

Quito, a 25 de julio de 2018

Doctor

Gonzalo Vaca Dueñas

**SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-**

Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 586-SJG-2018 de 19 de junio de 2017, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada "**Análisis sobre la afectación al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos a partir de la ampliación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCC + i)**", elaborada por la señorita **Michelle Francesca Navarro Armijos**, previo a la obtención del título de Abogada, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

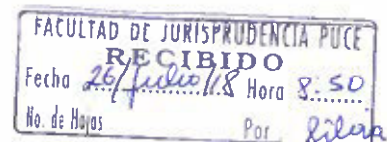
La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos y formales necesarios en este tipo de investigaciones académicas.

La investigación en particular analiza la normativa nacional e internacional respecto al tratamiento de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor y la doctrina del fair use. El planteamiento de análisis desde la óptica de protección de Derechos de Autor, respecto de las incorporaciones realizadas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación, aporta una perspectiva interesante y nos introduce en el debate sobre las nuevas limitaciones y excepciones de los derechos de autor incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Por los argumentos expuestos, considero que la tesis merece ser aprobada con la nota de NUEVE SOBRE DIEZ.

Atentamente,

  
Msc. Byron Robayo Arroyo  
**PROFESOR INFORMANTE**



*Sp. - Por favor a pasar  
a la capta del alumna*

Quito, D.M. a 29 de julio de 2018

Doctor  
Gonzalo Vaca  
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE  
Presente.-

De mi consideración:

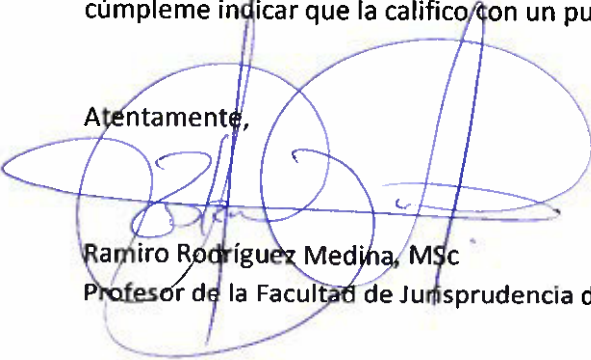
El trabajo de disertación denominado "Análisis sobre la afectación al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos a partir de la ampliación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación", realizado por la señorita Michelle Franchesca Navarro Armijos, presenta una descripción del régimen de limitaciones y excepciones en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos.

En primer lugar me referiré al aspecto formal, es así que durante la lectura y revisión del trabajo se pudo detectar errores tipográficos, los que se solicita sean corregidos. En lo que se refiere al fondo del trabajo, la tesina representa un ejercicio principalmente descriptivo del régimen de limitaciones y excepciones en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos; no obstante a lo largo de la tesis no se logra identificar de manera clara y explícita el análisis formulado por el estudiante respecto del problema jurídico que pretende abordar.

Si bien es importante mantener un adecuado desarrollo teórico, no es menos cierto que el propósito de los trabajos de disertación consiste en tener una hipótesis y buscar probarla a través de una postura sustentada en la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otras herramientas; situación que no ocurre en el trabajo en cuestión, lo que se evidencia de forma clara al leer las conclusiones y recomendaciones planteadas, las mismas que resultan obvias y poco desarrolladas.

Por las razones expuestas, luego de haber revisado la disertación previa a la obtención del título de abogado "Análisis sobre la afectación al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos a partir de la ampliación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación", realizado por la señorita Michelle Franchesca Navarro Armijos, cúpleme indicar que la califico con un puntaje de 7/10.

Atentamente,

  
Ramiro Rodríguez Medina, MSc  
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA

“Análisis sobre la afectación al derecho patrimonial de los titulares del  
derecho de autor y los derechos conexos a partir de la ampliación de las  
limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de  
la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación  
(COESCC + i)”

MICHELLE FRANCESCA NAVARRO ARMIJOS

DIRECTOR: DOCTOR ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO, 2018

## **DEDICATORIA**

A mis padres Jorge y Albita por su ejemplo, su amor y apoyo incondicional.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por todas las enseñanzas y experiencias en el ámbito académico y personal.

Al Dr. Esteban Argudo Carpio por el tiempo, la paciencia y dedicación brindada durante la realización de la investigación.

A mis amigos, por hacer de esta etapa, una de las más importantes e inolvidables de mi vida.

## RESUMEN

En la presente investigación se realizará un estudio y análisis relacionado con la afectación al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos a partir de la ampliación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCC + i). Para ello, es imperante revisar los criterios doctrinales, opiniones prácticas sobre el tema y la normativa vigente en el Ecuador sobre ello y especialmente las excepciones y limitaciones a los derechos de autor.

En este estudio, se describirán los antecedentes e instituciones jurídicas relacionadas con la propiedad intelectual, además se profundizará en el análisis de la derogada Ley de Propiedad Intelectual, la Decisión 351 de la Comunidad Andina y los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia, además para enriquecer la investigación se tendrá en cuenta el criterio emitido por el Dr. Ramiro Rodríguez, Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) sobre el tema de estudio.

Para poder llevar a cabo el estudio antes descrito, el trabajo de investigación estará compuesto por tres Capítulos eminentemente teóricos que permiten reflexionar y demostrar la necesidad de analizar los postulados estudiados. El Capítulo I denominado: “Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos en la doctrina y los tratados internacionales”, permitirá analizar desde el punto de vista doctrinario, los derechos patrimoniales y morales de los autores y lo que representan para estos, así como las principales regulaciones relacionadas con los límites y excepciones que constan en los instrumentos internacionales en materia de derecho de autor, tal como el Convenio de Berna, la Convención Universal sobre Derecho de Autor, la Convención de Roma, entre otros y se realizará un análisis de la regla de los tres pasos.

Por su parte, el Capítulo II está enfocado a estudiar las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y derechos conexos en el marco del COESCC+i, en el que se analizan las principales regulaciones sobre el tema reconocidos en la derogada Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, se examinan las regulaciones sobre el tema de estudio recogidas en la Decisión 351 de la Comunidad Andina y se estudia la

aplicación de dichas limitaciones y excepciones en la norma vigente, además de analizar los posibles efectos sobre los derechos de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos, derivados de la introducción del fair use.

Finalmente, el Capítulo III, está destinado a profundizar las limitaciones en el entorno digital, se estudian las regulaciones con respecto a las bibliotecas, el COESCC+i en el entorno digital y los medios de protección que se utilizan actualmente ante el desarrollo tecnológico para proteger a los titulares de los derechos de Autor y derechos Conexos.

## ABSTRACT

In this investigation will be carried out a study and an analysis, which is related to the damage of the patrimonial right of the copyright holders since the extension of the limitations and exceptions from the author rights COESCC + i (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación). For this reason, it has a huge importance to review the legal doctrine practical opinions on the subject and the actual ecuadorian law and especially the exceptions and limitations of copyright.

In this study, will be described the background and legal institutions related to intellectual property, in addition will be an in-depth analysis of the repealed Intellectual Property Law, "Decision 351" from the Andean Community and the international treaty also to complement this investigation, will be considered the criteria issued by Dr. Ramiro Rodríguez, National Director of Copyright and Related Rights, from the SENADI (Servicio Nacional de Derechos Intelectuales) on the subject of study.

In order to carry out the study described above, the research work will be made up of three eminently theoretical Chapters that will allow us to reflect on and demonstrate the need to analyse the postulates studied. Chapter I, entitled: "Limitations and exceptions to the economic rights of the holders of copyright and related rights in international doctrine and treaties", will make it possible to analyse, from a doctrinal point of view, the economic and moral rights of authors and what they represent for them, as well as the main regulations relating to the limits and exceptions contained in international copyright instruments, such as the Berne Convention, the Universal Copyright Convention and the Rome Convention, among others, and will provide an analysis of the three-step rule.

Meanwhile, Chapter II is focused on studying the limitations and exceptions to the economic rights of the holders of copyright and related rights in the framework of COESCC+i, which analyzes the main regulations on the subject recognized in the repealed Law on Intellectual Property of Ecuador, examines the regulations on the subject matter of the study contained in Decision 351 of the Andean Community and studies the application of these limitations and exceptions in the current law, as well as analyzing the possible effects on the rights of the holders of copyright and related rights arising from the introduction of fair use.

Finally, Chapter III aims to deepen the limitations in the digital era, the regulations respect to libraries, the COESCC + i in the digital era and the actual guarantee, which used in technological development in order to protect Copyright holders and Related Rights are studied.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>CAPITULO I</b> .....	10
<b>Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos en la doctrina y los tratados internacionales</b> .....	10
<b>1.1. Contenido de los derechos de autor: Derechos morales y patrimoniales</b> .....	10
<b>1.1.1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas</b> .....	20
<b>1.1.2. Convención Universal Sobre Derechos de Autor</b> .....	23
<b>1.1.3. Convención de Roma</b> .....	24
<b>1.2.4. Convenio de Ginebra</b> .....	25
<b>1.2.5. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)</b> .....	26
<b>1.2.6. Tratado de la OMPI</b> .....	27
<b>1.2.7. Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)</b> .....	28
<b>1.3. La regla de los tres pasos</b> .....	30
<b>CAPITULO II</b> .....	35
<b>Análisis de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y derechos conexos en el marco del COESCC+i</b> .....	35
<b>2.1. Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial en la derogada Ley de Propiedad Intelectual y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina</b> .....	35
<b>2.1.1. Decisión 351 de la Comunidad Andina</b> .....	38
<b>2.2. La aplicación de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial en el COESCC+i</b> .....	40
<b>2.3. Posibles efectos sobre los derechos de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos, derivados de la introducción del fair use</b> .....	52
<b>CAPITULO III</b> .....	55
<b>Limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales en el Entorno Digital</b> .....	55
<b>3.1. El entorno digital</b> .....	55
<b>3.2. Consideraciones sobre las limitaciones en el entorno digital</b> .....	60
<b>3.3. Las bibliotecas en el entorno digital</b> .....	64
<b>3.4. El entorno digital</b> .....	65
<b>en el COESCC+i</b> .....	65
<b>3.5. Los medios de protección en el entorno digital</b> .....	68
<b>CONCLUSIONES</b> .....	72

Bibliografía .....	74
<b>ANEXOS</b> .....	<b>79</b>

## INTRODUCCIÓN

En el año 2016, con la promulgación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e Innovación, más conocido como Código Ingenios, se introducen cambios innovadores al sistema de propiedad intelectual en el Ecuador, entre los cuales encontramos la ampliación de limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de autor, que por ser motivo de análisis en esta investigación será desarrollado a lo largo de este estudio.

Para entender las implicaciones de estos cambios, es importante tener claros los conceptos de las figuras que fueron modificadas en su momento, por tal razón, cabe mencionar que el derecho patrimonial de autor o de disfrute económico, tiene como contenido la facultad del autor o del titular de derecho de hacer uso de la obra, de autorizar su uso por un tercero o de ceder total o parcialmente las prerrogativa de uso sobre la misma; tales facultades se ejercen en relación a su interpretación o ejecución.

Desde el punto de vista del derecho patrimonial, el derecho de autor ha tenido una función económica privilegiada, que consiste en facilitar la distribución de las obras en el mercado, autorizando el uso legítimo de las obras, el ámbito de utilización y las condiciones económicas de uso. De esta manera el derecho patrimonial ha sido una herramienta eficaz para dar valor a las obras en el mercado y con ello facilitar su circulación.

No obstante, existen ocasiones en las que el interés público es excepcionalmente superior al autor o titular de la obra, para lo cual la ley instituye límites a la norma general, estableciendo casos aislados y bien determinados en los que se faculta a terceros el uso o explotación de una obra autoral, sin ser necesaria una autorización previa por parte del autor, e incluso sin ser necesario el pago de regalías, ya que las leyes de derecho de autor fueron pensadas y articuladas sobre la base de esta íntima relación entre la protección de las obras y el desarrollo cultural.

Las limitaciones y excepciones tienen relación directa con derechos humanos tales como la libertad de expresión, información, acceso a la cultura y educación, de allí la importancia del tema y la necesidad de encontrar mecanismos de armonía, equilibrio y protección, pero para obtener una protección eficaz, no se deben tomar en cuenta únicamente lo derechos antes

mencionados, sino que también se debe tener presente el tema de las limitaciones y excepciones en el ámbito digital, ya que con los constantes avances tecnológicos, la normativa se debe ir adecuando a las nuevas tendencias y situaciones que surgen a partir del desarrollo social, para precautelar los derechos de los titulares.

Es por ello que la ampliación de las limitaciones y excepciones, la introducción de la figura del fair use y las medidas de protección en el entorno digital, son el objeto de estudio de esta investigación, por su gran relevancia jurídica y los cambios a los que se han sometido estas instituciones a partir de la promulgación de la vigente ley

## CAPITULO I

### **Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos en la doctrina y los tratados internacionales.**

#### **1.1. Contenido de los derechos de autor: Derechos morales y patrimoniales**

Para comenzar el estudio de las limitaciones y excepciones a los derechos de los titulares del derecho de autor, se debe realizar un análisis general del derecho de autor. Para autores como Lipszyc (2013, pág. 19) este derecho está conformado por derechos de tipo subjetivos que posee el autor como resultado de su actividad creativa que pueden manifestarse en obras literarias, musicales, científicas, artísticas y muchas otras formas.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2005), reconoce los denominados “derechos de autor” desde dos vertientes; el que abarca la protección de los derechos sobre las obras; y, los derechos conexos dentro de estos, el derecho de los intérpretes, productores medios de comunicación y de todas aquellas maneras que lleven a cabo la ejecución de las obras, y por tal motivo gozan de protección desde el punto de vista legal. Los derechos de autor y los derechos conexos están estrechamente relacionados a través de una legislación común.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e innovación (2016) en el artículo 102 reconoce de manera genérica, que los derechos de autor surgen y se protegen por el solo acto de crear una determinada obra. En tal virtud, el derecho de autor está estrechamente relacionado a la creación en cualquiera de sus manifestaciones y genera tanto derechos morales como patrimoniales. Los morales, inherentes a la persona del autor, son realmente derechos muy personalísimos; y por otro lado los patrimoniales, que son más bien de orden pecuniario. (Ycaza, 2015, pág. 228)

Los derechos morales, son aquellos que atendiendo a su definición y naturaleza son valorados por González como:

La naturaleza jurídica del derecho moral del autor es la de derecho de la personalidad, en virtud de que dicho derecho tiene su origen y fundamento en la personalidad del autor, ya que es su personalidad creadora, existente potencialmente en todo el mundo, la que da como resultado la

obra intelectual, por lo que ésta es considerada como reflejo de esa personalidad y en ocasiones ese reflejo es tan marcado que es posible identificar al autor, aun cuando éste se esconda tras el anonimato. (González, 1993, pág. 88)

Esta cita muestra el carácter propio de la obra con respecto a su autor, atendiendo a que es su creación y en virtud de ello nacen los derechos que este posee sobre la misma, como reflejo de su personalidad y sus intereses en sí, correspondiendo a algo personal e inalienable.

Otra de las características esenciales de los derechos morales es que estos no se pueden ceder, vender o transferir y son independientes de la licencia de la obra ya que incluso siendo de dominio público, los derechos morales del autor deben ser reconocidos. (Bercovitz, 2012, pág. 104)

Antonio Pazmiño Ycasa (2015, pág. 227) indica que los derechos morales son los siguientes:

- 1. Divulgación:** El derecho a conservar o divulgar la obra inédita, lo que significa que solo el posee la facultad de hacerlo en el momento que desee.
- 2. Paternidad:** Hacer valer la paternidad de la obra en cualquier momento, así como requerir que su nombre o seudónimo se mencione cada vez la obra sea utilizada de manera normal.
- 3. Integridad:** Oponerse a que su obra sea objeto de mutilación, alteración, deformación o se le realice cualquier cambio que afecte la obra o al autor desde el punto de vista de su reputación.
- 4. Retracto o Arrepentimiento:** Este derecho se funda en el principio por el cual la obra es una emanación del pensamiento del autor, quien puede rectificar posiciones o desistir de ideas u opiniones expresadas con anterioridad.
- 5. Acceso:** En caso de que la obra cuyo soporte esté en poder de un tercero, su autor podrá tener acceso al ejemplar único o raro de la obra, pudiendo ejercer su derecho a la divulgación o cualquier otro derecho.

En el artículo 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e innovación (2016) se reconocen los derechos morales de los autores o causahabientes, los cuales están estrictamente vinculados con la creatividad de la obra, es por

ello que la norma establece que este derecho es de carácter irrenunciable, inembargable, inalienable e imprescriptible para el autor. Entre estos derechos se encuentran:

1. Conservar la obra inédita o divulgarla;
2. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra;
3. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,
4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este último derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al legítimo poseedor o propietario, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Los derechos morales mencionados en los numerales 2 y 4 tendrán el carácter de imprescriptibles. Una vez cumplido el plazo de protección de las obras, los derechos contemplados en los numerales 1 y 3, no serán exigibles frente a terceros.

Los derechos patrimoniales se consideran derechos subjetivos, toda vez que otorgan a las personas determinadas facultades de tipo jurídica que le permiten reclamar estos derechos en un momento determinado ante el poder público. Según Reinoso (2008) los derechos subjetivos son todos aquellos que conforman el patrimonio de los sujetos y que se encuentran en el comercio jurídico a los que se pueden acceder y son susceptibles de prescripción.

Este conjunto de derechos está formado por los derechos reales, y generan facultades que están reguladas por la normativa jurídica, lo que da lugar a que se abran posibilidades legales de obtener determinados beneficios patrimoniales tanto de forma directa a través de un bien o cosa, perfeccionándose en este caso un derecho real y de manera indirecta una prestación que un sujeto realiza en favor de su acreedor para constituir un derecho personal. (Parilli, 1998, pág. 518)

Para Ducci (1994) los derechos patrimoniales están divididos en derechos reales, personales e intelectuales. En este último derecho debe tomarse en cuenta que se consideran derechos de propiedad intelectual de manera general, aquel grupo de derechos que puede poseer una persona natural o jurídica sobre su creación, en este caso sobre determinados inventos, obras de arte, diseño industrial, un signo distintivo y según Bolaños (2007) este derecho es visto en dos aristas: el derecho de utilización y el de prohibir a un tercero que haga uso de él.

Con respecto a esto, se puede decir que la propiedad intelectual es muy amplia y está dirigida fundamentalmente hacia la titularidad de bienes de naturaleza intangible, incorporal de distinta naturaleza, encontrándose dentro de ellos bienes, diseños de tipo industrial, obras de arte o productos artísticos en general, técnicos y científicos entre otros.

Este tipo de propiedad se relaciona con la creación, las ideas que surgen de la naturaleza humana y que pueden manifestarse en cualquier tipo de soporte, dígase en papel, de manera verbal, digital y en infinitudes de formas dependiendo de la creatividad de su autor (Lopez, 2001, pág. 24). La propiedad intelectual reconoce los derechos de autor mediante los cuales los creadores, pretenden ser reconocidos como autores de la obra y obtener por ella determinado beneficio económico, de ahí su relación con el derecho patrimonial.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2005) se pronunció sobre el derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, en la Conferencia realizada en el Curso académico regional OMPI/SGAE, en cuanto a que estos derechos patrimoniales se consideran exclusivos, puesto que solo el autor o su derechohabiente pueden ejecutar, emitir determinada autorización o prohibición con respecto al uso de su obra, posee un contenido ilimitado ya que las obras productos de la creación humana pueden ser explotadas de cualquier forma y su limitación es de forma excepcional. Otras de las características están dadas porque las forman de explotación que forman parte de este derecho patrimonial resultan dependientes unas de otra.

El derecho patrimonial le otorga las facultades al autor de hacer uso de ella, además es él quien autoriza su uso con el objetivo de obtener lucro. Por ello es importante tomar en cuenta la regulación de los derechos patrimoniales en el Ecuador de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (2016), que preceptúa en el artículo

120 el carácter exclusivo de estos derechos, que corresponden al autor o su derechohabiente, entre ellos se reconocen los siguientes:

1. La reproducción de la obra a través de cualquier vía o procedimiento, lo que significa que al proceder a copiar o reproducir en cualquier soporte una obra se debe proceder a contar con la autorización del autor para ello.
2. La comunicación pública de la obra por cualquier forma o procedimiento
3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante venta, arrendamiento o alquiler.
4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, relacionado con el artículo 126 de la ley.
5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
6. 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.

Relacionado con los derechos antes analizados, el COESCC+i reconoce el derecho que poseen los autores a ser remunerados equitativamente tanto por ser titulares de las obras como por su utilización, reproducción, etcétera.

Los derechos patrimoniales que el creador de una obra puede ejercer son los que se puntualizan a continuación:

- 1. Reproducción:** Consiste en la incorporación de sonidos, o la representación de estos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo. Cuando hablamos de reproducción debemos hacerlo bajo dos aristas. Por un lado, en cuanto al objeto que se reproduce y en cuanto al modo en que lo reproducimos. (Ycaza, 2015)

En el art. 122 del COESCC+i (2016) se reconoce este derecho y se establece que la reproducción es a la fijación de la obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.

- 2. Comunicación Pública:** Cuando hablamos de comunicación, estamos hablando de cualquier forma de transmisión, las conocidas, y las que puedan existir después. La comunicación será por lo tanto la originada en una señal de televisión, de radio, sean por cable, antena o satélite; así como la que pueda darse en un escenario. (Ycaza, 2015)

La Comunicación pública se encuentra contemplada en el artículo 123 del COESCC+i (2016), y en él se explica claramente que la comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

El código es muy específico al momento de enumerar los actos a través de los cuales se da la comunicación pública, entre ellos podemos mencionar: las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas, la emisión de obras por radiodifusión y televisión. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, entre otras (Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos., 2016)

- 3. Distribución:** Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte material, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, arrendamiento o alquiler otras (Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos., 2016) Cuando hablamos de distribución, nos referimos a tres diferentes formas de poner a consideración de los interesados una obra, que son venta, arrendamiento y préstamo. Es importante mencionar que los derechos patrimoniales son autónomos, en consecuencia, aquí no opera la máxima de que el que puede lo más puede lo menos. Esto es, de que a lo mejor quien tiene derecho a vender, tiene también el de alquilar. No, eso no es posible (Ycaza, 2015)
- 4. Derecho de transformación:** consiste en el derecho de autorizar o prohibir modificaciones en una obra (obra preexistente) de las que resulten una obra diferente

(obra derivada). Por ejemplo, son transformaciones la traducción de un libro y la adaptación cinematográfica de una novela. Siempre requieren la autorización del autor de la obra original para crear una obra derivada. (Eguaras, 2017)

5. **Derecho de remuneración equitativa:** El COESCC+i (2016) reconoce a favor del autor de forma irrenunciable, el derecho de remuneración equitativa como compensación de ciertos usos o formas de explotación de su obra que se encuentran previstos específicamente en este Código. Constituyen derechos de remuneración equitativa el derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas.

Además de analizar estos elementos de forma general, se debe mencionar que, para profundizar en el tema del epígrafe vinculado con los derechos patrimoniales, es importante destacar que existen una serie de limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales, que son consideradas una necesidad para lograr el equilibrio entre la protección de los derechos intelectuales y el acceso a la creación en sí.

Existen varias definiciones relacionadas con los límites y excepciones:

Para Christie (2011, pág. 178) los límites constituyen una restricción general en materia de propiedad intelectual y éstos establecen el objeto de una determinada protección en virtud de la legislación vigente sobre el tema.

Este autor realiza una división entre límites y excepciones, demarcando diferencias entre ellos, sin embargo Bercovitz (2012) intercambia ambos conceptos refiriéndose a los mismos como límites o excepciones. Otros autores como Geiger considera lo siguiente:

*“Hablar de excepción implica hablar de una jerarquía. Es decir, hablar de excepciones implica aceptar que el derecho exclusivo que tiene el autor para la explotación de su obra está por encima de los derechos de los usuarios para hacer uso de dichas obras en ciertos casos. Para este autor, una excepción es “una isla en un mar de exclusividad y un límite equivale a que el derecho exclusivo del autor es “una isla en un mar de libertad.” (Geiger, 2004, pág. 265)*

Por lo tanto, establecer límites y excepciones en esta materia se da por la existencia de varios factores que inciden al momento de fijarlos legalmente, tales como la cultura, aspectos

sociales, económicos y políticos, ya que la imposición de estas limitaciones y excepciones responden a la necesidad de que las obras puedan estar al alcance de la sociedad, en función del interés general.

Jessen (1989, págs. 76,78) considera que el reconocimiento de estos límites y excepciones están relacionados con los derechos humanos, puesto que todos los seres humanos poseen el derecho de ser parte en la vida cultural, disfrutar de las artes y a participar y beneficiarse del desarrollo científico. Y, por otra parte, el autor posee el derecho a que se protejan sus derechos morales y económicos por sus creaciones.

Los límites y excepciones resultan aceptados por los autores, Cámara (1998, pág. 53) plantea que el establecimiento de estos, coadyuva a la protección de las obras y a su vez asegura los resultados económicos que de esta se derive por concepto de explotación y comercialización de la obra, a difundir y mostrar su creación para que el público pueda apreciarlas y disfrutarlas, lo que facilita la relación del autor con el derecho que poseen los ciudadanos y la sociedad general a contar con información y participar activamente en la vida cultural, la educación, el arte y el conocimiento.

Los límites y excepciones según Ricketson (2003) pueden clasificarse en las siguientes categorías:

- a) Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales, como por ejemplo los textos oficiales de orden legislativo y los discursos políticos. Estas disposiciones podrían denominarse “limitaciones” a la protección, en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión.
- b) Disposiciones que conceden inmunidad en los procedimientos de infracción respecto a determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa o la enseñanza. Estas disposiciones pueden denominarse “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica. Son ejemplos de ello la reproducción de conferencias, algunas excepciones de reproducción, citas para fines de enseñanza, etc.

c) Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el Derecho de Autor previo pago al titular de dicho derecho, y que suelen denominarse “licencias obligatorias”.

Según Loredo (2000, pág. 95) la aplicación de las limitaciones y excepciones permiten que en determinados casos puedan ser utilizadas las obras sujetas a derechos intelectuales, sin necesidad de contar con la autorización del autor o del titular de estos derechos, pero ello es importante recalcar que se trata de una excepcionalidad por lo que estos casos deben estar previstos estrictamente en la ley

Existen varios supuestos en los que se ponen de manifiesto estas limitaciones y excepciones, entre ellas, limitaciones vinculadas al tiempo, el cual queda regulado en la legislación correspondiente en los casos en que las creaciones puedan pasar a dominio público, en los casos de fallecimiento en el que el derecho patrimonio se trasmite a la familia del autor (Caballero, 2000, págs. 102,103) en ocasiones la obra podrá ser explotada, bajo el reconocimiento de los derechos de paternidad e integridad de la misma, igualmente ocurre en los casos de coautoría, etcétera.

Otra de las limitaciones que se pueden mencionar relativas al derecho de autor, está constituida por las licencias tanto legales como obligatorias, que limitan al autor en cuanto a su derecho patrimonial al igual que la reproducción y distribución por la prensa, o cualquier otro medio de comunicación, de artículos sobre temas de actualidad, polémicas en el ámbito político, económico o religiosa publicados que no hayan sido reservados. (Villalba C. A., 2016, pág. 143)

La aplicación de los límites y excepciones al derecho patrimonial, específicamente de los titulares del derecho de autor, según Vega (2010) deben ser vistas desde la arista de no afectar los intereses y derechos legítimos del autor o de todo acto que vaya en perjuicio de la utilización, circulación o explotación de su creación.

Entre las excepciones que se establecen a estos derechos reconocidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2005) en Conferencia realizada en el Curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, están aquellos cuyos usos de la obra están encaminados al desarrollo de la actividad

educativa, docencia, investigación y el acceso a la cultura en general, entre estas se destacan: el uso de fragmentos de obras, estudios, fotos, obras de las artes plásticas, la arquitectura, en fin en varias disciplinas para ser citadas en determinados trabajos de investigación u otros, pero siempre debe ser citada la fuente de donde se tomó la información y su autor.

Otra de las excepciones es la reproducción que se realiza de las obras dirigidas a la investigación, sin ánimo de lucro, por parte de instituciones culturales y educativas como: bibliotecas, museos, centros de información y archivos entre otros, la utilización de estas para la ilustración, los casos en que se puedan utilizar obras que se encuentren protegidas para el uso público en desarrollo de fines informativos e ilustrativos en temas judiciales, administrativos y parlamentarios entre otros. (Viñamata, 2009, pág. 62)

Para Becerra (1994) la ejecución pública de las obras es otra de las excepciones y limitaciones, esta trae consigo un uso generalizado de las obras, la música en vivo, la proyección y exhibición pública, la radiodifusión entre otras, todas ellas sobre la base de su utilización como una forma de comunicación de carácter público.

### **Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en los tratados internacionales.**

Los límites y excepciones a los derechos de autor, están reconocidos a nivel internacional. Estos límites están estrechamente relacionados con los derechos fundamentales, y al igual que las excepciones, están reconocidos por el Derecho convencional internacional el cual resulta aplicable a varios países que son parte de instrumentos internacionales sobre la materia de estudio, los que a su vez constituyen la base del ordenamiento jurídico interno de estos países. (Emery, 1999, págs. 74,76)

Internacionalmente se protegen los derechos de autor y los derechos conexos, por lo que debe existir uniformidad en cuanto a su aplicación. Los límites y excepciones a los derechos exclusivos y las excepciones deben respetarse y ser de obligatorio cumplimiento para todos los países suscritores de los tratados y convenios, no obstante, suelen existir algunas diferencias al respecto y sobre todo al ser interpretadas y aplicadas dichas normas.

### **1.1.1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas**

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) es considerado un instrumento tradicional por su antigüedad, si bien ha sido enmendado en varias ocasiones, resulta de gran valor para la materia de estudio. En este instrumento se fijan los límites y excepciones a los derechos exclusivos. El artículo 1 reconoce que los países de la Unión se constituyen en este instrumento para proteger los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas. En el artículo 2 define claramente el alcance de esta protección que está dirigida a:

- 1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.
- 2) Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.
- 3) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.
- 4) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.
- 5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.

6) Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.

7) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos, teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo 7.4 del presente Convenio. Para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; sin embargo, si tal protección especial no se concede en este país, las obras serán protegidas como obras artísticas.

8) La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa

Este Convenio (1886) a pesar de su amplio alcance establece limitaciones con respecto a los derechos de autor específicamente el artículo 2 bis limita a algunos discursos; la utilización de determinadas conferencias y alocuciones y reconoce el derecho de reunir en colección este tipo de obras, taxativamente establece que:

- a) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.
- b) Se reserva también a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en las que las conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público, podrán ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas, transmitidas por hilo al público y ser objeto de las comunicaciones públicas a las que se refiere el Artículo 11 bis, 1) del presente Convenio, cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue.
- c) Sin embargo, el autor gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas en los párrafos precedentes (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886, pág. 6).

Este Convenio otorga a los países de la Unión, la potestad de definir algunos aspectos con respecto a aquellas obras que podrán ser de dominio público, lo que significa que estas al ser declaradas, quedarían fuera de la protección, así como da la posibilidad de que las obras sean

protegidas tanto total como parcialmente, lo que queda a decisión y disposición de los Estados.

Entre los límites antes descritos, se destacan el derecho a la información y la prensa en virtud de lo previsto en el artículo 2.8 por cuanto la noticias del día, ni aquellos sujetos con carácter informativo se protegen, debido a que, según Colombet (1997, pág. 23) al ser transmitidos y tener libre difusión, se podría interponer la propiedad literaria y artística. Esta limitación se relaciona con el derecho fundamental que tiene todo hombre a estar informado

En el artículo 2 bis se establece la limitación dirigida a la protección de ciertos discursos y conferencias, en este caso se deja a la voluntad de cada Estado decidir si procede a la exclusión dentro de la protección que se brinda a las obras literarias y artísticas a aquellos discursos de corte político y a los alegatos y decisiones provenientes de procesos legales, igualmente concede la facultad estatal de establecer límites a los derechos exclusivos relacionados con la reproducción y comunicación pública de todo aquello que se pronuncie en público siempre y cuando tenga un fin informativo, no obstante se deben proteger los derechos exclusivos de los titulares sobre las colecciones de las conferencias y discursos de su propiedad.

El artículo 10 del Convenio de Berna (1886), se refiere a otras posibilidades de libre utilización de obras y en este caso también reserva a las disposiciones legales de los países de la Unión, la facultad de permitir la reproducción a través de la radio, prensa la transmisión de artículos cotidianos de temas religiosos, económicos y políticos siempre que su reproducción, difusión o transmisión no se hayan reservado de forma expresa. El mencionado artículo prevé la obligatoriedad de reconocer la fuente de donde se citó o extrajo la idea.

Uno de los límites importantes que reconoce el Convenio (1886) en el precitado artículo, es el relacionado con el uso de las citas, sobre estas regula que resultan lícitas las citas que implican acceso al público, entre ellas los artículos periodísticas, colecciones entre otros. Las ilustraciones en la enseñanza, constituye un límite establecido por esta norma, ello está dirigido a toda la ciudadanía sin distinción alguna y sobre las ilustraciones faculta a los países de la Unión a fijar todo lo concerniente al uso legal de las obras protegidas por este Convenio

El Convenio de Berna ha trascendido hasta la actualidad y ha ido evolucionando a la par del desarrollo, este enuncia una serie de límites que deja a disposición de las normativas internas

de los Estados su regulación e implementación; el mismo significó una apertura para todos los Estados Partes, puesto que cada uno toma sus disposiciones y las atempera a sus características y condiciones propias, en virtud de sus intereses.

### **1.1.2. Convención Universal Sobre Derechos de Autor**

Resulta importante analizar la Convención Universal sobre derecho de Autor (1952) ya que en el artículo 1 reconoce que los Estados contratantes se comprometen a tomar todas las medidas y normativas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los autores, o de cualquier otro titular de estos derechos. Esta norma asegura el desarrollo de la literatura, las ciencias y las artes.

Mediante la Convención Universal Sobre Derechos de Autor se fijó el símbolo ©, el cual permite identificar que una obra cuenta la protección correspondiente. Los países que son parte de esta Convención deben implementar la forma de establecer una debida protección al derecho de autor, entre ellos asegurar los derechos básicos que precautelen los derechos de índole económica de los autores y sus condiciones de protección.

La Convención (1952) en sus artículos II y III establece principios como: el trato nacional regulando que las obras publicadas y no publicadas en cada uno de los Estados Partes gozarán de la protección necesaria que se conceda a las obras de sus nacionales. Otro de los principios que reconoce es la ausencia de formalidades, sobre ello se prevé que cuando la legislación interna de un Estado establezca como requisito para la protección de los derechos de los autores cumplir con: registro certificados notariales, publicación en el territorio nacional o pago de tasas, el Estado deberá considerar satisfechos dichos requerimientos para aquellas obras publicadas y protegidas, en virtud de la normativa legislación de otros Estados, siempre que las mismas muestren claramente que el derecho de autor está reservado.

Sobre la Convención Villalba expresó:

*“En definitiva la Convención Universal persiguió el propósito de armonizar las legislaciones existentes, cualquiera fuera su nivel. Para ello se abandonó toda pretensión primordial de lograr una legislación uniforme o todo intento programático en busca de un ascenso en el grado de protección. Cumplió con su propósito de armonizar las distintas convenciones,*

*arreglos o tratados sobre la materia. Sobre estas bases cumple con uno de los principios históricos: el de la universalidad del sistema.” (Villalba C. A., 1980, pág. 334)*

Esta cita permite entender el valor e importancia de esta Convención a nivel internacional en materia de derechos de autor, motivo por el que se le llama puente, puesto que esta permitió ampliar el espectro geográfico en cuanto a la protección de los derechos de autor y derechos conexos y sirvió de estamento a las legislaciones internas de los países contratantes.

### **1.1.3. Convención de Roma**

La Convención de Roma (1961) sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, está dedicada fundamentalmente a la regulación de los derechos conexos e implica la aceptación internacional a la necesidad de protección de estos derechos, e incluye una cláusula de salvaguardia, mediante la cual se protege a los titulares de los derechos conexos, no afectando con ella la protección del derecho de autor. Esta Convención se basa en el principio del trato nacional.

Este instrumento otorga la facultad a los Estados Contratantes en su artículo 15.1 para reconocer en su norma nacional las excepciones a la protección en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se trate de una utilización para uso privado;
- b) Cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
- c) Cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;
- d) Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica. (UNESCO, 1961, pág. 3)

Por otro lado, el numeral 2 del artículo mencionado, facilita que los Estados miembros regulen otras limitaciones y excepciones respecto a la protección del derecho de autor en cada legislación nacional.

Estas limitaciones y excepciones, a pesar de que cada Estado puede adecuarlas y fijarlas según su contexto real, en la mayoría están establecidas con respecto a la protección del

derecho de autor, basada fundamentalmente en el valor de uso público e interés social que se les dará a las obras.

Es importante destacar que, según Monroy (2009) esta Convención permite utilizar de manera privada las interpretaciones o ejecuciones artísticas, los fonogramas y otros sin que medie ninguna condición. Este aspecto conlleva a que este instrumento se considere desactualizado, puesto que no responde al desarrollo e impacto que tiene en la actualidad la tecnología mediante la cual se realizan reproducciones masivas de las interpretaciones, fonogramas, entre otros, de manera que no existe un equilibrio, en detrimento de los titulares de derechos conexos.

Esta Convención no establece la constitución de un grupo o Unión para complementar con sus regulaciones, sin embargo, regula y crea un Comité Intergubernamental formado por los Estados Contratantes, que se encargará de estudiar, monitorear y evaluar todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus disposiciones.

#### **1.2.4. Convenio de Ginebra**

El Convenio de Ginebra (1971), administrado por la OMPI, regula la obligación de los Estados Contratantes de asegurar y proteger a los productores de fonogramas contra la producción de copias en caso de que no medie la autorización por parte del productor, asegura además que no se proceda a la importación de las copias de los fonogramas, cuando la producción o la importación se realice con el interés de ser distribuidas al público, y contra la distribución de las copias al público.

El artículo 3 del mencionado Convenio (1971) establece lo referente a los medios a través de los cuales se aplicará el mismo, los Estados parte del mismo definirán a través de su legislación nacional en base a los siguientes elementos: protección utilizando la vía de la concesión de un derecho de autor o de otro derecho con carácter específico; protección a través de la legislación relativa a la competencia desleal; y la protección mediante la aplicación de sanciones de índole penal.

Este instrumento sirve de punto de partida y deja a la disposición de los Estados regular bajo sus condiciones y características todo lo referente a la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, en virtud de lo antes

expuesto el artículo 6 del Convenio (1971) faculta a los Estados contratantes para que en sus ordenamientos legales definan las limitaciones a que estarán sujetos por concepto de protección de productores de fonogramas al igual que los autores de obras literarias y artísticas. Sin embargo, se establece que sólo se podrán prever licencias obligatorias si se cumplen todas las condiciones siguientes:

- a) Que la reproducción esté destinada al uso exclusivo de la enseñanza o de la investigación científica.
- b) Que la licencia tenga validez para la reproducción sólo en el territorio del Estado contratante cuya autoridad competente ha otorgado la licencia y no pueda extenderse a la exportación de los ejemplares copiados.
- c) La reproducción efectuada en virtud de la licencia debe dar derecho a una remuneración adecuada que será fijada por la referida autoridad, que tendrá en cuenta, entre otros elementos, el número de copias realizadas (Convenio de Ginebra, 1971, pág. 2)

Como se puede apreciar, en este instrumento se reitera la excepción a los derechos exclusivos de los productores de este tipo de obras, asimismo reconoce la posibilidad de establecer licencias de carácter obligatorio siempre que represente un beneficio en lo referente al tema de la enseñanza o la investigación, las que resultarán válidas en el territorio del Estado que las establezca, y que por tanto permitan el uso de fonogramas siempre y cuando se fije la correspondiente remuneración.

#### **1.2.5. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)**

Otra disposición legal de carácter internacional que reconoce los límites del derecho de autor y derechos conexos es el Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) en él se obliga a los países miembros de la Organización Mundial del Comercio, a respetar y hacer cumplir las disposiciones establecidas en el mismo, dicha organización administra este instrumento.

El Acuerdo ADPIC (1995) limita la protección del derecho de autor y los derechos conexos en lo que respecta a las expresiones en sí, sin embargo el límite no trasciende a las ideas, métodos de operación o de determinados procedimientos. Este acuerdo tiene un carácter

netamente comercial y protege los derechos morales que están regulados en las legislaciones nacionales y no obliga a los países donde estos derechos no son reconocidos o lo han hecho de manera parcial. (Emery, 2010, pág. 86)

Los límites y excepciones, se acogen a lo establecido en el artículo 9.1 que establece que todos los Estados miembros de ADPIC pueden proceder a aplicar los límites y excepciones previstos en el Convenio de Berna por lo que la aplicación de estos es con carácter obligatorio, no obstante, deja abierta la posibilidad de que los Estados en ciertos casos puedan determinar los requerimientos para su aplicación.

Sobre los límites y excepciones, el artículo 13 preceptúa que los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos (Acuerdo ADPIC, 1995, pág. 7).

Este acuerdo se considera el más completo que se haya suscrito hasta el momento en materia de Propiedad intelectual, puesto que en el quedan definidos los principales aspectos con respecto a la protección, los derechos, límites y excepciones, se fija la duración mínima de la protección, además dispone la obligatoriedad de cumplir con toda la norma estipulada a nivel internacional sobre la materia, establece principios y procedimientos legales para hacer cumplir la normativa y define que toda controversia entre los miembros de la OMC se resolverá a través de sus procedimientos.

#### **1.2.6. Tratado de la OMPI**

El Tratado de la OMPI sobre derechos de autor es otra de las disposiciones a estudiar, puesto que se pronuncia por aprobar e interpretar de forma adecuada las normas vigentes a escala internacional sobre la propiedad intelectual con el objetivo de buscar soluciones ante los nuevos retos tecnológicos, económicos y de otros ámbitos de la vida social. En su preámbulo plantea que:

*“Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a*

*la información, como se refleja en el Convenio de Berna”* (Tratado de la OMPI sobre derechos de autor , 1996, pág. 1)

El artículo 10 del mencionado Tratado (1996) regula lo referente a los límites y excepciones. Al respecto establece:

#### Limitaciones y excepciones

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (OMPI, 1996, pág. 10)

En este convenio, se deja a discreción de los Estados, la regulación de los límites y excepciones a los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, pero los compromete con la adopción de los límites basados en la regla de los tres pasos. (Emery, 2010, pág. 101)

Por su parte el citado artículo 10.2 deja claro que los límites y excepciones previstas en el Convenio de Berna tendrán que acogerse a la regla de los tres pasos, y no queda limitado al derecho de reproducción.

Por lo tanto, este Tratado pretende con su normativa adecuar las disposiciones relacionadas con la propiedad intelectual a los cambios relacionados con la era de la tecnología.

#### **1.2.7. Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)**

El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, (WPPT) reconoce en su preámbulo que se pretende atemperar la normativa vigente al desarrollo tecnológico relacionado con información y comunicación aplicable específicamente en la protección de los derechos de intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas.

Este Tratado constituyó un cambio con respecto al Convenio de Berna, puesto que se reconoció por primera vez la utilización del internet y el entorno digital cuando se reproducen por esta vía obras que estén protegidas por el derecho de autor. Este Tratado (1996) define conceptos, entre ellos: artistas intérpretes o ejecutantes y se refiere a la protección de estos, así como valora el alcance y conceptualización de los fonogramas, hace énfasis en las diferencias existentes, entre poner a disposición del público un fonograma y la radiodifusión de estos.

El artículo 5 del Tratado (1996) regula los derechos morales que poseen artistas, intérpretes o ejecutantes entre ellos: el derecho a que sea reconocido e identificado como el artista intérprete o ejecutante tanto de sus interpretaciones como de sus ejecuciones, resultando improcedente ello en caso de que la omisión venga dictada por la manera de hacer uso de la interpretación o ejecución, se regula el derecho a oponerse a cualquier cambio que dé lugar a afectar su reputación. El artículo 6 establece los derechos de tipo patrimonial de estos respecto de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), está relacionado con la analizada Convención de Roma en lo referente a los límites y excepciones, específicamente en el artículo 16 establece lo siguiente:

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

(2) Las partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas. (OMPI, 1996, pág. 7)

La protección jurídica que se le brinda a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, resulta muy efectiva desde el punto de vista jurídico, y como las restantes normativas analizadas, existe la posibilidad de establecer límites y excepciones,

contextualizando sus características en virtud de cada nación que sea parte de este Tratado, pero siempre cuidando mantener la naturaleza de esta protección. (Monroy, 2009)

Este convenio goza de toda vigencia ya que responde al desarrollo tecnológico, brinda las medidas de protección en ese ámbito, autoriza establecer límites y excepciones en las legislaciones internas en virtud de la nueva era digital, en este instrumento no se hace alusión alguna a la regla de los tres pasos (Caballero, 2000, pág. 109), sin embargo esta debe resultar aplicable a la adopción de límites y excepciones para proteger los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas

Los instrumentos analizados representan la intención de armonizar a escala internacional la protección de los derechos de autor y derechos conexos, sin embargo, permiten que dichas condiciones se determinen en función de las características, intereses y peculiaridades de cada uno de los Estados que forman parte de estos instrumentos, además buscan lograr un equilibrio internacional en lo referente a los límites y excepciones.

### **1.3. La regla de los tres pasos**

Un análisis completo acerca del sistema de límites de los derechos exclusivos, solo puede ser realizado con una revisión y un examen detallado de la regla de los tres pasos y el papel fundamental que cumple en la protección de las obras y de sus autores. Esta práctica está enfocada a la restricción en las acciones del legislador nacional, además de que contribuye a formar una opinión entre el juez y el tribunal en casos de derechos exclusivos.

Esta regla constituye un principio medular en el tema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, puesto que en ella se define su alcance y contenido, y sirve de base a los legisladores de cada Estado para regular la materia, así como a los operadores de justicia para evaluar y decidir sobre la aplicabilidad de una limitación o excepción.

El criterio de la regla de los tres pasos según Geiger (2007, pág. 94) apareció por primera vez en el Convenio de Berna en el año 1967, con el propósito de guiar al legislador e implantar una serie de pasos a seguir en el establecimiento de los límites en cuanto al derecho de reproducción.

En el Convenio de Berna (1886) en su artículo 9.2 prevé la regla de los tres pasos, en ella se establece que los legisladores tienen la potestad de aprobar “la reproducción de dichas obras

en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor” (1886, pág. 5).

Este convenio explica y se enfoca principalmente en los requisitos necesarios que se deben cumplir en el momento de la reproducción de una obra y defiende los logros del autor y su obra, evitando que estos sean perjudicados.

Con el paso de los años este convenio se ha vuelto cada vez más restringido y en el año 1994 en la Ronda de Uruguay y según el Acuerdo ADPIC (1995) en el artículo 13 se puede observar que tiende hacia la limitación y la regulación de estos casos:

*“Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos” (1995, pág. 6).*

A diferencia del Convenio de Berna, este nuevo acuerdo hace referencia a la necesidad de existir requisitos para circunscribirse, de esta forma se condicionan los límites para que se cumplan las condiciones de la regla de los tres pasos. En este momento dicha regla se convierte en una restricción al legislador pues se impone esta condición en el Acuerdo ADPIC y se amplía hacia los derechos exclusivos.

Años más tarde en 1996, en la ciudad suiza de Ginebra, la regla de los tres pasos vuelve a presentarse mediante el mencionado artículo 10 del Tratado de la OMPI que trata el tema del Derecho de Autor.

Este Tratado de la OMPI ocasiona cierto impacto en la regla de los tres pasos, como por ejemplo su aplicación a derechos exclusivos: la reproducción, la traducción, la comunicación pública y la distribución. Otro de los cambios que se realizan aquí son en cuanto al tipo de lenguaje que se emplea, sobretodo en la restricción de la adopción de límites. En este caso, el legislador tiene como una obligación el restringir estos límites en su legislación nacional referidos a los derechos presentados en el Convenio de Berna.

Ricketson (2003) explica que la regla de los tres pasos, en el transcurso de los años, se ha convertido en algo parecido a las “sagradas escrituras” en el espacio internacional, en cuanto

a los Derechos de Autor. Además de que el estudio de cada uno de sus componentes es un tema con cierta complejidad y acerca del cual no se han establecido criterios completos o exactos.

En el año 2000 en un Panel de la Organización Mundial del Comercio se analizó detenidamente cada uno de los pasos en una resolución. Esta interpretación es conocida como la “oficial” y se puede decir que esta forma parte indispensable de las llamadas “sagradas escrituras” que comentaba Ricketson.

Donaire (2012, pág. 173) manifestó que a través de la regla, el legislador puede establecer excepciones relacionadas con el derecho de reproducción, pero para ello deben cumplirse requerimientos como: debe tratarse de casos especiales, con la aplicación no debe causarse perjuicio a la explotación normal de la obra y no pueden dañarse los intereses legítimos del autor.

Los requerimientos mencionados constituyen una protección jurídica importante a los derechos de autor. A continuación, se analizarán cada uno de los pasos que componen la mencionada regla:

**El primer paso: Los límites solo deben aplicarse en determinados casos especiales.**

Según el Panel de la Organización Mundial del Comercio, los límites se ajustan a unos cuantos usos precisos y por esto no deben existir criterios de aplicación general.

Este primer paso, por lo que se puede interpretar, despoja a la norma de la aptitud que posee de adecuarse a los cambios, pues el derecho debe mantener la armonía y el equilibrio con una sociedad que se transforma constantemente.

**El segundo paso: El límite no debe afectar a la explotación normal de la obra.**

Esto quiere decir, como explica Ginsburg (2001) que el límite no debe perjudicar la manera en la cual la obra está siendo explotada en el mercado, ni tampoco debe incidir en la forma futura en que puede desarrollarse dicha obra. Por tanto, este criterio se fundamenta básicamente en comprobar si el que posee los derechos está explotando en este momento el mercado o si lo explotará en el futuro.

De acuerdo con comentarios dados acerca de este paso, el Panel de la OMC, para evitar entrar en problemas con la explotación normal de una obra, analiza cada uno de los derechos exclusivos por separado y plantea basarse en tres razones las que según Sun (2007) son las siguientes:

1. La explotación de una obra que está sucediendo en el presente es la que promueve ingresos "tangibles o significativos" en ese instante.
2. No se necesita suponer que los usuarios reales y los potenciales se favorecerían, de manera ilícita, con el límite calificado como no válido.
3. Una explotación normal de la obra incluye cualquier manera de explotación que surja como resultado del perfeccionamiento del mercado o de la tecnología, esto indica que la defensa de los derechos de autor debe continuar a través del tiempo. (pág. 293)

Como conclusión de lo planteado anteriormente, se puede definir que en el momento que un usuario compite económicamente con el usuario que posee los derechos, se presenta un peligro ante la explotación normal de una obra y por tanto se inicia una disputa.

**El tercer paso: El límite no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.**

Según Sun (2007) el concepto de un "interés legítimo" se refiere a los derechos morales y exclusivos que poseen los tenedores de derechos. Por esto se puede deducir que dentro de este concepto están incluidos los intereses económicos y no económicos. El término "legítimos" permite evaluar si el daño ocasionado al autor se justifica con un propósito de mayor rango como pueden ser los derechos fundamentales.

Este último paso es el más flexible pues los intereses legítimos justifican el detrimento causado al autor y por esto se aceptarán diversos límites con tal de preservar el interés general y sus libertades. Este es el único paso que aprueba un equilibrio entre los intereses de las partes implicadas en el conflicto.

**La interpretación restringida de la regla de los tres pasos.**

La aparición de la regla en el Convenio de Berna se trató como un principio que dotaba de cierta igualdad legal a los límites que podían acogerse. Sin embargo, en el Acuerdo de la

ADPIC y en el Tratado de la OMPI se visualizan diversas transformaciones en cuanto a su aplicación. Todo esto ha dado como consecuencia una regla restrictiva en cuanto a la categoría de los límites en los derechos exclusivos.

Griffiths (2009) explica su inquietud con este comentario de la regla de los tres pasos:

*“El hecho de que la “regla” se interprete como una presunción general contra la ampliación de las excepciones, podría retrasar la adopción de soluciones viables a los problemas que se presentan en el derecho de autor a causa de las tecnologías de la comunicación. Más específicamente, la interpretación de la “regla” preferida por el Panel de la OMC presenta una verdadera amenaza para el futuro de los usos libres de derechos de autor” (pág. 23).*

Es necesario pensar en una reinterpretación de esta regla desde el punto de vista del Derecho Internacional que sea menos restringida y limitada para alcanzar el equilibrio entre los intereses en materia de Derecho de Autor.

## CAPITULO II

### **Análisis de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y derechos conexos en el marco del COESCC+i**

#### **2.1. Las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial en la derogada Ley de Propiedad Intelectual y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina**

Para analizar las limitaciones y excepciones del derecho patrimonial, es necesario partir de la normativa ecuatoriana, tomando como base la derogada Ley de Propiedad Intelectual (1998) que estuvo vigente en el Ecuador desde el año 1998, ya que este cuerpo normativo planteaba las limitaciones y excepciones de una forma distinta a las que se establecen en el nuevo código

El artículo 80 de la Ley de Propiedad Intelectual (1998) reconocía la vigencia del derecho patrimonial durante toda la vida del autor y establecía posterior a su muerte un término de setenta años.

De igual manera, establecía los términos correspondientes para aquellas obras en colaboración, anónimas o colectivas y para el caso de las obras cuya propiedad correspondía a personas jurídicas, el término establecido para la protección era de setenta años contados a partir de la divulgación o realización de la obra. Las obras de las categorías antes descritas pasaban al dominio público al transcurrir los plazos establecido para cada una de las modalidades.

Con respecto a las excepciones, la normativa derogada regulaba en virtud del artículo 83 los casos de libre utilización con base a la regla de los tres pasos, esto es: para casos especiales, para casos que no atentan la normal explotación de la obra, y finalmente para aquellas que no causen perjuicio justificado al titular de los derechos.

La Ley de Propiedad Intelectual reconocía, además, de manera taxativa los casos de libre utilización, siendo los siguientes:

- a) La inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o

análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada;

- b) La ejecución de obras musicales en actos oficiales de las instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita, siempre que los participantes en la comunicación no perciban una remuneración específica por su intervención en el acto;
- c) La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, difundidos por medios de comunicación social, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el artículo original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la reserva de derechos;
- d) La difusión por la 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;
- e) La reproducción de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa, publicados por ésta o radiodifundidos, siempre que se indique su origen;
- f) La reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo o cualquier otro procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original y el lugar donde se encuentra; y, que tenga por objeto estrictamente la difusión del arte, la ciencia y la cultura;
- g) La reproducción de un solo ejemplar de una obra que se encuentra en la colección permanente de bibliotecas o archivos, con el fin exclusivo de reemplazarlo en caso necesario, siempre que dicha obra no se encuentre en el comercio;
- h) Las grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión;
- i) La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas;
- j) 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 del artista intérprete o ejecutante, según el caso; y,
- k) 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.

Con respecto a los derechos conexos, la Ley de Propiedad Intelectual (1998) en el artículo 85 dejaba claro que estos no causarían ningún tipo de afectación al derecho de autor, además las obras podían interpretarse lesionando dicha protección.

El artículo 87 de la norma anteriormente mencionada, determinaba que los artistas, intérpretes y ejecutantes, además de contar con los derechos patrimoniales y aun siendo transferidos, poseían el derecho con respecto a las ejecuciones en vivo o ejecuciones fijadas en fonogramas, a ser identificados como propietarios de ese derecho, salvo que ello se omita por la forma en que se utilice la ejecución.

Los titulares de los derechos conexos, estos son: artistas, intérpretes o ejecutantes, en virtud de la norma podían oponerse a todo tipo de distorsión o modificación de su ejecución, cuando estos afectaran su reputación. Además, poseían el derecho de consentir o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones en directo, igualmente se podían oponer a la comunicación pública de sus ejecuciones o representaciones cuando éstas en sí misma constituían una ejecución radiodifundida y publicada con interés comercial, además se les reconocía el derecho a percibir la remuneración recaudada por la comunicación pública.

Por otra parte, los productores de fonogramas poseían el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir cualquier tipo de reproducción y medio de sus obras, así como su distribución al público; y, la importación de estas. Además, podían autorizar o prohibir la comunicación pública. Los organismos de radiodifusión poseían en virtud del artículo 97 de la norma, el derecho de realizar, autorizar o prohibir cualquier tipo de retransmisión de sus emisiones, así como la fijación y reproducción de sus emisiones y la comunicación al público de sus emisiones cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público

Para los titulares de otros derechos conexos, la ley establecía que el productor de aquellas imágenes con o sin movimiento o sonidos y que no constituyan obras audiovisuales, tendrá el derecho de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública o distribución. El artículo 103 de la norma prescribió que el que realice una fotografía u otra fijación utilizando un procedimiento similar tendrá el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir su utilización

Como se puede observar en la regulación analizada, existían excepciones muy bien delimitadas tanto para el derecho de autor como para los derechos conexos, y estaban encaminadas a coadyuvar al desarrollo educativo, cultural y científico, entre otros aspectos. Las excepciones establecidas permitían lograr la armonía de los intereses de las titulares de los derechos de autor, en ningún caso, las excepciones previstas eran ambiguas y abiertas, por lo que no causaban ningún tipo de afectación a los autores, o a sus obras, ambos se encontraban debidamente protegidos, y eran el resultado de la aplicación de la Regla de los Tres pasos.

### **2.1.1. Decisión 351 de la Comunidad Andina**

La Decisión 351, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico interno, y que específicamente establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (1993), tiene como base proteger a los autores, artistas, productores y organizaciones de radiodifusión.

Dicho instrumento regional, protege incluso aquellas obras y prestaciones que se difundan, ya sea a través de internet y otros medios tecnológicos, no obstante, actualmente y ante el desarrollo alcanzado por la tecnología, resulta necesario atemperarla a las nuevas condiciones imperantes, sin embargo, ha constituido un avance en la materia de estudio.

La Decisión 351 es consecuencia de la integración regional, sobre ello Antequera (Ricardo, 1998, pág. 935) expresó: *“Como un primer paso en el proceso de convergencia en materia de derechos autorales, la Decisión constituyó una iniciativa destacada y ambiciosa, que efectivamente contribuyó a la armonización normativa de los países de la Comunidad Andina”*.

La Decisión 351, que es aplicable a los países partes de esta comunidad, establece el plazo de duración de los derechos de autor, el cual está definido durante toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, en el caso que el derecho lo posea una persona jurídica el término de 50 años se contará a partir de la divulgación de la obra al público, esta normativa protege tanto los derechos de autor como los derechos conexos hacia el público.

Con respecto a las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial, el artículo 21 de la Decisión 351 (1993), faculta a los países miembros a elegir y disponer cuales son las limitaciones y excepciones del derecho de autor, siempre que cumplan el requerimiento de garantizar la regla de los tres pasos, igualmente regula que las obras pueden utilizarse cuando persigan fines relacionados con la información, investigación, educación y no causen perjuicios a los intereses y derechos del autor.

Por otro lado el artículo 22 del mismo cuerpo legal (1993) reconoce expresamente las limitaciones y excepciones que por supuesto, no necesitan de la autorización del autor y no requieren de remuneración, ellas son:

- a) El uso de obras de citas para los fines antes descritos, debiendo siempre indicar la fuente y el nombre del autor;
- b) La reproducción de obras para la enseñanza o para exámenes en centros educativos, artículos de periódicos o colecciones periódicas, breves extractos de obras, haciendo usos honrados de esta, siempre que la misma no tenga como fin la venta o transacción onerosa, ni que se pretenda tanto de forma directa como indirectamente obtener fines lucrativos;
- c) Reproducción de una obra individual por una biblioteca o archivo, siempre que estas no se relacionen con fines de lucro, además en el caso que el ejemplar se encuentre en una colección permanente de la biblioteca o archivo, y que la reproducción esté relacionada con: Conservar el ejemplar y sustituirlo en caso de pérdida, destrucción o inutilización; o, proceder a la sustitución de la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar destruido, perdido o inutilizado.
- d) La reproducción de una obra para ser utilizado para actuaciones judiciales o administrativas;
- e) Reproducir y distribuir a través de prensa, emitir a mediante la radiodifusión o transmisión pública por cable, aquellos artículos con temas de actualidad, relacionados con la polémica económica, política o religiosa publicados ya sea en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que posean el mismo carácter, siempre que la reproducción difusión o transmisión al público no se hayan reservado expresamente;
- f) La reproducción para el público, de informaciones de actualidad utilizando para ello la cinematografía, fotografía, entre otras formas de transmitir los sucesos siempre que estén destinadas a la información
- g) La reproducción por los medios de comunicación de diferente naturaleza, así como mediante alocuciones, discursos pronunciados en ocasión de procesos legales u otras obras de similares

que se han expuesto al público para su información, siempre que conserven los derechos de los autores

- h) La reproducción por cualquier vía de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una fotografía o de una obra relacionada con las artes aplicadas, que esté emplazada permanentemente en un lugar abierto al público;
- i) Cuando los organismos relacionados con la de radiodifusión, realizan grabaciones efímeras a través de sus equipos propios y para utilizar estas en las emisiones de radio de aquellas obras que posean el derecho a difundirlas. En este caso dicho organismo está obligado a destruirla en virtud de los plazos establecidos por las normas nacionales.
- j) Ejecutar o representar una obra en el curso de las actividades relacionada con la enseñanza ya sea por parte del personal o los estudiantes de un centro educativo, siempre que ello no persiga un fin lucrativo;
- k) La transmisión o retransmisión que realiza un organismo de radiodifusión de una determinada obra original radiodifundida por este, siempre que tales actos, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra sea emitida por radiodifusión o se transmita al público sin ningún tipo de alteración.

A pesar de las limitaciones y excepciones antes expuestas, las consideraciones planteadas por Cerda (2012, pág. 118) indican que aún podían incluirse otras de importancia relacionados con los usos y reproducción en bibliotecas y museos, con centros educativos y personas con discapacidades, considerando que esta deuda afecta los derechos humanos, la inclusión social y otros fines relacionados con el interés público.

Las regulaciones de la Decisión 351 con respecto a los límites y excepciones, estaban plasmadas en la derogada Ley de Propiedad Intelectual, y se encontraban sujetas a actos específicos que quedan taxativamente reconocidas en la norma, lo que conllevaba a proteger al autor y hacer un uso de las obras con fines muy delimitados, impidiendo mercantilizar las obras y que los derechos patrimoniales de los autores se vean afectados.

## **2.2. La aplicación de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial en el COESCC+i**

Para comenzar a estudiar las regulaciones vigentes en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e innovación, debe tomarse como punto de partida la regulación constitucional sobre la materia de estudio. El artículo 22 de la Constitución

ecuatoriana (2008) consagra el derecho de los autores a la creación, así como a ejercitar actividades de corte artístico y cultural, y en consecuencia, recibir la protección de los derechos patrimoniales y morales en virtud del derecho de autor.

La nueva normativa en su considerando deja plasmado como elementos que la Ley de propiedad Intelectual del año 1998 debe ser modificada, atendiendo a que tiene como eje central los derechos de los autores, y en consecuencia se considera que tiende a la mercantilización de los derechos de propiedad intelectual. Ello significa que sobre esta base y convicciones surge, se aprueba y pone en vigor el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

El COESCC+i (2016), en el Título Preliminar, relativo a las disposiciones comunes a la Economía social de los conocimientos, creatividad e innovación, regula como objeto el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales en virtud del texto constitucional y la normativa del Sistema Nacional de Educación, el Sistema de Educación Superior y el Sistema Nacional de Cultura, con el fin de contar con un marco legal que estructure la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación.

La norma analizada omite la definición de derecho de autor, lo que trae a colación que la misma está encaminada a resaltar y proteger el acceso a los conocimientos y no necesariamente a precautelar los derechos morales y patrimoniales de los autores.

Se reconoce, además, en el artículo 121, el derecho de remuneración que posee de manera irrenunciable el autor; estos derechos son de remuneración equitativa y constituyen una compensación de ciertos usos o formas de explotación de la obra que están establecidas en el COESCC+i.

Para profundizar en el estudio del tema de investigación, cabe mencionar lo que se establece sobre las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales establecidos en el artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016). Con respecto a la duración de los derechos patrimoniales, la normativa establece que estarán vigentes mientras viva el autor y setenta años después de su muerte. Para las personas jurídicas, el plazo de protección se cuenta a partir de la publicación o difusión de la obra. Es importante señalar que existen otras categorías como obras anónimas,

audiovisuales, colectivas, fotográficas, etcétera que tiene una regulación específica con respecto a la duración de los derechos. Transcurridos los plazos previstos las obras pasaran automáticamente al dominio público.

Conforme al análisis realizado previamente, la normativa ecuatoriana introduce el fair use, ampliando las posibilidades de su libre explotación y utilización. El artículo 211 define al uso justo de la siguiente manera:

*“No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.”*

Los aspectos que permiten delimitar el uso justo de las obras que conforme a la norma citada son los siguientes

1. Los objetivos y la naturaleza del uso;

2. La naturaleza de la obra;

3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;

4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra; y,

5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. (Asamblea Nacional, 2016, pág. 65)

Más adelante el COESCC+i regula en el artículo 212 aquellos actos bajo la regla de los tres pasos, que no requieren autorización para su uso, ni son sujeto de ningún tipo de remuneración ellos son:

- a) La inclusión en una obra propia de fragmentos de obras de otros autores ya sean de naturaleza sonora o audiovisual, escrita, de carácter plástico, fotográfico, figurativo o semejantes siempre que estas obras hayan sido divulgadas lo que al usarlas obliga a ser citada, con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin que se persiga, debe hacerse alusión a la fuente y el nombre del autor, de manera tal que no exista una explotación encubierta de la obra, igualmente debe cumplirse con

lo antes expuesto en el caso de las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa;

- b) Cuando una obra se utilice en procedimientos de carácter oficial de la administración pública, órganos judiciales y la legislatura en general;
- c) Cuando las obras son expuestas, ejecutadas, interpretadas y comunicadas públicamente en actos oficiales patrocinados por las instituciones del Estado, con fines conmemorativos, culturales, educativos o científicos, la asistencia a ellos debe ser gratuita y los participantes no perciben remuneración por intervenir en el acto. La norma define como actos oficiales los que se realizan ante la presencia de autoridades eclesiásticas, militares y civiles que poseen un protocolo para su desarrollo;
- d) La distribución, reproducción, traducción y comunicación con fines destinados a la información de fotografías, ilustraciones, artículos y obras relacionadas con hechos de la actualidad y que tengan interés colectivo, en estos casos debe hacerse mención a la fuente y al nombre del autor, si el original lo indica y siempre que no se haya hecho constar la reserva de derechos en origen;
- e) Toda aquella reproducción, traducción y comunicación pública que se realice con el fin de informar en las conferencias, discursos y obras semejantes que hayan sido divulgadas a través de reuniones tanto en asambleas como en debates de carácter público relacionado con asuntos de interés general;
- f) Aquellas noticias diarias que constituyen simples informaciones que sean reproducidas, adaptadas, distribuidas y comunicadas públicamente destinadas a la información, siempre que se indique su origen;
- g) Toda la reproducción, adaptación, distribución o comunicación pública destinadas a la educación y a la ciencia con el fin de asegurar el acceso a las personas con discapacidad a obras arquitectónicas, fotográficas, de bellas artes, de las artes aplicadas u otras similares, que están emplazadas permanentemente en lugares abiertos al público, en forma de fotografía, pintura, dibujo, la filmación o cualquier otro procedimiento similar, siempre que se haga alusión al autor de la obra original, y el lugar donde se encuentra;
- h) La reproducción y comunicación pública con el objetivo de informar de aquellas obras vistas o escuchadas en el curso de acontecimientos de actualidad a través de

fotografías, películas o por la radiodifusión o transmisión de carácter público tanto de manera alámbrica como inalámbrica;

- i) La reproducción que se realiza de determinadas obras individualmente por parte de las bibliotecas, archivos o museos, cuando el ejemplar es parte de la colección de estos y dicha reproducción se realice con fines de conservar el ejemplar y sustituirlo en caso de que se destruya, extravíe o inutilice; entregar a otra biblioteca o archivo la obra reproducida en carácter de préstamo a los usuarios. La biblioteca o archivo que reciba el ejemplar puede hacer copia de la obra para el uso de los usuarios y de esta manera conservar el original y realizar la sustitución en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, de todo ejemplar que haya sido objeto de pérdida, destrucción o inutilización.

Por otro lado, el COESCC+i establece que las bibliotecas o archivo podrán realizar los siguientes actos sin que implique autorización, ni remuneración alguna:

- a) La Reproducción de fragmentos de obras para ser utilizadas por un usuario de forma personal.
- b) La reproducción por vías electrónicas y a través de la comunicación pública de obras de la colección para que puedan ser para ser consultadas por varios usuarios gratuitamente solamente en los casos de terminales de redes de esta entidad; que aseguren no se puedan hacer copias electrónicas de estas.
- c) La traducción de obras literarias escritas inicialmente en un idioma extranjero y que hayan sido obtenidas de forma legítima y cuando al efectuarse un período de tres años a partir de su primera publicación o un año para las publicaciones de tipo periódicas, y que su traducción no haya sido divulgada en el territorio por el titular del derecho.
- d) La traducción se debe efectuar con una finalidad netamente investigativa o de estudio para el acceso de los beneficiarios de estas bibliotecas o archivos, y solo puede ser reproducida mediante citas en las publicaciones de las mencionadas traducciones.
- e) El acceso temporal de los usuarios de la biblioteca o archivo, o de otras, a los libros resguardados por derechos de autor o prestaciones salvaguardadas por derechos

conexos que se encuentren guardadas digitalmente o en otro formato impalpable, y que se hallen dentro de sus colecciones.

- f) La duplicación y el suministro de una copia de libros protegidos por derechos de autor o prestaciones protegidas por derechos conexos a otra biblioteca o archivo, donde sea que se encuentren, o acorde con otra excepción que apruebe al archivo o biblioteca receptora a formalizar tal copia.
- g) La traducción, reproducción, adaptación, mutación, ajuste, comercialización y declaración de una obra salvaguardada por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más soportes accesibles para el manejo especial de personas con discapacidad.
- h) La explotación de textos. Las bibliotecas o archivos y sus empleados quedan libres de responsabilidad por los actos efectuados por sus clientes siempre que procedan de buena fe y tengan motivos para pensar que la obra protegida por derechos de autor o la prestación protegida por derechos conexos se ha usado en el marco legal por las restricciones y alteraciones previstas en el presente Parágrafo o de un manera que no está limitada por los derechos sobre la obra o prestación, o que estos se encuentren en el dominio público o bajo una licencia que admita su utilización.
- i) El préstamo público de manera particular de una obra audiovisual por una videoteca u otra colección, cuando el material mencionado se localice en la compilación.
- j) La realización, por parte de un organismo de radiodifusión y mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de grabaciones efímeras de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación dentro de cinco años, salvo en el caso de grabaciones con un especial valor histórico o cultural que ameriten su preservación.
- k) La ejecución de una transmisión o retransmisión, por parte de una corporación de radiodifusión o de una obra originalmente radiodifundida, siempre y cuando estas sea simultáneas con la emisión original y se divulgue oficialmente sin variaciones.
- l) La parodia de una obra popular, siempre que se mantenga ajustada a las normas del género y no involucre un peligro de confusión con esta, ni produzca ningún

perjuicio a la obra, al autor o al ejecutante, según sea el caso. Nunca podrá ser empleado para el beneficio ilícito de la obra de forma encubierta.

- m) Las acotaciones y registro, incluso si es realizada por vías técnicas no audiovisuales, con una finalidad de uso personal de clases y coloquios pronunciados en universidades, escuelas, institutos, colegios y otras instituciones de enseñanza, tomadas por quienes presencian estas conferencias. Estas notas de clase no pueden ser usadas para la mercantilización o el dominio público sino cuentan con el permiso del titular.
- n) La duplicación de las obras con el objetivo de la educación o en la creación de pruebas y exámenes en establecimientos educativos de artículos periodísticos publicados de manera lícita, o de fragmentos de obras publicadas legalmente, u de obras pictóricas, con la condición de que estas no se usen como objeto de venta. Las obras indicadas en el párrafo preliminar se pueden usar en el transcurso del tiempo de estudio, en el proceso de enseñanza-aprendizaje, siempre que esto se utilice únicamente para los alumnos de estas clases.
- o) Cuando se está en presencia de obras huérfanas o de las que no se dispongan legalmente en el comercio nacional, por el periodo mayor a un año desde su primera publicación, los organismos educativos podrán hacer uso íntegro de obras como las que se mencionan en los incisos anteriores, cuando su uso sea aprobado por la autoridad superior de la institución.
- p) La actuación, realización y difusión pública de una obra en los dinámicos educativos utilizadas por parte del profesorado y el estudiantado de una entidad educativa, puede emplearse con la condición de que no tenga costo este acto y que el público se componga de los empleados, alumnos y de otras personas afines con la institución.
- q) La traducción o arreglo de una obra con una finalidad académica en el itinerario de las actividades preparadas para la educación, sin que exista la más mínima probabilidad de que estas sean comercializadas más tarde.
- r) El empleo de un software que tenga como finalidad demostrar a sus clientes en los comercios, donde se exhiban, reparen o vendan objetos relacionados con la computación, esto debe realizarse dentro del local y evitando su enseñar esta propaganda al exterior.

- s) El uso de obras de artes plásticas para anuncios, ventas de estas. La exposición pública de ellas y sus duplicados se deben realizar teniendo como fin la difusión cultural, y no se puede cobrar por la entrada, ni obtener beneficio alguno con su exposición. Así como en el caso de las obras musicales y audiovisuales, su interpretación o ejecución dentro de instituciones relacionadas con la salud o la educación, se puede usar solo para los internos de dichas entidades siempre que no se demande un pago por estas.
- t) El uso temporal de una obra que forme una parte fundamental de un procedimiento tecnológico y que tenga como único fin la divulgación legal en una red entre terceros por parte de un intermediario, pero que en ningún momento tenga una significación monetaria independiente. El enlace de sitios en Internet o de otras actividades equivalentes igualmente legales, así su uso y almacenamiento necesarios en el proceso que permite el funcionamiento del motor de búsqueda siempre que esto no viole ningún contenido que tenga protección.
- u) La publicidad y reproducción de libros, obras de las artes plásticas, así como esculturas y demás que estén presentes en una solicitud o en la base de datos de propiedad industrial o que estén dentro de un diploma de obtentor por medio registros abiertos, pero siempre que estas tengan un carácter público.
- v) La comunicación pública de obras que se efectúe en empresas abiertas al público y que pertenezcan a un microempresario o artesanos calificados cuya tarea fundamental no implique a la comunicación pública de manera necesaria, o que su uso no tenga como finalidad la ambientación. Para este tipo de casos se concebirán comprendidos los derechos conexos que coexistan sobre las partes constadas.
- w) La divulgación de obras que se ejecute en el transporte público siempre que no se utilice para actividades turísticas; por otro lado, la aquella ejecución de obras destinadas a la educación y sin fines lucrativos.
- x) Las instituciones sin fines de lucro registradas por el Estado y prestan servicios de educación a personas con discapacidad, pudiendo reproducir, distribuir y difundir al público.
- y) La ejecución pública, divulgación y retransmisión llevada a cabo por una entidad de radiodifusión comunitaria no debe tener fines lucrativos. Las limitaciones y

excepciones no proceden su aplicación cuando se trate de una obra religiosa o de carácter político.

Las limitaciones y excepciones se extienden a los derechos conexos, entre las reguladas por la normativa son las siguientes:

Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos:

La reproducción y el suministro de una copia de las obras protegidas por derechos de autor o prestaciones protegidas por derechos conexos a otra biblioteca o archivo, o a otras bibliotecas o archivos donde quiera que se ubiquen, o conforme con cualquier otra excepción que permita al archivo o biblioteca receptora efectuar tal copia;

Las bibliotecas o archivos y sus funcionarios estarán exentos de responsabilidad por los actos que realicen sus usuarios siempre y cuando actúen de buena fe y tengan motivos razonables para creer que la obra protegida por derechos de autor o la prestación protegida por derechos conexos se ha utilizado en el marco permitido por las limitaciones y excepciones previstas en la norma o de un modo que no está restringido por los derechos sobre la obra o prestación, o que dicha obra o prestación se encuentra en el dominio público o bajo una licencia que permita su uso; (Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos.Creatividad e Innovación, 2016, pág. 40)

Por otro lado, el numeral 26 prevé lo siguiente:

26. La comunicación pública de obras que se realice en establecimientos abiertos al público de propiedad de microempresario, pequeños empresarios o artesanos calificados, a través de un único aparato casero cuya actividad principal no involucre de forma indispensable tal comunicación pública o que la utilización no tenga fines de ambientación. Para efectos de este tipo de comunicación se entenderán comprendidos los derechos conexos que existan sobre las prestaciones involucradas; (Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos.Creatividad e Innovación, 2016, pág. 42)

Los actos antes señalados, constituyen las excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos, las cuales afectan los derechos patrimoniales de los autores. Por otro lado el artículo 213 regula, que existen otros actos que pueden ser comprendidos en las limitaciones y excepciones, específicamente aquellos casos en los que se autoriza la reproducción de determinada obra, se incluirá su traducción en caso de estar escrita en un idioma foráneo, además se permite la comercialización de sus ejemplares, cuando conste el acto de reproducción autorizado, además, para estos casos deben tenerse en cuenta los tratados internacionales de los que la República del Ecuador es parte.

En el caso de las obras publicitarias, el artículo 215 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) se refiere a que no resulta obligatorio para ellas aludir el nombre de su autor, ni de los artistas que intervienen en su interpretación, así como hacer mención del autor de fotografías de carácter publicitario.

Es importante destacar lo referente a las licencias obligatorias, partiendo de la definición dada por la OMPI (2017) , entendiéndose como licencia a aquel acuerdo que es realizado por el titular de los derechos de propiedad intelectual, denominado licenciante y una persona a la cual se les conceden los derechos de utilización de la obra nombrada licenciataria, pagando este último al licenciante tasa o regalía por ello.

Sobre la licencia, cabe indicar que este acuerdo no constituye ningún tipo de cesión, ya que no transfiere derechos algunos, solo autoriza el uso de la obra, existen según la OMPI (2017) diferentes tipos de licencias entre ellas las voluntarias, legales y obligatorias. Sobre estas últimas es importante detenerse por su relación con el tema de estudio.

La sección VIII del Capítulo III título II del COESCC+i también establece limitaciones de excepciones a los derechos patrimoniales

Las licencias obligatorias son otorgadas por un órgano competente de carácter nacional y en su emisión se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para que se utilice y explote de la manera correcta y lícita la obra, al respecto Antequera planteó:

*“Se expide por mandato legal la autorización para el uso de la obra debe concederla necesariamente la autoridad competente, generalmente en sede administrativa (o, si la legislación lo permite, la respectiva sociedad de gestión colectiva de titulares de derechos),*

*para determinados supuestos (siempre de interpretación restrictiva) y en las condiciones definidas por la ley.” (Antequera, las licencias obligatorias como limites a los derechos de propiedad intelectual, 2009, pág. 20)*

Luego del análisis teórico sobre las licencias, es importante destacar que la concesión de licencias de tipo obligatorio, está previsto en la legislación nacional, específicamente en el artículo 217 del COESCC+i (2016) , en el que se establece que la autoridad encargada de los derechos intelectuales, es la que está debidamente autorizada para autorizar y otorgar las licencias sobre los derechos exclusivos de autor, relacionado con obras de carácter literario o artístico, musicales o audiovisuales solo cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Deberán presentar prácticas declaradas por la autoridad que maneja el tema de control de poder del mercado, donde se refleje que estas son contrarias a la libre competencia, y sobre todo en el caso particular de que sean un abuso de la posición dominante en el mercado.
- b) Cuando el autor de una obra musical ha concedido el autorizo a otra persona para su interpretación y no quepa la probabilidad de que pueda autorizar para una nueva interpretación. En este caso no se concibe la aplicación para esta licencia cuando el titular la ha negado explícitamente.
- c) En el caso de que una obra literaria no este traducida al español o a un idioma oficial del territorio y dicha traducción no se encuentre en el mercado nacional.
- d) Cuando hayan transcurrido tres años d la publicación de una obra literaria de contenido científico, cinco en obras de tipo general y más de siete en el caso de las novelas, poesías o libros artísticos y estas no se encuentren presentes en el mercado nacional
- e) En el caso de las obras audiovisuales, cuando haya pasado un año de su divulgación

El derecho de remuneración equitativa, previsto en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) reconoce expresamente que los artistas, intérpretes o ejecutantes poseen el derecho a una remuneración equitativa y única, por utilizar ya sea de forma directa o indirecta, la radiodifusión y cualquier otra forma de

comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas publicados con fines de carácter comercial.

Igualmente el COESCC+i (2016) reconoce que todo artista intérprete o ejecutante goza de manera irrenunciable, del derecho de remuneración equitativa por la puesta a disposición y el arrendamiento de sus interpretaciones, ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Tal como consta en el artículo 218 del código antes mencionado, la autoridad nacional competente tiene la facultad de conceder licencias obligatorias de manera no exclusiva en los casos reconocidos en el artículo 217, además de ello en el artículo 218 se detalla la naturaleza de la licencia obligatoria y los efectos de la misma estableciendo los siguiente:

*“Artículo 218.- De la regulación de licencias obligatorias. - De oficio o a petición de parte la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual podrá otorgar licencias obligatorias para el territorio nacional de manera no exclusiva en los casos y para los tipos de obras enumerados en el artículo 217. Tales licencias serán intransferibles salvo el caso de que se transfiera como parte de la empresa o de su activo intangible que permite su explotación, debiendo constar la transferencia por escrito e inscribirse ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. El otorgamiento de una licencia obligatoria no exime al licenciataria del respeto de los derechos morales existentes sobre la obra ni de las modalidades que no sean objeto de la licencia. La licencia podrá revocarse, a reserva de los intereses legítimos del licenciataria, a petición motivada del titular de los derechos, o de oficio si las circunstancias que le dieron origen han desaparecido”.*

Cuando se hace referencia a licencias obligatorias, se entiende que el titular de los derechos de una determinada obra, recibirá una remuneración económica, tal como se señala en el artículo 219:

*“Artículo 219.- Pago de participación económica cuando exista una licencia obligatoria. - El titular de los derechos de una obra la cual sea objeto de una licencia obligatoria, tendrá derecho a recibir un pago por el uso efectivo de dicha obra, que será fijado por la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales conforme lo disponga el reglamento respectivo. En caso de que el titular se niegue a recibir el pago o no se pueda efectuar dicho pago, este valor podrá ser consignado a su representante o a la sociedad de gestión colectiva del género de la obra o prestación.”*

Mientras que el artículo 220 del COESCC+i establece que:

*Artículo 220.- Imposibilidad de otras medidas.- La persona que haya solicitado la concesión de una licencia obligatoria sobre una obra literaria o artística no podrá ser sujeta a otras medidas administrativas o judiciales, respecto a dicha obra, que el pago de una compensación equitativa que para esos efectos determine la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales de conformidad con el procedimiento aplicable a las licencias obligatorias, en la medida que quien realiza la reproducción y distribución, cumpla con las condiciones y requisitos especiales que señale el reglamento respectivo.*

### **2.3. Posibles efectos sobre los derechos de los titulares del derecho de autor y los derechos conexos, derivados de la introducción del fair use**

Una vez estudiada la normativa vigente en el Ecuador en materia de los derechos patrimoniales, así como los límites y excepciones, corresponde considerar los posibles efectos de estos sobre los autores, titulares en el caso de las personas jurídicas y los derechos conexos. Como se ha señalado previamente, la legislación ecuatoriana introduce el “fair use”, siendo este, un sistema propio del derecho anglosajón y como tal es reflejo de las particularidades de los países que responden al mismo y a su desarrollo tecnológico.

Al utilizarse la figura del “fair use” en el Ecuador, que es un país sujeto legalmente a disposiciones de convenios internacionales, por lo tanto a la Regla de los tres pasos, se han generado grandes críticas, e incluso se ha llegado a pensar que la adopción de esta nueva figura generaría afectaciones a los derechos patrimoniales de los titulares del derecho de autor, bajo el argumento de que da apertura a un sistema en el que su flexibilidad traspasa los límites de estos derechos patrimoniales, puesto que no existe remuneración por el uso y explotación de las obras que se consideran destinadas al desarrollo educacional, científico, tecnológico y cultural .

El Dr. Ramiro Rodríguez, Director Nacional de Derechos de autor y Derechos conexos ha manifestado lo siguiente, en cuanto al Fair Use:

*“Las personas que criticaron el Fair Use decían que el régimen de propiedad intelectual que utiliza el Ecuador para el tema de obras y prestaciones, viene de la Escuela de derechos de autor que tiene obviamente su historia y sus inicios en Francia, a diferencia del Copyright*

*que está en Inglaterra, entonces alegaban que no se podía hablar de fair use o de usos justos, porque eso responde al sistema o a la familia jurídica anglosajona, mientras que la Familia Jurídica Romana, dentro de los diferentes sistemas y se lo tomaba como algo inadecuado introducir una figura típica del Copyright en la lógica del derecho de autor que obedece a otro sistema, con lo cual estoy totalmente en desacuerdo, ya que los sistemas jurídicos comparados tienen cuestiones de adopción o más que adopción, adaptación, por lo que hoy en día es difícil identificar las familias o sistemas jurídicos porque ya no existen puros, por el tema de la globalización” (Rodríguez, 2018)*

Es indudable que la globalización y el avance tecnológico a gran escala, ha permitido que las escuelas o familias jurídicas, dejen de ser antagónicas y pasen a considerarse complementarias, de tal manera hay un tema de promover el uso equilibrado del sistema de propiedad intelectual, entonces las limitaciones y excepciones realmente son flexibilidades al régimen de propiedad intelectual y en ese sentido eso obedece a la lógica de cómo se debe entender el concepto de propiedad (Rodríguez, 2018)

Como se ha descrito, las limitaciones y excepciones establecidas en la normativa vigente son abundantes ampliando en gran medida el uso de las obras, no es menos cierto que el acceso a ellas con fines educativos y demás, es una manera de hacer valer los derechos fundamentales, pero debe tenerse en cuenta los derechos patrimoniales de los que gozan los titulares del derecho de autor para que no resulten vulnerados.

Sin embargo la dificultad de la nueva normativa está dada en que, el reconocimiento del uso justo puede llevar a que el autor no pueda controlar de forma correcta el uso y explotación de su obra y por tanto no adquiera los valores patrimoniales que legalmente le corresponden, sobre ello de Pina (2006, pág. 39) comentó que los derechos patrimoniales permiten al autor recoger los frutos de su obra creativa, la cual no está constituida solo por la fama, sino por la remuneración que permiten al autor subsistir para poder dedicarse a su trabajo intelectual.

En la actualidad, el internet y los medios electrónicos a pesar de constituir formas de difusión de las obras, atentan de no controlarse debidamente contra el derecho de autor y más aun aplicando el “fair use”, autores como Monroy (2009) analiza que:

*“Inclusive, algunas legislaciones consideraron como un recurso válido para asegurar la prevalencia del interés general consagrar la expropiación de los derechos patrimoniales de*

*autor por motivos de interés educativo o cultural y, en general, la consagración de diversas causales en virtud de las cuales las obras pasan a ser de dominio público.” (pág. 18)*

Monroy (2009, págs. 19-21) considera que el desarrollo de la tecnología no puede enmarcarse dentro de las categorías tradicionales de derechos patrimoniales, siendo ello sujeto de un nuevo derecho, sin embargo considera que se deben respetar los derechos patrimoniales de los autores a tal punto que al acceder un usuario a través de la red a determinada obra siempre debe someterse a los términos y condiciones que para ello establezca el autor o titular en caso de las personas jurídicas, además obtener una clave y pagar por el acceso a ello, salvo en los casos que estén previstas en las excepciones o limitaciones, pero no hacer de estas una mayoría, ni dejarlas al libre albedrío de los usuarios.

Por lo tanto, el fair use dentro de la legislación ecuatoriana, no es una práctica lesiva para los derechos de los autores, ni afecta de manera alguna la seguridad jurídica, y si bien es un tema que aún debe debatirse, desarrollarse y pulirse, es un avance que trae consigo consecuencias positivas porque no solo se habla de regla de los tres pasos si no que agrega otras condiciones.

Los cuestionamientos por parte de ciertos grupos llegaron a Judicializarse en la Secretaria General de la CAN, en la que se interpuso una acción de incumplimiento al Estado Ecuatoriano. La secretaria general de la CAN ya se pronunció indicando que no había ningún quebrantamiento a los derechos, lo que significa que el Ecuador busca un equilibrio en el Sistema, de hecho es tan beneficioso que la Republica del Uruguay y Cuba están promoviendo ante la OMPI, que el Ecuador sea la sede del taller regional de jefes de oficina de derechos de autor, ya que toman al Código como un referente para sus países, quieren promover la adopción de una legislación parecida en sus propias latitudes, y si varios países de la región ven al Código como un referente es porque realmente hay un equilibrio de derechos (Rodríguez, 2018)

## CAPITULO III

### Limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales en el Entorno Digital

#### 3.1. El entorno digital

Para comenzar el análisis de las limitaciones en el entorno digital hay que precisar que el término limitaciones está relacionado con el derecho patrimonial. Por otro lado, tanto la sociedad como la tecnología se desarrollan constantemente, lo que obliga a la normativa a cambiar y atemperarse a ello, y los derechos de autor no se encuentran ajenos a esta dinámica.

Tradicionalmente el derecho de autor, representaba una armonía entre los intereses del autor y los demás titulares con respecto a los derechos relacionados con el control y la explotación de las obras y la necesidad de que la sociedad tenga libre acceso a la información y circulación del conocimiento, sin embargo, el entorno digital en la actualidad incide sobre el mercado de las obras y sobre los derechos del autor.

Schuster (2012, pág. 148) afirma que con el entorno digital todo ha cambiado a gran escala, partiendo de la forma de distribución, ya que la naturaleza es distinta al ejemplar físico y la comunicación es variada, apareciendo diferentes formas de transmisión de las obras ya que la forma tradicional resultaba eficaz para la utilización legítima de las obras y en el entorno digital no se desarrolla el mercado y las utilidades van dando lugar a que disminuya cada vez más la distribución de las obras en soporte físico.

Con respecto a las formas tradicionales y el entorno digital, Straumann (2012, págs. 212-214) establece que específicamente en el entorno digital los derechos de los autores adquieren relevancia, toda vez que la única manera de colocarle un valor económico a una determinada creación es mediante la autorización de uso y el espacio en el que el autor encuentra una contraprestación a la ganancia que se obtiene por la utilización de un trabajo de carácter creativo, apunta que el hecho de que una determinada obra esté de forma gratuita en las redes no asegura que la creación será conocida y percibida por el público sino que solo estará disponible a ellos.

El entorno digital según Schuster (2012, pág. 152) no ve el mercado como una vía para acceder a las obras y no motiva a que los autores se vinculen a industrias relacionadas con la creación, porque este entorno no propicia un intercambio de carácter monetario y cuenta con muchos intermediarios en la red, que impiden definir un valor real en dinero por la creación. La tecnología digital ha cambiado todo lo relacionado con la producción, la distribución y las formas de consumir las obras protegidas. El autor define como diferencias entre el sistema tradicional y el entorno digital con respecto a los derechos patrimoniales de los autores los siguientes:

- a) La difusa frontera en las formas de explotación, provocadas por el uso de la tecnología;
- b) La precariedad en el control del uso de las obras y producciones por el fenómeno de desmaterialización de los contenidos; y
- c) La diferente conducta del público frente a las obras marcadas fuertemente por las formas de interactividad en el entorno digital. (Schuster, 2012, pág. 157)

Es muy diferente el contexto digital actual con las formas tradicionales, atendiendo a la propia naturaleza tecnológica que permite el acceso sin restricción a la creación y en consecuencia resulta muy difícil el registro de la utilización de las obras, lo que afecta los derechos patrimoniales de los autores, de no contarse en la plataforma digital con las herramientas tecnológicas y legales necesarias para la supervisión y control del uso y explotación de las obras. (Ficsor M. , 2012, pág. 97)

En el entorno digital, cualquier persona con acceso a la red puede reproducir una obra, mediante copias y además hacer circular la creación entre cientos de usuarios, igualmente puede manipularlas, y hacer nuevos productos, a través del entorno digital la distribución se realiza de manera muy sencilla y aparecen nuevas maneras de conservar y difundir la información y contenidos mediante los sitios web facilitando el acceso a bibliografía, fotografías, revistas, filmes, música, etcétera.

Según Lypzsync (2004) las características del entorno digital son las siguientes:

- a) La información que se encuentra en las redes, no consiste en un objeto material, sino que solo existe en la memoria del ordenador
- b) Las copias que se realizan son intangibles.
- c) La información se encuentra al alcance de todos, de forma ilimitada.

- d) No es necesario salir de casa o del lugar de trabajo para obtener la información, es decir que esta es recibida sin necesidad de trasladarse.

En la actualidad existe un acceso ilimitado de las redes por parte del público y es por ello que resulta necesario el cambio y la adaptación de diversas normas relacionadas con la explotación de las obras en el ambiente digital. Por este motivo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) puso en vigor dos nuevos Tratados, en primer lugar, el WCT referido a los Derechos de Autor y el segundo fue el WPPT relacionado con los Derechos Conexos. (Ficsor M. , 2012, pág. 111)

La tecnología digital constituye un espacio abierto para el tráfico gratuito de la información, y al tener esta particularidad, posee la capacidad de afectar la explotación de las obras, por tanto, sobre ello Ficsor (2000) explica que:

*“...el derecho de autor y los derechos que le son afines no tienen futuro en el entorno digital, particularmente en el contexto de las redes globales como Internet, que se desarrollan en el ciberespacio, “fuera de este mundo”, donde no hay lugar para la intervención de Estados o naciones ni nadie puede controlar lo que está sucediendo por tratarse de un “área de completa libertad” (2000, pág. 117)*

Con la evolución de la tecnología se debe tener en cuenta que es necesario conseguir una armonía entre los avances de esta y la economía, con la preservación de la cultura, además, el punto fundamental a resaltar, es la importancia de que exista un equilibrio entre los derechos del público y los titulares del derecho de autor, ya que se pueden ver afectados sus derechos patrimoniales al no recibir remuneración alguna por el uso de sus obras. (Stokkmo)

Como se ha podido comprobar, la transmisión de la información en el internet es sumamente fácil, así como la reproducción de las obras o su uso. Los diversos tratadistas expertos en la cuestión, han planteado varias conjeturas con el objetivo de entender la situación que rodea a este complejo tema. Algunas partes explican que solo el hecho de ubicar una obra en internet, trae implícito la autorización por parte de su autor a la reproducción y distribución. Por otro lado, hay partes que opinan que en este caso el titular de derechos está autorizando la reproducción y empleo de su obra solo para la página que lo coloque o para su uso personal. (Vercelli, 2004)

El internet ha impuesto diversos desafíos al Derecho de Autor como por ejemplo la cuestión de su libertad, la zona donde influye y el dominio de un Estado sobre una determinada zona geográfica. Debido a su infraestructura se presentan una serie de conflictos en el momento de aplicar la normativa correspondiente. (Stokkmo) Además de que la ley para estos hechos cambia según el territorio y la jurisdicción, ya que en la mayoría de los casos la aplicación del derecho internacional, el derecho de autor y el Copyright no solucionan.

Otro de los retos a los que el Derecho de Autor debe confrontar es la remuneración económica por la obra. Con el acceso ilimitado y masivo a la comunicación se supone que los titulares de derecho debían recibir una compensación económica por el uso de sus obras, sin embargo, se conoce que esto no sucede así. Precisamente este aspecto es uno de los que más afecta a los derechos correspondientes a los titulares, por la facilidad con la que se da el intercambio en la tecnología.

*“(...) el entorno digital representa una amenaza única a los derechos de los titulares de copyright y, como tal, necesita protección contra los dispositivos que minan sus intereses. En contraste con la experiencia analógica, la tecnología digital permite a los piratas reproducir y distribuir copias de obras virtualmente sin costo para ellos. Como la tecnología avanza, también deben hacerlo nuestras leyes.” (2003, pág. 66)*

La DMCA reconoce que se debe examinar y aplicar las sanciones correspondientes a toda violación relacionado con el Copyright y la Piratería, puesto que, a pesar de los instrumentos internacionales, la cuestión de estudio resulta compleja, atendiendo a que existen límites y excepciones que protegen a los usuarios en cuanto a la utilización de las obras con determinados fines, destacándose dentro de estos el educativo, científico, y el generalizado criterio sin fines de lucro. Estas disposiciones deben revisarse y atemperarse o ampliar su alcance atendiendo a que ponen en peligro los derechos patrimoniales de los autores, Villalba (2017) sobre ello resumió que:

- a) El uso de las obras protegidas por el derecho de autor no posee una regulación específica cuando el acceso a estas se realiza a través de medios digitales.
- b) El acceso a la información contenida y transmitida a través de las redes digitales no conlleva a otras excepciones a los principios generales del derecho de autor, cuyo autor es quien posee la exclusividad relacionada con la explotación de la obra. Las

excepciones son territoriales, por lo que deben ser establecidas taxativamente en la normativa interna de cada país.

- c) El autor que de forma libre y voluntaria introduce su obra en Internet presta consentimiento tácito al uso personal, entendiéndose por el almacenamiento realizado en el disco rígido e imprimir una copia para sí mismo, sin derecho a darle un uso diferente a la misma y en la medida que este uso no afecte la normal comercialización de la obra.
- d) En caso de duda sobre quién dispuso colocar la obra en la Red, el derecho al uso se limita a la simple lectura sin poder ejercer un uso diferente.

Esto nos lleva a analizar que las limitaciones en el nuevo contexto deben ser completamente distintas a las previstas para las formas tradicionales de uso y explotación de las obras, motivos por los que las limitaciones que se definen en la normativa deben asegurar la protección de los creadores a los efectos de garantizar su derecho patrimonial que les permita asumir nuevas inversiones para la creación y la posibilidad de realizar un control de la utilización y explotación de las obras en el nuevo contexto tecnológico. (Villalba C. A., 2007)

La era digital ha dado un giro sobre los derechos de autor puesto que el desarrollo de las telecomunicaciones y la tecnología ha diversificado las formas tanto de crear como de explotar las obras fundamentalmente a través del internet que facilita el intercambio, la creación y facilita que esta se comparta sin restricción alguna. (Vercelli, 2004) Las redes permiten el acceso y uso de obras protegidas mediante su reproducción, ejecución o cualquier otra forma de comunicación o transmisión, así como también da lugar a que estas puedan ser modificadas, lo que obliga a que el ordenamiento jurídico refleje y responda a las nuevas exigencias del entorno digital.

El nuevo contexto tecnológico constituye un reto al derecho de Autor en general, atendiendo al carácter intangible del entorno digital, sobre ello Morales (2014) considera que el entorno digital facilita la creación de copias, la transformación y manipulación de las obras debido a la interactividad y la transmisión electrónica que permite acceder a cualquier contenido y si se desea descargarlo, sin que exista para los usuarios de la red seguridad del orden jurisdiccional que se aplica ante estas acciones, además el autor afirma que los principios tradicionales del derecho de autor deben mantenerse aun en el nuevo entorno siempre y cuando se tomen todas las medidas y se dispongan de las herramientas para asegurar la

protección de las obras y que sus autores sean respetados, reconocidos y precautelados en sus derechos.

Por su parte, Guibault (2003, pág. 77) hace referencia al estudio que la UNESCO ha realizado sobre la naturaleza y alcance de las limitaciones del derecho de autor y los derechos conexos y la posibilidad de que estos se atemperen al nuevo entorno tecnológico se ve desde dos artistas: las limitaciones establecidas por los convenios internacionales de los cuales el país es parte y el ordenamiento jurídico nacional y por otro lado, el entorno digital. Ambos aspectos deben tratarse con la delicadeza que ameritan atendiendo a que debe armonizarse en el orden internacional la protección de los autores ante el entorno digital y en la norma interna deben quedar plasmadas las limitaciones de manera tal que respondan a los derechos que de manera natural le corresponden al autor.

### **3.2. Consideraciones sobre las limitaciones en el entorno digital**

Como se ha visto, las limitaciones del derecho de autor se relacionan con los temas netamente económicos, con la remuneración que debe recibir el autor por el uso de su obra, lo cual debe analizarse ante el entorno digital. Sobre las limitaciones en el entorno digital Straumann (2012) plantea que dañan el derecho moral del autor, además de limitar sus derechos patrimoniales y solo deben invocarse con respecto a obras que ya han sido publicadas y que cuenten con el consentimiento del autor, para ello debe hacerse alusión a su nombre y a la fuente de donde fue tomado y están sujetas a un número limitado que son aplicadas e interpretadas de manera restrictiva.

Las limitaciones al derecho de autor en el ámbito nacional, se enuncian taxativamente en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y al aplicarse en el país la regla de los “Tres Pasos” y el “fair use” en este último caso, los derechos patrimoniales están limitados por el uso justo, lo que permite a los operadores de justicia realizar interpretaciones sobre ello y definir en qué casos estos constituyen o no vulneraciones a los derechos de los autores.

Las limitaciones están relacionadas con los derechos fundamentales como la libertad de expresión, derecho al acceso a la información, la educación y la cultura, los cuales están consagrados en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el

artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debe velar por el derecho de toda persona a la protección de sus intereses morales y patrimoniales a razón de su creación y por otro lado los derechos de las personas y la comunidad en general a tener acceso a los conocimientos. (Fariñas, 2012, pág. 185)

Los derechos humanos derivados de la creación que realizan los autores, según Chapman (2001) deben verse desde dos aristas: asegurar al autor la protección de sus derechos morales y patrimoniales y a la vez responder con respecto al usuario un derecho de acceso a todo aquel material que posee un interés de carácter público desde el punto de vista cultural, educativo y de la información, por ello resulta importante respetar ambos aspectos sin sobrepasar los derechos de las dos partes para lograr el equilibrio que se busca. El mencionado autor hace énfasis al considerar que la propiedad intelectual juega un papel trascendental desde el punto de vista económico y social de ahí que resulte vital que se reivindicuen cada vez más los derechos del autor, ya sea de manera individual o colectiva, como un derecho humano.

Con respecto al entorno digital, Castro (2015, pág. 3) menciona que los derechos de autor son un derecho humano que en tal categoría se ha visto afectado con la convergencia de las TIC y sobre todo con el auge y expansión de Internet, lo que obliga a los Estados a aplicar de forma armónica los instrumentos internacionales en materia de derecho de autor y la norma interna para lograr la debida protección en materia de derechos correspondientes tanto a autores como a usuarios. Straumann plantea que:

*“A partir de la protección del derecho de los creadores es que se puede recorrer un camino de equilibrio ponderado con el resto de los derechos. No es precisamente degradando la protección de los derechos de autor que se constituye un sistema de equilibrio.”* (Straumann, 2012, pág. 189)

Para garantizar la aplicación y ejercicio de los derechos humanos resulta importante mencionar que los instrumentos internacionales en materia de derecho de autor como el ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor que mantuvo las limitaciones y excepciones analizadas en el Primer Capítulo de la investigación recogidas en el Convenio de Berna y añadió la regla de los Tres Pasos, con el objetivo de garantizar una aplicación correcta de dichas limitaciones. La regla de los “Tres Pasos” previstos en el artículo 10 del

Tratado (1996, pág. 4) se basa en los siguientes elementos: “en ciertos casos especiales, que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra, que no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del autor”. Cumpliendo con los aspectos antes detallados se consideran respetadas las limitaciones del derecho de autor.

Resulta importante mencionar que en la aplicación de las limitaciones se debe tomar en cuenta la llamada “Regla de los Tres Pasos” reconocida en instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte, y a pesar de que existen interpretaciones incorrectas que plantean que en el país dicha regla fue sustituida por el “fair use”, sin embargo en virtud del Dictamen No 002 emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina (2017) a raíz de un reclamo realizado por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), por un presunto incumplimiento del gobierno ecuatoriano de instrumentos internacionales de los cuales es parte, se constató que a pesar de que el artículo 211 del COESCC+i reconoce el uso justo, no representa que se esté afectando el sistema tradicional anterior, ya que la regla se continúa respetando y con el objetivo de hacer una valoración correcta de una determinada limitación se ha implementado el uso justo como complemento de la regla de los “Tres Pasos” .

La legislación internacional y la normativa nacional, a fin de consagrar las limitaciones al derecho de autor, establecen las licencias que pueden ser no voluntarias, que son aquellas que poseen un carácter oneroso en virtud de la normativa tanto internacional como interna; aquellos supuestos de excepción establecidos por la ley que permite la utilización de forma libre de la obra, pero debe pagarse por ello y los usos libres y gratuitos bajo los criterios de los denominados “usos honrados”.

Con respecto a los derechos conexos, el ADPIC reconoce las regulaciones establecidas en el Convenio de Roma, en especial sobre los derechos conferidos regulando que los países miembros de esta Convención deben establecer las limitaciones y condiciones sujetos a las disposiciones del Convenio, por otra parte a los derechos sobre los fonogramas que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y productores, admite determinados cambios siempre que se respete el Convenio. Todo lo antes analizado apunta a que los Estados miembros de los instrumentos mencionados deben mantener la Regla de los Tres Pasos para poder garantizar los derechos patrimoniales de los autores.

Al respecto Gabeiras (2002) expresa:

*“La puesta a disposición de una obra implica que ésta queda a disposición de los usuarios en una base de datos ubicada en un servidor, [...] la comunicación se produce punto a punto, previa solicitud del usuario. Sin embargo, lo cierto es que el derecho de autor se genera desde el preciso momento en que se coloca la obra en el servidor facilitando el acceso a la misma”*  
(2002, pág. 146)

Para entender claramente lo antes expuesto se puede tomar como ejemplo lo siguiente:

Si el titular de una fotografía que tiene un carácter de original, coloca dicha fotografía dentro de una página web y no bloquea la opción de acceso a copia, esto trae como consecuencia que no se pueda impedir que terceras personas descarguen la imagen. Por lo que se considera que, si el titular está facilitando la copia de su obra, esto equivale a dar la aprobación para cualquier persona que entre al sitio web.

Según el artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) y en concordancia con el artículo 9 del Convenio de Berna, se considera como una manera de reproducción, todo almacenamiento de una obra en cualquier soporte digital. Es decir que toda copia creada, de forma voluntaria o involuntaria, sea temporal o permanente es en esencia una reproducción.

En este ámbito de las limitaciones en el entorno digital, también se debe tener en cuenta que los actos de comunicación de obras que estén preservadas por Derecho de Autor siempre serán públicos, pues de acuerdo con la infraestructura presente en este sistema, la obra se extenderá para un público potencial, ya que antes de llegar a manos de un destinatario pasará por otras manos.

Acerca del tema relacionado con la distribución de las obras en el Internet, los artículos 6 y 7 del WCT (1996) explican que el derecho de distribución se tratará en aquellos casos donde se genere una copia en soportes físicos. En estos artículos se excluyen las transmisiones digitales ya que en este caso el soporte es intangible.

Otro de los problemas es la remuneración económica por la obra. Con el acceso ilimitado y masivo a la comunicación se supone que los titulares de derecho debían recibir una compensación económica por el uso de sus obras, sin embargo, todos sabemos que esto no

sucede así. Precisamente este aspecto es uno de los que más afecta a los derechos correspondientes a los titulares, por la facilidad con la que se da el intercambio en la tecnología. Sobre ello Straumann (2012, pág. 172) expresó que con el avance tecnológico, las facilidades de copias, tanto se refieran a libros, fonogramas o videogramas, claramente invaden el derecho exclusivo, afectando la explotación de la obra, resultando imposible a los titulares ejercer un control de tal derecho.

Proteger los derechos patrimoniales de los autores implica un gran desafío, por la propia naturaleza del entorno digital que resulta dinámico, abierto y accesible a todos los usuarios de las redes; las personas tienen a su alcance todo tipo de información y creación, debido al desarrollo tecnológico alcanzado y que está en constante crecimiento, en tal virtud debe contarse con herramientas jurídicas eficaces para precautelar los derechos patrimoniales de los creadores y ejecutantes.

### **3.3. Las bibliotecas en el entorno digital**

Se ha tomado como punto de análisis el tema de las bibliotecas, atendiendo al evidente desarrollo tecnológico que ha ido transformando el funcionamiento de las mismas, ya que estas juegan un papel primordial en la sociedad y en el ejercicio de los derechos de acceso a la educación e información de todas las personas, mediante las bibliotecas virtuales, catálogos digitales, libros digitales, audiolibros a los que se pueden acceder a través de cualquier dispositivo digital ya sea un *smarthone*, *tablets* o computadoras. (Villajero, 2013, pág. 27)

Las bibliotecas están en función del interés público específicamente al servicio de la educación, la cultura e investigación, motivo por el que poseen determinados privilegios. Su actividad genera que cotidianamente se realicen copias, se distribuya y se proceda a la comunicación pública de obras que están protegidas por el derecho de autor, presentándose el conflicto relacionado con la autorización del uso por parte del autor y su derecho patrimonial de recibir una remuneración por ello. (Fariñas, 2012).

Las bibliotecas ante el avance del entorno digital, llevo a los Estados a establecer en su ordenamiento jurídico interno las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, sin vulnerar la normativa establecida en los instrumentos internacionales sobre la materia y en

especial, la mencionada regla de los “Tres Pasos”, reconocida en el Convenio de Berna, el acuerdo ADPIC y por el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dedicado a los derechos de autor en el entorno digital. El mencionado Tratado constituye el referente en las reformas de las normas nacionales sobre derecho de autor ante el entorno digital ya que mantiene las mismas limitaciones y excepciones, adaptándola al nuevo contexto.

En el Ecuador, el ordenamiento jurídico prevé el tratamiento privilegiado a las bibliotecas, tal como se analizó en el capítulo II de la investigación dedicado a estudiar el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, no obstante se debe destacar que dentro de los actos del entorno digital que no necesitan autorización de los autores, ni estos reciben remuneración alguna por ello son aquellos que se derivan de las bibliotecas o archivos específicamente el suministro de acceso que se tenga de manera temporal por los usuarios de estas instituciones a otras bibliotecas o archivos, a aquellas obras que se encuentren protegidas por los derechos de autor o derechos conexos que estén en soporte digital o estén en otro medio intangible, que formen parte de estas instituciones.

### **3.4. El entorno digital en el COESCC+i**

El Código Orgánico de la Economía Social de los conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) reconoce y aplica tanto la regla de los tres pasos como la figura del fair use en el Ecuador, es importante analizar la regulación que realiza esta normativa aplicada al entorno digital, atendiendo a que diariamente crecen los usuarios y aquellas personas que obtienen información en todos los ámbitos a través de las redes.

El artículo 39 del Código (2016) regula lo referente al acceso y soberanía del conocimiento en entornos digitales e informáticos, atendiendo a que se puede acceder a estos universalmente, de forma libre y segura utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones mediante las plataformas creadas a estos efectos. En el artículo se consagra que los medios digitales coadyuvan a la adquisición de conocimientos, a la innovación y la creación.

La normativa mencionada preceptúa que:

El acceso universal, libre y seguro al conocimiento en entornos digitales es un derecho de las y los ciudadanos. El Estado generará las condiciones necesarias para garantizar progresivamente la universalización del acceso a las tecnologías de la información y comunicación, priorizando el uso de tecnologías libres, bajo los principios de: soberanía tecnológica, seguridad, neutralidad de la red, acceso libre y sin restricciones a la información y precautelando la privacidad. (Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos.Creatividad e Innovación, 2016, pág. 20)

Estos artículos justifican la utilización y explotación de las obras utilizando los medios informáticos, lo que deja abierta una brecha a utilizar cualquier archivo bajo el fundamento de que se utiliza con fines de adquirir conocimientos, dejando en indefensión la figura del titular del derecho de autor.

Por otra parte, queda claramente establecido que el Estado ecuatoriano es el encargado de dirigir y ejecutar todas las medidas encaminadas a proteger el desarrollo y difusión de las redes informáticas, del internet, así como lograr diversidad en los usuarios de estas permitiendo el acceso de los ecuatorianos al entorno digital, especialmente a los centros educativos los que pueden disfrutar de estos medios de manera gratuita.

El artículo 142 del COESCC+i (2016) establece la terminología relacionada con las tecnologías libres y formatos abiertos considerándose los software, hardware y demás elementos de esta naturaleza que posean un código libre, sin limitación alguna que permite a los usuarios acceder a estos, reconociendo a los usuarios libertades entre las que se destacan:

- a) *Ejecutar el software de forma libre para cualquier fin;*
- b) *Poder estudiar el funcionamiento del software, cambiarlo y atemperarlo a cualquier necesidad.*
- c) *Poder redistribuir copias de manera libre y,*
- d) *Distribuir copias de las versiones de estos programas modificadas a terceros.*

De igual manera se define el hardware libre y las libertades que otorgan a los usuarios. En cuanto a la utilización de las tecnologías digitales libres en el sistema educacional se regula en la norma que estas podrán utilizar las tecnologías digitales para realizar investigaciones para asegurar una enseñanza integral. (Ficsor M. , 2012, pág. 98) En el caso del uso y

adquisición de software, el sector público para garantizar la contratación cuenta con un orden de prelación en virtud de lo que regula el código estudiado para adquirirlo

El Código Orgánico de la Economía Social de los conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) hace referencia a los contratos de inclusión fonográfica mediante el cual los titulares de una obra musical o su derechohabiente, el editor o la sociedad de gestión colectiva, consiente a un productor de fonogramas a realizar una grabación de una determinada obra para reproducirla en un disco, soporte de índole digital o cualquier otro medio de naturaleza semejante con el objetivo de reproducir o distribuir sus ejemplares, deja establecido que para comunicar la obra públicamente no necesita la autorización de su productor, lo que coloca a los autores en una desprotección de sus derechos patrimoniales.

Con respecto a la autorización para realizar la transmisión de una obra, excluye el derecho de emitirla o realizar su explotación de manera pública, excepto que se haya pactado lo contrario, el artículo 197 regula expresamente que se requiere de la autorización del autor o derechohabiente para transmitir la obra hacia o en el exterior, excepto cuando dicha transmisión se realice utilizando el entorno digital, dígame mediante el internet o transfronterizas.

Es evidente el impacto que ha traído consigo la utilización de los medios digitales en la época actual, su expansión y sus ventajas, dejan como consecuencia que los autores queden relegados a un segundo plano y especialmente el COESCC+i con su normativa vanguardista y adelantada para el desarrollo que tiene el país, abre la utilización y reproducción de obras de arte de manera excesiva, manifestándose un respeto hacia los derechos morales y no así los patrimoniales de los autores de las obras de cualquier naturaleza.

El artículo 212 del COESCC+i (2016), prevé los actos que no necesitan de la autorización para su uso, aclarando que estos de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales y los principios de la norma, no generan vulneración de los derechos patrimoniales de los autores, siempre que no afecten la normal explotación de las obras y no den lugar a perjudicar de forma injustificada los intereses del titular o titulares de los derechos.

El uso del entorno digital responde a los nuevos tiempos, por lo que obliga a los operadores de justicia a contar con la preparación suficiente para resolver los conflictos de esta índole

que se presenten en la práctica judicial, para evitar confusiones y arbitrariedades a la hora de impartir justicia. Indiscutiblemente el desarrollo tecnológico ha facilitado la difusión y el conocimiento por parte de la mayoría de los usuarios de los diferentes temas gracias a las facilidades que brindan estos medios, permitiendo el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la educación, información, comunicación y a la cultura, pero se debe tener en cuenta lo concerniente a las afectaciones que este amplio medio digital causa a los derechos patrimoniales de los autores.

### **3.5. Los medios de protección en el entorno digital**

En virtud de lo expuesto en este capítulo, se abordará la necesidad de que existan medios de protección para la defensa de las obras y los autores en el entorno digital, dicha protección de carácter tecnológico está basada en las herramientas técnicas e instrucciones que conforman el archivo de tipo digital; las que pueden realizarse a través de diferentes soportes como discos compactos, memorias, o existir de forma digital en línea. Los medios antes mencionados tienen como fin obstaculizar cualquier tipo de actos que afecten los derechos de los autores, especialmente sobre los contenidos, y aquellos que excedan las autorizaciones concedidas mediante las licencias correspondientes a los usuarios. (Lopez, 2001, pág. 6)

Las herramientas que se utilizan para limitar y proteger las obras que se encuentran en el entorno digital, según Silberleib (2011, pág. 41) pueden aparecer desde el blindaje de las partes en las que esencialmente radica la reivindicación de la autoría, llegando hasta limitar e impedir a los usuarios de realizar acciones de copiado, impresión, transmisión de la información y la existencia de agentes de software que automáticamente avisan a los autores que existen terceros con la intención o utilizando indebidamente la obra.

Silberleib (2011) expone que un acceso por fragmentos permite el acceso breve de un documento, pero para obtenerlo de manera total se debe realizar un pago por ello, la existencia de llaves que ejercen la función de puertos paralelos que se instalan al hardware de la computadora, esta vía es costosa y normalmente se utiliza para proteger obras de gran valor.

El empleo de mensajes es otra de las formas identificadas por la autora para proteger los derechos, estos reconocen las copias con un número de orden y cada una de ellas que se

hayan distribuido se identifican con un número distinto, para evitar copias ilícitas. El uso de criptografía y el parpadeo (*flickering*) en el que la captura de la información en la pantalla solo le permite al internauta ver y leer el texto, pero no descargar la información, de esta manera hacer la lectura del texto es complejo por el movimiento, pero puede verse, no almacenarse texto se torna irritante para el lector, pero el mismo puede ser leído. (Antequera, 2012)

Otros de los dispositivos de autoprotección de las obras según Antequera (2012) pueden ser la utilización de códigos, huellas digitales, encriptaciones, la implementación de claves o contraseñas. Por otro lado, el mencionado autor plantea otras medidas de prevención de mayor amplitud y que se habilitan por colocación para con ello asegurar una eficaz protección, entre ellas se encuentran:

- a) Colocarlos en los soportes, para evitar se dupliquen, restringir la cantidad de reproducciones o impedir otros usos no autorizados;
- b) Implantarlos en el mismo servidor de prestador de servicios para obstaculizar el acceso *on line* a los contenidos que están protegidos o limitarlos solo a usos específicos, bajo los requisitos que determine el titular de los derechos

Antequera (2012) define que para garantizar la eficacia de los medios técnicos que se utilicen estos debe ser:

- a) Seguros para impedir cualquier fraude que pretendan realizar tercero;
- b) Rápidos para evitar descargar por parte de los usuarios;
- c) Económicos con el fin de impedir un aumento en el precio del soporte o la licencia, para no motivar al usuario a buscar otras alternativas para usarlo;
- d) Renovables lo que permitirá hacerle modificaciones para asegurar su protección;
- e) Revocables con el fin de poder suspender el acceso a la información cuando venza determinado plazo o ante vulneraciones del contrato de utilización de usos.

Para administrar los derechos de los titulares y en consecuencia la propiedad intelectual en el entorno digital, se debe explotar al máximo los sistemas de procesamiento de información para realizar procesos e introducir en los programas indicaciones que impidan ser removidas por los internautas durante el uso de la obra. Haciendo uso de este medio se delimitan áreas de datos, que según Silberleib (2011) se denominan *headers*, los cuales establecen las

condiciones y términos para hacer un uso adecuado de la propiedad intelectual y bajo los cuáles los dueños del copyright permiten acceder o hacer disponible la creación, realizando el pago por hacer uso de ellas.

Luego de mencionar y realizar el análisis de forma general sobre los medios de protección de los derechos en el entorno digital, se deben valorar someramente las disposiciones de índole internacional relacionadas con el tema enfocados en las medidas tecnológicas de auto tutela y a lo referente a la información sobre la gestión de los derechos. Tanto el TODA/WCT como el TOIEF/WPPT establecen que las partes deben garantizar la protección legal adecuada contra cualquier acción dirigida a eludir las medidas de índole tecnológica que utilicen los autores relacionados con sus derechos y en consiguiente deben restringir todo tipo de acto que los autores no hayan autorizado realizar o estén permitido por la normativa.

Sobre lo antes expuesto, Antequera (2012) comenta que dicha normativa no obliga a los titulares de los derechos a instalar herramientas técnicas de autoprotección, lo que es decisión de ellos hacerlo, sin embargo apunta que el objetivo de estos instrumentos es proteger frente a aquellos actos que se dirijan a afectar los medios técnicos que ya hayan sido instalados.

Por otro lado, los tratados mencionados facilitan a las partes que en su derecho interno definan aquellas acciones penales, civiles y administrativas que se pueden interponer para proteger a los titulares de los derechos.

Con respecto a los medios de protección en el entorno digital, el Dr. Ramiro Rodríguez (2018), Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) en entrevista realizada para esta investigación planteó, que en el caso del Ecuador,

*“El código tiene toda una parte en la que se habla del software y dentro de eso se aborda el software libre en la que el código más por razones políticas que técnica, califica como software de código abierto cuando en realidad lo que está ahí es que doctrinariamente se conoce como software libre, el cual responde a las 4 libertades de Stalman, en el cual lo único que se prohíbe es prohibir”. (Rodríguez, 2018, pág. 2)*

Como fue planteado anteriormente en el país el sistema es abierto, y lo que pretende es que las personas tengan acceso a cualquier tipo de información que se encuentre en los medios

digitales, sin embargo, esta premisa no impide que los titulares del derecho de autor y derechos conexos, tomen cualquier medida que corresponda de las analizadas anteriormente, en el orden tecnológico, encaminadas a proteger su obra y sus derechos.

## CONCLUSIONES

Primera: Los derechos morales de los titulares del derecho de autor deben respetarse independientemente del contexto en que se utilicen y exploten las obras, por ser derechos irrenunciables, inalienables, intransferibles y algunos imprescriptibles; mientras que los derechos patrimoniales de autor sobre su obra son de carácter temporal, transmisible y se encuentran dentro de la esfera de los derechos reales.

Segunda: El Estado ecuatoriano ha ratificado varios Convenios Internacionales en materia de propiedad intelectual, razón por la cual está en la obligación de desarrollar en su normativa interna los compromisos adquiridos a través de dichos instrumentos, tales como el Convenio de Berna, los tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), los mismos que, consagran a la regla de los tres pasos como una vía para orientar las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y los derechos conexos.

Tercera: Las limitaciones y excepciones a los derechos de autor se amplían en el COESCC+i, en relación a la Ley de Propiedad Intelectual, que, en gran medida, se justifican a fin de adecuarlas al desarrollo tecnológico; además que responden a cuestiones relativas a temas vinculados a la educación, al acceso de información y al uso en bibliotecas. No obstante, hay limitaciones que no quedan muy claras en sus propósitos, como las referentes a las instituciones del Estado.

Cuarta: Una de las ambigüedades relacionadas a las limitaciones y excepciones en el COESCC+i, se encuentra establecida en el numeral 7 del artículo 212, que hace alusión a la reproducción, adaptación, distribución y comunicación de las obras que se encuentran permanentemente en lugares públicos, mediante fotografía, pintura, dibujo, o cualquier otro procedimiento audiovisual, lo cual, con menos amplitud se encontraba en la LPI, por la redacción del artículo en el cual el legislador, al parecer confunde esta limitación con otra destinada a la facilitación del acceso a las obras a favor de personas con discapacidad,.

Quinta: No se encuentra muy claro en el COESCC+i, si la figura jurídica del fair use introducida en el COESCC+i, se debería utilizar de manera supletoria a la regla de los tres

pasos o concomitante. El fair use es propia del derecho anglosajón y está basada en el uso justo de las obras, motivo por el cual no resulta necesaria la autorización de los autores para utilizar y explotar las obras con determinados fines, en tal virtud se deben implementar herramientas para lograr la protección efectiva de los derechos patrimoniales de los autores.

Sexta: Si bien el acelerado desarrollo tecnológico ha sido una herramienta útil que ha permitido el acceso a una importante cantidad de contenido, no se puede dejar en indefensión a los titulares del derecho de autor y derechos conexos, por lo que las medidas tecnológicas para la gestión y protección de derechos debe ir de la mano del avance tecnológico. La digitalización de las obras y las prestaciones protegidas constituyen al propio tiempo una oportunidad y un riesgo considerable, y los problemas de gestión de los derechos intelectuales en el nuevo entorno digital tienen un alcance global, lo que implica que las soluciones sean de carácter regional o mundial, que se irán adoptando en las legislaciones nacionales.

## Bibliografía

(s.f.).

Antequera, R. (2009). las licencias obligatorias como limites a los derechos de propiedad intelectual. *Revista juridica de Propiedad Intelectual* , 20-24.

Antequera, R. (2012). *las medidas tecnologicas de protección del derecho de autor y los derechos conexos y la información electrónica de la gestión de los derechos*. Lima: APDAYC-IIDA-AISGE.

Asamblea Nacional . (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos*. Quito: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos.Creatividad e Innovación*. Quito: Asamblea Nacional.

Becerra, M. (1994). *La propiedad Intelectual en transformación*. Mexico: Instituto de investigaciones juridicas.

Bercovitz. (2012). *Manual de propiedad intelectual (5ª ed.)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bolaños, J. (2007). *Los derechos de propiedad intelectual*. Guayaquil: Andaluz.

Caballero, J. L. (2000). *Derecho de Autor para autores*. México: Cerlac.

Cámara, M. (1998). *El derecho moral del autor*. Madrid: Comares.

Castro, A. (2015). *El derecho de autor como un derecho humano*. San Jose: Universidad de Costa Rica.

Cerda, A. (2012). *ARMONIZACIÓN DE Los Derechos de Autor en la Comunidad Andina: Hacia un nuevo régimen común*. Talca: Universidad de Talca.

Chapman, A. (2001). *La propiedad intelectual como derecho humano*. Paris: UNESCO.

Christie, A. (2011). *Maximising permissible exceptions to intellectual property rights*. Sidney: Edward Elgar Publishing. .

Colombet. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. Madrid: CSIC.

Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1993). *Decision 351*. Lima: OMPI.

Conferencia de Estocolmo. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Berna: OMPI.

Congreso Nacional . (1998). *Ley de Propiedad Intelectual*. Quito: Congreso.

- Donaire, J. (2012). *La Protección jurídica de los Derechos de Autor de los creadores de videojuegos*. Quito: Trama.
- Ducci Carlos, J. E. (1994). *Derecho Civil, Parte General. tercera edición*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Eguaras, M. (1 de Febrero de 2017). *Derechos de autor: diferencia entre morales y económicos*. Recuperado el 21 de Mayo de 2018, de Mariana Eguaras, Consutoria Editorial: <https://marianaeguaras.com/>
- Emery, M. A. (1999). *Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Astrea.
- Emery, M. A. (2010). *Propiedad Intelectual. Comentada, anotada y concordada con los tratados interacionales*. Buenos Aires.
- Fariñas, J. R. (2012). *El derecho de autor y los derechos conexos en las redes sociales*. Caracas, Venezuela.
- Ficsor, M. (2000). *Legal and organizational models and operational principles of collective management in the digital environment*. Lisboa: Évora.
- Ficsor, M. (2012). *Los tres tratados de la OMPI para la protección de los derechos de autores*. Hungría.
- Geiger, C. (2004). *Fundamental Rights, a safeguard for the coherence of Intellectual Property Law*. Nueva York: International Review of Intellectual Property and Competence Law.
- Geiger, C. (2007). *The role of the Three-step Test in the adaptation of Copyright Law to the Information Society*. Paris: e-Copyright Bulletin.
- Ginsburg, J. C. (2001). *Towards a supranational Copyright Law? the WTO panel decision and the*. Paris: Revue Internationale du Droit d' Auteur.
- González, M. (1993). *“El derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*. Madrid: Marcial Pons Ediciones.
- Griffiths, J. (2009). *The Three-step Test in European Copyright Law - Problems and solutions*. Londres: Queen Mary University of London School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009. .
- Guibault, L. (2003). *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de Autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. Amsterdam: Universidad de Amsterdam.
- Jessen, H. (1989). *Derechos Intelectuales*. Santiago de Chile: :Editorial Jurídica de Chile.
- LIPSZYC, D. (2004). *Nuevos Temas de derecho de autor y derechos conexos*. . Paris: Unesco.

- Lipszyc, D. (2013). *Derecho de Autor y derechos conexos 3era edición*. Bogotá: UNESCO.
- Lopez, F. (2001). *Derecho de autor, nuevas tecnologías e industrias culturales*. Cordova, España.
- Loredo, A. (2000). *El Nuevo Derecho Autoral Mexicano*. Mexico.
- Monroy, J. C. (2009). *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las*. Bogotá: Comité Permanente de derecho de autor y derechos conexos .
- Monroy, J. C. (2009). *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en America Latina y el Caribe*. Ginebra: Universidad Externado de Colombia.
- Morales, M. A. (2014). *El Derecho de Autor en el entorno digital* . México D.F: UNAM.
- NIMMER, D. (2003). *Copyright, Sacred Text, Technology, and DMCA*. La Haya: Kluwer Law International. .
- OMC. (1995). *Acuerdo ADPIC*. Ginebra: OMC.
- OMPI. (1996). *Tratado de la OMPI sobre derechos de autor* . Ginebra: OMPI.
- OMPI. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*. Ginebra: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (8 de noviembre de 2017). *www.wipo.int*. Obtenido de [www.wipo.int](http://www.wipo.int): <http://www.wipo.int/portal/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI). (1996). *Tratado sobre derechos de autor*. Nueva York: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2005). *XI Curso Academico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de America Latina: El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital* . Asunción: OMPI.
- P., G., & E., Á. B. (2002). *“Protección de los contenidos en Internet: desde la web TV a la publicación de libros on line”*. Régimen Jurídico de Internet. . Madrid: La Ley.
- Parilli, R. A. (1998). *Derecho de Autor*. Caracas.
- Pina, R. d. (2006). *Derecho Civil Mexicano, Volumen 2, 4ta edición* . México D.F: Porrúa.
- Reinoso, F. (2008). *Derecho Patrimonial*. Madrid: S.L. - DYKINSON.
- Ricardo, A. (1998). *Derecho de Autor, 2ª Edición*. Caracas: Dirección Nacional del Derecho de Autor.
- Ricketson. (2003). *derechos de Autor*. Sidney: OMPI.

- Ricketson, S. (2003). *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*. Ginebra: Standing Committee on Copyright and Related Rights.
- Rodriguez, R. (9 de abril de 2018). Las limitaciones y excepciones del derecho de autor en el Ecuador. (M. Navarro, Entrevistador)
- Schuster, S. (2012). *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías*. Lima: APDAYC-IIDA-AISGE.
- Secretaria de General de la Comunidad Andina. (2017). *Dictamen No 0002*. Lima: Secretaria de General de la Comunidad Andina.
- Silberleib, L. (2011). *El derecho, la propiedad intelectual y el entorno digital*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Stokkmo, O. (s.f.). *El acceso a la copia para el uso interno personal y privado de obras en el entorno digital*. Noruega.
- Straumann, d. F. (2012). *El derecho de Autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?* Lima: APDAYC-IIDA-AISGE.
- Sun, H. (2007). *Overcoming the Achilles heel of Copyright Law*. s-d: Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property.
- UNESCO. (1961). *Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*. Roma: UNESCO.
- UNESCO. (1971). *Convenio de Ginebra*. Ginebra: UNESCO.
- Unión de Naciones. (1952). *Convención Universal sobre derecho de Autor*. Ginebra: Unión de Naciones.
- Vega, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Vercelli, A. (2004). *La conquista Silenciosa del ciberespacio y el diseño de entorno digitales como nuevo arte regulatorio en Internet*. Buenos Aires.
- Villajero, A. M. (2013). *La gestión colectiva de los derechos intelectuales en el siglo XXI*. Madrid.
- Villalba, C. A. (1980). *Introducción a los tratados internacionales en materia de derecho de autor*. Bueno Aires: Depalma.
- Villalba, C. A. (2007). *Volviendo a justificar el Derecho de autor*. Punta del Este, Uruguay.
- Villalba, C. A. (2016). *Cultura- Derecho Cultural - Derecho de autor y acceso a la cultura- Derechos humanos inolucrados*. Argentina.

Villalba, F. (15 de septiembre de 2017). *justiniano.com*. Obtenido de justiniano.com:  
[http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/LOS\\_DERECHOS\\_DE\\_AUTOR\\_EN\\_INTERNET.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm)

Viñamata, C. (2009). *La Propiedad Intelectual*. Mexico: Trillas.

Ycaza, A. P. (2015). *El papel del Estado en el Derecho de autor y Derechos conexo*. Quito.

## ANEXOS

### Entrevista

Entrevistado: Dr. Ramiro Rodríguez

Director Nacional de derechos de autor y derechos conexos.

- 1) Según su criterio. ¿Cuál fue el principal objetivo de ampliar las limitaciones y excepciones a los derechos de autor?

No estoy seguro si hablar de una ampliación de limitaciones y excepciones, más bien yo creo que hay un tema de promover el uso equilibrado del sistema de propiedad intelectual, entonces las limitaciones y excepciones realmente son flexibilidades al régimen de propiedad intelectual y en ese sentido eso obedece a la lógica de cómo se debe entender el concepto de propiedad.

Al entendido Ius Filosófico de la propiedad, ya que incluso la propiedad de las cosas corporales tienen ciertos límites y cuando los contractualistas, como Jhon Locke, hablaban de la propiedad, le ponía dos límites porque decía que no podía ser absoluta, la primera limitación es que sea suficiente y la segunda que no se desperdicie, esta idea de que sea suficiente lo que está tratando de decir es que la propiedad tiene que ser lo suficientemente buena como para no impedir que terceros se beneficien de esos bienes comunes que Dios puso para que la humanidad los utilice, entonces la propiedad en el sentido general tiene que permitir el uso de los bienes que están al servicio de la humanidad, porque en el momento que los bloquea se desequilibra el sistema y genera un monopolio que en lugar de promover el acceso al conocimiento, termina restringiéndolo y ahí se forma un problema. Mientras que la segunda limitación de Locke es que no se desperdicie, es decir que está bien acumular, pero esa acumulación no debe llegar al punto de que los bienes percibibles se pierdan, y eventualmente el conocimiento o la información no perece en el sentido de que se desperdicia, pero lo que sí puede pasar es que el conocimiento o la información en algún momento dado, deja de tener ese valor en cuanto a la vanguardia que representa, por lo que puede haber información que para el día de hoy sea muy valiosa, pero que quizás en 10 años por los adelantos de la ciencia y la tecnología ya no lo sea tanto porque ya fue superada.

La propiedad encuentra su origen en la capacidad que tenemos los seres humanos para razonar, ya que como establecía John Locke, ese raciocinio es la naturaleza de los seres humanos, y es lo que genera la capacidad que nosotros tenemos para trabajar, y ese trabajo se traduce a la transformación de la naturaleza para su beneficio es lo que filosóficamente le genera su derecho de propiedad, y en el caso del conocimiento pasa algo parecido, pero el hecho de que usted tenga el derecho de propiedad no debe impedir que terceros se beneficien.

Si se exagera a la propiedad, se desincentiva el uso y se estaría rompiendo el principio de que sea suficiente, ya que si se sobrecarga de derechos al sistema y no lo vuelve equilibrado, se tienen que pagar una serie de licencias que en definitiva son demasiado costosos y cuando esto sucede definitivamente no se pagan por lo que se termina de desconocer el derecho porque la gente puede acceder al conocimiento, o existen políticas extremadamente severas y entonces a su pueblo lo condena a no acceder a cierta información, entonces hay que manejar un equilibrio en el sistema, no se trata de desconocer los derechos de los autores, que de hecho tiene que ser promocionado, pero también debe haber flexibilidades, y estas flexibilidades tienen que darse en la medida en que se observe lo que doctrinariamente se llama la regla de los tres pasos, entonces cada una de las flexibilidades que tiene el código cumple con la regla de los tres pasos, que es la forma como la doctrina romanista, continental europea o la doctrina de derecho de autor concibe la generación de flexibilidades, distinto a la doctrina del copyright que se basa en el fair use, en la que la creación es jurisprudencial, la creación de las flexibilidades en el common law se dan en el caso a caso.

2) ¿Cuáles son los mecanismos de protección establecidos en el país para los derechos de autor?

El código refuerza el tema de observancia, porque por ejemplo antes no había la figura del allanamiento, ahora existe la posibilidad de solicitar allanamiento, también se puede solicitar diligencias preparatorias o providencias preventivas a efectos de que la prueba no desaparezca, previo a iniciar un procedimiento de observancia. También la figura de la tutela administrativa, las medidas de frontera o el uso indebido de la propiedad intelectual en internet, que no existía, entonces de alguna manera los temas de observancia se han fortalecido

Sin duda también en el código aparece una figura nueva que es la observancia negativa, que tiene sus críticos y es un tema que se tiene que discutir mucho y falta por desarrollarlo pero el código tiene esa posibilidad, que hay que entender que como en todo ecosistema, en el de propiedad intelectual no solamente están los creadores o los inventores, si no también estamos los usuarios porque incluso en algún momento los creadores e inventores son usuarios y entonces hay que recordar que el ADPIC , según el art. 8 parte dos principios importantes, el primero es la transferencia de tecnologías y el segundo es impedir el uso abusivo de los derechos de propiedad intelectual, entonces en ese sentido la observancia negativa lo que busca es evitar el uso abusivo de figuras de propiedad intelectual y sobre todo para que exista una facultad coactiva.

Queda claro también que los jueces pueden ejercer la observancia y de alguna manera se blindaba para evitar malas prácticas que en ocasiones se daban, en donde a los jueces se les engañaba con títulos de registros extranjeros y los jueces al no conocer que las marcas tienen un alcance territorial, tomaban medidas cautelares en el juicio de providencia y prácticamente las medidas cautelares e eran definitivas porque el juicio duraba de 10 a 15 años, entonces era algo terrible.

- 3) ¿Cuáles son los mecanismos de protección establecidos en el país para los derechos de autor en el entorno digital?

El código tiene toda una parte en la que se habla del software y dentro de eso se aborda el software libre en la que el código más por razones políticas que técnicas califica como software de código abierto cuando en realidad lo que está ahí es que doctrinariamente se conoce como software libre, el cual responde a las 4 libertades de Stalman, en el cual lo único que se prohíbe es prohibir.

- 4) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la ampliación de las limitaciones y excepciones? ¿Son positivas o negativas? ¿Cómo las podría definir usted?

Sin duda son positivas porque lo que garantizan es un uso equilibrado del sistema del Régimen de Propiedad Intelectual y además hay que recordar que las limitaciones están en el art 212 pero el art. 211 dice que las limitaciones y excepciones se darán siempre y cuando se cumpla la regla de los tres pasos y es más el Ecuador no solo que habla de regla de los tres pasos si no que agrega otras condiciones, punto que fue cuestionado por ciertos

grupos y este cuestionamiento incluso se judicializó en la Secretaria General de la CAN en la que le demandaron una acción de incumplimiento al Estado Ecuatoriano por estos dos artículos y la secretaria general de la CAN ya se pronunció indicando que no había nada, más bien todo estaba en regla y que todo era positivo entonces lo que significa que el Ecuador busca un equilibrio en el sistema , de hecho creo que es tan beneficioso que la Republica del Uruguay y Cuba están promoviendo ante la OMPI que se haga aquí en Ecuador el taller regional de jefes de oficina de derechos de autor porque quieren que les hablemos de las limitaciones y excepciones, ya que toman al Código como un referente para sus países, quieren promover la adopción de una legislación parecida en sus propias latitudes, y si varios países de la región ven al Código como un referente no es porque genere algo negativo sino todo lo contrario , es porque realmente este equilibrando los derechos y está evitando que se abusen de los derechos de la propiedad intelectual

5) ¿Cuál fue la controversia que trajo la introducción de la figura del Fair use?

Las personas que criticaron el Fair Use decían que el régimen de propiedad intelectual que utiliza el Ecuador para el tema de obras y prestaciones viene de la escuela de derechos de autor que tiene obviamente su historia y sus inicios en Francia, a diferencia del copyright que está en Inglaterra, entonces decían que no se podía hablar de fair use o de usos justos porque eso responde al sistema o a la familia jurídica anglosajona, mientras que la familia jurídica romana, dentro de los diferentes sistemas y se lo tomaba como algo inadecuado introducir una figura típica del copyright en la lógica del derecho de autor que obedece a otro sistema, con lo cual estoy totalmente en desacuerdo porque los sistemas jurídicos comparados tienen cuestiones de adopción o más que adopción, adaptación, por lo que hoy en día es bien difícil identificar las familias o sistemas jurídicos porque ya no existen puros, por el tema de la globalización

Las personas que veían este grave problema se olvidan que ellos promovieron que en la ley de propiedad intelectual se incluya un artículo que decía que en las obras realizadas en relación de dependencia o bajo servicios profesionales se presume cedida la titularidad al empleador o a la persona que contrató el servicio profesional y esta es la típica interpretación que se tiene en el copyright porque en el copyright se le defiende más a la obra que al autor y en el derecho de autor se entiende al revés porque se mira al autor y al vínculo que este tiene con su obra, entonces ahora el Código ingenios lo que hace es retomar eso y decir que

salvo lo pacto en contrario las obras, incluso las realizada en relación de dependencia o por servicios profesionales se entiende que son de titularidad de los autores, sin embargo cuando se introdujo el fair use si lo criticaron pero en esto de trasladar la inversión de la carga de la prueba si valía por lo que hay un discurso un poco extraño.

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

### DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MICHELLE FRANCESCA NAVARRO ARMIJOS** C.I. **172382163-1** autor del trabajo de graduación intitulado: **“Análisis sobre la afectación al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y derechos conexos a partir de la ampliación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCC + i)”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 02 de Agosto de 2018



Michelle Franchesca Navarro Armijos  
C.I. 172382163-1

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

**Nº. 172382163-1**



**CEDULA DE CIUDADANIA**  
APELLIDOS Y NOMBRES  
NAVARRO ARMIJOS  
MICHELLE FRANCHESCA

LUGAR DE NACIMIENTO  
PICHINCHA  
QUITO  
CHIMBACALLE

FECHA DE NACIMIENTO 1995-10-04  
NACIONALIDAD ECUATORIANA  
SEXO MUJER  
ESTADO CIVIL SOLTERO




INSTRUCCIÓN BACHILLERATO PROFESIÓN / OCUPACIÓN BACH. CC SOCIALES V443314442


APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE NAVARRO DAVILA JORGE WASHINGTON

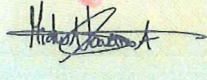
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE ARMIJOS NOBOA ALBA CECILIA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN RUMINAHUI 2017-10-03

FECHA DE EXPIRACIÓN 2027-10-03

00569070



DIRECCION GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
4 DE FEBRERO 2018

REPÚBLICA DEL ECUADOR CNE CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

**015** JUNTA Nº. **015 - 036** NÚMERO **1723821631** CÉDULA

**NAVARRO ARMIJOS MICHELLE FRANCHESCA**  
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA CIRCUNSCRIPCIÓN:  
RUMINAHUI CANTÓN ZONA:  
SAN RAFAEL PARROQUIA

1723821631 15-10-2017




REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

**CIUDADANA (O):**

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

  
F. PRESIDENTE DE LA JRV

IMP: IGM MJ