nuevas normas para mantenerse a la par de los adelantos en el ámbito de la tecnología y de las nuevas metodologías. Es así como el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas suscripto, el 9 de septiembre de 1886, fue uno de los primeros instrumentos internacionales que fijó el derecho de los

---

<sup>116</sup> López Guzmán Clara y Estrada Corona Adrián; “Los Tratados de Internet”; Universidad Autónoma de México UNAM; 2007; [http://www.edicion.unam.mx/html/3\\_5\\_2.html](http://www.edicion.unam.mx/html/3_5_2.html)

<sup>117</sup>La OMPI administra aproximadamente 23 tratados relativos a la propiedad intelectual y cuenta con 185 estados miembros.

<sup>118</sup> Fernández Delpech Horacio, Los tratados de Internet de la OMPI y la Protección contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección, Argentina, <http://www.creandopalabras.com/>

autores y editores sobre sus obras intelectuales y el derecho exclusivo de estos para autorizar su reproducción.

Este Convenio fue mejorado, y actualizado en varias oportunidades. A fines de la década del 90 se observó la insuficiencia de la normativa de Berna frente a una serie de cuestiones que, con relación de la propiedad intelectual, generaba la irrupción de las nuevas tecnologías. Fue así como la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna decidió convocar a un Comité de Expertos a fin de que preparara un eventual Protocolo o Tratado Complementario al Convenio de Berna, que tratase ciertas cuestiones surgidas con posterioridad a las últimas modificaciones del Convenio, entre ellas lo relativo al mundo de Internet.<sup>119</sup>

Es preciso destacar que, el motivo por el cual se decidió preparar un Protocolo o un Tratado adicional en lugar de simplemente efectuar una nueva modificación del Convenio de Berna, fue que conforme al Art. 27 del Convenio de Berna<sup>120</sup> toda revisión del convenio requería la unanimidad de los votos emitidos, por lo que se hacía bastante dificultoso obtener esa unanimidad para efectuar la nueva reforma vinculada a significativos temas incluidos en las posibles modificaciones.

Por otro lado, en la primera sesión del Comité de Expertos la gran mayoría de las delegaciones y los observadores de organizaciones no gubernamentales se opusieron a que se ampliara el alcance del Protocolo de acuerdo a lo pedido por los productores de fonogramas, pues la modernización de la tutela de sus derechos debía tener lugar en el contexto de la Convención de Roma y demás instrumentos apropiados, y por consiguiente, los fonogramas no debían formar parte del eventual Protocolo porque no constituyen obras en el sentido del Convenio de Berna.

---

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Convenio de Berna - Artículo 27: "Revisión: 1. Objetivo; 2. Conferencias; 3. Adopción 1) El presente Convenio se someterá a revisiones con el objeto de introducir en él las mejoras que tiendan a perfeccionar el sistema de la Unión. 2) Para tales efectos, se celebrarán entre los delegados de los países de la Unión conferencias que tendrán lugar, sucesivamente, en uno de esos países. 3) Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 26 aplicables a la modificación de los artículos 22 a 26, toda revisión de la presente Acta, incluido el Anexo, requerirá la unanimidad de los votos emitidos".

Por ello, la Asamblea de la Unión de Berna (Ginebra 21 al 29 de septiembre de 1992) decidió constituir un segundo comité de expertos para la preparación de un posible nuevo instrumento que trate sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas.

Entre noviembre de 1991 y mayo de 1996 tuvieron lugar en Ginebra, en la Sede de la OMPI, siete sesiones del Comité de Expertos para preparar un eventual Protocolo al Convenio de Berna y seis del Comité de Expertos para evaluar un posible nuevo instrumento sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, en las cuales se consideraron los temas propuestos en los memorandos preparados por la Oficina Internacional de la OMPI.<sup>121</sup> Las últimas tres sesiones de los dos Comités de Expertos fueron convocadas en las mismas fechas, y parte de las sesiones se celebraron en forma conjunta.

En el ínterin concluyó la Ronda Uruguay del GATT y se firmó en Marrakech, el 15 de abril de 1994, el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus cuatro Anexos, entre los que se encuentra el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC). Las normas de éste último se tuvieron permanentemente en cuenta en las sesiones de los Comités de Expertos.<sup>122</sup>

A todo esto, en mayo de 1996 se exteriorizó un cambio de criterio y se cambió la idea de firmar un Protocolo adicional al Convenio de Berna por la de un nuevo Tratado sobre Derecho de Autor. Por tanto, la OMPI con el fin de diseñar la normatividad internacional que permitiera enfrentar los nuevos retos que las tecnologías de la información, especialmente la Internet, en agosto de 1996, resolvió convocar una Conferencia Diplomática de la OMPI, que

---

<sup>121</sup> En todos los temas hubo primero una propuesta de la Oficina Internacional en el memorando preparado por ésta para la sesión respectiva y luego un informe de cada sesión con una síntesis de los debates y un resumen del Presidente de los Comités, [http://www.cadra.org.ar/upload/Lipszyc\\_Tratados\\_Internet\\_OMPI.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Lipszyc_Tratados_Internet_OMPI.pdf)

<sup>122</sup> Delia Lipszyc; “Los Tratados Internet de la OMPI”; II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial; Buenos Aires; 2004; [http://www.cadra.org.ar/upload/Lipszyc\\_Tratados\\_Internet\\_OMPI.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Lipszyc_Tratados_Internet_OMPI.pdf)

se celebró en Ginebra, Suiza, del 2 a 20 de diciembre 1996, en la que finalmente se resolvió adoptar dos nuevos Convenios o Tratados:

- El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT)<sup>123</sup>
- El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT)<sup>124</sup>.

Tomó un total de 6 años (1996 - 2002) conseguir la ratificación de estos nuevos tratados por parte de 30 países, mínimo exigido por Naciones Unidas para su aplicación. Ambos Tratados entraron en vigencia tres meses después de que 30 Estados depositaran sus instrumentos de ratificación o adhesión en poder del Director General de la OMPI. Para el caso del TODA, la fecha final de entrada fue el 6 de Marzo de 2002 y para el TOIEF el 20 de Mayo del mismo año.<sup>125</sup>

Cabe destacar que ambos Tratados, además de hacer claridad en cuanto a la necesidad de que exista autorización por parte de los titulares de derechos para efectos de la difusión y utilización de las obras en Internet, tienen otras ventajas adicionales, como bien lo destaca Víctor Vázquez, Consultor Principal en Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, entre ellas las siguientes<sup>126</sup>:

1. Los Tratados constituyen un medio de protección a los autores, productores e intérpretes nacionales, en virtud de que se establece la obligación del trato nacional.<sup>127</sup>
2. Promueven un comercio electrónico seguro, puesto que a través de las medidas tecnológicas que los tratados mencionan, las obras, uno de los principales objetos de distribución en Internet, serán distribuidas de modo seguro.
3. Contribuyen a la economía nacional. En vista de que la propiedad intelectual tiene un impacto favorable en el PIB de un país, su protección es muy beneficiosa.

---

<sup>123</sup> TODA sigla en español y WCT sigla en inglés y que corresponde a Wipo Copyright Treaty.

<sup>124</sup> TOIEF sigla en español y WPPT sigla en inglés y que corresponde a WIPO Performances and Phonograms.

<sup>125</sup> Martínez Nadia Rubí; Ob. cit. s/p.

<sup>126</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 153-154.

<sup>127</sup> Contenida en la Convención de Berna, artículo 5.

4. Generan incentivos a la inversión: la observancia de los tratados es un aliciente para la inyección de recursos extranjeros.

Estos Tratados “adoptados actualmente por más de 65 países, 13 de ellos latinoamericanos”<sup>128</sup>, tienen como principal objeto actualizar y mejorar la protección de los tratados de derecho de autor y derechos conexos ya existentes. “El TODA y el TOIEF contienen una serie de nuevas normas y aclaran las previstas en los antiguos tratados; y lo que es más importante, responden a los desafíos que plantean las nuevas tecnologías digitales, en particular, la divulgación de material protegido por redes digitales como Internet, por lo que se les conoce como “*tratados sobre internet*”.<sup>129</sup>

### 3.1. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR

Como una respuesta a los nuevos escenarios y retos que plantea el ciberespacio y la red mundial de información que hoy denominamos Internet, surgen los Tratados realizados por la OMPI, en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996: EL Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). “*Los dos tenían como objetivo abordar el derecho de autor y los derechos de los intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, particularmente en el entorno digital*”.<sup>130</sup>

El TODA<sup>131</sup>, básicamente procura establecer mecanismos normativos adecuados para adaptar la protección internacional de los derechos de autor a los continuos cambios tecnológicos y a las nuevas obras a ser protegidas.

---

<sup>128</sup> Torres Mónica; Ob. cit. s/p.

<sup>129</sup> “Los Tratados de la OMPI sobre Internet”; WIPO.IN; Informe OMPI; acceso web: [http://www.wipo.int/freepublications/es/ecommerce/450/wipo\\_pub\\_1450in.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/es/ecommerce/450/wipo_pub_1450in.pdf)

<sup>130</sup> Akester Patricia. El Proyecto de Tratado de la OMPI sobre radiodifusión y su impacto en la libertad de expresión. Boletín de derecho de autor. Universidad de Cambridge. abril-junio 2006. p. 9 [http://portal.unesco.org/culture/es/files/31459/11629854361study\\_sp.pdf/study\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/31459/11629854361study_sp.pdf/study_sp.pdf)

<sup>131</sup> Este Tratado está abierto a todos los Estados miembros de la OMPI y a la Comunidad Europea. En Ecuador fue firmado el 31 de diciembre de 1997, ratificado el 21 de junio de 2000, y está vigente desde el 6 de marzo de 2002.

El primer párrafo pertinente del artículo 1 del TODA/WCT dispone lo siguiente:

*“El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado”.*

El TODA básicamente se ocupa de la protección de los autores de obras literarias y artísticas, como libros, programas informáticos, bases de datos originales, la música, la fotografía, la pintura, la escultura y las películas cinematográficas.

Este Tratado hace referencia a la protección que otorga el derecho de autor sobre las expresiones pero no sobre las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

“El TODA/WCT contiene varias disposiciones que ya se encuentran en el Acuerdo sobre los ADPIC, las cuales son obligatorias para los países miembros de la OMC, tal el caso de las relativas a la protección de los programas de ordenador y de las compilaciones de datos, el reconocimiento del derecho de alquiler y la adopción del principio de los “*usos honrados*” a los efectos de poder reconocer excepciones o limitaciones a los derechos patrimoniales.”<sup>132</sup>

De lo expuesto, el Tratado señala dos obras como objetos de protección del derecho de autor:

1. Los programas de ordenador, con independencia de su forma o modo de expresión; y,
2. Las compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos) en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de su contenido constituyen creaciones de carácter intelectual. Es decir, es objeto de protección siempre que: a) sea una compilación, y, b) exista una actividad intelectual de selección y agrupación de datos.

En cuanto a los derechos que se garantizan a los autores, el Tratado, establece:

---

<sup>132</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE. OMPI-SGAE/DA/ASU/05. Ob. cit., p. 25.

- a) Derecho de distribución (Art. 6 TODA)
- b) Derecho de alquiler (Art. 7 TODA)
- c) Derecho de comunicación al público. (Art. 8 TODA)

Estos derechos constituyen un derecho sujeto a limitaciones y excepciones:

**Derecho de distribución.**- El TODA contempla en su Art. 6.1, que: “*Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad*”.

Este artículo faculta a las partes contratantes para que determinen las condiciones en las que deberá aplicarse un eventual agotamiento del derecho, después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o un ejemplar de la obra, con autorización del autor.<sup>133</sup>

La Declaración Concertada respecto del artículo 6 aclara que las expresiones “copias” y “originales” a los que se refiere la distribución, deben entenderse como copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles. En consecuencia, las transmisiones realizadas por Internet no se consideran actos incluidos dentro del derecho de distribución, por no estar en un soporte material.

**Derecho de alquiler.**- es el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o ejemplares de tres tipos de obras: [a] *los programas de ordenador* (excepto cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler, [b] *las obras cinematográficas* (solo cuando el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción) y, [c] *las obras incorporadas en fonogramas*, tal como lo establezca la legislación nacional de las

---

<sup>133</sup> El agotamiento por primera venta se refiere a que quien compra una obra puede proceder a venderla posteriormente, sin que requiera de la autorización del autor. En cambio, no podrá ni alquilarla, ni prestarla sino mediante la aprobación de tales actos, por parte del autor. Ver: Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 158.

Partes Contratantes (excepto para los países que desde el 15 de abril de 1994 aplican un sistema de remuneración equitativa respecto del alquiler de los ejemplares de las obras).

**Derecho de comunicación al público.-** Cabe indicar que el Convenio de Berna reconoce a favor de los autores el derecho exclusivo de autorizar cualquier forma de comunicación al público de sus obras, incluso la *radiodifusión*. En similar sentido el artículo 8° del Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor (TODA) establece a favor del autor o titular la posibilidad de comunicar públicamente por medio del denominado *derecho de puesta a disposición* una obra mediante la red mundial de información (Internet) y autorizar cualquier forma de comunicación, incluida la radiodifusión de obras por medios alámbricos o inalámbricos.<sup>134</sup>

Dicho artículo a la letra señala:

*“(...) los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.*

De lo anterior se desprende, que la comunicación pública comprende todo acto por el cual una pluralidad de personas “*puede*” tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, quedan incluidas en ese concepto las comunicaciones “*interactivas*”, donde ese acceso “*puede*” producirse desde el lugar o en el momento en que cada uno de los miembros del público lo desee.<sup>135</sup>

Fue así como se adaptó el derecho de comunicación pública al nuevo entorno, ampliando su cobertura a toda clase de obras, cobijando también la explotación interactiva.<sup>136</sup> Asimismo, contempla el hecho de que en Internet la comunicación no requiere de la presencia de un número plural de personas para llevarse a cabo, sino que en el evento en que cualquier miembro del público acceda a una obra protegida desde su computador personal, por ejemplo,

---

<sup>134</sup> Ríos Ruiz Wilson R.; Ob.cit., p. 18.

<sup>135</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE. OMPI-SGAE/DA/ASU/05. Ob. cit., p. 26

<sup>136</sup> En el Convenio de Berna el derecho de comunicación no se aplica a ciertas obras (se reconoce solamente a obras como las dramáticas y las dramático-musicales), mientras que el derecho de distribución se mencionan únicamente respecto de las obras cinematográficas.

ya se estaría efectuando un acto de comunicación. Este acto llevaría implícito además uno previo de reproducción, que tendría lugar al almacenar la obra en la memoria del computador.<sup>137</sup>

Por último, mediante declaración concertada al artículo 8, se señala que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación no representa en sí mismo un acto de comunicación en los términos del TODA o de la Convención de Berna.<sup>138</sup>

Nótese sin embargo que el texto del TODA no menciona expresamente el derecho de reproducción, ya que a pesar de que en el proyecto del Tratado se había consagrado un artículo para tocar el tema de la “Extensión del derecho de reproducción”, la Conferencia Diplomática prefirió seguir la fórmula de la Declaración Concertada que compromete en menor medida a los estados.<sup>139</sup> De esta forma, la declaración concertada al artículo 1.4 del TODA estableció que el derecho de reproducción es plenamente aplicable al entorno digital y que el almacenamiento digital, aunque sea de forma temporal, de una obra protegida en un soporte electrónico constituye un acto de reproducción, conforme al artículo 9 del Convenio de Berna; y que la puesta a disposición es la misma comunicación pública de las obras.

Esta reproducción comprende tanto las reproducciones permanentes como las provisionales, es decir, aquellas reproducciones de tipo temporal. La propuesta de la Conferencia Diplomática establecía que las partes podrían consagrar una limitación al derecho de reproducción cuando una reproducción temporal tuviera por único objeto hacer perceptible la obra, o cuando la reproducción fuese de carácter efímero o accesorio, a condición de que esta reproducción tuviera lugar en el curso de una utilización de la obra autorizada por el autor o aceptada por la ley.<sup>140</sup>

Es decir, *“la Conferencia no adoptó esta disposición, pero en vista de que las partes deben atender lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, las legislaciones*

---

<sup>137</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 157.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 154.

<sup>140</sup> Idem.

*nacionales podrán introducir una excepción al derecho de reproducción para el caso de las reproducciones temporales, siempre que se respete la regla de los tres pasos”.*<sup>141</sup>

Por otro lado, en el ámbito de defensa y exigibilidad de los derechos, el Tratado, dispone que las Partes Contratantes deben imponer limitaciones y excepciones, en sus legislaciones nacionales, siempre que no se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Asimismo, establece la posibilidad de ampliar o crear nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

Así también, el TODA, hace una especial referencia a la sociedad de la información, cuando señala que los países miembros deberán tomar las medidas correspondientes para lograr efectivas acciones, cuando alguien quiera eludir las medidas tecnológicas. Dichas medidas deberán incluir recursos ágiles para prevenir nuevas infracciones.

Paralelamente, el Tratado, señala que las partes deberán disponer de recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que suprima o se altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos y, también, contra quien distribuya, emita o comunique al público ejemplares de una información electrónica sobre gestión de derechos a sabiendas de que ésta ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Finalmente, el Tratado obliga a los Estados Miembros a tomar dos medidas: (1) La adopción de las medidas necesarias para garantizar la aplicación del Tratado, y, (2) La posibilidad de implantar medidas tecnológicas a fin de combatir cualquier acción infractora de derechos e impedir la reproducción y distribución no autorizadas de contenidos.

Este instrumento tiene como lineamientos que la legislación nacional de cada estado impida el acceso y el uso no autorizado de las creaciones intelectuales, que mediante el uso del Internet son descargadas en cualquier lugar del mundo sin mayores inconvenientes.

---

<sup>141</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 155.

### 3.2. TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS

El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)<sup>142</sup> es un instrumento internacional destinado a la protección de los derechos intelectuales expuestos en el campo tecnológico. Establece dos tipos de beneficiarios: los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de obras fonográficas. A diferencia de la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC, el TOIEF no brinda protección para los *organismos de radiodifusión*<sup>143</sup>.

En contraste con el TODA, el TOIEF no prevé el cumplimiento obligatorio de la Convención correlativa, es decir, la Convención de Roma. (Art. 1 TOIEF).

Este Tratado define a los artistas intérpretes o ejecutantes como a “*todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*”. (Art. 2,a TOIEF)

Aunque sólo algunas leyes de los países latinoamericanos han agregado a los intérpretes del folclore entre los sujetos protegidos como artistas intérpretes o ejecutantes (Brasil, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana), tal extensión es imperativa para todos los países miembros del TOIEF/WPPT, por aplicación directa del tratado.<sup>144</sup>

En cuanto a los productores de fonogramas, se refiere a “*toda persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una*

---

<sup>142</sup> El Ecuador se adhirió a este tratado el 31 de diciembre de 1997, ratificado el 21 de junio de 2000 y que entró en vigor el 20 de mayo de 2002.

<sup>143</sup> Los organismos de radiodifusión no tienen *derechos exclusivos*, sino *derechos para autorizar y prohibir* ciertos actos.

<sup>144</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE. OMPI-SGAE/DA/ASU/05. Ob. cit., p. 29.

*ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos*”. (Art.2,d TOIEF).

Este Tratado, adoptado en diciembre de 1996, otorga protección a los derechos de los siguientes beneficiarios:

- 1) **De los artistas intérpretes o ejecutantes** (actores, cantantes, músicos, etc.), a quienes el Tratado les confiere 4 tipos de derechos patrimoniales respecto de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (no respecto de fijaciones audiovisuales, como películas): [a] el derecho de reproducción, [b] el derecho de distribución, [c] el derecho de alquiler, y, [d] el derecho de puesta a disposición.

Con respecto de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (en directo), el Tratado confiere a los artistas intérpretes o ejecutantes 3 tipos de derechos patrimoniales: (1) *el derecho de radiodifusión* (excepto cuando se trate de una retransmisión), (2) *el derecho de comunicación al público* (excepto cuando la interpretación o ejecución constituya una interpretación o ejecución radiodifundida), y, (3) *el derecho de fijación*.

Asimismo, el Tratado confiere a los artistas, intérpretes o ejecutantes derechos morales tales como: el derecho a reivindicar, ser identificado como el artista intérprete o ejecutante y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación, u otra modificación que cause perjuicio a su reputación.

- 2) **De los productores de fonogramas:** el tratado les confiere, respecto de sus fonogramas, 4 tipos de derechos patrimoniales: [1] el derecho de reproducción, [2] el derecho de distribución, [3] el derecho de alquiler, y, [4] el derecho de la puesta a disposición o derecho a autorizar la puesta a disposición del público del fonograma.

En lo concerniente a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, el Tratado obliga a las partes Contratantes a conferir a los nacionales de las demás Partes Contratantes, respecto de los derechos conferidos expresamente en el Tratado, el trato que confieren a sus propios nacionales. El principio básico del TOIEF es el *trato nacional*<sup>145</sup>.

En este contexto, el Tratado establece a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de los fonogramas *el derecho a percibir 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. (Artículo 15). No obstante, cada Parte Contratante podrá establecer las limitaciones o excepciones conforme contiene su legislación nacional.

Vale decir que la disposición consagrada en el artículo anterior denota un plus al establecer un contenido y alcance más amplios que los establecido en la Convención de Roma de 1961 (Artículo 12) para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión; se limita a la radiodifusión directa: “*Esto quiere decir que será el que utilice efectivamente los fonogramas quien tendrá la consideración de usuario obligado a pagar la remuneración*”.<sup>146</sup>

En el caso de la radiodifusión, el carácter directo de la utilización quedó recalcado de modo expreso en el informe de 1961, el cual aclara que, por ejemplo, la utilización en una retransmisión no sería, según la Convención, una utilización directa. Si una emisora radiofónica efectúa una emisión, para la que utiliza varios discos, y esta emisión es objeto de transmisión simultánea por parte de otra emisora [...], esta última emisora no está obligada a pagar una segunda remuneración”.<sup>147</sup>

Así, al artículo 15 del TOIEF consagra el derecho de remuneración a favor de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, para el caso de las radiodifusiones

---

<sup>145</sup> Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes, el trato que concede a sus propios nacionales (TOIEF, Artículo 4).

<sup>146</sup> Ríos Ruiz Wilson R.; Ob.cit., p. 19.

<sup>147</sup> Idem.

directas y simultáneamente faculta a esos titulares para reclamar una remuneración por la radiodifusión indirecta, cuyo ejemplo concreto lo encontramos en la retransmisión de emisiones, siempre que su contenido esté compuesto de dichas prestaciones.

Por otra parte, el TOIEF establece que el goce y ejercicio de los derechos contemplados en el Tratado no pueden estar sujetos a formalidad alguna. El plazo de protección será de 50 años como mínimo. Por primera vez, se dan a los intérpretes o ejecutantes algunos derechos morales.<sup>148</sup>

Este Tratado, adoptado en diciembre de 1996, obliga a las Partes Contratantes a prever recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos, y contra la restricción de actos no autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas.

Así también, el Tratado, señala que las Partes Contratantes deberán disponer de recursos jurídicos adecuados contra cualquier persona que, con conocimiento de causa: (a) suprima o se altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos y, (b) contra quien distribuya, importe, emita, comunique o ponga a disposición del público las interpretaciones, ejecuciones, fonogramas o ejemplares de una información electrónica sobre gestión de derechos a sabiendas de que ésta ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Las Partes Contratantes deberán adoptar, según obliga el Convenio, medidas necesarias, acordes a su sistema jurídico, para garantizar: la aplicación del Tratado, y la implantación de medidas tecnológicas efectivas, a fin de combatir cualquier acción infractora de derechos contemplados en el Tratado.

---

<sup>148</sup> El artista intérprete o ejecutante tendrá el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación. (TOIEF, Artículo 5).

Al igual que el TODA este Tratado tiene una referencia a la independencia del mismo respecto a otros tratados. Es decir, no tiene conexión, ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de otro tratado.

### **3.3. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LOS TRATADOS OMPI**

Las obras intelectuales siempre han sido susceptibles de circular más allá de las fronteras de los Estados donde se originaron, pero en los últimos tiempos, algo nuevo ha sucedido que ha afectado enormemente a la internacionalidad de las obras protegidas por derecho de autor. Se trata de la transformación más revolucionaria de las comunicaciones de toda la historia de la humanidad: la globalización provocada por el surgimiento de las Nuevas Tecnologías y con ellas de la Sociedad de la Información.<sup>149</sup>

Estos avances tecnológicos han hecho que los titulares de los derechos de autor no tengan el control y manejo sobre sus obras, pues la gestión de sus derechos se ha convertido en una tarea demasiado difícil, y por ella se están implementando una serie de medidas tecnológicas en el mundo que les permita adquirir el control y derecho sobre las mismas.<sup>150</sup>

Así pues, el desamparo y desprotección en que se encuentra el derecho de autor constantemente, generado por la revolución tecnológica, dio lugar a la adopción de medidas de protección tecnológica, entendidas como: cualquier dispositivo, artefacto o sistema informático cuya función sea controlar, impedir o restringir el acceso o uso no autorizado, en Internet, sobre las obras intelectuales protegidas por los derechos de propiedad intelectual.

Debido la importancia que conservan, los derechos de autor y de explotación económica de las obras por medios no tradicionales, intentan ser controlados y regulados por organismos como la OMPI que participa en la configuración de nuevas normas que protejan el derecho de autor en el espacio cibernético.

---

<sup>149</sup> Esteve González Lydia; Ob., cit., p. 9.

<sup>150</sup> Nadia Rubí Martínez; Ob. cit. s/p.

Los trabajos previos al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) reconocieron la necesidad de utilizar medidas tecnológicas, ante la imposibilidad de que únicamente a través de los ordenamientos jurídicos se logre el respeto debido a los derechos de autor; reconociendo que la aplicación de tales medidas debía ser tarea de los titulares de derechos, respaldados obviamente por las normas jurídicas apropiadas.<sup>151</sup>

Sin duda, los “Tratados Internet” establecen así una serie de normas básicas de reafirmación de la protección para el derecho de autor y los derechos conexos en Internet y otras redes digitales, conteniendo una actualización general de los principios jurídicos que sustentan la protección internacional del derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en el ciberespacio y, más especialmente, en Internet.<sup>152</sup>

Ambos Tratados introducen entre otros temas el referido a las medidas tecnológicas de protección y la protección jurídica que los Estados deben brindar frente a la elusión de esas medidas tecnológicas.

Así pues, el artículo 11 del TODA (y el 18 del TOIEF en igual sentido), expresan la facultad reconocida a los autores de utilizar medidas tecnológicas para restringir actos por ellos no autorizados sobre sus obras. De igual manera, el artículo establece que las partes contratantes se obligan a proporcionar una protección jurídica adecuada, y recursos jurídicos efectivos contra la acción de terceros de eludir las medidas tecnológicas que el mismo autor haya decidido utilizar en ejercicio de sus derechos. Textualmente la disposición dice:

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

---

<sup>151</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 160.

<sup>152</sup> Delpech Horacio Fernández; Ob. cit. p. 2.

No obstante, a pesar de que los Tratados le dan un rol central a las medidas tecnológicas de “protección / restricción”, el cuerpo legal no las define o delimita, ni proporciona un listado de medidas tecnológicas, pues se estaría reduciendo el espectro de protección y desconociendo el desarrollo tecnológico que día a día proporciona nuevas herramientas para la protección de las obras.

El artículo menciona de modo genérico “la acción de eludir las medidas tecnológicas...”, sin hacer una relación específica de las conductas o los medios que podrían ser considerados elusivos, lo cual permite concluir, como atinadamente lo destacan los profesores Carlos Alberto Villalba y Delia Lipszyc, que “esta acción puede realizarse tanto mediante la introducción de dispositivos dentro o fuera de los aparatos (el *hardware*) como el *software*, porque la expresión ‘acción de eludir’ es suficientemente amplia y comprensiva”<sup>153</sup>

De manera similar, estos medios técnicos de protección se encuentran debidamente regulados por la LPI ecuatoriana<sup>154</sup>, concretamente en su artículo 25 donde se establece que:

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

Vemos que en la legislación ecuatoriana se realiza un detalle de los diferentes actos que pueden ser considerados como atentatorios a las medidas tecnológicas impuestas por los titulares de las obras para protegerlas del acceso no autorizado.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Villalba Carlos Alberto y Lipszyc Delia. El derecho de autor en Argentina. Buenos Aires. La Ley. 2001. p., 390. Citado por Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 161.

<sup>154</sup> Asimismo, la LPI ecuatoriana, en su artículo 325 literal d) impone sanciones para quienes violen de alguna manera las medidas tecnológicas de protección de las obras. Establece que: “Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de doscientos cincuenta a dos mil quinientas unidades de valor constante (UVC), tomando en consideración el valor de los perjuicios”.

<sup>155</sup> Dr. Barzallo José Luis; Ob.cit. p. 292.

De lo expuesto anteriormente, se puede determinar que las medidas tecnológicas son delimitadas por los siguientes elementos:

- ❑ Son mecanismos o dispositivos técnicos
- ❑ Su objeto es controlar y/o restringir el acceso y uso de las obras protegidas.
- ❑ Son facultad del titular del derecho de autor. Es decir, se debe contar con la autorización previa del titular de los derechos.

Conforme lo analizado, podemos decir que existen 2 tipos de medidas tecnológicas:

1. Las medidas tecnológicas de control o restricción de acceso a la obra, como por ejemplo las codificación o encriptación<sup>156</sup>, contraseñas o passwords, sistema de claves de acceso (obtenida a cambio de un pago determinado o a través de suscripciones mensuales o anuales; usadas en los sistemas de televisión por cable ). Generalmente requiere que el usuario adquiera una clave para tener acceso a la obra.
2. Las medidas tecnológicas de control de usos sobre las obras intelectuales, tales como los dispositivos anticopia, sistemas de exclusión de reproducción<sup>157</sup>, inclusión de limitaciones en la obra (sistemas de marcas de agua). En estos casos, el usuario tiene acceso a la obra pero se restringe o dificulta la reproducción completa de la obra o su comunicación al público.

Las medidas tecnológicas de protección son una de las respuestas de carácter técnico que surgen frente a la violación de los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras intelectuales en el entorno digital.<sup>158</sup> Es decir, los autores, productores, distribuidores, etc., se han visto obligados a usar los avances tecnológicos como medidas de protección y así

---

<sup>156</sup> El encriptamiento transforma la información a través de una técnica denominada criptografía, mediante la cual el contenido resulta indescifrable para cualquier persona; solo quien posea una clave adecuada podrá descifrar los datos. Otra aplicación son las firmas digitales, útiles para impedir el acceso a las obras a personas no autorizadas.

<sup>157</sup> Son dispositivos tecnológicos que impiden la reproducción de discos compactos en los ordenadores y otros equipos para evitar la reproducción de copias no autorizadas.

<sup>158</sup> Delpech Horacio Fernández; Ob. cit. p. 3.

controlar la copia y distribución de sus obras ya sea a través de Internet, del ordenador o de cualquier otro dispositivo digital.

Sin embargo, las medidas tecnológicas de protección bajo ningún concepto deben suponer un obstáculo para la investigación; es decir, deben respetar el principio de proporcionalidad y no prohibir aquellos dispositivos cuyo fin sea distinto de la elusión de la protección técnica.

Por otro lado, es necesario destacar tres aspectos que, en mi opinión, las medidas tecnológicas de protección deben contemplar para ser válidas y obtener entonces la protección de la ley. Comprende que toda medida tecnológica:<sup>159</sup>

- **Debe ser eficaz o efectiva.** Significa que el titular de la obra tiene el control absoluto de acceso a la obra. Es decir, no puede ser violada por terceros. Este criterio es tomado por los Tratados Internet y por la Directiva Europea.
- **No debe producir daño a los equipos de los usuarios.** Hace referencia a que los mecanismos técnicos implantados no deben ser defectuosos y producir daños a los equipos; caso contrario se deberá resarcir por los daños causados.
- **No puede invadir la privacidad de los usuarios.** Sin duda alguna, entre la medida tecnológica y la privacidad del usuario, debe primar siempre la privacidad de este, aunque con ello se desproteja a la obra.<sup>160</sup>

Es importante destacar que ni bien se desarrollan medidas tecnológicas de protección, surgen a la par diversos mecanismos destinados a violar esas medidas tecnológicas<sup>161</sup>. A esta actividad,

---

<sup>159</sup> Delpech Horacio Fernández; “Desafíos de Internet en la época actual”. La protección contra las medidas tecnológicas de protección y los Tratados Internet de la OMPI; Conferencia de Clausura del XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Buenos Aires – Argentina. Octubre 2011; [www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMOIX-MEMORIAS.doc](http://www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMOIX-MEMORIAS.doc)

<sup>160</sup> Un interesante caso al respecto es la utilización como parte de la medida tecnológica de protección de cookies, que obtienen y difunden informaciones personales del usuario y violan de esta forma su privacidad

<sup>161</sup> A estos actos elusivos se los ha denominados "hacking" (ataque), e implican la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar o eliminar su finalidad protectora.

que implica la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar su finalidad protectora, se la llama "*actividad elusiva*", y lamentablemente a veces va tan, o más rápido, que la creación de la medida tecnológica.<sup>162</sup>

El nuevo sistema de protección internacional de los derechos de propiedad intelectual que se origina a partir del TODA y TOIEF, está integrado por tres componentes fundamentales<sup>163</sup>:

- El derecho de propiedad intelectual de los autores extendido y adecuado al entorno digital.
- La medidas tecnológicas de protección.
- La protección jurídica contra la elusión de esas medidas tecnológicas de protección.

Esta protección jurídica frente al acto elusivo está dirigida fundamentalmente<sup>164</sup>:

- ✓ A prohibir tales actos elusivos;
- ✓ A prohibir y/o controlar los dispositivos que puedan utilizarse para tal fin.<sup>165</sup>
- ✓ A regular las limitaciones y excepciones a la protección contra los actos elusivos en determinados casos en que el acto de elusión de la medida tecnológica esta o debe estar permitido por la ley.

Lo interesante y “el éxito de las medidas de protección técnica se debe a que, aun pudiendo ser burlada por los usuarios con altos conocimientos informáticos, las inversiones y los esfuerzos que esta labor acarrearía para el infractor de los derechos de propiedad intelectual serían altos, y ello hace que resulte más compensable adquirir una copia legal del producto”.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> Delpech Horacio Fernández; Ob. cit. p. 5.

<sup>163</sup> Delpech Horacio Fernández; Ob. cit. p. 7.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> Existen dispositivos o servicios con múltiples usos, muchos de ellos lícitos. Son prohibidos aquellos dispositivos o servicios que han sido especialmente diseñados o producidos con la única o principal finalidad de eludir un mecanismo de control de acceso o de copia. Por tanto, se excluye de la prohibición a los dispositivos que tengan otros usos comerciales significativos que no sean de elusión.

<sup>166</sup> Alvarez, Belén; Gabeiras, Patricia; Muñoz Emma. “Protección de los Contenidos en el Internet”, Colección Derecho de las Telecomunicaciones, Régimen Jurídico del Internet, La Ley-Actualidad S.A., 2002.

### 3.4 LA INFORMACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS TRATADOS DE LA OMPI.

En cuanto a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, el artículo 12 inciso 2 del TODA (y el 19 inciso 2 del TOIEF en igual sentido) expresa que “*información de gestión*” es toda aquella información electrónica que: [a] identifica la obra; [b] al autor de la obra; [c] al titular de cualquier derecho sobre la obra; [d] cualquier otra información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras; y [e] todo número o código que represente tal información. Además, para ser considerada información sobre la gestión, todas estas informaciones (o elementos de la gestión) deben estar adjuntos a un ejemplar de una obra o deben figurar en relación con la comunicación al público de la misma. Vale decir, se incluyen en esta referencia todas las formas de expresión que decidan los autores para ejercer sus derechos.<sup>167</sup>

De vital importancia resulta la anterior disposición para la difusión de las obras en Internet, puesto que la protección de tales datos resulta fundamental para que los derechos morales y patrimoniales que tiene el autor sobre su obra sean de público conocimiento, así como el alcance de los mismos y la forma cómo pueden los usuarios utilizar una creación. La información sobre la gestión de derechos usualmente es resguardada mediante mecanismos tecnológicos.<sup>168</sup>

A su vez, el artículo en su primera parte establece que las partes deberán disponer de recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa “*realice, induce, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el Tratado o Convenio de Berna*”: (1) suprima o se altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; y, (2) contra quien distribuya, importe para su distribución, emita o comunique al público ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

---

<sup>167</sup> Estas referencias pueden ser muy variadas. Pueden ser lenguajes, formatos, entornos, etc. Por ejemplo, HTML, XML, RDF, estándares, metadatos, etc. Entre otra información relevante, se describen el precio, las licencias, las condiciones de uso, los identificadores, los códigos que identifican las obras [isbn / issn, etc].

<sup>168</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 163.

Asimismo, en la «*declaración concertada*» respecto del artículo 12 (misma referencia en TOIEF) se define el alcance e interpretación de la gestión de derechos en el entorno digital. Se establece que las infracciones a las que hace referencia en cuanto a los derechos previstos por el “*Tratado o en el Convenio de Berna*”, incluye tanto los derechos exclusivos (comunicación, reproducción, transformación), como los derechos de remuneración (*droit de suite*<sup>169</sup>). Asimismo, conforme esta declaración las partes contratantes no pueden basarse en el articulado de los Tratados para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades o impedir el ejercicio de derechos en virtud del Convenio de Berna y de los Tratados de Internet.

En este escenario, Internet supone una verdadera oportunidad para que los titulares de derechos de autor y conexos controlen el destino de su obra y otras prestaciones intelectuales protegidas, gracias a que la misma tecnología permite poner la obra a disposición del público en las condiciones establecidas por el propio titular, mediante las medidas tecnológicas de protección.<sup>170</sup>

El verdadero reto es lograr una gestión eficiente y efectiva de los derechos de autor y derechos conexos en la red. Los Tratados Internet, a los que hemos aludido ya varias veces, constituyen una sólida estructura jurídica para proteger los contenidos en el entorno digital.

Existen varios sistemas de protección que se dirigen a identificar los contenidos de las obras, pero ello no significa que las protejan contra usos ilícitos. Por ejemplo, existen las denominadas marcas digitales, que son sellos invisibles incorporados en los ejemplares lícitos de una obra, y pueden ser efectivas en la lucha contra de la piratería en el entorno digital.

---

<sup>169</sup> En virtud del derecho de seguimiento o *droit de suite*, el autor puede solicitar parte de los ingresos que se obtienen en cada nueva venta pública de los originales de obras de bellas artes. Debe tratarse de ventas efectuadas durante el término de duración de la protección del derecho de autor. La Decisión Andina 351 de 1993 determina al respecto en el artículo 16 que “los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en las obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho”. La legislación ecuatoriana, artículo 38 LPI, hace referencia no solo a la reventa de artes plásticas, sino incluye también los manuscritos originales del escritor o compositor.

<sup>170</sup> Torres Mónica. Ob. Cit. s/p.

En relación al tema, la ley ecuatoriana sobre propiedad intelectual, en el artículo 26, establece que constituyen violación de derechos, cualquiera de los siguientes actos:

*“Remover o alterar, sin la autorización correspondiente, información electrónica sobre el régimen de derechos; y,*

*Distribuir, importar o comunicar al público el original o copias de la obra sabiendo que la información electrónica sobre el régimen de derechos ha sido removida o alterada sin autorización;*

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

Adicionalmente, el Art. 324 de la LPI de Ecuador sanciona con pena de prisión de tres meses a tres años y multa de 500 a 5000 UVC, a quienes pongan a disposición de terceros reproducciones de obras en las cuales se ha alterado la información sobre la gestión de derechos.

En cuanto a la comercialización en línea de contenido protegido se han desarrollado los «Sistemas de Gestión Digital de los Derechos de Autor», más conocidos por sus siglas en inglés: DRM (Digital Rights Management)<sup>171</sup>. Generalmente incorporan uno o varios sistemas de identificación y una o varias medidas tecnológicas de protección. Hasta el momento, la mayoría de ellas se han desarrollado para el mercado de la música y de la producción audiovisual. Los sistemas DRM se utilizan tanto para proteger el contenido, como para su comercialización, distribución y mercadeo. Los DRM establecen las condiciones y términos de uso: cómo, quién, cuánto, dónde, en qué forma. Un ejemplo son los DRM-Fairplay, sistema desarrollado para el Ipod, que se diseñó para permitir sólo tres reproducciones para los usuarios legítimos. También existen aplicaciones que no necesariamente involucran un pago.

---

<sup>171</sup> Son tecnologías utilizadas para la gestión de los derechos mediante sistemas que difunden y gestionan la utilización de las obras protegidas.

Por ejemplo, los préstamos bibliotecarios digitales, en los cuales el rol del DRM es simplemente regular el término del préstamo.<sup>172</sup>

Finalmente cabe hacer mención a la frase de Spurgeon que, siendo sencilla es bastante esclarecedora:

*“... el hecho de que la tecnología permita a los automóviles alcanzar velocidades muy por encima de los límites de velocidad permitidos, no legitima el hecho de conducir con exceso de velocidad. Análogamente, el hecho de que la tecnología permita que una persona descargue con toda facilidad y reproduzca la grabación de una obra musical en soporte digital y la venda en la calle o la comparta con sus compañeros en un contexto en línea no significa que esta actividad sea legal, ni que deba serlo”.*<sup>173</sup>

### **3.5 EXCEPCIONES Y LIMITACIONES DEL DERECHO DE AUTOR EN LOS “TRATADOS INTERNET” DE LA OMPI.**

Con la finalidad de que se cumplan las condiciones de equidad necesarias que aseguren la eficacia de la ley, el Convenio de Berna a través de su Art. 9.2, impulsó la tendencia de que los límites o excepciones a los derechos de propiedad intelectual sean facultades privativas de los Estados.

Sin embargo, con el desarrollo tecnológico han existido mayores infracciones y abusos contra la normativa intelectual, por lo que, la OMPI reconoció la necesidad de incluir este aspecto dentro de sus Tratados (sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas); regulando las limitaciones y excepciones del derecho de autor y extendiendo su aplicación no solo al derecho de reproducción sino a todos los derechos del autor.

En este contexto, se dispuso dentro del artículo 10 del TODA lo siguiente:

*“1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas*

---

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> SPURGEON, Paul: “¿Autorizar o limitar?. Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor”. Ob. Cit. p. 7.

*en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

*2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*

A este respecto, se adoptó una «*Declaración Concertada*» a dicho artículo, cuyo texto señala:

*“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 [del TODA] permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) [del Tratado] no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.”<sup>174</sup> (el subrayado es nuestro).*

Cabe mencionar, que en el caso del TOIEF se regula en el Art. 16, y su declaración concertada sobre las limitaciones y excepciones se aplica *mutatis mutandis*<sup>175</sup> de la declaración establecida para el Art. 10 del TODA. Es decir, que respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas se deben establecer limitaciones de la misma naturaleza que las previstas con respecto a la protección del derecho de autor (Art. 15,2 Convención de Roma).

Por consiguiente, varias legislaciones de los países de América Latina de reciente promulgación, disponen expresamente que “*todas las excepciones y límites establecidos en esta ley para el derecho de autor, serán también aplicables a los derechos conexos*” (u otra frase equivalente) y en otras mediante una disposición más general por la cual “*las normas relativas a los derechos de autor se aplican, en lo que corresponda, a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores fonográficos y de las empresas de radiodifusión*” o alguna expresión similar.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas; OMPI; [http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct\\_wppt/pdf/wct\\_wppt.pdf](http://www.wipo.int/copyright/es/activities/wct_wppt/pdf/wct_wppt.pdf); p. 9

<sup>175</sup> Mutatis Mutandis: cambiando lo que deba cambiarse. Se aplica a casos muy similares cuya diversidad secundaria no se especifica por ser muy notoria.

<sup>176</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE. OMPI-SGAE/DA/ASU/05/1. Ob. cit., p. 15.

La Declaración en mención proyecta la importancia de la existencia de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, como medios para proteger los derechos de la comunidad y fomentar la educación, ciencia y cultura, que deben protegerse acuerdo al derecho de autor y de acuerdo a estándares internacionales de protección a las libertades básicas de las personas. Pero lastimosamente estas normas no otorgan pautas de solución a las problemáticas que se pudieran presentar.

De manera general, puede señalarse que las limitaciones previstas al derecho patrimonial en las leyes de los países latinoamericanos, aunque no todas se hallen en cada una de ellas, están dirigidas a la satisfacción de intereses compatibles con los “*usos honrados*”, por ejemplo:

Por motivos de interés público, para satisfacer las necesidades colectivas a la información, para fines didácticos o de enseñanza, por razones humanitarias, para satisfacer necesidades particulares o de interés privado en el ámbito doméstico como el derecho de cita, y otras utilizaciones que puedan resultar “benignas” y ajustados a los usos honrados, como las grabaciones efímeras, la reproducción de obras artísticas situadas permanentemente en lugares públicos, entre otros ejemplos; siempre y cuando no exista un fin lucrativo o pecuniario<sup>177</sup>.

El principio de los “*usos honrados*” implica que las limitaciones al derecho de explotación exclusivo del autor están sometidas al régimen del “*numerus clausus*”, de manera que, como lo disponen algunas leyes y reglamentos de países que forman parte de ese sistema, la interpretación de los límites previstos normativamente debe ser restrictiva.<sup>178</sup>

A pesar que la existencia de los tratados internacionales que los países han adoptado como legislación interna, es competencia de la legislación de cada Estado determinar las limitaciones y excepciones de los derechos exclusivos de los autores, en las nuevas tecnologías. Sin embargo, la disposición antes mencionada no da apertura a la posibilidad de elaborar excepciones en el entorno digital a fin de frenar posibles lesiones al derecho de autor;

---

<sup>177</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE/DA/ASU/05/1. *El Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (Toda/Wct) y sobre Interpretación o Ejecución Y Fonogramas (Toief/Wppt)*. Ricardo Antequera. [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_1.pdf)

<sup>178</sup> XI Curso Académico Regional OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2. “*Las limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital*”; Ricardo Antequera. p. 9.

puesto que los Tratados de la OMPI se abstienen de enumerar excepciones concretas, y simplemente establecen la aplicación de la "regla de los tres pasos" contemplada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna:

- 1. Que se trate de un caso especial.** Esto significa, en primer lugar, que cualquier excepción o limitación debe limitarse en su alcance, es decir, que no puede generar un impacto general (*aplicación restrictiva*). En segundo lugar, debe existir una justificación específica y razonable, tal como la libertad de expresión, la información pública, la educación pública. En resumen, no pueden reducirse los derechos de los autores arbitrariamente.<sup>179</sup>
- 2. Que no atenten contra la normal explotación de la obra.** La expresión «normal explotación» debe entenderse referida a todas las formas de explotación de una obra, que tienen o “pueden probablemente adquirir una importancia práctica o económica considerable”, es decir, que en estos casos no puede establecerse limitación alguna.<sup>180</sup> Las limitaciones deben aplicarse una vez que la obra ha sido divulgada.
- 3. Que no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor o titular del derecho.** El término “intereses legítimos” es considerado como “intereses legales”. Cualquier excepción al derecho de reproducción inevitablemente perjudicará los intereses de los autores, por tanto, se deberá considerar el alcance admisible de las excepciones. “*Tal perjuicio se justifica en pro de la defensa de la libre expresión, el derecho a la cultura, a la información, a la educación, entre otros*”.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Torres Mónica; “*El derecho de autor y las tecnologías de la información y comunicación*”; Revista Pensar el Libro 6; CERLALC; Foro Iberoamericano sobre el libro, la lectura y las bibliotecas en la sociedad del conocimiento, 2009; [http://www.cerlalc.org/revista\\_junio/fichas/espanol/derecho\\_autor.pdf](http://www.cerlalc.org/revista_junio/fichas/espanol/derecho_autor.pdf)

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> Rodríguez Moreno Sofía, Ob. cit., p. 72-73.

En relación al tema, Fícsor, señala que “*si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras, el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente son aceptables en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres niveles*”<sup>182</sup>

Cabe eso sí señalar que “las condiciones de la explotación normal de las obras, interpretaciones y fonogramas son diferentes en un entorno digital de las condiciones en un entorno tradicional y analógico, y el alcance donde perjuicio irrazonable puede causarse a los legítimos intereses de los titulares de derechos puede también cambiar. Así, la aplicabilidad y extensión de las limitaciones y excepciones «existentes» deben ser revisadas cuando ellas son «trasladadas» al entorno digital. El resultado de tal revisión puede ser que el alcance de aplicación de las limitaciones y excepciones sea reducido (o, tal vez justamente lo opuesto, como lo subraya la declaración concertada, en algunos aspectos especiales ampliado)”.<sup>183</sup>

Nótese, sin embargo, que “el entorno digital plantea la necesidad de reflexionar de qué manera algunas limitaciones previstas para el mundo analógico, pueden resultar lesivas a los legítimos intereses de los creadores y demás titulares de derechos, con el auxilio de esa moderna tecnología, del mismo modo que la incorporación de nuevos límites debe tener como norte el adecuado equilibrio de los diferentes sectores en tensión, de manera tal que esa ampliación de las excepciones no termine por desalentar la creatividad y el desarrollo de las industrias culturales, del entretenimiento y de la información, con lo cual nadie ganaría y, menos aún, la propia colectividad, ni el derecho de todos al disfrute de nuevos bienes intelectuales que se generan gracias a una protección efectiva”.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Fícsor, Mihály, “Limitaciones y Excepciones en el Ámbito Digital”, IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, Panamá, 2004, p.p. 235.

<sup>183</sup> FÍCSOR, Mihály: “*La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital*”. Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo). Panamá, 2002, p. 13.

<sup>184</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE. OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2. Ob. cit., p. 11.

Sin duda, como manifiesta Lipszyc aunque “*las excepciones a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra*”; por ello, es importante que exclusivamente aquellas excepciones justificadas por interés público, como son los usos con fines educativos o de investigación científica, deban mantenerse en el entorno digital en los mismos términos del entorno analógico.

### **3.6 LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ECUATORIANA Y EL ENTORNO DIGITAL.**

La legislación ecuatoriana sobre propiedad intelectual ha evolucionado y se ha adaptado a los cambios impuestos por la tecnología digital. Así, encontramos que algunos de los principios y facultades que otorga el derecho de autor y derechos conexos a los autores o titulares de los derechos, han sido adecuados a las nuevas realidades que presentan las redes digitales tales como Internet.

De esta manera, la aplicación o ámbito del derecho de comunicación pública se encuentra apropiado además del entorno analógico, para un entorno digital.

*“La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, define en el Art. 22 al acto de comunicación pública como aquel en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Entre los actos que comprende el derecho de comunicación pública señalados en esta disposición legal, se encuentra la radiodifusión de las obras por medios inalámbricos (microondas-vía satélite), de forma que sirvan para difundir los signos, sonidos o imágenes, o la representación digital de éstos; y, la transmisión de las obras por cable, fibra óptica, o cualquier otro procedimiento análogo”.*<sup>185</sup>

De manera similar, “nuestra Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de reproducción se encuentra adecuada al entorno digital, al señalar expresamente que la reproducción comprende la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier

---

<sup>185</sup> Argudo Carpio, Esteban; Ob. cit., p. 193.

procedimiento, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella”<sup>186</sup>.

Siguiendo este lineamiento, nuestra normativa jurídica establece, asimismo, la posibilidad de implantar medidas tecnológicas que impidan la reproducción y distribución no autorizadas de contenidos, con la finalidad de resguardar las creaciones intelectuales expuestas en el ciberespacio. Así pues, el Art. 25 de la LPI señala de manera específica que:

*“El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles o intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. Los actos de importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios, puesta en circulación o cualquier otra forma de facilitación de aparatos o medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios de protección (...).”*

Paralelamente, nuestra normativa jurídica procura hacer frente a la violación y transgresión que sufre el derecho moral y patrimonial a través de la copia, reproducción y transformación de obras protegidas en el entorno digital. De esta forma, nuestra LPI, a través del Art. 26, prohíbe la alteración de la información sobre gestión de derechos, estableciendo que:

*“También constituyen violación de los derechos establecidos en este libro cualquiera de los siguientes actos:*

*Remover o alterar, sin la autorización correspondiente, información electrónica sobre el régimen de derechos; y,*

*Distribuir, importar o comunicar al público el original o copias de la obra sabiendo que la información electrónica sobre el régimen de derechos ha sido removida o alterada sin autorización;*

*(...).”*

Por otro lado, dentro de las infracciones que se producen en las redes digitales es evidente la responsabilidad del proveedor de servicios de alojamiento, cuando éste, conociendo su ilicitud o habiendo podido conocerla, permite que a través de los servicios que presta se cometan hechos ilícitos, puesto que mediante este comportamiento (culposo o negligente) se coloca en

---

<sup>186</sup> Idem.

situación de cooperador de la ilicitud y de responsable de la misma, por la acción de mantener el servicio o por la omisión de no proceder a su cese en forma oportuna.<sup>187</sup>

Esta situación implica que los proveedores de servicios *en línea*, hoy por hoy, se encuentran involucrados en la entrega de contenidos *en línea* a los usuarios finales. De ahí que, “la descripción de las funciones de los proveedores de servicios en línea permite advertir que – independientemente de las infracciones que ellos pueden llevar a cabo por si mismos– su actividad implica o permite la transgresión de los derechos de autor y conexos por parte de sus clientes, razón por la cual resulta indispensable establecer qué participación tienen y el grado de responsabilidad que les cabe por las lesiones a tales derechos, aún cuando sean realizadas por sus clientes...”<sup>188</sup>

Existen países que establecen una regulación específica de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. Otros no cuentan con esta regulación y aplican las disposiciones del derecho común.

Nuestra legislación sobre propiedad intelectual, en cuanto a la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, estipula en el Art. 292 lo siguiente:

*“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.*

---

<sup>187</sup> Schuster Vergara, Santiago, conferencia sobre “Responsabilidad legal en las redes digitales”, Santiago de Chile, 1999, no publicada. Citado por: XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE/DA/ASU/05/07 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina. “el derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital”. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: Análisis de la Jurisprudencia Internacional. Delia Lipszyc. [www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf). OMPI. 2005. p. 22.

<sup>188</sup> XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE/DA/ASU/05/07. Ob cit.p.7.

*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.”*

En cuanto a las sanciones penales, como fue señalado anteriormente, el Art. 324 de la LPI del Ecuador sanciona con pena de prisión de tres meses a tres años y multa de 500 a 5000 UVC, a quienes pongan a disposición de terceros reproducciones de obras en las cuales se ha alterado la información sobre la gestión de derechos.

Asimismo, el Art. 325 literal d) de la LPI del Ecuador, señala que serán aplicables contra las personas que violen de alguna manera las medidas tecnológicas de protección de las obras.

*“ Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de doscientos cincuenta a dos mil quinientas 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) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.”*

Nuestra LPI cuenta con principios universales encaminados a brindar protección del derecho de autor y derechos conexos tanto en el entorno analógico como en las nuevas realidades tecnológicas. Cuenta con armonización internacional, y reconoce la importancia del derecho de autor, por tanto otorga al titular la facultad única y exclusiva de autorizar o defender su obra frente a terceros.

### **3.7 NUEVOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ECUADOR**

El derecho de autor es, ante todo, el más efectivo medio de promoción, enriquecimiento y difusión de la herencia cultural de un país, pues el desarrollo de la creatividad artística e

intelectual de los pueblos depende directamente del nivel de protección que un estado conceda a las obras del ingenio y el talento humano.<sup>189</sup>

Los derechos de autor en el Ecuador, tienen protección constitucional [artículo 22] y legal [LPI], de manera que los titulares de los derechos de autor gozan de una serie de prerrogativas que legalmente les son otorgados a fin de hacer valer sus derechos. De manera, que el titular tiene la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la reproducción, distribución, adaptación y transformación de una obra, durante su vida y 70 años después de su muerte (Art. 80 LPI). Sin embargo, “muchos hacen uso de las obras o creaciones intelectuales, cada vez que lo requieren, sin reconocer o recompensar el esfuerzo de su creador y utilizan las obras sin solicitar las correspondientes autorizaciones”.<sup>190</sup>

Nuestra legislación sobre propiedad intelectual es bastante completa, abarca los principales aspectos que tienen que ver con el derecho de autor y derechos conexos. Al mismo tiempo constituye un avance importante en lo que se refiere a las condiciones de protección de los derechos intelectuales. Sin embargo, el “*Derecho como el conjunto de normas jurídicas que regula la conducta de los hombres, en sus relaciones sociales, debe de adaptarse continuamente a los cambios que se producen con motivo de la utilización de las nuevas tecnologías, debiendo internet ser materia de estudio del Derecho por su contenido y trascendencia en la sociedad*”.<sup>191</sup>

Considerando que el derecho está llamado a acoplarse a las realidades y el contexto en el que regula las relaciones sociales; resulta importante, que nuestro ordenamiento jurídico de protección de los derechos de propiedad intelectual se actualice y adecue gradualmente junto con las innovaciones tecnológicas que continuamente se presentan, a fin de hacer frente a los desafíos impuestos por las nuevas tecnologías y brindar una adecuada protección a los derechos intelectuales expuestos en el mundo virtual.

---

<sup>189</sup> “Los derechos intelectuales del autor y del editor”; [http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol9\\_2\\_02/aci12201.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol9_2_02/aci12201.htm)

<sup>190</sup> Nadia Rubi; Ob. cit. s/p.

<sup>191</sup> Lemus Chavarría Ana Lorena; s/p.

Por otro lado, los Estados deben ser conscientes del valor de futuro que supone una ciudadanía con un alto nivel cultural. La importancia, respeto y valor que se otorgue a los derechos intelectuales son elementos vitales para el desarrollo de un país. El Ecuador, requiere fomentar una cultura colectiva que otorgue respeto a las obras protegidas y genere la creación de nuevas obras y producción cultural.

A pesar que contamos con una normativa sobre propiedad intelectual bastante moderna y de gran alcance, ésta sin embargo requiere ser embestida de eficacia o practicidad. Es decir, precisa promover el respeto a la creación intelectual, observancia de la normativa jurídica vigente y generar entornos de acceso lícito a la información, dando a conocer las obligaciones correlativas a los derechos que deberán ser respetados por terceros, a fin de evitar la violación de los derechos y creaciones intelectuales amparados por la Ley.

*“Como se ha señalado anteriormente, la adopción de una normativa adecuada resulta indispensable para crear un entorno favorable a la creación intelectual y a la inversión en la industria de la cultura. Esta normativa esta llamada, como uno de sus objetivos principales, a procurar la protección de la propiedad intelectual frente a la piratería, para que la progresiva difusión de ésta sobre todo en los formatos digitales en línea, dada la mayor disponibilidad que proporcionan de las obras protegidas, no actúe como elemento disuasorio de la creación de contenidos destinados a los nuevos sistemas multimedios, pues ello no sólo resultaría perjudicial para los autores, sino para los prestadores de servicios y para los propios consumidores, que verían limitadas sus posibilidades de disposición de obras.”<sup>192</sup>*

Por tanto, se requiere que el Estado tome seriamente en cuenta las actividades que se asocian con la serie de ilícitos vinculados con la piratería y el uso inadecuado de las nuevas tecnologías, con la finalidad de evitar la proliferación ilegal de las obras.

De ahí, la necesidad de que países como el nuestro, apliquen debida y eficientemente la normativa vigente a fin de de proteger y promover el ejercicio y administración de los derechos de autor, asegurando además a los autores o titulares de los derechos, una retribución justa por las creaciones intelectuales producto de su esfuerzo y trabajo, dignos de la protección y el reconocimiento jurídico que todo Estado debe garantizar.

---

<sup>192</sup> Ortiz Herrera Silvia, La obra digital y el derecho de reproducción, especial referencia a la copia privada, VI Jornadas Españolas de Documentación; [http://www.ciepi.org/fesabid98/Comunicaciones/s\\_ortiz.htm](http://www.ciepi.org/fesabid98/Comunicaciones/s_ortiz.htm)