PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL

TÍTULO DE ABOGADO

"EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP'S POR SU INFRACCIÓN EN INTERNET"

PAÚL OSWALDO NOBOA VELASCO

DIRECTOR: DOCTOR ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO, FEBRERO 2014

Quito, 9 de diciembre de 2013

Señor Doctor
Santiago Guarderas
Decano de la Facultad de
Jurisprudencia de la PUCE
Ciudad.-

De mi consideración:

Por el presente, informo a usted que el estudiante señor PAÚL OSWALDO NOBOA VELASCO, ha concluido su trabajo monográfico previo a la obtención del Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas cuyo tema es "EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP´s POR SU INFRACCION EN INTERNET".

En el desarrollo de la monografía, el estudiante cumplió con todos los presupuestos reglamentarios y las sesiones de revisión programadas previamente. Los cambios realizados en la tabla de contenidos, fueron autorizados por el Director de la Disertación.

Por las razones expresadas, solicito comedidamente que se continúe con el trámite correspondiente.

Atentamente,

Dr. Esteban Argudo Carpio
PROFESOR DE LA FACULTAD

B|B|A

Barzallo & Barzallo
ABOGADOS

Quito, 14 de enero de 2014

Dra.
Ivette Haboud
Secretaria Abogada
Facultad de Jurisprudencia
Pontifica Universidad Católica del Ecuador.
Ciudad.

De mi consideración

En atención a su comunicación por la que se me solicita la revisión y calificación del trabajo dentro del trámite de disertación previo a la obtención del título de Licenciado (a) del Sr. PAUL NOBOA VELASCO, cuyo título del trabajo es "**EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP´S POR SU INFRACCIÓN EN INTERNET**" El trabajo cumple con los requisitos de investigación bibliográfica para el tema seleccionado con el análisis académico respectivo.

Por lo expuesto consigno la siguiente calificación:

9/10

Atentamente,

Dr. José Luis Barzallo

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.
Francisco Salazar 360 y Mallorca
Quito

Quito, 3 de febrero de 2013

Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad

Ref. Tesis Sr. Paúl Noboa Velasco

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 722-SJG-13 referente a la disertación de licenciatura intitulada **"EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP's POR SU INFRACCION EN INTERNET"** elaborada por el señor **PAUL NOBOA VELASCO**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

El tema planteado para la tesis, por su creciente actualidad, es relevante desde el punto de vista teórico y práctico, más cuando, según conozco, en la Facultad no existen trabajos anteriores que lo traten.

Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

La bibliografía consultada es profusa y responde a la disponibilidad del medio con referencia al tema tratado.

Como en todo trabajo de investigación, existen algunas apreciaciones personales del alumno con las que no coincido totalmente, lo que no obsta para debatirlas a la hora de su defensa.

Salvo un mejor criterio, se lo califica con la nota de 10/10.

Atentamente,

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PUCE
RECIBIDO
Fecha 6/2/14 Hora 16:26
No. Fojas Por

AGRADECIMIENTO

Al Director de esta disertación, por su fundamental e incondicional apoyo.

DEDICATORIA

A mis padres, por la confianza, comprensión y cariño brindado en cada momento de mi vida

ABSTRACT

La presente disertación se titula "El Derecho de Autor en el Entorno Digital: La responsabilidad de los ISP's por su infracción en Internet"; este trabajo investigativo trata acerca de la responsabilidad atribuible a los proveedores de servicios en línea por la infracción al derecho de autor en Internet por parte de sus usuarios.

Debido a la insuficiente regulación del mencionado objeto de estudio por parte de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, resulta necesario establecer el régimen de responsabilidad de los ISP's en base al régimen de responsabilidad civil establecido por nuestro Código Civil. A su vez, se ha procurado analizar la regulación del presente punto de investigación por parte del marco jurídico de la Unión Europea y de los Estados Unidos de América, con laintención de determinar el alcance de la responsabilidad de los proveedores intermediarios por la infracción en línea de los derechos de autor.

Para tales efectos, se estudiarán los distintos escenarios bajo los cuales, indirectamente, los proveedores de servicios en línea deberán resarcir los perjuicios irrogados a los titulares de los derechos de autor, por su omisión en cuanto a la adopción de medidas conducentes a proteger dichas prerrogativas.

A su vez, se revisarán los criterios legislativos, doctrinales y jurisprudenciales extranjeros, establecidos en favor de los operadores intermediarios, con el afán de limitar el nivel de responsabilidad de los mismos. Concomitantemente, se analizarán las causales eximentes de responsabilidad contempladas en la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, a fin de determinar si las mismas se adaptan a los lineamientos internacionales mencionados con anterioridad.

Justamente, a través de un análisis comparativo de la regulación jurídica de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea establecida por las legislaciones estadounidense y comunitaria europea, se determinará el grado de responsabilidad de

dichos agentes intermediarios al amparo de la legislación ecuatoriana, así como el establecimiento de una serie de recomendaciones a fin de procurar una mayor protección al derecho de autor en el entorno digital.

Para el desarrollo de la presente disertación, se utilizará el método inductivo, toda vez que, partiendo del análisis de casos y premisas particulares, se buscará el establecimiento de conclusiones generales, aplicables a todo el universo de sujetos que se encuentran vinculados al presente objeto jurídico de investigación.

A su vez, la presente disertación se fundamentará en el método exegético, ya que, a través del análisis de normas jurídicas aplicables al objeto jurídico de investigación en estudio, se buscará determinar el grado de responsabilidad civil de los proveedores de servicios en línea de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional.

EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP'S POR SU INFRACCIÓN EN INTERNET

1. EL DERECHO DE AUTOR, NOCIONES GENERALES 4

1.1. Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor 4
1.1.1. Sistemas de Protección de Obras: Copyright vs. Droit d' Auteur 5
1.2. Derechos Morales vs. Derechos Patrimoniales 6
1.2.1. Derechos Morales 6
1.2.1.1. Características de los Derechos Morales de Autor 7
1.2.1.2. Contenido de los Derechos Morales del Autor 8
1.2.2. Derechos Patrimoniales 9
1.2.2.1. Características de los Derechos Patrimoniales del Autor 10
1.2.2.2.1. Derecho de Comunicación Pública 12
1.2.2.2.1.1. Definición del Derecho de Comunicación Pública 13
1.2.2.2.2. Derecho de Reproducción 18
1.2.2.2.2.1. Definiciones Normativas 19
1.2.2.2.3. Derecho de Distribución 20
1.2.2.2.4. Derecho de Importación 22
1.2.2.2.5. Derecho de Transformación 24
1.2.2.2.6. Otras formas de explotación 25

2. EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL 26

2.1. Transmisión de Contenidos 27
2.1.1. Concepto de Transmisión Digital 27
2.1.2. Formas de difusión digital de obras 29
2.1.2.1.Streaming Channels 29
2.1.2.2. Portales de difusión digital de obras sonoras 30
2.2. Las Redes Peer to Peer frente al Derecho de Autor 31

2.3. La difusión digital de obras y las tecnologías de la información 33
2.3.1. Concepto de Obra 33
2.3.1.1. Obras multimedia 35
2.3.1.2. Obra audiovisual 36
2.3.1.3. Software o Programas de Ordenador 40
2.4. Derechos Morales en el Entorno Digital 41
2.5. Derechos Patrimoniales en el Entorno Digital 43
2.5.1. Derecho de Comunicación Pública 44
2.5.2. Derecho de Reproducción 46
2.5.3. Derecho de Distribución 47
2.5.4. Otros Derechos Patrimoniales 49
2.6. Recursos jurídicos contra la elusión de medidas tecnológicas y la alteración de la información electrónica sobre la gestión de derechos 49
2.6.1. Protección de las Medidas Tecnológicas 50
2.6.2. Protección a la información electrónica sobre la gestión de derechos 52
2.7.Límites al Ejercicio del Derecho de Autor en Internet 55
2.7.1. Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital 57
2.7.1.1. Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC) 58
2.7.1.2. Tratados de Internet de la OMPI (WTC / WPPT) 60

3. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL 63

3.1.Intermediarios involucrados en la entrega en línea de obras protegidas 64
3.1.1. Proveedores de servicios en línea (operadores intermediarios) 64
3.2. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por la infracción de los Derechos de Autor en Internet 67
3.2.1. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en los Estados Unidos de América 69
3.2.1.1.Caso A&M Recordis y RIAA v. NapsterInc 69
3.2.1.1.1. Responsabilidad Directa 71

3.2.1.1.2. Responsabilidad Contributiva 73
3.2.1.1.3. Responsabilidad Vicaria 74
3.2.1.2.Caso MGM StudiosInc v. GroksterLtd 75
3.2.1.3.Responsabilidad Contributiva y Vicaria 75
3.2.1.2.2. Teoría de la Responsabilidad por Violación Inducida 77
3.2.2. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en Francia 79
3.2.3. Análisis Comparativo de los casos estadounidense y francés 81
3.2.4. Exención de responsabilidad bajo la Digital Millenium Copyright Act 82
3.2.5. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico .. 86
3.2.6. Semejanzas y diferencias entre la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico y la Digital Millenium Copyright Act 87

4. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL EN ECUADOR 89

4.1.Responsabilidad Civil 90
4.1.1. Responsabilidad Civil Extracontractual 92
4.1.1.1.Teoría de la Responsabilidad Subjetiva 92
4.1.1.2. Teoría de la Responsabilidad Objetiva 93
4.1.1.3. Práctica de Pruebas y Carga Dinámica de la Prueba 94
4.2.Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios en Línea al amparo de la legislación ecuatoriana 97
4.2.1. Regulación de Internet por el Derecho de Telecomunicaciones 99
4.2.2. Regulación de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador 101
4.2.3. Responsabilidad Civil por la Infracción del Derecho de Autor en Internet 103

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 107

6. BIBLIOGRAFÍA 112

INTRODUCCIÓN

El derecho de autor ha sido una de las principales ramas del Derecho que se ha visto, en gran manera, impactada por el desarrollo de las denominadas *nuevas tecnologías de la información,* dentro de la cual se ha facilitado la transmisión y circulación masiva de contenidos y obras protegidas[1], a través de las redes digitales[2].

Según el tratadista José Luis Caballero, la incidencia de las nuevas tecnologías dentro del derecho de autor, dependerá de la aclaración que el acto de transmisión en línea de obras a través del entorno digital, se encuentra invariablemente sujeto al ejercicio del derecho exclusivo del titular de las mismas de autorizar o de prohibir su uso.[3]

En tal virtud, se puede colegir que, más allá del surgimiento y aparición de nuevos tipos de obras, el desarrollo de las tecnologías de la información ha generado que el alcance de los derechos patrimoniales de autor afronte la necesidad de ampliarse, en comparación con las modalidades de explotación tradicional.

A manera de ejemplo, se puede señalar que, actualmente, el derecho de comunicación pública, dentro del ámbito digital, permite la posibilidad que los usuarios de los portales en línea accedan a las obras en el momento que ellos escojan, yéndose en contra de su naturaleza tradicional, en donde el mismo era concebido como un "derecho de representación" de las obras, ante una pluralidad de personas; no obstante, el mencionado

---

[1]Cerlalc, *El Derecho de Autor y las Tecnologías de la Información y Comunicación.* UNESCO, 2008, p. 3

[2] Así lo señala María Paz Gatica Rodríguez, quien concluye que cada vez que surge un nuevo invento o una nueva técnica que permite crear, copiar, modificar o comunicar obras, desde la invención de la imprenta hasta el advenimiento de las tecnologías digitales, el Derecho de Autor ha debido ir evolucionando y adaptándose al dinamismo de la realidad social. Indica, a su vez, que la incidencia del ámbito digital es de gran trascendencia a lo largo y ancho del mundo actual, lo cual evidentemente involucra a las creaciones intelectuales. Cfr. María Paz Gatica Rodríguez, LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN EL ENTORNO DE LAS REDES DIGITALES, p. 1-2. Referencia tomada de: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-gatica_m/html/index-frames.html, 02/07/2013

[3] Caballero Leal, José Luis, *Aspectos Jurídicos de la Distribución en línea de obras literarias, musicales, audiovisuales, bases de datos, producciones multimedia.* Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. La Propiedad Intelectual, un canal para el Desarrollo, Ciudad de Panamá, p. 15.

escenario ha provocado que los derechos de los titulares de las obras, en reiteradas ocasiones, se vean desconocidos y vulnerados, asumiendo que la información que se encuentra en la internet se encuentra libre de toda clase de protección por parte del ordenamiento jurídico.

En consonancia con lo mencionado en líneas anteriores, dentro del presente punto de desarrollo, es importante mencionar que, dentro de la doctrina y jurisprudencia extranjera, se ha planteado la posibilidad de la atribución de la responsabilidad a los prestadores de servicios y portales web de almacenamiento de datos, así como a los canales de difusión y transmisión de obras digitales (streaming channels, portales de radiodifusión digital), por medio del desarrollo de las teorías de la *responsabilidad indirecta* y la *infracción contributoria;* aquellas figuras han sido establecidas, principalmente, dentro de los casos *A&M Records Inc. V. Napster, Inc.* y *MGM v. Grokster*, como los más emblemáticos.

La mencionada atribución de responsabilidad implica que, debido a la imposibilidad real en la mayoría de casos de ubicar para castigar a los directamente responsables (proveedores de contenidos y usuarios de los portales en línea), los prestadores de servicios de internet que proporcionan los medios incurren en la denominada "infracción contributoria" o la "responsabilidad vicaria", la cual surge al momento de facilitar la violación de los derechos de autor en la internet, sin observarse el deber jurídico de proteger las mencionadas facultades. Así, por la inobservancia de su deber jurídico de obrar, incurren en lo que la doctrina y jurisprudencia extranjera han catalogado como la *teoría de la responsabilidad indirecta.*

Por otro lado, también ha surgido, en torno al tema que nos ocupa, una serie de causales eximentes de responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por la infracción de los derechos de autor en Internet.

Así, pues, el objeto de la presente disertación gira en torno al establecimiento de mecanismos de defensa y protección, a fin de garantizar el respeto del derecho de autor en

el ámbito digital, determinando la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por la infracción de las mencionadas facultades en Internet.

EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP'S POR SU INFRACCIÓN EN INTERNET

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE AUTOR: NOCIONES GENERALES

1.1. Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor

Tomando como punto de referencia las opiniones vertidas por el tratadista colombiano Alfredo Vega Jaramillo, diremos que existen bienes incorporales o inmateriales que pueden ser objeto de apropiación, los cuales, dadas sus características, son diferentes de los bienes tangibles que los soportan, y que se encuentran dentro del mundo material[4]. En consecuencia, diremos que la titularidad de los derechos de propiedad de los bienes inmateriales, incorporados en un soporte material, puede recaer sobre una persona distinta a aquélla que ejerce la titularidad de la propiedad de dicho soporte.

En concordancia con lo señalado dentro del párrafo anterior, se colige que la inmaterialidad de los bienes no significa que sobre los mismos no pueda ejercerse un derecho de propiedad[5]; es más, de acuerdo a Vega Jaramillo, la propiedad incorporal goza de las características fundamentales del derecho de plena propiedad, pues se reconoce en favor del titular una serie de prerrogativas y ventajas, las cuales, al gozar del carácter de exclusividad, pueden ser ejercidas frente a pretensiones de terceras personas. Consecuentemente, el derecho de autor constituye una forma moderna de la apropiación de los bienes, la cual ha sido plenamente aceptada, regulada y desarrollada dentro de las diversas legislaciones de los Estados.[6]

Dentro del ámbito del Derecho de Autor, se han identificado dos grandes sistemas de protección de las obras: El sistema del Copyright (con raigambre anglosajona) y el

---

[4] Alfredo Vega Jaramillo, MANUAL DE DERECHO DE AUTOR., p. 13. [en línea] http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+(Alfredo+Vega).pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40. Página actualizada el 22/07/2013

[5] En consonancia con lo aseverado, es preciso señalar que el numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce, entre otras facultades, el derecho a la propiedad en todas sus formas.

[6] Cfr. Alfredo Vega Jaramillo, Op. Cit.

sistema del Droit d' Auteur, derivado directamente del Derecho Romano, el cual ha sido adoptado por parte de nuestro Estado. De esta manera, resulta imprescindible señalar las características esenciales de cada uno de los sistemas señalados, con el objeto de delimitar su alcance dentro del ámbito de los Derechos de Autor.

1.1.1. Sistemas de Protección de Obras: Copyright vs. Droitd´Auteur

Tal como lo señala el tratadista Ricardo Antequera (citado por María Paz Gatica Rodríguez), dentro del ámbito del Derecho de Autor nos encontramos con dos opciones legislativas básicas, lo cual se traduce en dos concepciones jurídicas diferentes: Por una parte, se encuentra el sistema denominado *droit d' auteur,* mismo que se encuentra arraigado, especialmente, dentro de las legislaciones de tradición latina; por otro lado, surge el sistema denominado *copyright,* propio de la tradición anglosajona.[7]

El rasgo distintivo entre ambos sistemas jurídicos (de acuerdo a Isaksson, Ortega y Velásquez), gira en torno a una orientación *corporalista*del sistema jurídico anglosajón, por oposición a la concepción individualista del sistema del *droitd'auteur*.[8] Lo mencionado nos conduce a concluir que, a diferencia de lo que acontece con el sistema jurídico del *copyright,* las legislaciones con tradición latina velan, además de orientaciones netamente comerciales, por la protección de la personalidad del autor en relación con su obra.[9]

En consecuencia, se puede manifestar que, mientras que en el ámbito anglosajón los derechos morales de los autores (analizados más adelante dentro de la presente disertación)

---

[7] Ricardo Antequera, PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, p. 15. [en línea]http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop.int/curso.htm. Citado por: María Paz Gatica Rodríguez, Op. Cit., p. 9

[8] Cfr. Nicolás Isaksson, Giancarlo Ortega y Juan David Velásquez, LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS [en línea] http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=918382. Página actualizada al 03/07/2013

[9] Como punto de referencia de lo aseverado, el tratadista Carlos Augusto Conde Gutiérrez señala que los derechos morales siempre fueron considerados ajenos a la tradición del *Copyright;* en consecuencia, se colige que, mientras que en la concepción jurídica anglosajona los derechos de carácter personal del autor se consideran protegidos por el derecho común (commonlaw), dentro del sistema jurídico con raigambre latina los derechos morales se encuentran protegidos por el Derecho de Autor. Cfr. Conde Gutierrez, Carlos Augusto, Copyrights y Derechos Morales de Autor: La Experiencia Del Common Law En El Reino Unido (Copyrights and Moral Rights: TheExperience of theCommonLaw in the UK) (November 30, 2011). La Propiedad Inmaterial, No. 15, 2011. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1966592

han quedado fuera de la protección de las normas del *copyright,* las cuales dedican su atención únicamente a los derechos de carácter patrimonial de los autores, considerando a las obras intelectuales como *artículos de consumo*[10], dentro de la tradición jurídica latina, el derecho de autor cuenta con la existencia de un cúmulo de prerrogativas y facultades agrupadas dentro de dos ámbitos claramente diferenciados: Los Derechos Morales y los Derechos Patrimoniales.[11]

1.2. Derechos Morales vs. Derechos Patrimoniales

La existencia del derecho de autor, de acuerdo a la tratadista Vivian Alvarado Baena, atiende, tanto a la justificación y reconocimiento de la creación intelectual *per se*, como a fundamentos de índole económica. Por un lado, debe ser exaltada y estimulada la labor del creador, otorgándole suficientes facultades para defender su obra, y hacer valer su condición de autor; por el otro, debe concederse a aquél suficiente seguridad en los beneficios pecuniarios derivados de la utilización de las obras. De tales fundamentos se desprenden las estructuras de dos esferas de derechos inherentes a la autoría: los derechos morales y los derechos patrimoniales.[12]

1.2.1. Derechos Morales

Dentro del artículo 6 del Convenio de Berna para Protección de Obras Literarias y Artísticas, se establece que los derechos de carácter moral, tales como el derecho a

---

[10] J. Carlos Fernández Molina y Eduardo Peis, LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN UN ENTORNO ELECTRÓNICO, Fesabid 98, Vi Jornadas Españolas de Documentación, [en línea] http://www.ciepi.org/fesabid98/Comunicaciones/jc_fernandez.htm. Página actualizada al 03/07/2013

[11] A manera de ejemplo, tenemos que, dentro de la sección IV de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, se reconocen, tanto a los derechos morales como a los derechos patrimoniales, como componentes del Derecho de Autor; de la misma manera, el artículo 2° de la Ley de Propiedad Intelectual española, establece que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial. Se colige, pues, que la protección de los derechos de carácter moral, dentro de la concepción jurídica latina, se encuentra garantizada por parte del Derecho de Autor, como rama de la Propiedad Intelectual.

[12] Cfr. Vivian Alvarado Baena, EL DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS ADMINISTRADOS POR LA OMPI Y EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDOS SOBRE LOS ADPIC). Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en frontera, Bogotá, 2002, p. 6

reivindicar la paternidad de la obra **(derecho de paternidad);** y, el derecho a oponerse a cualquier deformación u otra modificación de la obra o cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación **(derecho de integridad),** entre otros, son independientes de los derechos patrimoniales reconocidos en favor del autor, los mismos que serán conservados por aquél incluso en los casos en que se hubiesen cedido los derechos de índole patrimonial.[13]

Consiguientemente, se puede argüir que los derechos morales son aquellos que salvaguardan el vínculo que se genera entre el autor de una obra intelectual con esta última. Su finalidad directa, evidentemente, no se relaciona con generar un beneficio económico para el autor, sino más bien proteger la personalidad de aquél en relación con su creación;[14] además, los mismos garantizan la indisolubilidad de la relación existente entre el autor y su obra.[15]

1.2.1.1. Características de los Derechos Morales de Autor

Es preciso exponer que, de acuerdo a las disposiciones contenidas dentro del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, los derechos de carácter moral son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, lo cual conduce a deducir que aquéllos se encuentran fuera del ámbito estrictamente patrimonial de los autores; dicho en otras palabras, se puede aseverar con seguridad que el Derecho de Autor no se agota en asegurar al creador la posibilidad de obtener beneficios económicos por la explotación de su obra, ya que, a su vez, protege sus relaciones intelectuales y personales con su creación intelectual, así como con su utilización[16].

---

[13] http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf. 03/07/2013

[14] De ahí que la ley no pueda menos que reconocer el absoluto gobierno del autor sobre sus obras, como extensión de su esencia humana y de su personalidad. Los derechos morales son emanados de la personalidad, y reconocidos como derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Artículo 27). Cfr. Vivian Alvarado Baena, Op. Cit., p. 6.

[15] Partiendo de las conclusiones puntualizadas por parte de la tratadista portuguesa Catarina Rebello, se infiere que el origen del derecho de autor es, evidentemente, la obra intelectual, detrás de la cual se encuentra el autor, raíz primigenia de la referida creación proveniente del intelecto; en tal virtud, entre este último y aquélla surge un vínculo muy estrecho, cuya garantía de indisolubilidad es, precisamente, el Derecho Moral. Catarina Rebello, EL DERECHO MORAL EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO, SU NATURALEZA Y CONTENIDO. Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A

[16] Cfr. Delia Lipszyc, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Ediciones UNESCO – CERLALC – ZAVALIA, Bs. As., 2007, p. 151

Como adición a las características señaladas dentro del párrafo anterior, diremos que los Derechos Morales de los Autores son derechos de carácter absoluto, lo cual se traduce en que los mismos son oponibles ante terceras personas en general, ya que aquéllos surten efectos *erga omnes*.

A su vez, es preciso puntualizar que los derechos morales de los autores son imprescriptibles, lo cual alude a la imposibilidad de su adquisición como consecuencia de la inacción de los titulares de los mismos; además, de acuerdo al apartado segundo del artículo 6 del Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas, diremos que su ejercicio es transmisible *mortis causa*[17], por lo menos en lo que corresponde a las facultades defensivas de los mismos.

Finalmente, diremos que, de acuerdo al artículo 11 de la Decisión No. 351 de la Comunidad Andina de Naciones, la protección al derecho moral de autor puede ser perpetua, aduciendo que, una vez extinguido el derecho patrimonial (entrando las obras, en consecuencia, al dominio público), el Estado es el llamado a asumir la defensa de la paternidad del autor, así como de la integridad de una obra determinada.

1.2.1.2. Contenido de los Derechos Morales del Autor

Dentro del artículo 6 bis del Convenio de Berna, se establece que independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación; estos derechos son conocidos como los derechos de paternidad y de integridad de la obra.

A su vez, el literal a) del artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, además de las dos facultades reconocidas por parte del Convenio de Berna,

[17] Art. 6. Bis Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas: (...) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. En la misma línea, el artículo 11 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, que estableció el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para los Estados miembros de dicho organismo supranacional, dispone que, a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes.

se ha establecido el derecho a conservar la obra inédita o divulgarla, prerrogativa conocida como el *derecho de divulgación* o *derecho de ineditud.*

Finalmente, dentro del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, además de los derechos enumerados con anterioridad, se ha establecido el derecho de acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, conocido como el derecho de acceso.

Es preciso señalar que, a pesar de su no reconocimiento por parte de la normativa analizada, dentro de la doctrina se ha previsto la existencia del derecho de retracto o arrepentimiento, el cual consiste en la facultad de los autores de retirar su obra del mercado cuando la misma ya no se ajuste ni adecúe a sus convicciones morales o intelectuales, previa compensación económica por los daños que hubiesen podido ser ocasionados a quienes inicialmente se les habría concedido derechos de utilización; lógicamente, esta facultad podría ser ejercida con posterioridad al derecho moral de divulgación.

Como corolario del presente punto, se podría colegir que, de acuerdo a la naturaleza de cada una de las facultades mencionadas, los derechos que se derivan del ámbito estrictamente moral y personal de los autores podrían ser divididos en facultades positivas y negativas; dentro de las facultades positivas, que aluden a la realización de una determinada actividad, podríamos encasillar al derecho moral de divulgación, así como al derecho moral de retracto o arrepentimiento.

Por su parte, dentro de las facultades negativas, las cuales se relacionan con propender a la defensa de la creación intelectual, podríamos encontrar a los derechos morales de paternidad e integridad. El derecho de acceso a las obras, dadas sus características, gozaría de esta doble condición.

1.2.2. Derechos Patrimoniales

En contraposición de las puntualizaciones descritas dentro de los acápites anteriores, diremos que los derechos patrimoniales, dentro del ámbito de los derechos de autor, son aquellos que confieren una facultad exclusiva al autor de disponer de su obra y extraer de la misma un beneficio económico, ya sea utilizándola o autorizando a un tercero para hacerlo.

Dicho en otras palabras, los derechos patrimoniales del autor atribuyen a aquél el monopolio respecto a la explotación de su creación intelectual, sea por sí mismo o por interpuesta persona, con el objeto de obtener beneficios y réditos económicos, derivados, precisamente, de su creación intelectual.

Según la tratadista Vivian Alvarado Baena, los derechos patrimoniales, a diferencia de los derechos emanados de la personalidad (derechos morales), comprenden las facultades que tienen un valor pecuniario, esto es, que forman parte del patrimonio, y que normalmente pueden ser transferidos y explotados económicamente.[18]

De acuerdo a la autora citada, la obra intelectual, además de ser emanación del espíritu e intelecto humano, es un bien cuya explotación puede producir riqueza, beneficios económicos e ingresos, constituyéndose la misma, en consecuencia, en un activo patrimonial.[19]

En consecuencia, se puede inferir que los derechos patrimoniales son aquellas prerrogativas reconocidas en favor de los autores, a través de las cuales aquéllos se encuentran facultados de disponer de su obra y extraer de aquello un beneficio económico, ya sea por cuenta propia o a través de terceros.

1.2.2.1. Características de los Derechos Patrimoniales del Autor

Dentro del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se enuncian una serie de facultades que se encontrarían inmersas dentro del ámbito de los derechos patrimoniales del autor; no obstante aquello, es importante reconocer que la mencionada enunciación no es exhaustiva ni taxativa, sino más bien meramente ejemplificativa, ya que, partiendo de la opinión de la maestra Delia Lipszyc, dentro de la concepción jurídica latina los derechos patrimoniales de autor no están sujetos a la figura jurídica del *númerus clausus*[20]; en consecuencia, son tantos como formas de

[18] Cfr. Vivian Alvarado Baena, Op. Cit., p. 9
[19] Cfr. Íbidem.
[20] Cfr. Delia Lipszyc, Op. Cit.

utilización de la obra sean posibles, no sólo en el momento de su creación, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca dentro del dominio privado.[21]

De la opinión doctrinal citada dentro del párrafo anterior, podríamos colegir, a su vez, que los derechos patrimoniales son independientes entre sí, atendiendo a las diferentes formas de utilización y explotación de una creación intelectual[22].

Los derechos patrimoniales son exclusivos, lo cual quiere decir que solamente el titular de los mismos, o terceros debidamente autorizados, pueden disponer de la obra y obtener de aquella disposición réditos y beneficios de carácter económico. Dada su naturaleza estrictamente patrimonial, estas facultades son transferibles (ya sea por acto entre vivos o *mortis causa),* así como renunciables, en los términos previstos dentro del artículo 11 del Código Civil de la República del Ecuador; además, los derechos patrimoniales son embargables, en lo que respecta a los frutos provenientes de su explotación, así como también respecto de los soportes físicos de la obra.

Finalmente, diremos que, de acuerdo al artículo 80 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, el derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra;en consecuencia, el mismo es de carácter temporal.

1.2.2.2. Contenido de los Derechos Patrimoniales del Autor

[21] Lo mencionado, a decir de Luis Carlos Plata López, implica que, en caso de aparecer, en virtud de los desarrollos científicos o tecnológicos nuevas formas de explotación o aprovechamiento de la obra que no existieren al momento de su creación, éstas quedarán igualmente incluidas en el grupo de las atribuciones patrimoniales excluyentes. Como ejemplo de esta situación puede pensarse en una obra cinematográfica que al momento de su creación solamente podría reproducirse en cintas magnéticas, pero que posteriormente al aparecer los reproductores de DVD generaron una nueva forma de explotación que cobija, en todo caso, al titular. Luis Carlos Plata López, RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR, Ed. Uninorte, Bogotá, 2010, p. 31

[22]Es importante dejar claro que cada uno de los derechos patrimoniales hace referencia a actos distintos de explotación de la obra, independientes entre sí. En materia contractual, cuando se está entregando una autorización para la utilización de una obra literaria o artística, todo uso es considerado independiente y requiere del previo consentimiento del titular del derecho, sin que pueda hacerse interpretación extensiva de la voluntad que confiere una forma de utilización a otras no concedidas expresamente en el negocio respectivo.

1.2.2.2.1. Derecho de Comunicación Pública

Tomando como punto de referencia la opinión del tratadista Héctor Ayllón Santiago, con carácter previo, resulta preciso advertir que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no define a la comunicación pública como tal, sino que proporciona una definición para el término *comunicación* y otra para el vocablo *público* de forma separada, razón por la cual la posterior labor de conectar ambas definiciones, con el objeto de comprender el alcance y sentido del derecho de comunicación pública como tal, resultaría meramente aproximativa[23]; no obstante aquello, se podría inferir, en primera instancia, que la comunicación pública no dejaría de ser una comunicación de la creación intelectual a los destinatarios de la obra *per se,* razón por la cual, en palabras de Ayllón Santiago, cobra total sentido tomar, como punto de partida, ambas expresiones por separado para tratar de delimitar el sentido que resulta del conjunto, aplicado al ámbito de los derechos de autor.

De esta manera, encontramos que la Real Academia de la Lengua Española define al término público, derivado del latín *publicus,* como *"el conjunto de personas reunidas en un determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante"*[24], así como *"el conjunto de personas que participan de unas mismas aficione so con preferencia concurren a un mismo lugar"*[25].

Resulta atinado aseverar entonces que el vocablo *público* alude a la congregación de dos o más personas en un mismo lugar, con el objeto de realizar una actividad específica; en el tema que nos ocupa, el término considerado haría referencia a la congregación de un cúmulo de individuos que se convierten en receptores de la difusión de la creación intelectual, por cualquier medio, conocido o por conocerse[26].

---

[23] Héctor Ayllón Santiago, EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DIRECTA, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 135

[24] Acepción séptima de la definición de público del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] http://lema.rae.es/drae/?val=p%C3%BAblico. Actualizada al 04/07/2013

[25] Acepción sexta de la definición de público del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea] http://lema.rae.es/drae/?val=p%C3%BAblico. Actualizada al 04/07/2013

[26] A decir de Ayllón Santiago, tales acepciones dejan sin resolver algunos asuntos relevantes, tales como, por ejemplo, el problema de determinar cuántas personas deben concurrir, simultáneamente, para ser consideradas un conjunto y, en consecuencia, un público; tampoco solventan la cuestión de la comunicación a personas

De la misma manera, encontramos que, dentro del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define al verbo *comunicar,* (derivado del aforismo latino communicare), como *"la acción a través de la cual se hace a otra persona partícipe de lo que uno tiene"*[27], así como también *"transmitir señales mediante un código común (...)"*[28].

Dicho en otras palabras, el vocablo descrito sugeriría la transmisión de información entre dos partes, claramente identificadas: Por un lado, los emisores de la información transmitida y, por otro, los receptores de la misma. Ciertamente, adentrándonos al objeto de investigación del presente trabajo, se infiere que la información transmitida se traduce en una creación intelectual, difundida por el autor de aquella hacia sus destinatarios, el público en general.

Como derivación de las definiciones aducidas, se podría concluir que el derecho de comunicación pública conferiría al autor de una obra en específico la facultad de transmitir y difundir el contenido de su creación intelectual hacia un conjunto de personas, a fin que aquellas tomen contacto con ella a través de sus sentidos.

1.2.2.2.1.1. Definición del Derecho de Comunicación Pública

Partiendo de los lineamientos aludidos dentro del punto anterior, diremos que el Derecho de Comunicación Pública, el cual es una especie del género de los Derechos Patrimoniales de Autor, es definido como aquella facultad reconocida a los autores de obras de difundir su creación intelectual por todos los medios conocidos o por conocerse, siempre y cuando el mismo no implique ni se relacione con la reproducción ni la distribución de ejemplares.[29]

---

ausentes, cuando la misma se realiza a través de radiodifusión, televisión, internet, entre otros medios. Como se demostrará más adelante, con la prosecución del análisis dentro de la presente disertación, la normativa aplicable, tanto nacional como internacional, ha brindado una solución adecuada ante los conflictos derivados de los escenarios descritos. Ayllón Santiago, Op. Cit., p. 136

[27] Acepción primera de la definición del verbo comunicar del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]. http://lema.rae.es/drae/?val=comunicacion. Actualizada al 05/07/2013

[28] Acepción cuarta de la definición del verbo comunicar del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [en línea]. http://lema.rae.es/drae/?val=comunicacion. Actualizada al 05/07/2013

[29] Plaza, "*La propuesta de directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.* Revista de Derecho Patrimonial, 2000 nº 4, p.87 y ss.

A decir de la tratadista brasilera Vanisa Santiago, la comunicación pública abarca todas las diferentes operaciones a través de las cuales las obras, según su naturaleza, son comunicadas al público por medios distintos a la distribución de ejemplares.[30]

Siguiendo al tratadista Rubén UGARTECHE, cabe entender a la comunicación pública como todo acto incorporal por el cual se hace de conocimiento del público, o se pone a su disposición, una obra, por cualquier forma o procedimiento, alámbrica o inalámbrica, analógica o digital, para que el mismo acceda o tome conocimiento de ella a través de sus sentidos auditivos o visuales, sin que se haya entregado previamente un ejemplar que la contenga.[31]

De las posiciones doctrinales señaladas en los párrafos anteriores, encontramos, como denominador común de las definiciones esbozadas, en primera instancia, la difusión de las obras por parte de los autores (o por terceras personas debidamente autorizadas para tales efectos), hacia el público en general, con el objeto que aquél tome contacto con las referidas creaciones intelectuales; en segundo término, es importante puntualizar que la mencionada difusión debería ser realizada por medios distintos a la distribución de ejemplares, dado el objetivo que esta figura persigue.

Analizando la definición del tratadista Rubén UGARTECHE, resulta preciso recalcar que el mencionado autor señala que la obra debe ser receptada por parte de los destinatarios de la misma por medio de sus *sentidos auditivos o visuales;* en consecuencia, se inferiría que el derecho de comunicación pública no abarcaría a todas aquellas obras cuyo medio de expresión fuese tal que el conocimiento por parte del público fuese percibido por cualquier otro de los sentidos (olfato, tacto o gusto), así como en aquellos casos en donde el público destinatario careciese de alguno de los sentidos indicados (auditivos o visuales)[32].

---

[30]Vanisa Santiago, *Los Derechos Patrimoniales (Parte I): El Derecho de Comunicación Pública.* Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A., p. 69.

[31] Cfr. Rubén Ugarteche Villacorta, EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA. Congreso Internacional El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la profesora Delia Lipszyc. Lima, 24-27 de abril del 2006. Ed Palestra, p. 487-488

[32]Sostener esta postura implicaría, por ejemplo, la imposibilidad de considerar como un acto de comunicación pública a una presentación de una obra literaria escrita en braille, a cuyo lanzamiento concurriese un conjunto

A título personal, considero que esta postura muestra ser un tanto limitada, toda vez que podrían quedar fuera del ámbito de protección del Derecho de Autor, bajo la figura de la comunicación pública, la difusión o puesta a disposición al público de ciertas obras cuya recepción puede ser percibida por un sentido ajeno a la vista o al oído.

Se puede afirmar entonces que el derecho de comunicación pública abarca a todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a una obra determinada, percibida por el público por cualquiera de sus sentidos; este es uno de los derechos más importantes en la nueva sociedad de la información, pues, como ha sido puntualizado, la comunicación pública puede producirse aún sin la existencia de la distribución física de ejemplares, ya que implica solamente la difusión de una obra en específico al público en general.

El artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, entiende por comunicación pública todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas[33]; en la misma línea, la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador (SAYCE), dentro del Instructivo a través del cual se establece la cuantía mínima legal a pagarse por la explotación de obras protegidas por el Derecho de Autor, recoge la definición citada con anterioridad.[34]

---

de personas conformado únicamente por personas carentes del sentido de la vista. Cfr. Héctor Ayllón Santiago, Op. Cit., 140

[33] A manera de ejemplo, el artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador enumera a los siguientes como actos de comunicación pública: *a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento; b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales; c) La radiodifusión o comunicación al público de cualesquiera obras por cualquier medio que sirva para difundir, sin hilo, los signos, los sonidos o las imágenes, o la representación digital de éstos, sea o no simultánea .d) La transmisión al público de obras por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono; e) La retransmisión de la obra radiodifundida por radio, televisión, o cualquier otro medio, con o sin hilo, cuando se efectúe por una entidad distinta de la de origen; f) La emisión, transmisión o captación, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo de la obra radiodifundida; g) La presentación y exposición públicas ;h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e ,i) La difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos, las imágenes de su representación, u otras formas de expresión de las obras.*

[34] Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador, PLIEGO TARIFARIO QUE CON CARÁCTER OBLIGATORIO ESTABLECE, COMO DERECHOS ECONOMICOS POR DERECHOS DE AUTOR, LA

A breves rasgos, diremos que la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, entiende por comunicación pública a todo acto en virtud del cual el autor de una obra determinada hace llegar la misma a un número indeterminado de personas, sin que previamente se hubiese producido la distribución de ejemplares físicos de la misma.

Se infiere que la Ley de Propiedad Intelectual, al referirse a esta facultad, parte de un precepto general, para luego proporcionar, a manera de ejemplo, varios casos que son considerados actos de comunicación pública (tales como, por ejemplo, las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento [literal a) Art. 22 LPI); o la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales [literal b) Art. 22 LPI); finalmente, la mencionada norma jurídica señala que se considerará como pública a toda difusión de obras que excedan del ámbito estrictamente doméstico

No obstante lo señalado, según Alfredo Cuadros Añazco, el vertiginoso avance de las medidas tecnológicas ha originado la creación de una nueva modalidad de comunicación pública para el ámbito digital, conocida como la *puesta a disposición.* Esta modalidad implica que la obra se debe encontrar a disposición de cualquier persona para que se pueda tener acceso a la misma desde cualquier lugar y en cualquier momento, lo que indiscutiblemente excede el ámbito doméstico[35].

A manera de conclusión, diremos que la figura de la puesta a disposición al público ha sido tomada en consideración por parte de la legislación ecuatoriana, al establecerse, dentro del literal i) del artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, que se entenderá por pública, entre otros actos, *a la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos, las imágenes de su representación, u otras formas de expresión de las obras.*

CUANTÍA MÍNIMA LEGAL A PAGARSE POR LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS QUE CONFORMAN SU REPERTORIO; Acápite IV. R.O. 290, del día 22 de marzo del 2001.

[35] Alfredo Cuadros, DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA EN INTERNET: INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DIGITALES A TRAVÉS DE LAS REDES P2P, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/27/27_19a28derechos_patr.pdf.

Para finalizar, resulta necesario analizar las disposiciones establecidas dentro la normativa internacional, tanto a nivel del Derecho de los Tratados así como dentro del ámbito del Derecho de Integración, respecto de las figuras que guarden una relación directa con el objeto de estudio de la presente disertación[36]:

a) Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas

El artículo tercero del mencionado convenio, en su apartado tercero, se refiere a la representación de una obra dramática y a la ejecución de una obra musical, para indicar que tales actuaciones no constituyen supuestos de publicación de la obra, a los efectos de terminar el momento de protección de las obras y el país de vinculación de las mismas.[37]

En consecuencia, se concluye que las comunicaciones públicas en vivo no están sujetas a ninguna clase de publicación, impresión o edición, lo cual se traduce a que la presente figura no acarrea consigo la distribución de ejemplares físicos de una obra en concreto.

El derecho de representación o ejecución pública, a decir de Dina Herrera Sierpe[38], es el tercer derecho exclusivo que el Convenio de Berna otorga a los autores. Dicha facultad se encuentra establecida dentro del artículo 11 de la referida norma internacional, que indica lo siguiente: *1) Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1o., la representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o procedimientos; 2o., la transmisión pública, por cualquier medio de la representación y de la ejecución de sus obras.*

Termina el artículo 11 expresando que los mismos derechos se conceden a los autores de obras dramáticas y dramático-musicales durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre la obra original, en lo que se refiere a la traducción de sus obras.

---

[36] Dentro del presente punto, no serán analizadas las disposiciones relativas al Derecho de Comunicación Pública, así como de los demás derechos de explotación, contenidas dentro de los denominados Tratados de Internet de la OMPI, toda vez que los mismos serán objeto de desarrollo dentro del próximo capítulo de la presente disertación.

[37] Ayllón Santiago, Op. Cit., p. 125

[38] Cfr. Dina Herrera Sierpe, PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR (LEY No. 17.336 y sus modificaciones), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 79 y ss.

b) Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones

En iguales términos a los recogidos por parte de la legislación interna, el artículo 15 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, que establece el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones, entiende por comunicación pública a todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares. Se evidencia, pues, la existencia de los mismos elementos contenidos en la definición analizada dentro del acápite anterior del presente trabajo, con excepción de la posibilidad de acceso a la obra por parte del público en el momento en que individualmente fuese decidido por aquéllos.[39]

1.2.2.2.2. Derecho de Reproducción

Dentro del ámbito de los derechos patrimoniales de autor, encontramos que el derecho de reproducción consiste en la exclusiva legal que tiene el autor de una obra intelectual, para explotarla personalmente o a través de terceros debidamente autorizados, por un plazo determinado.[40]

Dicho en otras palabras, el derecho de reproducción consiste en la facultad exclusiva que tiene el autor de una obra para explotarla, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento o modalidad, y percibir los ingresos económicos que legalmente el corresponden; dicha explotación podría ser realizada, ya sea de manera personal o a través de terceras personas, naturales o jurídicas, debidamente autorizadas por parte del autor.[41]

---

[39] Se colige, pues, que, al encontrarse regulada la figura de la *puesta a disposición,* el artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual, en contraposición con el artículo 15 de la Decisión 351 de la CAN, procura una mayor defensa y protección del Derecho de Comunicación Pública en el entorno digital.

[40] Cfr. Guillermo Bracamonte Ortiz, LOS DERECHOS PATRIMONIALES (PARTE I). EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN. Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A, p. 49

[41] Como modos de autorización para el ejercicio del derecho de reproducción a través de terceras personas, encontramos, en primera instancia, a la licencia de reproducción o autorización para que la obra sea reproducida; a su vez, además de la licencia, se puede proceder con la cesión o transferencia del derecho de reproducción a un tercero, atendiendo a la naturaleza de disponibilidad de los derechos patrimoniales de autor.

La reproducción de una obra, a decir de Vivian Alvarado Baena, significa que se hacen fijaciones de ella, ya sea directamente (por ejemplo, en soportes gráficos como libros, folletos o manuales) o indirectamente (por ejemplo, en grabaciones o duplicaciones sonoras, tales como en discos de acetato, CD's o cintas digitales). A su vez, ALVARADO BAENA aduce que el derecho de reproducción incluye la edición, la copia, la inclusión en película cinematográfica, entre otros[42]; es decir, que la fijación material podría realizarse dentro de cualquier medio mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual.

1.2.2.2.2.1. Definiciones Normativas

El artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador señala que la reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier medio conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella; adentrándonos al tema que nos ocupa, se puede evidenciar con claridad que la mencionada disposición muestra ser totalmente concordante con la adecuación del derecho de autor dentro de la sociedad de la información, considerando al almacenamiento digital como una forma de reproducción.

En la misma línea de la norma jurídica mencionada en líneas anteriores, el artículo 14 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones establece que se entenderá por reproducción a la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

Internacionalmente, el derecho de reproducción se encuentra consagrado dentro del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas; en efecto, el artículo 9 del mencionado convenio establece que *los autores de obras literarias y artísticas (...)*

[42] También constituiría una forma de reproducción, a decir de la mencionada autora, la realización de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional, por ejemplo, cuando se realiza una escultura a partir de un dibujo o una pintura, así como también la realización de uno o más ejemplares bidimensionales de una obra tridimensional, como sería el caso, como la fotografía de una escultura. Cfr. Vivian Alvarado Baena, EL DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS ADMINISTRADOS POR LA OMPI Y EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDOS SOBRE LOS ADPIC). Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual, Bogotá, 2002, p. 6

gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma; a su vez, dentro del acápite segundo del mencionado artículo se permite la posibilidad de incorporar algunas excepciones al derecho de reproducción dentro de las legislaciones nacionales de los Estados firmantes, siempre y cuando no se atente a la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Finalmente, dentro del párrafo tercero se indica que *toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción (...)*

Con arreglo al párrafo 1 del artículo 9 del Convenio de Berna, a decir de GUILLERMO BRACAMONTE ORTIZ, el derecho de reproducción se constituye en un derecho exclusivo reconocido a favor del autor, el cual le permite autorizar la explotación y fijación de su obra por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.[43]

1.2.2.2.3. Derecho de Distribución

El derecho patrimonial de distribución, en primera instancia, podría ser entendido como aquella facultad concedida en favor de los autores de hacer llegar al público, ejemplares de su obra original o copias de aquella, ya sea mediante venta, arrendamiento o préstamo público.

A decir de ALVARADO BAENA, el derecho de distribución se ha venido estructurando a partir, tanto de algunas legislaciones de raigambre latina, tales como la legislación francesa y la legislación belga, como de algunos acuerdos regionales, tales como la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, del año 1993. Este derecho, a decir de la mencionada autora, comprende tres elementos: el derecho de alquiler, el derecho de préstamo público y el derecho de importación. Sin embargo, no existe uniformidad en las legislaciones nacionales en cuanto a la regulación de esta facultad[44], la cual, dicho sea de paso, no había sido consagrada, como tal, dentro de un tratado internacional, hasta la expedición de los Tratados de la OMPI del año 1996.[45]

---

[43] Cfr. Guillermo Bracamonte Ortiz, Op. Cit., p. 53

[44] A manera de ejemplo, encontramos que, dentro del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se ha reconocido al derecho de importación como un derecho independiente al derecho de distribución.

[45] Cfr. Vivian Alvarado Baena, Op. Cit, p. 11-12

A decir del tratadista DESURMONT, esta forma de explotación tiene por objeto el aumentar el número de personas a las cuales se permitirá el acceso a una en concreto[46]; evidentemente, la situación planteada ha motivado una discusión acerca de las facultades que tendría el autor de una obra en específico sobre los ejemplares distribuidos de la misma, con el objeto de establecer si es posible ejercer control sobre las sucesivas transferencias o traspasos de dichas copias, aún después de su venta.[47]

Según SCHUSTER, en una definición más amplia, el derecho de distribución se traduce en la facultad de autorizar cualquier acto en que el derecho de propiedad o posesión de ejemplares de la obra cambia de manos; por otra parte, en una definición más restringida, el derecho de distribución es la facultad exclusiva de autorizar la primera distribución de copias de una obra.[48]

Partiendo de la opinión vertida por SCHUSTER, diremos que la principal diferencia entre el amplio concepto y la restringida concepción de este derecho se refiere a que, al reconocer un derecho general de distribución, se concede al autor o al titular del derecho una facultad de control permanente respecto de los cambios de posesión o dominio de los ejemplares, autorizando o prohibiendo estos actos de disposición; por su parte, la concepción restringida la facultad concedida se agota y se extingue en la primera venta del ejemplar correspondiente.

En concordancia con lo anotado, el citado autor indica que el derecho de distribución, en los términos amplios anteriormente referidos, no tiene una consagración legislativa generalizada. De igual forma, se colige que el derecho de distribución, bajo el concepto de extinción por la primera venta, tampoco encuentra aceptación total, si se considera que su reconocimiento va siempre acompañado de grandes excepciones.[49]

---

[46]Desumont, T, DOCUMENTO CISAC CJL/87/405, Varsovia, 1987, p. 3

[47] Santiago Schuster, EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN, Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A, p. 91

[48] OMPI, Rev. Propiedad Industrial y Derechos de Autor. Mayo/Junio 1995, p. 117. Citado por: Santiago Schuster, Ibidem.

[49] Cfr. Ídem, p. 92

A manera de ejemplo, diremos que, dentro del inciso cuarto del artículo 23 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se ha establecido que el derecho de distribución, mediante venta, se agota con la primera de aquellas, y, únicamente respecto de las sucesivas reventas dentro del país, pero no se agota ni afecta el derecho exclusivo para autorizar o prohibir el arrendamiento y préstamo público de los ejemplares vendidos. Se desprende, pues, que la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador ha contemplado, de forma expresa, el agotamiento del derecho de distribución en la primera venta. De acuerdo a DE LA PUENTE, el autor no tendría más la facultad de controlar las sucesivas contrataciones que se celebrasen respecto de la posesión o tenencia del soporte vendido[50], a diferencia de las facultades reconocidas para reconocer el arrendamiento o el préstamo de dichos ejemplares.

Para finalizar, es importante indicar que, dentro del artículo 23 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se ha establecido que se entenderá por arrendamiento a la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso limitado por tiempo limitado y un beneficio económico comercial directo o indirecto.Por su parte, la mencionada norma jurídica entiende por préstamo la puesta a disposición de los originales y copias de una obra a través de establecimientos accesibles al público para su uso por tiempo limitado, sin beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Se colige, pues, que la diferencia entre ambas figuras radica en el fin de lucro perseguido dentro de la primera de ellas, a diferencia de la segunda, en donde no se permitiría la obtención de un beneficio de carácter económico.

1.2.2.2.4. Derecho de Importación

La Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ha definido al derecho de importación como la facultad reconocida a los autores de autorizar que las copias de su creación intelectual, independientemente de que éstas hayan sido o no

[50] Esteban de la Puente, EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN, VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Asunción, 1993, p. 331-332

hechas con el consentimiento del autor o cualquier otro titular del derecho de autor, se importen al territorio del país. (...)[51]

Dicho en otras palabras, el derecho de importación se traduce en la facultad del autor de prohibir la internación de ejemplares de su obra protegida en el país, o de procurar el retiro de las obras que ya hubiesen ingresado; dado que la importación no implica necesariamente un cambio de propiedad o de posesión, sostener que el mismo podría ser considerado como una variante del derecho de distribución, podría no ser tan preciso. Desde otro punto de vista, el derecho de importación podría ser considerado como aquella facultad a través de la cual el autor puede oponerse a que los ejemplares de su obra protegida, autorizados para ser explotados en un determinado lugar, vayan a otro distinto en donde su explotación no hubiese sido autorizada.

En la misma línea de la definición citada, el artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, ha establecido lo siguiente:

El derecho de importación confiere al titular de los derechos de autor la facultad de prohibir la introducción en el territorio ecuatoriano, incluyendo la transmisión analógica y digital, del original o copias de obras protegidas, sin perjuicio de obtener igual prohibición respecto de las copias ilícitas. Este derecho podrá ejercerse tanto para suspender el ingreso del original y copias en fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los ejemplares que ya hubieren ingresado. Este derecho no afectará los ejemplares que formen parte del equipaje personal.

Por su parte, el Artículo 13 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, ha reconocido el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, *la importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización.*

Para el profesor Carlos Alberto Villalba, el propósito del derecho de importación es conferir al autor, en forma nítida, la facultad de oponerse a la circulación de ejemplares que

[51] Propiedad Industrial y Derecho de Autor, Revista Bimestral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Mayo/Junio 1995, p. 119. Citado por: Guillermo Bracamonte Ortiz, Op. Cit., p. 60

han sido producidos lícitamente, pero que, por razones de carácter geográfico, carecen de legitimidad para ser comercializados.[52] A mi modo de ver, la mencionada facultad ha sido reconocida con el objeto de permitir al titular del derecho reservarse para sí la posibilidad de conceder licencias de explotación en otros territorios.

Además, atendiendo a las disposiciones contenidas dentro del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, el derecho de importación no afecta al importador que ha internado un ejemplar para su uso exclusivamente personal, ya que la mencionada figura jurídica se extiende solamente ante actividades de explotación de la obra, lo cual, lógicamente, excede al ámbito exclusivamente privado.

1.2.2.2.5. Derecho de Transformación

El derecho patrimonial de transformación consiste en aquella facultad conferida al autor de explotar su obra, autorizando, para tales efectos, la creación de obras derivadas de la misma, tales como traducciones o adaptaciones.

Conforme a los artículos 8 y 12 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas, gozan del derecho exclusivo de autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones sobre su obra original; a su vez, según disposición contenida dentro del literal e) del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, dentro de los derechos de explotación, se reconoce a los autores la facultad de autorizar, realizar o prohibir la traducción, adaptación, arreglo y otra transformación de la obra.

Dicho en otras palabras, con el reconocimiento de esta facultad, el autor tiene el derecho a modificar su creación intelectual, adquiriendo así la titularidad de la obra derivada o compuesta, resultante de dicha transformación, como sucedería, a manera de ejemplo, con la versión actualizada de una canción.

---

[52] Carlos Alberto Villalba, EL CONTROL DEL AUTOR SOBRE LA UTILIZACIÓN DE EJEMPLARES DE SU OBRA, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, p. 495

1.2.2.2.6. Otras formas de explotación

A manera de corolario del presente capítulo, resulta importante indicar que los derechos de explotación son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, no sólo en el momento de su creación, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca dentro del dominio privado; en consecuencia, al no encontrarse los mismos sujetos a la figura jurídica del *númerus clausus*[53], se podrían reconocer otras facultades de índole patrimonial, atendiendo al principio que su reconocimiento no es ni podrá ser considerado como taxativo.[54]

[53]Cfr.Supra, Cita 21

[54] A manera de ejemplo, encontramos al derecho de participación o *droit de suite*, el cualse traduce en la facultad de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas de los originales de estas obras realizadas en pública subasta o con la intervención de un comerciante o agente comercial. Este derecho está reconocido dentro del artículo 38 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, solamente para la reventa de las obras de arte plástico o manuscritos originales del escritor o compositor. Se evidencia, en consecuencia, un reconocimiento parcial de este derecho, plenamente reconocido dentro de otras legislaciones.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Citando a Esteban Argudo Carpio, se puede aseverar que la sucesión de las innovaciones producidas en las últimas décadas del siglo pasado, a través de las llamadas nuevas tecnologías, ha hecho que, en la actualidad, se incorporen, en nuestro lenguaje común, las expresiones "sociedad de la información", "sociedad informática" o "era digital".[55]

Para el autor Alberto Bercovitz, las nuevas tecnologías son aquellas que dan lugar a nuevos tipos de obras, como son: el software, las bases de datos o las obras multimedias; otras facilitan la reproducción, tales como la copia, la repografía y el escaneado; otras, por su parte, facilitan la comunicación al público, como el cable, la microonda, la fibra óptica y el satélite; y, por último, la digitalización de las obras, que permite su almacenamiento y transmisión. La combinación de estas diversas y nuevas tecnologías da lugar a lo que se denominan como *autopistas o sociedad de la información.*[56]

A través de dichas *autopistas o sociedades de la información,* a decir de Esteban Argudo Carpio, cualquier usuario de la red, por medio de su ordenador personal, puede recibir, siguiendo una serie de instrucciones, toda clase de obras, casi instantáneamente, desde cualquier punto del planeta, de manera que pueda almacenarlas, simplemente ojearlas, verlas y oírlas completas, reproducirlas en otros soportes distintos al computador, modificarlas a voluntad y retransmitirlas a quien desee, bien en la misma forma en que lo recibió, bien en la forma modificada por él.[57]

---

[55] Cfr. Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, PUCE, Quito, p. 189.

[56] Cfr. Alberto Bercovitz, RIESGOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES, LA QUIEBRA DE LOS CONCEPTOS TRADICIONALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL. SOLUCIONES JURÍDICAS. Artículo publicado en el Libro: "El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías". Ministerio de Cultura, Madrid, p- 71. Citado por: Esteban Argudo Carpio, Ibídem

[57] El ejemplo ya existente de autopistas de la información, a decir del mencionado autor, es la red INTERNET, surgida en los años sesenta en los Estados Unidos de América bajo el nombre de ARPANET, que fue concebida y utilizada inicialmente con fines militares. En la actualidad, la red es de usos civiles y

Indica el autor José Luis Caballero, que, con el objeto de analizar la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de autor, siempre será necesario partir de la aclaración que el acto de transmisión en línea de obras o producciones amparadas por el derecho de autor a través del entorno digital, se encuentro invariablemente sujeto al ejercicio del derecho exclusivo que tiene el legítimo titular de autorizar o prohibir el uso de sus obras.[58]

Así, encontramos que las transformaciones que está viviendo el mundo en el campo de la tecnología, las comunicaciones y las relaciones comerciales, imponen también un proceso evolutivo en la protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual; en la actualidad, a decir de ANTEQUERA, existe un mercado universal de obras de consumo masivo, que permite a millones de personas una mayor dedicación a la cultura y al esparcimiento[59]. Subsiguientemente, han surgido nuevas formas de explotación de las obras, las cuales serán brevemente mencionadas a continuación.

2.1. Transmisión de Contenidos

2.1.1. Concepto de Transmisión Digital

Al referirnos a la figura de la transmisión de contenidos, de acuerdo a la autora FANNY PATRICIA NIÑO HERNÁNDEZ, en primera instancia se debe hacer hincapié en que la misma se traduce en el intercambio de información en el ciberespacio[60].

De acuerdo a VANISA SANTIAGO, se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos.[61]

---

comprende todo el mundo, con millones de ordenadores integrados en ella. Cfr. Esteban Argudo Carpio, Ídem, p. 190

[58] José Luis Caballero Leal, ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DISTRIBUCIÓN EN LÍNEA DE OBRAS LITERARIAS, MUSICALES, AUDIOVISUALES, BASES DE AUTOR, PRODUCCIONES MULTIMEDIA, Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo, Panamá, 15-17 de octubre del 2002.

[59] Ricardo Antequera Parilli, EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL, artículo contenido dentro de la obra: Derecho Informático y Telecomunicaciones. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2002, p.5

[60] Fanny Patricia Niño Hernández, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR COMETIDAS POR SUS USUARIOS – TESIS DOCTORAL, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p. 260

Según opinión del autor CARLOS CORRALES, transmitir implica hacer llegar señales a distancia. Dichas señales pueden ser portadoras de sonidos, de imágenes o de datos, difundidas sin necesidad de un medio material conductor o a través de un medio físico individualizado.[62]

Partiendo de las opiniones esgrimidas por ANTEQUERA PARILLI, si se entiende por *transmisión* a la difusión a distancia de elementos de información, tanto por medios inalámbricos como a través de conductores físicos, se deberá entender por *transmisión digital* a la difusión de la información a partir de su almacenamiento digital, conjuntamente con su recepción por parte del usuario a través de medios digitalizados[63].

Tal como será analizado con mayor profundidad dentro de los puntos siguientes de presente punto de desarrollo, es importante tomar en consideración que el alcance de los derechos patrimoniales existentes en el entorno digital ha motivado que algunos conceptos tengan que verse ampliados, tal cual acontece, a decir de ARGUDO CARPIO, con el derecho de comunicación pública; la noción tradicional de esta facultad, a la luz del entorno digital, ha sido ampliado por el tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), dentro de cuyo artículo octavo se establece que, sin perjuicio de la protección establecida dentro del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos lo elija.[64]

En concordancia con lo mencionado, el autor chileno Santiago Schuster concluye que, de acuerdo a lo previsto por el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), así como por los artículos 10 y 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT), la transmisión de obras en línea constituye una forma de comunicación pública, desde el acto de puesta a disposición; es

---

[61] Cfr. Vanisa Santiago, Op. Cit., p. 80
[62] Cfr. Ibídem
[63] Ricardo Antequera Parilli, Op. Cit., p. 6
[64] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 193

decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red, y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final.[65]

En conclusión, se puede aseverar que la transmisión digital de obras, dadas las consideraciones expuestas con anterioridad, constituye un acto de comunicación pública, razón por la cual cualquier persona que requiera difundir una obra protegida por el derecho de autor, requeriría de la autorización expresa del titular de la misma.

2.1.2. Formas de difusión digital de obras

Ahora bien, una vez que se ha delimitado el alcance de la figura de la *transmisión digital,* es necesario hacer una breve mención de las formas en las cuales se puede difundir una obra a través de la red, para lo cual, como fuese mencionado en líneas anteriores, se requiere de la autorización expresa del titular de la creación intelectual, al encontrarse aquél amparado por el derecho de comunicación pública. Así, encontramos las siguientes figuras:

2.1.2.1. Streaming Channels

Los streaming channels, de acuerdo al autor José Raúl González Velásquez, permiten el acceso a una obra determinada sin descarga, facilitando la transmisión de cualquier elemento sonoro y/o visual, de manera que el receptor lo puede visualizar sin necesidad de utilizar ningún espacio del disco duro;[66] dicho en otras palabras, los streaming channels son aquellos portales que permiten el acceso a una obra audiovisual determinada, impidiéndose guardar las imágenes y sonidos para posteriores usos.

El autor HENDERSON, citado por GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, indica que el streaming es una tecnología a través de la cual se permite la transmisión de grandes cantidades de contenido audiovisual[67]; evidentemente, dicha transmisión no acarrea consigo la descarga o *donwloading* de una obra protegida al ordenador correspondiente.

---

[65] Santiago Schuster, EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MUNDO DIGITAL, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos. OMPI, 1997, p. 248

[66] José González Velásquez, LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DERIVADA DE LA DISTRIBUCIÓN DE OBRAS A TRAVÉS DE PROGRAMAS P2P Y STREAM CHANNELS, San Salvador, 2011, p. 55

[67] Cfr. H. Henderson, ENCYCLOPEDIA OF COMPUTER SCIENCE AND TECHNOLOGY. P. 459. Citado por: GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 56

A manera de ejemplo, podríamos citar al portal comercial de entretenimiento *Netflix,* administrador por la compañía norteamericana *Netflix, Inc.*[68], o al portal de difusión de videos *Youtube,* administrado por la compañía *Google Inc.*[69]

2.1.2.2. Portales de difusión digital de obras sonoras

Como una variante a la acepción general de los *streaming channels,* encontramos a la difusión digital de obras sonoras; portales de internet tales como *Pandora, Jango* y *Slacker Radio,* brindan un servicio de recomendación y transmisión de música y grabaciones sonoras a través del internet, seleccionando obras similares a las requeridas por parte del usuario. Dichos portales ofrecen un servicio gratuito, el cual es patrocinado, tanto por los anuncios que se exhiben en la página web, así como por los comerciales que se presentan entre canciones.

A decir de la autora ANNELISE RIVERA RIVERO, cuando una transmisión se hace a través del Internet, pero no se hace copia alguna de la composición musical, dicho acto constituye una ejecución pública de la música. A decir de la mencionada autora, la ejecución pública puede darse de dos maneras: Primero, si la obra se ejecuta en un lugar público o semipúblico (tales como en un recital, en las habitaciones de hoteles o en restaurantes); segundo, si se transmite la obra a un público, sin importar si éstos reciben la

---

[68] *Netflix, Inc.* es una compañía de entretenimiento que permite a sus suscriptores el acceso a películas y series de televisión a cambio de una cuota de suscripción mensual. Cuenta con un catálogo en línea desde donde se pueden visualizar todos los títulos con los que cuenta, sin opción de permitir la descarga en el disco duro del ordenador, en la televisión o en otros dispositivos conectados a Internet, de los contenidos difundidos. Referencias: Cullen v. Netflix, Inc., Case No. CV 11-1199 (N.D. Cal.). Retrieved 3/1/2012; https://signup.netflix.com/MediaCenter?id=5380#rhastings [internet]; y Mark Wilson, THE TECH SPECS OF HD NETFLIX STREAMING, Gizmodo, November 19, 2008. [internet] http://gizmodo.com/5093323/the-tech-specs-of-hd-netflix-streaming. Páginas visitadas el 07/09/2013

[69] Youtube es un adicionador de contenidos de videos cargados por usuarios en internet; la idea original de Youtube es la de permitir que los usuarios de internet compartan videos entre sí. El éxito de este portal de difusión se debe, posiblemente, a dos factores: a) la facilidad de acceso a gran diversidad de videos, a pesar que la mayoría de los mismos son de baja calidad; y, b) el no cobro a los usuarios, inscritos o no, para la visualización de los mismos. Lo mencionado ha dado lugar a la interposición de una serie de demandas en contra de la compañía *Google Inc.,* administradora de dicho portal, por la presunta infracción de los derechos de autor, al supuestamente permitirse la difusión, sin autorización del titular del derecho, de obras protegidas por el derecho de autor, situación que será analizada con posterioridad, al momento de hacer mención expresa del caso *Viacom International Inc. Vs. Google Inc* . Cfr. GONZALEZ VELÁSQUEZ, Op. Cit. p. 57

obra en un mismo sitio o en sitios diferentes.[70] En consecuencia, deberá considerarse como un acto de comunicación pública la transmisión de una grabación de sonido a través de una página de internet, aún cuando el portal administrador del servicio limite sus transmisiones a los usuarios suscritos, quienes pagan una tarifa mensual por la recepción de las obras musicales.[71]

2.2. Las Redes Peer to Peer frente al Derecho de Autor

La tecnología *peer to peer* puede ser definida como un programa cuya función es la de conectar a los usuarios a través de una red sin servidores que facilita la descarga de música, películas, libros, fotos y software entre todos los otros usuarios, de manera gratuita. Estos archivos son compartidos de computador en computador, por el solo hecho de tener acceso al sistema.[72]

Por su parte, el autor J.I. ALONSO, citado por GÓMEZ LANZ, define a la red *peer to peer* como la comunicación bilateral exclusiva entre dos personas a través de Internet, para el intercambio de información en general y de ficheros en particular.[73]

El autor ROBERT DANAY, citado por GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, por su parte indica que las redes *peer to peer* son creadas usando una aplicación de un programa de internet que vincula una serie de computadoras individuales, cada una de las cuales es capaz de compartir, buscar, crear y modificar copias digitales de archivos particulares.[74]

---

[70] Cfr. Annelise Rivera Rivero, DERECHOS DE AUTOR EN LOS SERVICIOS DE TRANSMISIÓN POR INTERNET, U.P.R. Business Law Journal, Vol. 4, p. 215

[71] Tal es el caso del portal de música *Spotify,* el cual ofrece tres tipos de cuentas: la cuenta gratuita, Spotify Unlimited y Spotify Premium. La cuenta gratuita permite la transmisión de música solamente a través de una computadora y limita la cantidad de tiempo para poder escuchar la música. Spotify Unlimited ofrece el mismo servicio que Spotify gratuito, salvo que no tiene límite de tiempo para escuchar la música requerida. Spotify Premium, además de las ventajas presentadas por el servicio Spotify Unlimited, permite el uso del servicio en dispositivos móviles, además de prescindir del uso de internet. Cfr. Annelise Rivera Rivero, Íbidem.

[72] Eduardo Secondo Varela Pezzano, LAS TECNOLOGÍAS PEER TO PEER, LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL COPYRIGHT, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 32

[73] J. Gómez Lanz, UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO PENAL A LA CIRCULACIÓN DE OBRAS DEL ESPÍRITU A TRAVÉS DE REDES PEER TO PEER: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LOS USUARIOS. p. 37. Citado por: José González Velásquez, Op. Cit., p. 19

[74] Cfr. Robert Danay, COPYRIGHT VS. FREE EXPRESSION]: THE CASE OF PEER TO PEER FILE SHARING OF MUSIC IN THE UNITED KINGDOM, p.2. Citado por: José González, Op. Cit., p. 19

Según el autor Max Stul Oppenheimer, dentro de las redes *peer to peer,* la información disponible para acceder no reside en un servidor central, sino que, más bien, cada computadora hace disponible la información a cada otra computadora de la red.[75]

En conclusión, se puede señalar que las redes *peer to peer* son aquellas que en donde, a través de la independencia y descentralización de los servidores, se facilita el intercambio de información entre los usuarios, creándose, en consecuencia, una gran red que no es controlada ni administrada por un servidor en específico. A través de esta red se facilita la conexión directa entre usuarios, quienes se encuentran en la posibilidad de recolectar y almacenar toda la información y contenido disponible para ser compartido.

Como características principales de las redes *peer to peer,* a decir de GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, encontramos a las siguientes: a) La descentralización evita la conformación de administradores del sistema; b) No se requiere de una computadora central que sirva de mediadora para realizar los intercambios; c) La inexistencia de un servidor central elimina los costos de mantenimiento y almacenamiento, d) Se permite el intercambio de todo tipo de contenidos, tecnología y recursos, e) En la mayoría de programas de intermediación no se exige suscripción alguna, por lo que el usuario puede quedar en un anonimato relativo.[76]

Las redes *peer to peer* aparecieron en el año 1999, cuando Shawn Fanning, estudiante retirado de la *Northeastern University* de los Estados Unidos de América, creó un software que permitía compartir música en internet con mayor facilidad, al cual denominó *Napster*[77]. Dicho programa, tomando en consideración las puntualizaciones señaladas con anterioridad, permitía la conexión a los usuarios, fundándose una cultura de libre distribución de música entre millones de personas.

La primera de las generaciones de arquitectura *peer to peer* consistía en la existencia de uno o más servidores centrales a los cuales accedían los usuarios para

---

[75] Max Stul Oppenheimer, YOURS FOR KEEPS: MGM V. GROKSTER, p. 7. Citado por: José González Velásquez, Íbidem.
[76] Cfr. Ídem.
[77] Taro K., MEET THE NAPSTER, en Time Magazine Online, 12 de octubre del 2000, disponible en: http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,998068,00.html. Citado por: Eduardo Varela Pezzano, Op. Cit., p. 33.

descargar[78] los archivos que se encontraban dentro de los mismos; en contraposición con lo mencionado, dentro de la segunda de las generaciones de arquitectura *peer to peer* los usuarios se encuentran conectados entre sí, sin la necesidad de un servidor único contentivo de obras protegidas por el derecho de autor.

Para finalizar, es importante mencionar que los efectos derivados de la aplicación y utilización de las redes *peer to peer* fueron desastrosos para la industria musical; a decir de VARELA PEZZANO, si tan solo el uno por ciento de los usuarios de las redes hubiese pagado por las descargas realizadas en el año 2001, las ganancias hubiesen sido de medio millón de dólares por cada canción.[79] Fueron varias las figuras del entretenimiento que demandaron a *Napster* por la implementación de las redes *peer to peer.* Sin embargo, en febrero del año 2001, Shawn Fanning fue demandado, iniciándose el proceso judicial *A&M Records Inc. V. Napster Inc.*, el cual será analizado con posterioridad dentro de la presente disertación.

2.3. La difusión digital de obras y las tecnologías de la información

Con el objeto de comprender el alcance del derecho de autor en el entorno digital, surge la importancia de realizar una breve mención de las principales clases de obras cuya difusión o descarga es realizada diariamente por parte de los usuarios de los portales de servicios de internet; así, encontramos las siguientes puntualizaciones:

2.3.1. Concepto de obra

De acuerdo al glosario de términos establecido dentro del artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se entiende como obra a *toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse;* misma definición ha sido plasmada dentro del artículo 3 de la

[78] El término descargar o *downloading* se entiende como la recepción de información, típicamente un archivo, desde otra computadora a través de un módem. El término opuesto es *upload,* que siginifica enviar un archivo a otra computadora. United States v. Mohrbacher.182f.3D1041, 1048, 9TH Cir. 1999, citando a Williams R., Jargon, an informal dictionary of computer terms, 1993, p. 170 y 171. Citado por. Eduardo Varela Pezzano

[79] Ku R. y Shu, R, THE CREATIVE DESTRUCTION OF COPYRIGHT: NAPSTER AND THE NEW ECONOMICS OF DIGITAL TECHNOLOGY, en University of Chicago Law Review, Vol. 69, 2002. P. 263. Citado por Varela Pezzano, Op.Cit., p. 35.

Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, que establece el Régimen Común sobre Derechos de Autor.

Por su parte, dentro del glosario de la OMPI, se define al término *obra* como *toda creación intelectual original, expresada en forma reproducible;* finalmente, es importante mencionar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al vocablo *obra* como *cualquier producción del entendimiento en ciencia, letras o artes.*

En consecuencia, se puede esgrimir que la protección del derecho de autor recae sobre las creaciones intelectuales derivadas del talento creativo del autor; los derechos reconocidos a favor del autor de una creación intelectual son independientes de la propiedad del objeto material al cual la obra está incorporada. En consecuencia, los derechos patrimoniales que se ejercen sobre el soporte material en el cual la obra se encuentra fijada son independientes a los derechos sobre la obra en sí, la cual debe contener una manifestación creativa concreta, que se traduce en la existencia de características propias, capaces de distinguirla de cualquier otra obra del mismo género.

Es importante indicar, a su vez, que la protección a una creación intelectual se reconoce con independencia de su género (literario o científico), forma de expresión (escrita, sonora, multimedia o audiovisual), mérito o destino. Además, es preciso mencionar que el derecho de autor no protege la aplicación práctica o aprovechamiento industrial de una obra, sino solamente a la creación intelectual *per se.* Finalmente, diremos que la protección del derecho de autor no exige formalidades, toda vez que aquella surge al momento mismo de la creación.

De esta manera, y tomando en consideración que la enumeración realizada por parte del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador es meramente ejemplificativa, procederemos a mencionar las principales obras vinculadas al entorno digital, lo cual, partiendo del precepto contenido dentro de la norma jurídica citada en líneas anteriores, no se traduce en una enumeración taxativa y exclusiva de las obras que

podrían ser difundidas o reproducidas digitalmente; así, encontramos las siguientes consideraciones:

2.3.1.1. Obras multimedia

Antonio Delgado Porras define a la obra multimedia como la creación unitaria, expresada mediante la reunión y fijación, en un medio digital, de elementos textuales, sonoros, de imágenes fijas o animadas, entre otros, pertenecientes, al menos, a dos de dichos géneros – cuyos elementos pueden constituir la expresión de obras o de prestaciones objeto de derechos conexos, y de una propuesta de uso interactivo de dichos elementos, ejecutable por un programa de ordenador.[80]

De esta manera, en una obra multimedia, a decir de ARGUDO CARPIO, pueden confluir obras y prestaciones de distinta naturaleza, tales como creaciones literarias, musicales, audiovisuales, fotográficas, interpretaciones, ejecuciones, representaciones, textos, obras gráficas, software, etc. Lo característico de las obras multimedia, según el mencionado autor, es que, gracias a la tecnología digital obras de diversa naturaleza pueden integrarse en un mismo soporte electrónico o formato digital, lo que posibilita la interacción del usuario con el material fijado.[81]

Partiendo de las disposiciones señaladas con anterioridad, se puede colegir que las obras multimedia, en primera instancia, podrían ser consideradas como obras en colaboración, especie del género *obra en coautoría;* las obras en colaboración son aquellas creadas por dos o más personas cuyas contribuciones conducen a la generación de una creación intelectual original. Este podría ser el caso de las obras multimedia, las cuales se traducen, como fuese manifestado anteriormente, en la combinación, en un entorno digital, de dos o más obras que confluyen para el surgimiento de una nueva creación intelectual; un ejemplo de obra multimedia pueden ser los videojuegos, en donde, además de la confluencia de obras de diversa naturaleza, permiten la interacción del usuario – jugador con el material fijado.

---

[80] Antonio Delgado Porras, LAS PRODUCCIONES MULTIMEDIA: ¿UN NUEVO GÉNERO DE OBRAS? Ponencia recogida en el Libro Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, Tomo I, p. 261

[81] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 191.

Conforme a la legislación ecuatoriana, de acuerdo a ARGUDO CARPIO, la creación multimedia podría ser considerada como una obra en colaboración, si es que cada autor contribuyera con su aporte para una obra conjunta. No obstante aquello, a decir del mencionado autor, esta situación variaría si en la obra multimedia se incorporasen obras preexistentes que no son creaciones originarias para la misma (tales como la incorporación de una canción al *soundtrack* de un videojuego), pues, en aquél caso, la titularidad podría ser atribuida al productor[82].

Lo aseverado conduciría a concluir que las obras multimedia deberían ser consideradas como obras colectivas, creadas bajo la directriz de una persona, sea ésta natural o jurídica, gracias a cuya iniciativa varias obras aportadas por diversos autores confluyen en una creación única.

Al no existir un tratamiento especial para la obra multimedia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tanto nacional como comunitario, ARGUDO CARPIO concluye que nuestra legislación no define quienes podrían los autores o titulares de la misma, independientemente de los derechos de explotación que le pudiesen corresponder al productor de la misma.[83]

En consecuencia, el mencionado autor concluye que la obra multimedia merecería un tratamiento diferenciado o especializado por la Ley, debido a que, en la mayoría de las ocasiones, las mismas se componen en todo o en parte con el aporte de creaciones intelectuales preexistentes, para lo cual se requerirá la autorización expresa de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos.

2.3.1.2. Obra audiovisual

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual define a la obra audiovisual como *toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de*

[82] Cfr. Ibidem
[83] Ídem

proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contenga.

Según el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del Reino de España, se entiende por obras audiovisuales a *las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.*[84]

Conforme a los conceptos legales citados en líneas anteriores, se puede señalar que se entiende por obra audiovisual a toda creación intelectual conformada por una serie de imágenes asociadas entre sí, acompañadas o no por sonidos. De esta manera, el concepto de obras audiovisuales alude a considerar al conjunto de imágenes y a las composiciones musicales y/o sonoras que las acompañen, como una creación unitaria, siendo las mismas, por tanto, objeto de protección por parte del Derecho de Autor. Dichos conceptos, evidentemente, muestran ser eminentemente descriptivos, enumerando las características de esta categoría de obras.

Así, se puede concluir que, dentro de dichos preceptos normativos, se desprenden los siguientes rasgos específicos de esta categoría de obra: Su composición a través de imágenes asociadas, su exteriorización indirecta y la irrelevancia del soporte material al que se pueda incorporar. Así, encontramos las siguientes puntualizaciones:

a) La obra audiovisual como serie de imágenes asociadas

A decir del autor Alfonso González Gozalo, la característica más sobresaliente de la obra audiovisual es estar compuesta por una serie de imágenes asociadas, estableciéndose,

[84] De acuerdo al autor Alfonso González Gozalo, dentro de la delimitación del ámbito objetivo de aplicación de las obras audiovisuales del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del Reino de España, se menciona a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales; se colige, en consecuencia, que la obra audiovisual es el género al que pertenece, como especie, la obra cinematográfica. Cfr. Alfonso González Gozalo, LA NOCIÓN DE OBRA AUDIOVISUAL EN EL DERECHO DE AUTOR, Revista de Propiedad Intelectual No. 7, Madrid, 2001, p. 15

como debate principal, la necesidad o no de que las imágenes generen una impresión de movimiento.[85]

Las imágenes referidas, de acuerdo a las definiciones normativas señaladas con anterioridad, deben estar asociadas. Según GONZÁLEZ GOZALO su grado de asociación o vinculación se produce, cuando mostradas en sucesión, ocurre una impresión de movimiento, lo cual no obstaría a que las mismas puedan estar relacionadas imágenes que no producen esta sensación. Así, la expresión *serie de imágenes asociadas* se relaciona con la existencia de una serie de imágenes con cierto carácter secuencial que, con independencia de que produzcan o no una sensación de movimiento, se integren en una unidad temática.[86]

b) Exteriorización indirecta de la obra audiovisual

Según la disposición normativa contenida en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, las imágenes asociadas deben estar destinadas especialmente a ser mostradas *a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido;* las obras audiovisuales se caracterizan por no ser susceptible de manera directa por sus destinatarios, lo cual torna imprescindible la utilización de aparatos que funjan como intermediarios entre la obra y sus destinatarios.

---

[85] Tanto a favor como en contra de esta exigencia se han manifestado los comités de expertos reunidos en el ámbito de la OMPI. Así, en la reunión del Comité de Expertos de la OMPI que tuvo lugar en París en el año 1986, con el fin de establecer unos principios básicos en el campo de las obras audiovisuales, concluyó que se incluían dentro de la expresión *obra audiovisual* a las obras cinematográficas y las asimiladas a ellas. Dicha definición, al tomar como referente a la obra cinematográfica, parecía optar implícitamente por la necesidad de sensación de movimiento. Sin embargo, en la segunda reunión del Comité de Expertos reunida en el seno de la OMPI en 1989 delimitó de forma autónoma el concepto de obra audiovisual, definiéndola como aquella consistente en una serie de imágenes relacionadas y los sonidos que la acompañan, si los hay, que pretende ser mostrada a través de instrumentos adecuados. Desaparecida la referencia a la obra cinematográfica, la definición quedaba huérfana en relación con la necesidad de producir o no un efecto de movimiento, aunque la amplitud de su tenor inclinaba la balanza hacia el lado de la exclusión de esta exigencia. Como consecuencia de la ausencia de consenso internacional respecto al tema, el Comité de Expertos reunida en el año 1990 decidió remitir la cuestión a las legislaciones internas, para lo cual se utilizó en la definición el sistema de corchetes, que les permitía optar por su inclusión o no. Según esta, una obra audiovisual es cualquiera consistente en la fijación de una serie de imágenes relacionadas [que produce una impresión de movimiento], con o sin sonidos, susceptible de ser vista y, cuando va acompañada de sonidos, susceptible de ser oída. Según se desprende del artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, nuestra legislación nacional no ha adoptado el criterio de la impresión de movimiento al momento de definir a las obras audiovisuales. Cfr. Alfonso González Gozalo, Op. Cit. p. 20

[86] Cfr. Ibídem

A decir del mencionado autor, lo mencionado se traduce en una *exteriorización indirecta* de las obras audiovisuales. GONZALEZ GOZALO manifiesta que la mediación técnica ha de ser imprescindible no para apreciar las imágenes *per se,* sino la asociación de las mismas, lo cual conduce a concluir que las imágenes estáticas (que son susceptibles de apreciación directa), requieren encontrarse asociadas con el objeto de ser consideradas como obras audiovisuales.[87]

c) Independencia del soporte material al que las imágenes asociadas se incorporan

El fragmento final de la definición normativa analizada menciona lo siguiente: (...) *independientemente de las características del soporte material que la contenga.* Es importante tomar en consideración que, en el sistema de tradición jurídica latina o continental, no se exige la fijación de una obra en un soporte material para que la misma sea protegida. En consecuencia, se puede colegir que el soporte material al que la obra audiovisual se incorpora no tiene relevancia alguna para que la creación intelectual sea considerada como obra audiovisual como tal.

Para finalizar, diremos que, de acuerdo al artículo 35 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se reputa titular de una obra audiovisual al productor, esto es, a la persona natural o jurídica que asume la iniciativa y la responsabilidad de la realización de la obra. Dicho artículo indica, a su vez, que se reputará productor a la persona natural o jurídica cuyo nombre aparezca en dicha obra en la forma usual. El productor está legitimado para ejercer en nombre propio los derechos morales de la obra, incluyendo la facultad para decidir sobre la divulgación de la misma.

Además, según el artículo 34 de la mencionada ley, la obra audiovisual es protegida como una obra original, sin perjuicio de los derechos de autor de las obras preexistentes que hayan podido ser adaptadas o reproducidas.

---

[87] A manera de ejemplo, el mencionado autor indica el caso que, con fines de promoción o publicidad, se podría dar el caso de sucesión más o menos rápida de imágenes fijas más o menos inconexas, acompañadas de música o mensajes orales, que merecen la consideración de obras audiovisuales. Dicha asociación sólo es conseguida si las obras se contemplan en una pantalla, lo cual se traduce en el cumplimiento de la exteriorización indirecta de las obras audiovisuales. Cfr. Ídem.

2.3.1.3. Software o Programas de Ordenador

Según ARGUDO CARPIO, es software es un conjunto de instrucciones que, interpretadas por las máquinas, las adaptan para que realicen unas funciones determinadas. En definitiva, a decir del mencionado autor, el software no es otra cosa que un texto escrito en un lenguaje bastante más sencillo que el utilizado por las personas en su comunicación.[88]

En atención a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, el software o los programas de ordenador se consideran obras literarias y se protegen como tales. Su titular, de acuerdo al artículo 29 del mencionado cuerpo normativo, es el productor (persona bajo cuya iniciativa se realizó la obra). A decir del autor Alberto Bercovitz, la calificación del software como obra literaria no tiene otro objeto que el de incluir al mismo bajo el Convenio de Berna, con el fin de conseguir su protección a nivel internacional.[89]

Partiendo de las conclusiones de ARGUDO CARPIO, encontramos que la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador protege a los programas de ordenador independientemente de que los mismos hayan sido incorporados en un ordenador y cualquiera sea la forma en que aquellos estén expresados, ya sea en forma legible por el hombre, en forma legible por la máquina o en cualquier otra. (Art. 28 LPI)

En consonancia de lo aseverado, encontramos que el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor establece que los programas de ordenador están protegidos como obras literarias, en el marco de lo dispuesto dentro del artículo 2 del Convenio de Berna. Según ARGUDO CARPIO, dicha disposición se encuentra reforzada por una declaración concertada en la que se hace referencia a la conformidad que guarda el artículo cuarto del mencionado tratado con el artículo 2 del Convenio de Berna, así como con las disposiciones pertinentes de los Acuerdos sobre los ADPIC. Según el artículo 10 de los ADPIC, se colige también que los programas de ordenador serán objeto de protección al amparo del Derecho de Autor.[90]

---

[88] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 190.
[89] Cfr. Alberto Bercovitz, Op. Cit., p. 189.
[90] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit, p. 189

2.4. Derechos Morales en el Entorno Digital

Tal cual fuese desarrollado dentro del primer capítulo de la presente disertación, el derecho moral comprende un cúmulo de atribuciones tendientes a proteger y reconocer el vínculo afectivo que surge entre una obra determinada con su autor, desde el momento del surgimiento de la misma. Ahora bien, a decir de ALBERTO BERCOVITZ, la tecnología digital combinada con las autopistas de la información ofrece al usuario la posibilidad para interactuar y transformar las obras protegidas[91], lo cual podría llegar a constituirse como una seria amenaza al derecho moral de las obras,

Los derechos morales se encuentran establecidos, tanto dentro del artículo 6 del Convenio de Berna, así como dentro del artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual; en consecuencia, surge la importancia de determinar si las facultades referidas pueden ser ejercidas dentro del ámbito digital; de esta manera, encontramos que BERCOVITZ señala, a manera de ejemplo, que, en la tecnología digital, todas las copias son idénticas a la primera, constituyéndose una transgresión al derecho moral de las obras.[92]

El derecho moral de integridad de la obra garantiza a los autores que sus creaciones intelectuales permanezcan intocadas. Así, la autora DELIA LIPSZYC concluye que el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión.[93]

De acuerdo a ARGUDO CARPIO, junto con el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, el derecho a defender su integridad, a más de encontrarse consagrado dentro del artículo 6 del Convenio de Berna, han sido reconocidos, en el entorno digital, por parte del artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WTC), al plasmar la obligación de los estados contratantes de cumplir lo previsto por los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna. Situación diferente acontece con el Acuerdo sobre los ADPIC, el cual

---

[91] Alberto Bercovitz, Op. Cit., p. 81
[92] Cfr. Ibidem
[93] Delia Lipszyc, DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Cerlalc, Bs. As., 1993

reconoce la aplicación de los Artículos 1 al 21 del Convenio de Berna, haciendo una exclusión expresa de los derechos y obligaciones reconocidos por el artículo 6 de dicho instrumento internacional. [94]

El advenimiento de la tecnología digital ha dado paso a que un sector de la sociedad civil propugne la desaparición de los derechos morales del autor en el entorno digital; a decir del maestro ANTEQUERA, quienes formulan dicha afirmación no han examinado, por lo menos, el derecho moral del autor a la divulgación o al inédito, pues sería francamente aventurado, de acuerdo al mencionado autor, la supresión de esa facultad, que incluso al no estar consagrada expresamente en algunos textos nacionales sobre derecho de autor, siempre estará tutelada como parte de los derechos de la personalidad.[95]

En cuanto al derecho de paternidad, diremos que no existe ningún inconveniente para que en la difusión de una obra dentro del entorno digital, se haga mención expresa del titular de la misma, tal cual acontece dentro del entorno analógico. Respecto del derecho de integridad de la obra, es importante señalar que existen una serie de manipulaciones digitales que puedan atentar contra la esencia misma de la creación. A manera de ejemplo, se puede considerar a la difusión digital de una obra audiovisual colorizada por medio de instrumentos digitales, a pesar que la creación intelectual original fuese realizada en blanco y negro[96].

En cuanto al ejercicio del derecho moral frente al avance tecnológico, solamente en puntuales casos el autor estaría en condiciones de descubrir e intervenir ante las transgresiones contra su derecho moral; en consecuencia, Uchtenhagen reflexiona si su protección podría ser confiada también a otras personas, en particular porque el elevado nivel de protección de este derecho no es reclamado únicamente por los autores, sino también por los editores y productores, ante la importancia económica que corresponde a la

[94] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., 195
[95] Ricardo Antequera, Op. Cit., p. 32
[96] Como caso emblemático de esta problemática, es célebre el caso en que los descendientes de John Hutson, realizador del filme *Asphalt Jungle (Jungla de Asfalto),* demandaron a la sociedad Turner, titular de los derechos sobre la versión colorizada. Cfr. Ricardo Antequera, Ibídem.

autenticidad de las obras en el mercado digital, razón por la cual manifiestan un interés creciente en el ejercicio del derecho moral y por encargo de los autores.[97]

A su vez, el tratadista ADOLF DIETZ señala que los intereses del autor en la integridad de la obra y aquellos de los intereses de los editores o productores en sus productos inalterados están empezando a acercarse en la era digital, lo cual conduciría a señalar que el derecho moral, en el entorno digital, se está atenuando de a poco, a modo que el editor o el productor se pueden integrar en el ejercicio de estas facultades.[98]

Tomando en consideración las referidas puntualizaciones, es importante señalar que, al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, la posibilidad del ejercicio de los derechos morales, sin perjuicio de las estipulaciones y reservas expresas entre los autores y el productor, ha sido reconocida a este último por parte de los artículos 29 y 35 de la referida norma legal, al momento de regular el ejercicio de los derechos, tanto morales como patrimoniales, de los programas de ordenador y de las obras audiovisuales.

Lo aseverado podría responder a que, debido a su organización y estructura administrativa, las grandes productoras cinematográficas y de los programas de ordenador se encuentran en una mejor posición que los propios autores para reclamar y defender los derechos morales de las creaciones intelectuales surgidas bajo su iniciativa, sin perjuicio que los creadores directos puedan, a su vez, ejercer las facultades defensivas directamente.

2.5. Derechos Patrimoniales en el Entorno Digital

De acuerdo a lo esgrimido dentro del primer capítulo de la presente disertación, además de las facultades de orden moral, se ha reconocido a los autores una serie de derechos de explotación de sus obras, a fin de que los mismos puedan aprovecharse económicamente de su creación intelectual; el alcance de los derechos patrimoniales, con el advenimiento de la *sociedad de la información* y el desarrollo digital, además de propiciar

---

[97] Ulrich Unchtenahgen, EL DERECHO MORAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos, Montevideo, p.125.
[98] Adolf Dietz, MORAL RIGTHS AND TECHNOLOGICAL CHALLENGE, citado por: Ricardo Antequera, Op. Cit., p. 34

el surgimiento de nuevas clases de obras, ha generado una ampliación de las nociones y conceptos tradicionales de los derechos de explotación de las creaciones intelectuales; en consecuencia, encontramos las siguientes notas características de la mencionada evolución y adecuación del derecho de autor a las nuevas tecnologías.

2.5.1. Derecho de Comunicación Pública

El derecho de comunicación pública se relaciona con todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas; este derecho, en su acepción tradicional, comprende el derecho de representación pública, el derecho de exhibición pública, el derecho de ejecución pública y el derecho de radiodifusión, entre otras modalidades que faciliten al público el acceso a las obras o producciones amparadas por el derecho de autor.

El concepto tradicional del derecho de comunicación pública, a la luz del entorno digital, ha sido ampliado en el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WTC), el cual, en su artículo 8 (1) dispone que, sin perjuicio de lo establecido por el Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medos alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos lo elija.[99]

Lo mencionado se traduce en una evolución al concepto tradicional de esta facultad, toda vez que ya no es una exigencia la congregación de un cúmulo de personas como destinatarias de la difusión de una creación intelectual (como en el caso de los recitales, conciertos o exposiciones plásticas), toda vez que, con el desarrollo de las nuevas tecnologías, los destinatarios de las creaciones intelectuales pueden acceder a la obra desde el momento y en el lugar en que individualmente decidan hacerlo.

---

[99] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 193

De acuerdo a ANTEQUERA, debe calificarse como pública a las trasmisiones digitales que permiten que un solo usuario, en un momento determinado, acceda y disfrute de una creación intelectual específica, toda vez que el portal de servicios pone a disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a dichas obras, aunque una o pocas personas la soliciten en una determinada ocasión.[100]

De acuerdo al tratadista chileno Santiago Schuster, como fuese mencionado en su momento al definir a la transmisión de obras, conforme lo previsto por el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), así como por los artículos 10 y 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WTTC), la transmisión de obras en línea constituye una forma de comunicación pública, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red, y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso final de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final.[101] En consecuencia, la transmisión en línea de una obra es considerada como un acto de comunicación pública, razón por la cual se requiere del consentimiento expreso del titular del derecho patrimonial referido para proceder con dicha actuación.

Las posiciones analizadas dentro del presente punto han sido tomadas en consideración por parte del legislador ecuatoriano al momento de regular el derecho de comunicación pública, al mencionarse dentro del artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual que es un acto de comunicación pública aquel a través del cual una pluralidad de personas, *reunidas o no en un mismo lugar,* puedan tener acceso a la obra (...), siempre y cuando dicha comunicación exceda del ámbito estrictamente doméstico. A su vez, dentro del literal c) de la mencionada norma jurídica se ha reconocido expresamente a la *representación digital de las obras* como un acto de comunicación pública, lo cual conduce a concluir que la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador ha reconocido expresamente a la puesta a disposición consagrada dentro del artículo 8 del Tratado WTC de la OMPI.

---

[100] Cfr. Ricardo Antequera, Op. Cit., p. 13

[101] Santiago Schuster, Op. Cit., p. 248. Véase la cita 65 de la presente disertación.

2.5.2. Derecho de Reproducción

Para iniciar el presente punto de desarrollo, relieva la importancia de definir el término digitalización, el cual, a decir de cierto sector doctrinario, es el acto de reproducción digital por excelencia; así, encontramos que ANTEQUERA señala que la digitalización implica el almacenamiento de la obra en la memoria de un computador, a los efectos de que la máquina pueda comprender la información a través de programas de computación que permiten introducir, clasificar y seleccionar la información recibida.[102]

El acto de digitalización ha permitido a los usuarios de los proveedores de servicios de internet almacenar en sus ordenadores personales un sinnúmero de información, amparada bajo la tutela del Derecho de Autor; en primera instancia, tomando en consideración lo establecido por el artículo 9,1 del Convenio de Berna, es importante señalar que el derecho de reproducción se extiende a cualquier procedimiento y bajo cualquier forma; similar aseveración es recogida por el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador. Así, y tomando en consideración que a través de este proceso de desmaterialización se facilita el almacenamiento de creaciones intelectuales protegidas por el Derecho de Autor, la digitalización podría ser considerada como un acto de reproducción.

El autor UCHTENHAGEN afirma que el acto de digitalización presenta las siguientes características peculiares[103]:

a) La posibilidad de transmisión, independientemente de cualquier soporte;
b) Los datos pueden ser copiados a voluntad sin que haya degradación alguna o pérdida de calidad;
c) Los datos pueden ser modificados, intercambiados, mezclados o conectados a voluntad; y,
d) Pueden ser almacenados en memorias de dimensión casi ilimitada, pudiendo ser llamados en cualquier momento.

En consecuencia, se puede concluir que el acto de digitalización de una obra constituye un acto de reproducción, independientemente del mérito, destino o género al que

[102] Cfr. Ricardo Antequera, Op. Cit., p. 8
[103] Cfr. Ulrich Unchtenahgen, Op. Cit., p. 110

la misma pertenezca; si bien es cierto que el alcance del derecho de reproducción no fue ampliado por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), como si aconteció con el derecho de comunicación pública, si fue objeto de una declaración concertada, que en lo principal señala que el almacenamiento en forma digital de una obra en un soporte electrónico constituye un acto de reproducción.[104]

La Declaración Concertada del artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor textualmente establece lo siguiente: *El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.*

En concordancia con lo mencionado, el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador señala que se considerará como acto de reproducción, entre otros casos, al almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que se permita su percepción, comunicación u obtención de copias de toda o parte de ella.

Conforme a lo señalado, se puede aseverar con seguridad que la digitalización de una obra, al derivar en un almacenamiento de creaciones intelectuales facilitada por los portales de servicios de internet, constituye un acto de reproducción. En consecuencia, la autorización expresa del titular de este derecho de explotación se convierte en una exigencia determinante para proceder con un acto de digitalización.

2.5.3. Derecho de Distribución

La digitalización de una obra acarrea consigo el almacenamiento de la misma, ya sea de manera efímera o de manera permanente dentro de la memoria de un ordenador; así, tal cual fuese puntualizado en la conclusión del acápite anterior, dicho almacenamiento se

[104] Cfr. Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 194

traduce en un acto de reproducción, posición recogida por nuestro legislador en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Intelectual. Surge la interrogante de determinar, pues, si el almacenamiento aludido, además de ser un acto de reproducción, configura una distribución de ejemplares de la creación intelectual.

ANTEQUERA, a manera de ejemplo, señala que la información transmitida desde un computador que sirve de emisor a otros que hacen de receptores, pueden quedar almacenada incluso en la memoria residente de los destinatarios o en algún dispositivo de almacenamiento asociado con cada uno de los aparatos que recibieron la transferencia, con lo cual se producen varias copias y con cada una de ellas pueden realizarse, a su vez, nuevas transmisiones y más copias.[105] En primera instancia, se podría colegir que si se configuraría un acto de distribución de ejemplares en el entorno digital, puesto que, en cada fijación, existiría otro ejemplar.

No obstante lo señalado, de la Declaración Concertada a los artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, se concluye que, después de una serie de debates, el derecho de distribución debe limitarse a la distribución de ejemplares físicos y tangibles; consecuentemente, el mismo no es aplicable a las transmisiones digitales en las que la obra se almacena dentro de la memoria de un ordenador; así, encontramos que la declaración concertada mencionada, textualmente, establece lo siguiente:

Tal como se utilizan en estos artículos las expresiones copias y originales y copias sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (en esta declaración concertada, la referencia a copias debe ser entendida como una referencia a ejemplares, expresión utilizada en los artículos mencionados.

Como corolario del presente acápite, en conclusión, se puede señalar que el derecho de distribución se refiere única y exclusivamente a las copias fijadas que pueden ser

[105] Ricardo Antequera, Op. Cit., p. 10.

distribuidas de forma tangible; subsiguientemente, las transmisiones digitales no estarán amparadas por parte de esta facultad, toda vez que las mismas no se fijan en un soporte físico susceptible de ser distribuido a terceras personas.

2.5.4. Otros derechos patrimoniales

De acuerdo a los preceptos derivados de la concepción jurídico – latina, los autores tienen la facultad exclusiva de explotar su creación intelectual por todo medio o procedimiento, toda vez que la enunciación de los derechos patrimoniales no está sujeta al principio *números clausus*. Además, cada forma de explotación, traducida en el reconocimiento de un derecho patrimonial específico, es independiente entre sí, al tenor de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador.

JOSE LUIS CABALLERO indica al respecto que la utilización de las obras en el entorno digital no inhibe de modo alguno el principio de independencia de los derechos patrimoniales de autor y, por ende, de las modalidades de explotación, por lo que cada uno de los actos de utilización de las obras debe ser objeto de la obtención de la autorización previa del titular de los derechos respectivos.[106]

Así, el mencionado autor, citado por ARGUDO CARPIO, señala, por ejemplo, que el derecho de transformación de las obras supone, igualmente, una delicada aplicación al entorno digital, pues es práctica común el empleo de obras e interpretaciones con modificaciones o transformaciones, situación normada por parte de los artículos 8 y 12 del Convenio de Berna.[107] En consecuencia, el derecho exclusivo que gozan los autores de autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones sobre su obra original debería ser aplicada, dentro del entorno digital, bajo los mismos lineamientos establecidos en el entorno analógico.

2.6. Recursos jurídicos contra la elusión de medidas tecnológicas y la alteración de la información electrónica sobre la gestión de derechos

[106] José Luis Caballero Leal, Op. Cit.
[107] Cfr. Esteban Argudo Carpio. Op. Cit., p. 195.

En atención a las aseveraciones esgrimidas por el tratadista Víctor Vásquez López, al momento de la preparación de los *Tratados de Internet* de la OMPI se reconoció que no bastaba establecer derechos adecuados respecto de la utilización digital de las obras, en particular la utilización de estas en Internet, toda vez que en dicho medio no se podrían ejercer eficazmente los derechos sin el apoyo de las medidas tecnológicas de protección de las obras que sean implementadas por los autores o titulares y sin la protección de la información sobre la gestión de derechos.[108]

En consecuencia, surge la importancia de determinar el alcance de los dos presupuestos mencionados en la definición citada, con el objeto de dilucidar la eficacia de dichos recursos jurídicos establecidos para la protección de las creaciones intelectuales en el entorno digital; así, encontramos las siguientes consideraciones:

2.6.1. Protección de las medidas tecnológicas

RICARDO ANTEQUERA, citado por ESTEBAN ARGUDO BUSTAMANTE, define a las medidas tecnológicas como toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, está destinado a impedir o restringir actos que forman parte de los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas y que no cuentan con la autorización del titular del respectivo derecho, considerándose eficaces tales medidas cuando el uso de la obra o prestación protegidas está controlado por los titulares del derecho mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección que logre ese objetivo.[109]

Dicho en otras palabras, las medidas tecnológicas pueden ser entendidas como aquellos recursos implementados por parte de los autores de una creación intelectual con el objeto de controlar o impedir el uso o acceso no autorizado a sus obras.

---

[108] Víctor Vásquez, LA PROHIBICIÓN DE ELUDIR. LOS MEDIOS DE ELUSIÓN", Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional: El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 694

[109] Cfr. Ricardo Antequera, IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS INCLUIDAS EN EL WCT Y EN EL WPPT, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2002, p. 900. Citado por: Esteban Argudo Bustamante, MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA LOS AUTORES, ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y PRODUCTORES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. Tesis, Universidad de las Américas, 2010, p. 49-50.

Como consecuencia del desarrollo de las tecnologías de la información, las legislaciones actuales han propendido a la protección de dichas medidas tecnológicas (tales como el establecimiento de contraseñas, la encriptación de datos que impidan su difusión o la codificación que permita la transmisión del contenido en un formato ilegible), instauradas voluntariamente por parte de los autores; así, encontramos que el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor TODA / WTC, establece lo siguiente:

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

La *protección jurídica adecuada* giraría en torno al establecimiento de una serie de acciones, tanto administrativas como judiciales, tendientes a evitar la elusión de los mecanismos voluntariamente instaurados por los autores; por su parte, al mencionar que los recursos a establecerse deben ser *efectivos,* la mencionada disposición alude al surgimiento de elementos prácticos y eficaces al momento de proteger los derechos de autor en el entorno digital. Es así que FICSOR concluye que se entiende por medidas tecnológicas efectivas a todas aquellas que restrinjan actos relacionados con materiales protegidos por los derechos de autor, incluso el acto de acceder al material[110]

El legislador ecuatoriano, en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, en consonancia con los argumentos señalados, ha establecido lo siguiente:

> *El titular del derecho de autor tiene el derecho de aplicar o exigir que se apliquen las protecciones técnicas que crea pertinentes, mediante la incorporación de medios o dispositivos, la codificación de señales u otros sistemas de protección tangibles e intangibles, a fin de impedir o prevenir la violación de sus derechos. Los actos de*

[110] Mihály Ficsor, LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN EL ENTORNO DIGITAL, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2004, p. 240.

importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios, puesta en circulación o cualquier otra forma de facilitación de aparatos o medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios de protección aplicados por el titular del derecho de autor, realizados sin su consentimiento, serán asimilados a una violación del derecho de autor para efectos de las acciones civiles así como para el ejercicio de las medidas cautelares que corresponda, sin perjuicio de las penas a que haya lugar por el delito.

Así, se puede evidenciar el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha cumplido con las obligaciones relativas a la protección de las medidas tecnológicas, derivada del artículo 11 del Convenio TODA / WTC, con la particularidad que en el mencionado artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual no se menciona que dichas medidas deberán ser *efectivas.*

A su vez, es digno de resaltar que el último fragmento de la norma jurídica en análisis reconoce una serie de recursos jurídicos en contra de las acciones vinculadas con la elusión o evasión de las medidas tecnológicas en cuestión, al mencionar que cualquier medio que tenga por objeto burlar los mecanismos de protección de las obras dará lugar al ejercicio de las acciones civiles y penales correspondientes.

Finalmente, en consonancia con lo descrito, el literal f) del artículo 325 de la Ley de Propiedad Intelectual ha reconocido como un delito penal, reprimido con prisión de un mes a dos años, a la importación, venta, arrendamiento puesta a circulación y/o disposición de aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o que pretendan quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho sobre una creación intelectual en concreto.

2.6.2. La protección a la información electrónica sobre la gestión de derechos

A decir de ARGUDO BUSTAMANTE, la protección a la información electrónica sobre la gestión de derechos es otra de las medidas necesarias en el entorno digital para posibilitar una administración eficiente de los titulares del derecho de autor y de otros

derechos, sobre todo en el licenciamiento de las obras y prestaciones, así como en el monitoreo de las utilizaciones de tales materiales.[111]

El segundo inciso del artículo 12 del Convenio TODA / WTC define a la información sobre la gestión de derechos como *la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.*

En la misma línea se pronuncia el inciso final del artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, al mencionar que se entenderá por información electrónica *a aquella incluida en las copias de obras, o que aparece en relación con una comunicación al público de una obra, que identifica la obra, el autor, los titulares de cualquier derecho de autor o conexo, o la información acerca de los términos y condiciones de utilización de la obra, así como número y códigos que representan dicha información.*

Así, en su apartado primero, el artículo 12 del Tratado TODA / WTC impone la siguiente obligación a los Estados Contratantes:

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

(i) Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

[111] Cfr. Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit., p. 91.

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

A decir de DELGADO PORRAS, citado por ARGUDO BUSTAMANTE, las legislaciones actuales han sido conscientes de la importancia de dicha información para una explotación lícita de las obras y prestaciones en el entorno digital y, de manera especial en las redes del tipo de Internet, en la que tal información se hace imprescindible.[112] Así, el mencionado autor establece que la protección jurídica se reconoce mediante la prohibición de tres tipos de actos[113]:

a) Los de supresión o alteración de cualquiera de los elementos de la información vinculada a la gestión de derechos;
b) Los de distribución, importación para su distribución, emisión o comunicación al público de ejemplares de obras en los que se haya efectuado la supresión o alteración mencionadas en el punto anterior; y,
c) Los de distribución, importación para su distribución, emisión, comunicación pública o puesta a disposición del público de interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas en los que se haya efectuado la supresión o alteración mencionada en el primer punto.

En conclusión, diremos que, tanto en el ámbito analógico como en el entorno digital, la remoción o alteración de información relativa al régimen y gestión de los derechos de autor, así como la difusión o distribución de obras cuya información relativa a la gestión de los derechos correspondientes ha sido alterada, constituye una violación a los derechos de autor, tanto de acuerdo al artículo 12 del Convenio TODA / WTC como en atención al artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual.

---

[112] Antonio Delgado Porras, LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2002, p. 394 – 395. Citado por: Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 55

[113] Cfr. Ibídem

Finalmente, es importante tomar en consideración que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto, como recurso jurídico efectivo para proteger la información electrónica sobre la gestión de derechos, la imposición de una pena privativa de libertad de tres meses a tres años a quienes introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras, fonogramas o videogramas en las cuales se ha alterado o removido información sobre el régimen de derechos aplicables, de acuerdo al literal g) del artículo 324 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador.

2.7. Límites al ejercicio del Derecho de Autor en Internet

En primera instancia, se puede argumentar que las limitaciones al derecho patrimonial del autor restringen el monopolio y derecho absoluto del titular para explotar la obra en la forma en que aquel considere conveniente hacerlo

.

A decir de la autora DELIA LIPSZYC, las excepciones a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra[114]; dentro del numeral segundo del artículo 9 del Convenio de Berna, expresamente se ha reservado a las legislaciones de los países adscritos a dicho instrumento internacional la facultad de permitir la reproducción una serie de obras en determinados casos especiales, con la condición que dicha exención no atenten contra la normal explotación de la obra ni cause un injustificado perjuicio a los legítimos intereses del autor. Similar disposición ha sido establecida por el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, así como por el artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador.

Mediante la disposición contenida en el Convenio de Berna, la cual se refiere únicamente a la posibilidad de reconocer limitaciones solamente frente al derecho de reproducción, se deja sentada la regla de los *tres pasos* como requisito fundamental para la implementación de dichas limitaciones; dichos presupuestos son: a) Que las limitaciones se

[114] Delia Lipszyc, DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Bs. As., 1993, p. 216

den en determinados casos especiales; b) Que las limitaciones no atenten la explotación normal de la obra, y c) Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

De acuerdo a ARGUDO BUSTAMANTE, en los tratados internacionales más recientes, como el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y los llamados Tratados de Internet de la OMPI, se ha posibilitado la aplicación de la regla de los tres pasos no únicamente al derecho de reproducción (como lo hace el Convenio de Berna), sino a todos los derechos patrimoniales en general[115].

Así, encontramos que la primera limitación giraría en torno a la exclusión de la protección para cierta categoría de obras, tal como lo establecido por el literal b) del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, el cual establece que no son objeto de protección las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como sus traducciones oficiales.

Como segundo supuesto, existe una categoría de limitaciones relacionadas con ciertos actos que, en parámetros normales, requerirían la autorización del titular de los derechos, pero, bajo ciertas circunstancias específicamente detalladas por la normativa aplicable, dichos actos podrían ser ejecutados sin requerir autorización alguna. Dentro de esta categoría, existen dos tipos básicos de limitaciones: la figura de la *libre utilización* y la figura de las *licencias no voluntarias.*

La libre utilización se refiere a aquellos actos de explotación de obras que pueden ser realizados sin la autorización del titular y sin la obligación de compensarlo por los derechos derivados de la utilización de su creación intelectual; por su parte, las licencias no voluntarias implican la utilización de una obra sin la autorización de su titular, pero con la obligación de compensarlo económicamente por dicha actuación. A decir de ANTEQUERA, las licencias no voluntarias son aquellas en donde la facultad exclusiva del

[115] Cfr. Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit., p. 15

autor de autorizar o prohibir la utilización de su obra es *sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la misma.*[116]

De acuerdo al artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, diremos que, a manera de ejemplo, la libre utilización se configura en la utilización de fragmentos de obras ajenas en una obra propia (derecho de cita), así como la libre utilización para actuaciones judiciales, las parodias de obras divulgadas, la libre utilización de artículos y publicaciones sobre temas de actualidad o la copia privada, siempre y cuando la misma sea destinada exclusivamente para el uso no lucrativo de la persona que la realiza.

2.7.1. Limitaciones al Derecho de Autor en el Entorno Digital

Como se ha mencionado en el desarrollo de la presente disertación, la explotación de las obras en el entorno digital es diferente a las formas de explotación convencionales, evidenciadas en el mundo analógico; en consecuencia, el advenimiento de la *revolución digital* ha traído consigo, a su vez, nuevas consideraciones respecto a las limitaciones al derecho de autor en el entorno digital, debido principalmente a la consecución de un punto medio entre los titulares de dichos derechos con las facultades reconocidas a los usuarios de los portales intermediarios en Internet.

Mihály Ficsor, al comentar el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WTC) señala que si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras, el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente son aceptables en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres niveles.[117]

---

[116] Ricardo Antequera Parilli, MANUAL PARA LA ENSEÑANZA VIRTUAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Santo Domingo, 2001, p. 188

[117] Mihály Ficsor, LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN EL ÁMBITO DIGITAL, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2004, p. 235

Dichos niveles son aquellos presupuestos que conforman la figura de los *tres pasos*, reconocida tanto por el Convenio de Berna, así como por los artículos 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones y 83 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador. Así, se justificaría la aplicación de la figura en cuestión en el entorno digital, siempre y cuando la misma se enmarque en las disposiciones contenidas en los denominados Tratados de Internet de la OMPI.

ARGUDO BUSTAMANTE señala que la necesidad de replantear las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital responde a que las limitaciones reconocidas en el Convenio de Berna fueron concebidas en un contexto histórico, cultural, social y económico diametralmente distinto a las circunstancias actuales, lo cual responde, esencialmente, al advenimiento vertiginoso de la tecnología digital.[118]

2.7.1.1. Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC)

Entre los más importantes acuerdos administrados por la Organización Mundial de Comercio (OMC), se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC); en dicho convenio internacional comercial fueron introducidas, por primera ocasión, aspectos vinculados con la propiedad intelectual, tomando en consideración principalmente que la mayoría de bienes comercializados a nivel mundial se encuentra tutelados por las normas de la propiedad intelectual.

Entre otros aspectos, este convenio regula las limitaciones y excepciones al monopolio conferido a los autores de creaciones intelectuales; así, el artículo 13 del acuerdo ADPIC, en consonancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, textualmente establece lo siguiente:

> *Los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la*

[118] Cfr. Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit., p. 65

normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Así, encontramos que la mencionada norma jurídica indica, en iguales términos a los establecidos en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, que las limitaciones se circunscribirán a lo establecido por la regla de los *tres pasos.* No obstante aquello, se amplía el ámbito de aplicación de dichas excepciones a todos los derechos patrimoniales, más no al derecho de reproducción solamente.

Hernán Correa Cardozo señala que, al momento de determinar el alcance y sentido de la regla de los tres pasos, la Organización Mundial de Comercio ha concluido lo siguiente:

a) En relación a que las limitaciones se aplicarán a determinados casos especiales, los mismos se configurarían cuando el uso tenga un propósito vinculado con el interés público y no en consideración al interés personal o particular del usuario;
b) Respecto a que el caso especial no atente contra la normal explotación de la obra, la OMC se ha pronunciado en el sentido que dichas excepciones permitirían que el autor explotase su creación intelectual en circunstancias normales si se limitan a un campo o grado de aplicación que no suponga competencia económica con los usos protegidos; y,
c) Finalmente, en consideración a que la excepción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, la OMC señaló que dichos intereses deben estar relacionados a las ventajas o detrimentos económicos, actuales o potenciales del titular, que se afectarían injustificadamente si la limitación o excepción tiene la potencialidad de ocasionar una pérdida irrazonable del ingreso previsto a favor del titular del derecho[119]

[119] Cfr. Hernán Correa, RETOS DEL ENTORNO DIGITAL AL RÉGIMEN DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC, UNESCO, Universidad de los Andes. Bogotá, 2007, p. 122. Citado por Esteban Argudo Carpio, Op. Cit., p. 64.

2.7.1.2. Tratados de Internet de la OMPI (WTC/WPPT)

El artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC), en cuando a las limitaciones y excepciones del derecho de autor en el entorno digital, textualmente establece lo siguiente:

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

La disposición normativa citada en líneas anteriores conduce a concluir que, al amparo del artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor confirma la aplicación, en el entorno digital, de la regla de los tres pasos, claramente establecida en el artículo 9.2 del Convenio de Berna y el artículo 13 del Tratado sobre los ADPIC, permitiendo la existencia de limitaciones respecto a todos los derechos reconocidos a favor de los autores de creaciones intelectuales, más no solamente ante el derecho de reproducción, tal cual acontece con las disposiciones evidenciadas dentro del Convenio de Berna.

Al respecto, la Declaración Concertada de la norma jurídica en mención indica que aquella permite a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales; a su vez, se permite a las partes contratantes el establecimiento de nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno digital, siempre y cuando se cumpla con la regla de los tres pasos. Finalmente, dicha declaración concertada señala el numeral 2 del artículo 10 del

mencionado Tratado no amplia ni reduce el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

En los mismos términos a los citados en líneas anteriores, el artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), dictamina 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 ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.*

A decir de ARGUDO BUSTAMANTE, esta disposición faculta a los Estados partes del Tratado para que puedan establecer en sus legislaciones internas, en relación a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, iguales limitaciones y excepciones a aquellas establecidas en relación a los derechos patrimoniales de los autores, siempre y cuando las mismas sean establecidas dentro de los lineamientos establecidos por la regla de los tres pasos.[120]

El alcance y sentido de la mencionada disposición también ha sido aclarado a través de una declaración concertada, la cual establece que las limitaciones y excepciones reconocidas en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor es totalmente aplicable, *mutatis mutandis,* al artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

---

[120] Cfr. Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit, p. 71

A decir de la Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), las declaraciones concertadas respecto de los Artículos 10 y 16 del WCT y del WPPT, respectivamente, permiten a las legislaciones nacionales aplicar o ampliar debidamente las limitaciones y excepciones habituales, o incluso concebir otras nuevas que resulten adecuadas al entorno digital. Igualmente, a decir de la Secretaría de mencionado organismo internacional, dicha medida estará sujeta a la "prueba del criterio triple" (regla de los tres pasos) prevista en el texto de dichos artículos, según la cual sólo podrán imponerse limitaciones y excepciones a los derechos en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra, la interpretación o ejecución, o el fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos[121].

[121] Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS ASUNTOS QUE PODRÁN SER OBJETO DE DEBATE EN EL COMITÉ PERMANENTE, Ginebra, 2002, p. 7

CAPÍTULO III

LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Según el autor Iñigo de la Maza Gazmuri, la posibilidad de generar y diseminar copias cuasiperfectas y prácticamente sin costo de obras protegidas provee una multiplicidad de razones para hacerlo y muy pocas para abstenerse de dicha conducta[122]. A decir del mencionado autor, una de esas pocas razones son los cuerpos normativos que protegen y amparan al Derecho de Autor. En consecuencia, desde que el desarrollo de las tecnologías de la información se ha vuelto un aspecto cotidiano en nuestras vidas, la protección del derecho de autor ha tenido que enfrentar una serie de contratiempos y vicisitudes.

Como fue mencionado en el capítulo anterior de la presente disertación, existe un sector de la sociedad civil que sostiene que el derecho de autor solamente encontraría su aplicación en el entorno físico, excluyéndose de la protección del mismo a las obras que diariamente circulan en las autopistas de la información; así, dadas las circunstancias actuales, la protección de las obras amparadas por el derecho de autor, según esta postura, debería desaparecer, en función de una promoción a la libertad de información en todas sus formas.

En concordancia con lo mencionado, MASAGUER FUENTES señala que desde una óptica jurídica, el entorno digital se enfrenta a un Derecho cuyos principios y reglas básicas tienen sus cimientos en una realidad tecnológica y socioeconómica en la que la explotación de los contenidos protegidos se basa esencialmente en copias físicas que se distribuyen y comunican al público de forma centralizadas, razón por la cual no se puede extrañar que las relaciones entre este Derecho y la nueva realidad estuviera en principio marcada más por dudas que certezas. [123]

---

[122] Cfr. Íñigo de la Maza Gazmuri, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR, p. 33

[123] Cfr. José Masaguer, LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA, Ponencia recogida en el Libro Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, 2004, p. 256

A decir de DE LA MAZA GAZMURI, la nueva arquitectura del espacio repercute sobre las normas que regulan nuestras interacciones sociales y los derechos de autor no escapan de dicha realidad[124]; de esta manera, el presente capítulo tiene por objeto analizar la regulación jurídica de uno de los principales actores en el entorno digital: Los proveedores de servicios de internet, cuya trascendencia se pone de manifiesto en la actualidad si se considera que la mayor parte de personas que acceden al Internet lo hacen a través de los servicios brindados por una ISP[125], lo cual ha facilitado las infracciones al derecho de autor en internet por parte de sus usuarios. Por lo tanto, resulta indispensable analizar la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, dada su influencia en el mundo actual.

3.1. Intermediarios involucrados en la entrega en línea de obras protegidas

A decir de la maestra DELIA LIPSZYC, varios son los tipos de intermediarios involucrados en la entrega en línea a los usuarios finales de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos, toda vez que los proveedores de contenidos y los usuarios finales no pueden acceder directamente y por sí mismos a la denominada *red mundial de información,* sino que deben hacerlo a través de los operadores intermediarios.[126]

3.1.1. Proveedores de servicios en línea (operadores intermediarios)

Los proveedores de servicios en línea, los cuales son aquellos que se encuentran involucrados en la entrega de contenidos en línea a los usuarios finales, de acuerdo a LIPSZYC, son los siguientes:

a) Los *proveedores de servicios de internet,* quienes, según IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI son una especie de intermediarios en plataformas electrónicas que se

---

[124] Íñigo de la Maza Gazmuri , Op. Cit., p 34

[125] Siglas de Internet Provider Service, traducción al inglés del término Proveedor de Servicios de Internet.

[126] Cfr. Delia Lipszyc, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: El derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 2005, p. 2.

caracterizan por no tomar parte en el proceso de creación o selección de la información cuya diseminación permiten, ni tampoco se involucran en la selección de sus destinatarios, sino que simplemente posibilitan dicho proceso[127].

Dicho en otras palabras, un proveedor de servicios de internet se caracteriza por poner a disposición de un proveedor de contenidos un espacio de memoria en un servidor, sin formar parte en la creación de los contenidos ni en la selección de sus destinatarios, sino que solamente permite la interconexión en Internet entre los ordenadores a través de los cuales se produce el intercambio de la información, como es el caso de los navegadores web.

b) Los *proveedores de acceso a internet (Internet Access Provider),* los cuales, básicamente, permiten la conexión del usuario final a Internet; y,

c) Los *proveedores de almacenamiento (host service provider),* los cuales, a decir de LIPSZYC, brindan un servicio de almacenamiento y mantenimiento de contenidos en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse a Internet a través de un proveedor de servicios (ISP) o de un proveedor de acceso (IAP), acceder a esos contenidos y recuperarlos.[128]

A decir de la mencionada autora, una vez que un proveedor de contenidos accede a los servicios prestados por un proveedor de servicios en línea, puede almacenar obras y prestaciones protegidas en un ordenador conectado a Internet; es decir, podría cargarlas en un sitio web, poniendo, en consecuencia, dichos contenidos a disposición de los usuarios finales de Internet.[129] Como fue ya mencionado en el capítulo anterior de la presente disertación, de la Declaración Concertada del artículo 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor se colige que el derecho de reproducción, en consonancia con lo establecido por el artículo 9 del Convenio de Berna, debe también ser reconocido en el entorno digital; en consecuencia, el almacenamiento de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor en Internet debe ser realizado, ya sea por los autores de una obra en

[127] Íñigo de la Maza Gazmuri , Op. Cit., p 34
[128] Cfr. Delia Lipszyc, Op. Cit., 2
[129] Cfr. Ibídem

concreto o por terceros debidamente autorizados para tales efectos, toda vez que la mencionada declaración concertada, en su fragmento final establece que *el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.*

Además de los proveedores ya mencionados, en el Internet podemos encontrar la participación de varios agentes adicionales, tales como los *operadores de servicios web,* los cuales brindan al público medios y espacios para intercambiar informaciones, mensajes y también contenidos, tales como los *streaming channels, chat rooms*[130] *o las redes sociales.*

A su vez, de acuerdo a LIPSZYC, encontramos a los proveedores de motores de búsqueda, los cuales ponen a disposición de los usuarios megabases de datos que registran los contenidos temáticos que circulan por Internet, clasificándolos para una averiguación rápida y eficaz a través de hipervínculos que permiten el enlace a otros sitios web (tales como los portales de Internet Google, Bing o Yahoo). De este modo, el público puede acceder y visitar otros sitios o páginas web con sólo dar clic sobre el hipervínculo[131] aludido.[132]

Finalmente, encontramos a los proveedores de red o de infraestructura de telecomunicaciones, los cuales, según LIPSZYC, suministran una infraestructura técnica,

---

[130] Los chat rooms o espacios de conversación son foros de discusión en donde los usuarios intercambian ideas e información, lo cual podría suponer el envío de archivos adjuntos en forma digital que podrían contener obras protegidas. Cfr. Ídem

[131] La hipervinculación que trae a una página web material de otra protegido por derecho de autor es conocida como *framing.* Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, Op. Cit. p. 36.

[132] Por tales consideraciones, los proveedores de motores de búsqueda pueden infringir el derecho de autor sobre obras protegidas; a manera de ejemplo, encontramos el caso *Kelly Vs. Arriba Soft Corporation,* el cual fue resuelto por al amparo de las normas del Copyright de los Estados Unidos de América; el demandante, un fotógrafo profesional particularmente conocido por sus imágenes del oeste estadounidense, había publicado sus fotografías en su sitio web, así como los de otros autores cuyas licencias había obtenido para el efecto. Por su parte, la demandada operaba un motor de búsqueda en Internet que mostraba sus resultados en forma de pequeñas imágenes, en lugar de hacerlo en forma de texto. Arriba Soft había formado su base de datos copiando las imágenes de otros sitios web. Cliqueando en dichas imágenes (conocidas como *thumbnails),* el usuario podía ver una versión de tamaño mayor de la misma imagen en el sitio web de Arriba Soft. Al percatarse que sus fotografías formaban parte de la base de datos del buscador de Arriba Soft, Kelly la demandó por infracción a sus derechos de autor, principalmente por la exhibición pública de sus obras. En su resolución, tanto el Tribunal Federal del Distrito como el Tribunal Federal de Apelaciones consideraron que Arriba Soft se hallaba amparada por la excepción del *fair use*, toda vez que el propósito de la utilización de dichos *thumbnails,* imágenes más pequeñas y de menor resolución, no giraba en torno a la percepción de utilidades comerciales, además de no haber perjudicado el mercado de las imágenes originales. Para mayores referencias, ver: Delia Lipszyc, Op. Cit., p. 6.

tales como líneas telefónicas, de cable o de antena, con la finalidad de que el usuario se conecte a través de un proveedor de acceso al Internet, para que, por medio de un proveedor de servicios de Internet tenga acceso a una página o sitio web donde se encuentran almacenados determinados contenidos[133].

Tomando en consideración la Declaración Concertada del artículo 8 del Tratado de Internet de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WTC), el cual textualmente establece que *el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación,* en el sentido del mencionado Tratado; así, al realizar solamente la función referida, los proveedores de red no tendrían que afrontar responsabilidad alguna por la infracción a los derechos de autor en internet, siempre y cuando su actuación se limite a la provisión de las instalaciones materiales.

Como conclusión, se puede aseverar que la función básica de los proveedores de servicios en línea es, justamente, la de intermediación en la entrega de contenidos protegidos por el derecho de autor a los usuarios finales, sin limitar su función solamente a la provisión del servicio de acceso a Internet[134]; además de la intermediación, es todavía posible que un proveedor de servicios en línea produzca sus propios contenidos, en cuyo caso se lo denomina *proveedor de contenidos.*

3.2. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por la infracción de los Derechos de Autor en Internet

Tal cual fuese mencionado en líneas anteriores, en toda violación a los derechos de autor producida en Internet se encuentran involucrados, en una mayor o menor intensidad,

---

[133] Cfr. Ibidem, p. 7

[134] En concordancia con lo mencionado, bajo las reglas del derecho chileno se entiende por ISP a la persona natural o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet de conformidad a la ley y su normativa complementaria. No obstante, la implementación del tratado de libre comercio suscrito con los Estados Unidos de América contiene una definición distinta, ya que señala que un proveedor de servicios se define, según sus funciones, como un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificación de su contenido entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o bien como un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes. Esta última definición muestra ser concordante con el análisis realizado en el presente punto de desarrollo de esta disertación, toda vez que no limita el concepto de proveedor de servicios en línea a la prestación de acceso a Internet, solamente. Cfr. DE LA MAZA GAZMURI, Op. Cit., p. 35

los proveedores de servicios en línea[135]; LIPSZYC indica qua la descripción de las funciones de los proveedores de servicios en línea permite advertir que, independientemente de las infracciones que ellos pueden llevar a cabo por sí mismos, su actividad implica o permite la transgresión de los derechos de autor por parte de sus usuarios, razón por la cual resulta indispensable establecer el grado de participación y de responsabilidad atribuible a los mismos por las lesiones a tales derechos, aún cuando la actividad infractora sea realizada directamente por sus usuarios.[136]

Las hipótesis de violación de los derechos de autor en Internet pueden comprenden una amplia gama de actividades, tales como la difusión de obras audiovisuales a través de los *streaming channels,* el intercambio de contenidos protegidos por derechos de autor sin autorización de sus titulares por las redes sociales, la descarga de material protegido por derecho de autor, el almacenamiento temporal y transitorio de contenidos *(caching)*[137] o el almacenamiento indefinido de los mismos, facilitando el acceso a los usuarios finales a aquellos contenidos protegidos por el derecho de autor[138].

Consecuentemente, y partiendo de la posición defendida por LIPSZYC, diremos que resulta evidente señalar que el usuario final será civilmente responsable por la

---

[135] En consonancia con lo mencionado, diremos que las copias digitales cuentan con tres características que las hacen especialmente atractivas: Fidelidad o exactitud, facilidad de acceso y ubicuidad o universalidad. El advenimiento de la masividad de las plataformas electrónicas condujo a un importante sector de la sociedad civil a pronosticar la desaparición de la propiedad intelectual; entre ellos, el autor JOHN PERRY BARLOW afirmó que las leyes sobre pirateo de software son tan difíciles de hacer cumplir e incumplirlas se ha vuelto tan aceptado socialmente que solo una pequeña minoría parece compelido, ya sea por temor o por respeto a ellas, a obedecerlas. Cfr. John Perry Barlow, THE ECONOMY OF IDEAS: A FRAMEWORK FOR RETHINKING PATENTS AND COPYRIGHTS IN THE DIGITAL AGE (EVERYTHING YOU KNOW ABOUT INTELLECTUAL PROPERTY IS WRONG). Revista Wired, 1994. [Internet] http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html

[136] Cfr. Delia Lipszyc, Op. Cit., p. 7

[137] Los proveedores de servicios en línea, para guiar los paquetes de información vía internet hasta su destino, requieren almacenar temporalmente una obra en la memoria de un enrutador. Por tanto, si se considera al almacenamiento, ya sea definitivo como temporal, como un acto de reproducción, cada vez que un computador realiza esta copia transitoria estaría cometiendo una infracción al derecho de propiedad intelectual. Lorena Piñero Ugarte, RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs POR VIOLACIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y CHILE, Revista Chilena de Derecho Informático, Universidad de Chile, Santiago, p. 173

[138] La mencionada violación a los derechos de autor operaría cuando, por ejemplo, los programas de navegación (browsers) realizan copias de las páginas visitadas por los usuarios, las cuales son almacenadas en la memoria RAM del computador de este último con el objeto de facilitar la búsqueda de contenidos. Cfr. Ibídem.

infracción de los derechos de autor; no obstante aquello, el conflicto gira en torno a determinar el grado de responsabilidad atribuible a los proveedores de servicios en línea, toda vez que, en primera instancia, y tomando en consideración que aquellos proveedores intermediarios no participan directamente en el acto infractor, los mismos estarían exentos de responsabilidad, ya que solamente habrían facilitado los medios para que se cometa la infracción, sin haberla cometido directamente. Los proveedores de servicios en línea se encontrarían, en consecuencia, en una posición similar a la de las agencias postales y compañías de correos, las cuales no deben responder por la violación del derecho de autor realizada por los usuarios del servicio prestados por las mismas.

Así, tenemos que, tanto la jurisprudencia como la legislación comparada, en cuanto a la determinación del grado de responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por la infracción del derecho de autor en Internet, han brindado las siguientes soluciones respecto al problema planteado:

3.2.1. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en los Estados Unidos de América

Con anterioridad a la emisión de la *Digital Millenium Copyright Act,* la jurisprudencia de los Estados Unidos de América se mostró errática en la asignación de responsabilidad civil de los proveedores de servicios en línea por la infracción de los derechos de autor en Internet; en la resolución de los casos suscitados, los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos de América han analizando cuatro teorías para determinar la responsabilidad de los agentes intermediarios por las violaciones cometidas por sus usuarios: La responsabilidad directa *(direct liability),* responsabilidad vicaria *(vicarious liability,* la responsabilidad contributiva *(contributory liability)* y la responsabilidad por violación inducida.

3.2.1.1. Caso A&M Records y RIAA v. Napster Inc.

Según la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos de América, *Napster* es un programa que permite a sus usuarios: 1) Hacer disponibles para

copiar por otros usuarios de Napster archivos de música MP3 guardados en los discos duros de las computadoras de manera individual; 2) Buscar archivos de música MP3 guardados en computadores de otros usuarios; y, 3) Transferir copias exactas del contenido de los archivos MP3 de los usuarios de otras computadoras vía Internet. Esto es posible con el software MusicShare de Napster, disponible de forma gratuita del sitio de Internet de Napster.[139]

Según el mencionado fallo, con el objeto de obtener una copia de un archivo MP3 a través del sistema *Naspter,* el usuario debía primero acceder al sitio de internet de *Napster* y descargar el software *MusicShare* a su ordenador personal. Una vez que el software mencionado hubiese sido instalado, el usuario podía acceder al sistema en cuestión, para lo cual se requería un nombre de usuario y una contraseña.

Posteriormente, si el usuario registrado deseaba poner a disposición al acceso de terceros una lista de archivos, debía crear una *biblioteca de usuario* en su ordenador personal. Así, el usuario guardaba sus archivos MP3 en su *biblioteca de usuario* creada, otorgándole a la misma el nombre que creyere conveniente. Luego, debía ingresar al sistema *Napster* usando su nombre de usuario y contraseña, con el objeto que el software *Musicshare* busque su biblioteca de usuario y verifique si los archivos correspondientes se encontraban en el formato MP3.

En caso que el formato hubiese sido el correcto, los nombres de los archivos eran cargados desde el ordenador personal del usuario a los servidores de *Napster,* permaneciendo dichas listas en el computador personal. Una vez que los contenidos hubiesen sido cargados al sistema correspondiente, aquellos pasaban a formar parte de un *directorio colectivo de archivos,* para ser transferidos durante el tiempo que el usuario se encuentre conectado al

---

[139] *(...) Napster facilitates the transmission of MP3 files between and among its users. Through a process commonly called "peer-to-peer" file sharing, Napster allows its users to: (1) make MP3 music files stored on individual computer hard drives available for copying by other Napster users; (2) search for MP3 music files stored on other users' computers; and (3) transfer exact copies of the contents of other users' MP3 files from one computer to another via the Internet. These functions are made possible by Napster's MusicShare software, available free of charge from Napster's Internet site.* United States Court of Appeals fot the Ninth Circuit, No. 00-16401, D.C. No. CV-99-05183-MHP. A&M Records, Inc (Plaintiff) v. Napster, Inc (Defendant-Appellant). [Internet] http://tcotrel.tripod.com/napster1.html, 13/10/2013

sistema *Napster*. Así, solamente se mostraban los nombres de los archivos que eran inmediatamente accesibles, dependiendo de la conexión en tiempo real de los usuarios, lo cual conduce a concluir que no cabía la disposición de contenidos si el usuario se desconectaba del software.[140]

Napster permitía a sus usuarios localizar archivos MP3 de otros usuarios en dos vías: la primera, a través de la función de búsqueda, ingresando el nombre de la canción o del artista en la barra de búsqueda correspondiente. La segunda, por medio de la función *hotlist*, la cual creaba una lista de usuarios a través de los cuales se obtuvo archivos MP3 en el pasado. Así, una vez que un usuario se hubiese conectado al sistema *Naspter*, aquel comunicaba al mismo si otro usuario del cual se consiguió un archivo MP3 con anterioridad se encontraba conectado, con el objeto de buscar contenidos en su biblioteca personal. Los contenidos de los usuarios, no obstante, no eran almacenados en el sistema *Napster*.

José González Velásquez indica que se puede considerar que *Napster* es un sistema con una estructura híbrida, por el simple hecho de tener un servidor central que administre el índice colectivo que era generado y actualizado constantemente. Un sistema P2P puro no tendría un servidor central y la razón del porque se habría diseñado así fue por el hecho de que una de las principales desventajas de los sistemas P2P es el tiempo de búsqueda de la información requerida de computadora en computadora, porque hay tantos servidores como usuarios.[141]

3.2.1.1.1. Responsabilidad Directa

La parte demandante alegó que los usuarios de *Napster* estaban atentando contra el derecho de reproducción y distribución de sus obras protegidas, lo cual constituiría una infracción directa por parte de los mismos. De acuerdo al criterio de la Suprema Corte

---

[140] *If a registered user wants to list available files stored in his computer's hard drive on Napster for others to access, he must first create a "user library" directory on his computer's hard drive. The user then saves his MP3 files in the library directory, using self-designated file names. He next must log into the Napster system using his user name and password. His MusicShare software then searches his user library and verifies that the available files are properly formatted. If in the correct MP3 format, the names of the MP3 files will be uploaded from the user's computer to the Napster servers. The content of the MP3 files remains stored in the user's computer. Once uploaded to the Napster servers, the user's MP3 file names are stored in a server-side "library" under the user's name and become part of a "collective directory" of files available for transfer during the time the user is logged onto the Napster system. The collective directory is fluid; it tracks users who are connected in real time, displaying only file names that are immediately accessible.* Cfr. Ibídem.

[141] José González Velásquez, Op. Cit., p. 22.

(Caso Religious Tech. Ctr v. Netcom On-Line Communication Servs, Inc, 907 F. Supp. 1631, 1317 N.D: Cal. 1995), la responsabilidad contributiva del violador secundario no existiría en caso de ausencia de la infracción directa de terceras personas[142]. En consecuencia, debería verificarse la infracción directa de los derechos de autor por parte de los usuarios finales, con el objeto de atribuir contributoriamente la infracción a un proveedor de servicios en línea.

Así, el Tribunal de Apelaciones señaló que la infracción alegada por los demandantes debía cumplir con dos presupuestos esenciales, con el objeto de determinar la existencia de la responsabilidad directa: a) Que los demandantes demuestren la propiedad del trabajo presuntamente violado; y, b) Que los demandantes demuestren que el demandado ha violado un derecho exclusivo de los titulares de derecho de autor, como mínimo.

La Corte estimó que los demandantes demostraron ser los titulares del 75% de los archivos disponibles cuyo *copyright* había sido infringido. Igualmente, y tomando en consideración que a través del sistema *Napster* los usuarios tenían la posibilidad de cargar y

---

[142] En el caso Religious Technology Center v. Netcom Online Communications Services, Inc., el Religious Technology Center y Bridge Publications, Inc., titulares del copyright sobre las obras del difunto L. Ron. Hubbard, fundador de la iglesia denominada *Church of Scientology,* demandaron a Dennis Erlich, anteriormente adepto a la Iglesia y luego crítico de esta, quien predicaba desde el grupo de noticias de la red Usenet "alt.religion.scientology", un foro en línea para la discusión y crítica de la cienciología. Los demandantes alegaron que Erlich había infringido sus copyrights al poner partes de las obras de cuyos derechos eran titulares en "alt.religion.scientology", el cual había tenido acceso a Internet a través del BBS del codemandado Thomas Klemesrud en el sitio "support.com". Klemesrud operaba un BBS con alrededor de 500 usuarios mediante pago, el cual, a su vez, tenía acceso a Internet a través de los servicios de la codemandada Netcom Online Communications, Inc. una de las más importantes empresas proveedoras de acceso a Internet en los Estados Unidos. El Tribunal correspondiente consideró que en caso no había duda de que se habían creado ejemplares, pues al enviar Erlich los mensajes a "alt.religion.scientology", efectuaba reproducciones de partes de las obras de titularidad de los demandantes que se almacenaban en los sistemas de los otros dos demandados (Klemesrud y Netcom), y aunque fuera por once días como máximo, esta fijación era suficiente para constituir reproducciones de acuerdo a la Copyright Act. En cambio, desestimó que la actividad de Netcom de diseñar o implementar un sistema que, de manera automática y uniforme crea copias temporales de todos los datos enviados, que es accesible a algunos miembros del público, la haga incurrir en infracción directa de los derechos de distribución y comunicación pública de ejemplares de la obra. De modo que consideró que solamente era directamente responsable el proveedor de contenido, destacando que Netcom no suministraba el producto, ni creaba o controlaba el contenido de la información que se ponía a disposición de los abonados, sino que sólo proveía el servicio a Internet. Tomando en consideración lo mencionado en el caso *Netcom,* la Corte Distrital de California sostuvo que los proveedores de servicios en línea no vulneran directamente los derechos de autor, pues decidirlo de esa manera, en definitiva, conduciría a que potencialmente todas las personas que navegan por Internet violaran derechos de autor por el sólo hecho de ingresar a páginas web. Para mayores referencias, ver: Delia Lipzyc, Op. Cit., p. 7-8 y De La Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 39

descargar contenidos protegidos por el derecho de autor, se han infringido al menos dos de los derechos reconocidos a favor de los titulares del *copyright:* El derecho de reproducción y el derecho de distribución. Ante esta afirmación, *Napster* alegó el *fair use* a favor de sus usuarios, postura que fue desestimada por el Tribunal de Apelaciones, debido principalmente a los efectos que el intercambio de información a través del sistema *Naspter* estaba generando en la industria musical.[143]

3.2.1.1.2. Responsabilidad contributiva

Una vez verificada la responsabilidad directa de los usuarios del sistema *Napster,* el Tribunal de Apelaciones concluyó que a dicha sociedad le es atribuible la responsabilidad contributiva por infracción indirecta a los derechos de autor; en términos generales, quien, con conocimiento de la actividad infractora materialmente contribuye a la conducta infractora, debe ser considerado como indirectamente responsable de la misma.[144] En el presente caso, se concluyó que *Napster* ha tenido conocimiento real de las prácticas de sus usuarios en relación a la música protegida por los derechos de autor, debido a que la *Recording Industry Association of America (RIAA),* informó oportunamente a *Napster* sobre una cantidad superior a doce mil archivos violatorios.

Igualmente, el Tribunal de Apelaciones concluyó que, además del reconocimiento expreso del intercambio realizado por su fundador del intercambio de contenidos protegidos por el derecho de autor, debido a que sus ejecutivos tenían vasta experiencia en la industria musical, *Napster* tenía pleno conocimiento de la actividad infractora de sus usuarios; en consecuencia, la misma incurrió en una *infracción contributiva* por la infracción de derechos de autor, al haber fallado en prevenir el intercambio de material protegido por el derecho de autor, a sabiendas que dicha actividad ilícita se estaba realizando en gran medida por su contribución.

---

[143] Cfr. United States Court of Appeals fot the Ninth Circuit, No. 00-16401, D.C. No. CV-99-05183-MHP. A&M Records, Inc (Plaintiff) v. Napster, Inc (Defendant-Appellant).
[Internet] http://tcotrel.tripod.com/napster1.html, 13/10/2013

[144] Dicha postura ha sido defendida en los Estados Unidos de América en los siguientes casos: *Gershwin Public Corp. V. Columbia Artists Management (Inc, 443, F2d.226, 1162, 2d Cir, 1971) y Fonovisa Inc. v. Cherry Auction, Inc (76 F.3d 259, 264 9th Cir, 1996)*

3.2.1.1.3. Responsabilidad vicaria

A decir del Tribunal de Apelaciones, la responsabilidad vicaria se configura cuando un proveedor de servicios en línea, teniendo la posibilidad de supervisar la actividad infractora, no lo hace, y obtiene, a su vez, un interés financiero directo derivado de dichas actividades.[145] El Tribunal de Apelaciones estimó que *Naspter* ha tenido un directo interés financiero en la actividad violatoria, toda vez que sus futuros ingresos dependen directamente del incremento de la base de los usuarios. A más usuarios registrados con el sistema de *Napster,* mayor sería la cantidad y calidad de la música disponible y, en consecuencia, mayores serían los réditos obtenidos por dicho intermediario.

Además, el Tribunal de Apelaciones concluyó que *Napster* tenía la facultad de controlar el acceso a su sistema, toda vez que, de acuerdo a su sitio web, dicho portal se reservó el derecho de rechazar el servicio y terminar las cuentas a su discreción, incluyendo pero no limitándose al caso que *Napster* considere que la conducta de un usuario infringe la normativa aplicable, o por cualquier otra razón, con o sin causa, en la que *Napster* discrecionalmente decida hacerlo.[146] En consecuencia, se colige que, con el objeto de evitar la atribución de la responsabilidad vicaria, *Napster* debía aplicar dicha política irrestrictamente, ante infracciones de derecho de autor realizadas por sus usuarios.

Por lo tanto, al haber fallado en las labores de policía y control de la conducta infractora directa, y al haber ignorado sus obligaciones por un propósito de lucro, a *Napster* le fue atribuible la responsabilidad vicaria, como variante de la responsabilidad indirecta por la infracción del derecho de autor en Internet.

---

[145] *In the context of copyright law, vicarious liability extends beyond an employer/employee relationship to cases in which a defendant "has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities.* United States Court of Appeals fot the Ninth Circuit, No. 00-16401, D.C. No. CV-99-05183-MHP. A&M Records, Inc (Plaintiff) v. Napster, Inc (Defendant-Appellant). [Internet] http://tcotrel.tripod.com/napster1.html, 13/10/2013

[146] *Plaintiffs have demonstrated that Napster retains the right to control access to its system. Napster has an express reservation of rights policy, stating on its website that it expressly reserves the "right to refuse service and terminate accounts in [its] discretion, including, but not limited to, if Napster believes that user conduct violates applicable law . . . or for any reason in Napster's sole discretion, with or without cause.* Cfr. Ibídem.

3.2.1.2. Caso MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América fue la encargada de resolver el conflicto suscitado entre la compañía Grokster Ltd. (demandada) y la corporación Metro Goldwyn Mayer, en su calidad de demandante. Según el análisis realizado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Grokster* distribuía un software llamado *FastTrack* que permitía la comunicación entre dos ordenadores personales para facilitar el intercambio directo de contenidos, sin la utilización de servidores centrales que actúen como intermediarios en la petición de búsqueda y/o descarga de contenidos.[147]

3.2.1.2.1. Responsabilidad contributiva y vicaria

Como fue ya mencionado al momento de analizar el caso *A&M Records v. Napster Inc,* la responsabilidad contributiva se configura cuando un intermediario tuvo conocimiento de la violación directa y ayudó materialmente a dicha infracción; según el entender de la Corte, a decir de GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, *Grokster* no sería responsable porque no tenía conocimiento real de la infracción debido a la arquitectura descentralizada de su software. Asimismo, debido a que no tenía la posibilidad de controlar y supervisar la actividad infractora, *Grokster* no estaría incursa en la responsabilidad vicaria, ya que fueron los mismos usuarios quienes buscaban, recuperaban y guardaban los archivos violatorios, sin intervención del demandado más allá de proveer el software en primer lugar.[148]

3.2.1.2.2. Teoría de la responsabilidad por violación inducida

El Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito estimó que *Grokster* no tenía ninguna clase de responsabilidad, toda vez que, de acuerdo a la doctrina *Sony*[149], cuando un

---

[147] Supreme Court of the United States, Exp. 04-480, Metro-Goldyn Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd. [Internet] http://www.casebriefs.com/blog/law/property/property-law-keyed-to-singer/intellectual-property/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-mgm-v-grokster-ltd/. 13/10/2013

[148] Cfr. José González Velásquez, Op. Cit., p. 34

[149] El caso *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.*, también conocido como el caso Betamax, fue un caso resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el cual dictaminó que la obtención de copias individuales de programas de televisión, con el objeto de ser vistos con posterioridad (time shifting), no constituye infracción al *copyright.* A su vez, se concluyó que los productores de dispositivos de grabación caseros no son responsables por el potencial uso realizado por los usuarios finales de los mismos, toda vez que dichos aparatos fueron vendidos con propósitos legítimos. En el tema que nos

producto es capaz de un uso legal, el productor no puede ser nunca acusado de responsabilidad contributiva por el uso violatorio realizado por terceras personas, siempre y cuando no se conociere de la comisión de las actividades infractoras; en la especie, debido a la inexistencia de un servidor central, *Grokster* no contaba con los medios que le permitiere conocer de específicos usos ilegales, razón por la cual, en principio, no sería responsable.[150]

No obstante aquello, la Suprema Corte estimó que, más allá de las características del producto que podría eventualmente ser utilizado para usos violatorios o la mera provisión del servicio, cuando se han realizado acciones dirigidas a promocionar o incitar la violación, la doctrina *Sony* no eximiría de responsabilidad[151]. En consecuencia, y debido a que la provisión del software induce o persuade al usuario final a la violación del derecho de autor, *Grokster* jurídicamente es responsable por la infracción al *copyright.* Así, se puede evidenciar que, como derivación de la atribución de la responsabilidad a la compañía *Grokster Ltd.,* surgió una tercera clase de responsabilidad indirecta, conocida como la *violación inducida,* la cual podría llegar a ser una variante de la responsabilidad contributoria, atendiendo a las disposiciones de la *Copyright Act* de los Estados Unidos de América.

Como corolario de los casos analizados, se puede concluir que los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos de América han reconocido las siguientes clases de responsabilidad atribuible a los proveedores de servicios en línea, derivada de la infracción del *copyright* en Internet:

a) Responsabilidad Directa *(Direct Infringment)*: Es aquella responsabilidad derivada directamente de los actos propios del agente que ha infringido los derechos de autor en el entorno digital; con el objeto de considerar una violación directa se deben observar, de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, los siguientes requisitos: Demostrar la propiedad del trabajo presuntamente violado; y demostrar que el agente

---

ocupa, la mera provisión del servicio de internet no sería suficiente para la atribución de esta clase de responsabilidad, siempre y cuando no se conociere de la actividad infractora. Cfr. [Internet] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/case.html#445. 13/10/2013

[150] Cfr. José González Velásquez, Op. Cit., p. 34

[151] Cfr. Ibídem

demandado ha violado un derecho exclusivo de los titulares de los derechos de autor. A decir de Piñeiro Ugarte, esta clase de responsabilidad es objetiva, ya que no requiere ni de dolo no culpa, sino solamente la comisión de la infracción misma.[152]

b) Responsabilidad Indirecta: Esta clase de responsabilidad es atribuible a los proveedores de servicios en línea por las actuaciones de terceras personas (usuarias de los servicios prestados por las mismas), que infrinjan los derechos sobre materiales protegidos en Internet. Como subtipos de esta clase de responsabilidad, de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, encontramos a las siguientes figuras:

i) Responsabilidad Vicaria *(Vicarious Liability):* Es una especie del género de la responsabilidad indirecta que se produce cuando el proveedor de servicios en línea tiene un interés financiero generado por las acciones violatorias al derecho de autor y, además, aquél posee la habilidad de controlar los actos del infractor.[153] Dicho en otras palabras, a través de esta figura un proveedor de servicios en línea es responsable por la acción de terceras personas cuando aquél, quien contaba con la facultad y los medios de controlar el acto del usuario infractor, no cumplió con su deber jurídico de obrar, recibiendo, además, un beneficio económico directo como consecuencia de dicha infracción. Sin verificarse estos dos requisitos, la responsabilidad vicaria no podrá ser atribuible a un ISP.[154]

ii) Responsabilidad Contributiva *(Contributory Infringment)* Esta clase de responsabilidad indirecta, a decir de PIÑEIRO UGARTE, no requiere de la comisión

---

[152] Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit., p. 174

[153] Cfr. José González Velásquez, Op. Cit., p. 27

[154] Los requisitos de obtención de beneficios económicos directos de la infracción y la capacidad de controlar los actos de la infracción son requisitos *sine qua non* para la atribución de esta clase de responsabilidad. En el caso Marobie-Fl, Inc v. National Association of Fire Equipment Distributors, el Tribunal negó la atribución de la responsabilidad vicaria, aduciendo que existían dudas sobre la capacidad del ISP de controlar los actos del infractor directo, así como no se pudo verificar la percepción de beneficios financieros por las infracciones. En la especie, el demandante (Marobie-Fl, Inc), era el titular de los derechos de autor de una imagen diseñada para ser utilizada por la industria de equipos contra incendios; los demandados poseían una página en Internet hospedada por un ISP, Northwest Nexus, Inc. Un empleado de la compañía demandada copió la imagen de propiedad de Marobie y la subió al portal web hospedado por el ISP. Marobie demandó a la National Association of Fire Equipment Distributors por responsabilidad directa y al ISP por responsabilidad vicaria, llegando el Tribunal correspondiente a la conclusión ya mencionada. Cfr. De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 39

personal de la infracción, aunque sí del conocimiento y la contribución material al tercero infractor.[155] Es decir, se configuraría esta especie de responsabilidad indirecta cuando un proveedor de servicios en línea ha cooperado a la infracción directa de los derechos de autor por parte de sus usuarios finales. A decir de PIÑEIRO UGARTE, de acuerdo al caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line,* un ISP puede ser declarado responsable contributivamente solamente si él conocía o debía conocer acerca de la infracción, y no hizo nada al respecto, como sería el caso en que un ISP hubiese recibido una notificación[156].

Como variante de la responsabilidad contributiva encontramos a la violación inducida *(inducing infringment),* la cual se deriva de la inducción a realizar las acciones para iniciar la actividad violatoria. Se diferencia de la responsabilidad contributiva propiamente dicha en que esta última se coopera materialmente a una infracción que ya inició, pero no se induce a iniciar el acto infractor. No obstante aquello, para efectos prácticos la violación inducida debería ser reconocida como una variante de la responsabilidad contributiva, ya que, en ambos casos, se coadyuva la actividad infractora por los usuarios finales.

Dichas especies de la denominada *responsabilidad indirecta* han sido sólidamente aplicadas por parte de los tribunales estadounidenses, con el objeto de propender a una defensa efectiva de los derechos de autor en el entorno digital.[157]

---

[155] Cfr. Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit., p. 174

[156] Cfr. Ibídem

[157] A manera de ejemplo, encontramos el caso *Ellison v. Robertson.* El demandado en dicho proceso judicial había escaneado entre marzo y abril de 2000 una serie de obras de ficción de autoría y titularidad del demandante, Harlan Ellison. Una vez digitalizadas las obras sin autorización del autor, Robertson las cargó en el sitio de un grupo de noticias Usenet: "alt.binaries.e-book". Cuando Robertson cargó las copias en infracción de las obras de Ellison, la política del proveedor de servicios de internet America Online (AOL) consistía en mantener almacenados los mensajes de tipo Usenet (foros de discusión en línea que permite el intercambio asincrónico de contenidos) que contuvieran archivos digitales en los servidores de la empresa por un lapso de catorce días. Luego de que Robertson cargó las reproducciones no autorizadas de las obras de Ellison en el grupo de noticias "alt.binaries.e-book", éstas fueron reenviadas y copiadas en servidores de propiedad de AOL. Al enterarse de la actividad infractora, el autor envió una notificación de infracción a AOL. Durante el pleito, dicho proveedor de servicios de internet negó haber recibido dicha notificación. A poco de iniciada la demanda, el actor desistió de su reclamo respecto de Robertson, continuándolo sólo contra AOL por infracción contributoria y por responsabilidad vicaria, por la difusión no autorizada de sus obras. El Tribunal sostuvo que para que tuviera acogida el reclamo por infracción directa contra AOL el demandante debía cumplir dos requisitos: 1) Probar que era el titular del material objeto de la infracción; y, 2) Probar que

3.2.2. Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en Francia

La Corte de Apelaciones de Versalles, en el caso *Societe Multimania v. Lacoste*[158] falló en contra del ISP demandado asignándole responsabilidad extracontractual por infracción de su deber de vigilancia, señalando que, si bien es cierto que el mismo no tenía la obligación de inspeccionar profunda y minuciosamente el contenido de los sitios, debían existir medidas razonables que un profesional cuidadoso pondría en práctica para excluir de su servidor los sitios donde el carácter ilícito es aparente.[159]

Dicho fallo, a su vez, indica que el deber de vigilancia no implica el examen general y sistemático de los contenidos de los sitios hospedados, lo cual no obsta a que el ISP que proveyese el servicio de alojamiento deba tomar una serie de medidas tendientes a evitar

---

el supuesto infractor lesionó al menos uno de los derechos exclusivos reconocidos a los titulares por la Copyright Act. De acuerdo a lo resuelto en el caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line (ver cita 136 de la presente disertación),* los proveedores de servicios en línea sólo operan o implementan un sistema que es esencial para que los mensajes sean ampliamente difundidos. De modo que no se encontró razonable adoptar una teoría de responsabilidad directa que convirtiera a la totalidad de Internet en responsable por actividades que no pueden, razonablemente, ser controladas y que la responsabilidad directa debía quedar limitada a aquellos usuarios que, como Robertson, habían realizado la reproducción efectiva de las obras. Respecto del reclamo por infracción contributoria, el tribunal consideró que la responsabilidad existe si el demandado se involucra en actividades que alientan o coadyuvan a la infracción, por lo que el infractor debe conocer o tener razones para conocer la infracción directa. Ellison había sostenido que AOL conocía la existencia de las reproducciones infractoras de sus obras en sus servidores Usenet, en razón del correo electrónico que su abogada había enviado a dicha empresa en abril del 2000. Sin embargo, AOL sostuvo que nunca había recibido correo alguno y que solamente fue notificada de la infracción cuando recibió la demanda de Ellison. El Tribunal aceptó la afirmación de que AOL nunca había recibido el correo electrónico; no obstante, estimó que podía inferirse que dicha empresa tenía motivos para saber que reproducciones de las obras de Ellison en infracción al *copyright* estaban almacenadas en sus servidores. AOL sostuvo que la mera provisión de acceso a Usenet estaba alejada una efectiva actividad infractora, alegando que no tenía el derecho ni la facultad de supervisar la actividad infractora de Robertson debido a la naturaleza automatizada de su participación en el sistema Usenet. Así, el Tribunal rechazó la acción contra AOL porque consideró que la responsabilidad vicaria se configura cuando un proveedor de servicios de internet tiene el derecho y la facultad de supervisar la actividad infractora y también posee un interés económico directo en dichas actividades. Además, en el presente caso, además de no encontrarse facultada para controlar la actividad infractora de Robertson, no había obtenido un beneficio económico directo por dicha actividad, toda vez que la disponibilidad del material en infracción no constituyó un atractivo para sus clientes (0.25% del total de su clientela). Por tales consideraciones, se exoneró de responsabilidad indirecta al proveedor de servicios en línea AOL. Cfr. Delia Lipzyc, Op. Cit., p. 12-13

[158] En el presente caso se había publicado una fotografía de una modelo desnuda de la compañía actora sin su autorización en un sitio hospedado por el ISP demandado. En este caso la Corte de Apelaciones de Versalles destacó que la responsabilidad principal del proveedor de contenidos del sitio web no excluye que se investigue si el comportamiento erróneo del prestador de alojamiento no ha contribuido a causa el perjuicio a la víctima. Cfr. Delia Lipszyc, Op. Cit., p. 15

[159] L. Thoumyre, Responsabilité des hébergeurs: détours et contours de l'obligation devigilance. A propos de lárret de la Coud d'appel de Versailles du 8 juin 2000. Citado en De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 41

actuaciones ilícitas de sus usuarios, tales como la identificación o prohibición del anonimato de sus clientes, la utilización de cualquier medio tendiente al respeto de los derechos personales o la realización de las diligencias apropiadas para eliminar o regularizar la utilización de contenidos ilícitos, ilegales o dañosos. Dichas diligencias deberían ser realizadas previa solicitud de la autoridad competente o por propia iniciativa del ISP, cuando tuviere conocimiento que un contenido específico vulnera derechos de terceros[160], entre ellos, los derechos de autor.

En otro caso, *Perathoner v. Pomier,* se concluyó que, con el objeto de eximir de responsabilidad a un proveedor de servicios en línea por la infracción a los derechos de autor por sus suscriptores, se debía, en primera instancia, informar a éstos de los riesgos de vulneración de los derechos de autor en la red, así como remover con prontitud el acceso a sitios web una vez que se recibiese notificación de que éstos infringían los derechos de autor.[161]

En el caso *Dargaud Lombard S.A. y Lucky Comics S.A v. Tiscali Média S.A.,* el Tribunal de *Grande Instance* de París notificó a la sociedad demandada, previo requerimiento de las sociedades actoras, la demanda interpuesta por aquellas, con el objeto que se tomaran las medidas necesarias para impedir el acceso al contenido de la página web www.chez.com/bdz, en la cual se infringían los derechos de autor sobre la totalidad de las historietas *'Le secret de l'espadon'* y *'Le Daily Star*, y que, por otra parte, se comunicasen los datos personales del abonado titular de la página web mencionada.[162]

En consonancia con lo mencionado, es importante tomar en consideración que la Ley No. 86-1067 de 30 de septiembre de 1986, relativa al derecho de libertad de comunicación francés, en su artículo 43 literal 8 establece la siguiente obligación:

Las personas físicas o jurídicas que provean, a título gratuito u oneroso, el servicio de almacenamiento directo y permanente para la puesta a disposición del público de señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier naturaleza a los que se pueda

---

[160] Cfr. Ibídem.
[161] Ídem
[162] Cfr. Delia Lipszyc, Op. Cit., p. 16

acceder a través de dichos servicios, sólo serán penal o civilmente responsables a raíz del contenido de dichos servicios en los casos en que: (...) de ser intimidados por orden judicial, no actúen con prontitud para impedir el acceso a dichos contenidos.

A su vez, el numeral 9 del artículo 43 de la mencionada norma jurídica francesa textualmente establece que los proveedores *estarán obligados a tener en su poder y conservar los datos de naturaleza tal que permitan la identificación de toda persona que hubiera contribuido a la creación de contenidos relativos a los servicios de los cuales ellas sean proveedoras.*

Así, el Tribunal de la *Grande Instance* de París estimó que, a pesar que la compañía demandada había procedido al cierre del sitio infractor una vez que se requirió dicha diligencia, la misma, al no haber respetado la obligación impuesta por el numeral 9 del artículo 43 de la Ley No. 86-1067, cometió una infracción que comprometía su responsabilidad civil para con las compañías accionantes, ya que no conservó en su poder los datos que permitan la identificación de la persona que hubiese contribuido a la creación de los contenidos de los cuales la misma era proveedora[163].

3.2.3. Análisis comparativo de los casos estadounidense y francés

Como se puede observar del análisis de los casos citados en los puntos anteriores, encontramos que, tanto los tribunales estadounidenses como los franceses se mostraron renuentes a sancionar a los proveedores de servicios de internet por la mera provisión del servicio al acceso a dicha red, a pesar que, sin dicho acceso, las infracciones al derecho de autor no hubiesen sido cometidas[164].

A su vez, la atribución de responsabilidad extracontractual, en ambos casos, responde a la falta de adopción de medidas tendientes a la protección de los derechos sobre materiales protegidos, tales como el retiro del contenido infractor de sus servidores cuando

[163] Cfr. Ibídem, p. 17-18
[164] Ver cita 142 de la presente disertación.

hubiesen tenido conocimiento que los mismos vulneran los derechos de una tercera persona; en consecuencia, la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, en los dos casos, es una responsabilidad indirecta derivada de la falta de cumplimiento de un deber de vigilancia, la cual requiere como presupuesto esencial la infracción directa por parte de uno de sus usuarios.

Finalmente, encontramos que en el derecho francés no existen aún parámetros claros de evaluación en cuanto a la atribución de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, a diferencia de la regulación estadounidense, donde, inclusive, se ha llegado a establecer una serie de teorías con presupuestos claramente definidos, con el objeto de atribuir responsabilidad a los IPS's por las actuaciones ilícitas de sus usuarios.

Así, una vez determinadas las causales a través de las cuales la jurisprudencia ha atribuido responsabilidad a un proveedor de servicios en línea por contenidos violatorios en Internet, es importante mencionar que a través de la dictación de legislación particular, (tales como la Digital Millenium Copyright Act estadounidense y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo sobre Comercio Electrónico en el Mercado Interior), se han establecido una serie de exenciones y limitaciones a favor de los proveedores de servicios en línea en cuanto a la infracción del derecho de autor en Internet.

3.2.4. Exención de responsabilidad bajo la Digital Millenium Copyright Act

Los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos de América han concluido reiteradamente que, quien presta ayuda a otro para infringir el derecho de autor, es también considerado responsable por dicha infracción, ya sea vicaria o contributivamente.

Como consecuencia de lo mencionado, los proveedores de servicios en línea buscaron una limitación de su responsabilidad al amparo de la *'Copyright Act'*. Así, y luego de dos años de negociaciones, se aprobó la *'Online Copyright Infringment Liability*

Limitation"[165] con el objeto de reconocer un marco jurídico que dé solución a los conflictos entre los proveedores de contenido y los proveedores de servicios de internet.

La industria de contenidos buscaba obtener una indemnización por las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de las infracciones al *copyright* en el entorno digital, buscando la implementación de una vía de reclamo no solamente ante el directamente responsable, sino ante los proveedores de servicios en línea, proponiendo, inclusive, establecer un régimen de responsabilidad directa y objetiva para los proveedores intermediarios que alojasen o permitieran el acceso a materiales protegidos[166].

Tomando en consideración que la atribución directa de responsabilidad, además de ser jurídicamente inviable debido a que los infractores directos del *copyright* son solamente los usuarios finales de los ISP's, habría perjudicado la viabilidad económica de dichos portales, se llegó a una consensuada solución bajo la aprobación de la *Digital Millenium Copyright Act,* en donde se establecieron una serie de exenciones a la responsabilidad de los ISP's por los materiales que infrinjan el derecho de autor en el entorno digital, sin dejar de reconocer su responsabilidad en caso que su conducta no se adecúe a los presupuestos eximentes establecidos por dicha normativa.

Como conclusión, diremos que la *Digital Millenium Copyright Act (en adelante DMCA),* se concentra en limitar la potencial responsabilidad civil a que se puede ver enfrentado un ISP cuando actúa como prestador de servicios intermediarios, permitiendo el acceso de sus usuarios a material protegido almacenado en sus portales, colgado en los mismos por terceras personas. Es preciso destacar que la DMCA se aplica sólo a ciertos tipos de conductas o funciones que pueden realizar los ISP's, bajo las condiciones descritas a continuación:

---

[165] Título II de la Digital Millenium Copyright Act. Dicho título añade una nueva sección 512 a la *Copyright Act* que crea nuevas exenciones (*safe harbours*) respecto de la responsabilidad que se pueda generar respecto de los proveedores de servicios en línea. Junto con esto, el título II – *Online Copyright Infringment Liability Limitation*- establce una serie de requisitos para que los proveedores resulten elegibles para gozar de dichas exenciones. Cfr. De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 49

[166] Cfr. Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit., p. 175

a) Comunicaciones transitorias: La limitación de responsabilidad de un proveedor de servicios en línea bajo este contexto se aplica en aquellos casos en que el mismo solamente hubiese transmitido los datos desde un punto al otro sin haber iniciado la transmisión, sin haber participado en la selección del material ni de los receptores del mismo, así como tampoco haber modificado de alguna manera el material enviado.[167]

b) Almacenamiento temporal de datos: Como segunda causal de exención se ha establecido al almacenamiento automático y provisional de datos facilitados por el usuario final, siempre y cuando aquel tenga como único objetivo hacer más eficaz la transmisión, al reducir considerablemente el tiempo de acceso a ella. En estos casos se requiere que el prestador de servicios no modifique la información almacenada ni las condiciones de acceso a la misma (tales como el establecimiento de contraseñas o el pago de una suma de dinero por parte de quien solicite el acceso), y que actúe con prontitud en el retiro de los contenidos o imposibilite el acceso a estos cuando los mismos hayan sido puestos sin autorización de su titular, para lo cual deberá mediar una simple notificación.[168]

c) Almacenamiento de contenidos (webhousing): A diferencia de la causal anterior, el webhousing no es solamente un almacenamiento temporal; con el objeto de eximir de responsabilidad a un proveedor de servicios en línea, se requiere que el mismo no tenga conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que hagan evidente la infracción o, en caso de conocer la actuación infractora, se inhabilite el acceso a dicho material de forma expedita. A su vez, se incorporan los requisitos de la responsabilidad vicaria al exigir que el proveedor de servicios en línea no reciba beneficio económico alguno como consecuencia de la infracción que ocurre en sus redes; como último presupuesto, la DMCA establece que el proveedor de servicios en línea deberá retirar el material infractor cuando reciba una

[167] Cfr. Íñigo de la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 50
[168] Cfr. Ibídem

notificación que reclame una infracción[169], procedimiento conocido como *Notice, Take Down and Put Back*[170]. Los presupuestos establecidos ante la figura de la *webhousing* son aplicables, a su vez, frente a los motores de búsqueda en Internet.

Finalmente, es importante mencionar que limitaciones establecidas por la DMCA solamente operan en el caso que un proveedor de servicios en línea permita a sus usuarios acceder a material protegido que ha sido fijado en sus portales por terceras personas. En consecuencia, en caso que el proveedor de servicios en línea sea a su vez un proveedor de contenidos, las excepciones mencionadas en líneas anteriores no son aplicables.

Las mencionadas limitaciones solamente guardan relación con indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual (monetary damages), más no con la eventual responsabilidad penal a las que hubiere lugar, de ser el caso[171].

Asimismo, se ha establecido la ausencia de un deber de vigilancia como requisito previo para la configuración de las causales de exención aludidas, indicándose que el proveedor no estará obligado a monitorear sus servicios o a buscar hechos que indiquen la actividad infractora[172].

---

[169] Cfr. Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit., p. 177-178

[170] A través de este procedimiento, el titular de un derecho de autor informa a un proveedor de servicios en línea que en sus redes o servicios terceras personas están violando sus derechos; a partir de este momento, el proveedor de servicios en línea debe actuar con la debida diligencia para retirar dicho material o inhabilitar su acceso, quedando este último exonerado de responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios frente al titular del material supuestamente infringido. Además, queda protegido de cualquier responsabilidad frente a la persona que le pudiera reclamar por haber retirado o bloqueado el acceso a su material. En caso que la notificación no mencione la obra infringida o no identifique a los infractores, el proveedor de servicios en línea no tiene la obligación de retirar o impedir el acceso al material. Finalmente, este sistema permite al afectado del retiro o bloqueo del material enviar una contra-notificación, frente a los alegatos del supuestamente perjudicado. A menos que el reclamante hubiese presentado el caso ante los Tribunales de Justicia, ante una contra-notificación fundamentada el proveedor de servicios en línea, previa comunicación del particular al reclamante, repondrá el material retirado o restablecerá el acceso al mismo. Cfr. Ibídem.

[171] Cfr. Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit. p. 177

[172] En el caso Viacom International Inc. vs. Google Inc., la Corte del Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, la parte actora alegó que la compañía demandada, propietaria del portal de videos Youtube, infringió los derechos derivados del *copyright* al permitirse la ejecución pública de material protegido. La corte estimó que la parte demandada no estaba obligada a monitorear sus servicios con el objeto de determinar la existencia de material infractor al derecho de autor, razón por la cual no existió un real y verdadero conocimiento de la actividad infractora; además, no se verificó la realización de una notificación por parte de la compañía demandante respecto del particular, a pesar de la existencia del sistema *red flag* utilizado por dicho portal de difusión de videos, a través del cual se facilita el retiro del material infractor en

3.2.5. Responsabilidad bajo la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico

A diferencia de la regulación prevista en la DMCA, en Europa se considera que las infracciones a los derechos de autor y conexos no son más que una manifestación del problema general de la responsabilidad de los proveedores de servicios por los contenidos ilícitos, es decir, la responsabilidad por instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, por pornografía, pederastia, violación de la dignidad humana de personas individuales, entre otros. Es por ello que en la Directiva europea en análisis se regula la responsabilidad en forma horizontal, es decir, sin diferenciar entre los diferentes tipos de contenidos ilícitos[173].

A decir de PIÑEIRO UGARTE, la Directiva define al ISP como cualquier persona que provea un servicio de la sociedad de la información; es decir, cualquier servicio proveído a distancia normalmente a cambio de una remuneración, por medio de equipos electrónicos para procesar y almacenar datos[174]; en cuanto a las conductas reguladas, la presente Directiva muestra los mismos presupuestos establecidos por la DMCA, en cuanto a la mera transmisión, almacenamiento temporal y el *webhousing.*

En cuanto al almacenamiento temporal y al *webhousing*, la Directiva difiere de la DMCA en el sentido que no se incluyó el sistema de notificaciones particulares *(notice, take down and put back),* sino que se adhiere al modelo del conocimiento efectivo de la infracción para exigir al proveedor de servicios en línea una actitud diligente de remoción del material o inhabilitar su acceso, agregándose sólo para el caso de *caching* la hipótesis de haber recibido una orden judicial o administrativa, que en el fondo no es más que la aplicación de la regla general de sometimiento a las órdenes de las autoridades

---

un día hábil. Así, Google Inc., propietaria del portal de difusión de videos Youtube, el cual cumple con las actividades de *webhousing,* se vio exenta de responsabilidad, debido a la inexistencia en la DMCA de la obligación de un monitoreo constante de los contenidos almacenados y difundidos por los portales digitales correspondientes. Cfr. José Raúl González Velásquez, Op. Cit., p. 60

[173] Delia Lipzyc, LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS Y DEL PROVEEDOR DE ACCESO, Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la perspectiva de su Gestión Colectiva, 2000, p. 4

[174] Lorena Piñeiro Ugarte, Op. Cit., p. 180

competentes. No obstante aquello, se evidencia que la mencionada norma jurídicao no clarifica la situación de este tipo de conocimiento para los proveedores de servicios en línea[175].

Además, en cuanto al *webhousing,* la Directiva en análisis no ha incorporado las condiciones de responsabilidad vicaria, razón por la cual, a diferencia de lo establecido por la DMCA, la percepción de beneficio económico alguno es irrelevante[176].

Finalmente, es importante mencionar que el artículo 15 de la Directiva en cuestión, al igual que la DMCA, ha establecido una prohibición de imponer una obligación general de supervisión de contenidos transmitidos, señalando textualmente lo siguiente:

> *Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.*

3.2.6. Semejanzas y diferencias entre la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico y la Digital Millenium Copyright Act

Como principal semejanza entre ambas normas jurídicas, encontramos que, tanto la Directiva europea sobre el Comercio Electrónico como la DMCA, establecen una serie de exenciones a la responsabilidad civil de los proveedores de servicios en línea por la infracción de los derechos de autor por parte de sus usuarios, bajo los mismos presupuestos en cuanto a la mera transmisión, almacenamiento temporal o *webhousing.*

A su vez, la inexistencia de una obligación general de supervisión y monitoreo o búsqueda de hechos que indiquen la actividad infractora es una de las principales semejanzas entre la DMCA y la Directiva europea sobre Comercio Electrónico

---

[175] Cfr. Ibídem, p. 181
[176] Cfr. Ibídem

Como principales diferencias, encontramos que, mientras la DMCA es una norma de enfoque vertical, aplicable solamente para la protección de los derechos de autor, la Directiva sobre Comercio Electrónico muestra tener un enfoque horizontal, cubriendo todos los actos ilícitos que pueden ser cometidos en Internet a través de un proveedor de servicios en línea. A su vez, a diferencia de la Directiva en análisis, la DMCA es una norma de carácter nacional.

El no establecimiento del procedimiento *notice, take down and put back (mecanismo extrajudicial de notificación)* por parte de la Directiva europea es, a su vez, una de las grandes diferencias con la DMCA, la cual admite una simple notificación por parte del presuntamente perjudicado para retirar el contenido infractor.

A su vez, la percepción de un beneficio económico es irrelevante al momento de la atribución de responsabilidad civil extracontractual al amparo de la Directiva europea sobre Comercio Electrónico, a diferencia de la remisión expresa a la figura de la responsabilidad vicaria, realizada por la DMCA.

Finalmente, encontramos que, al amparo de la DMCA, la exención de la responsabilidad civil de los motores de búsqueda ha sido expresamente regulada, a diferencia de los presupuestos establecidos en la Directiva europea en análisis, la cual no se refiere directamente a ellos.

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL EN ECUADOR

En base al análisis realizado en el capítulo anterior, se puede concluir que los proveedores de servicios en línea pueden ser jurídicamente responsables por las infracciones al derecho de autor cometidas en el entorno digital, por un obrar indiferente respecto al control de las actuaciones de sus usuarios; tanto la jurisprudencia como la legislación analizada con anterioridad ha establecido una serie de presupuestos bajo los cuales un proveedor de servicios en línea será considerado como indirectamente responsable por el intercambio injustificado de materiales protegidos por el derecho de autor en Internet. A su vez, se han fijado una serie de excepciones a la atribución de la responsabilidad de los proveedores intermediarios, considerando que los mismos no están obligados a monitorear periódicamente sus servicios con el objeto de determinar la existencia de material infractor a los derechos de autor, principalmente debido a los altos costos operacionales que dicha obligación acarrearía consigo.

En consecuencia, la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea puede ser considerada como una responsabilidad *indirecta,* derivada de la infracción directa de sus usuarios. Así, se colige que, en contraposición a la situación de los usuarios directamente infractores, la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea se deriva de la omisión de su deber jurídico de obrar, relacionado con la falta de adopción de las medidas tendientes a evitar la comisión o continuación de la infracción cuando aquel hubiese tenido conocimiento de la actividad ilícita.

La legislación ecuatoriana ha abordado este tema sin la necesaria profundidad, razón por la cual, y con el objeto de determinar de manera clara el grado de responsabilidad de un proveedor de servicios en línea según nuestro ordenamiento jurídico, como complemento a lo dispuesto por el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual (el cual será analizado

con posterioridad en el presente capítulo), es menester acudir, en primera instancia, a las normas del derecho común, recogidas en el Libro IV del Código Civil.

Con respecto de las responsabilidades en el ámbito digital, el tratadista SANTIAGO SCHUSTER aduce que si no existen disposiciones específicas que regulen las responsabilidades de los agentes que actúan en el mercado de redes digitales, o que establezcan excepciones de responsabilidad, en particular respecto de la utilización ilícita de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos conexos, debe revisarse la aplicación de los principios generales de la legislación de propiedad intelectual y del derecho común, a fin de encontrar respuesta a las infracciones a los derechos de autor en Internet.[177] De esta manera, encontramos que, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, los niveles de responsabilidad civil son determinados como sigue:

4.1. Responsabilidad Civil

En términos generales, encontramos que, cuando una persona ocasiona un daño a otra, la misma es civilmente responsable por la reparación del daño infringido; así, encontramos que la responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima.[178]

Ahora bien, con el objeto de finalizar el análisis materia de la presente disertación, es preciso determinar el grado de responsabilidad atribuible a un proveedor de servicios en línea, al amparo de la legislación ecuatoriana, por la infracción al derecho de autor en el entorno digital; para tales efectos, se tomará en consideración que, quien ha infringido un daño a un tercero, se encuentra en la obligación de repararlo.

Al respecto, el artículo 1453 del Código Civil, al momento de establecer las fuentes de las obligaciones civiles, establece lo siguiente:

---

[177] Santiago Schuster, LA RESPONSAIBLIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA, Ponencia recogida en el Libro Memorias del Congreso Internacional "El Derecho de Autor ante los desafíos del mundo cambiante: Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc", Lima, 2006, p. 648

[178] Philippe Le Tourneau, LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Bogotá, Ed. LEGIS, 2004, p. 21

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Partiendo de la disposición normativa citada con anterioridad, encontramos que la responsabilidad civilmente atribuible puede ser, tanto de fuente contractual, así como de fuente extracontractual. A breves rasgos, diremos que la primera de ellas es la que nace del incumplimiento de una cláusula contractual libremente estipulada por las partes contratantes, mientras que la segunda no surge del incumplimiento de un convenio *per se*, sino de la inobservancia del deber genérico de no infringir daño[179] a un tercero, lo cual se traduce en la sujeción de una persona a la obligación de resarcir un perjuicio en caso de cometérselo.

Adentrándonos al tema que nos ocupa, en cuanto a la diferenciación entre las dos fuentes de la responsabilidad civil aplicable al derecho de autor, ARGUDO BUSTAMANTE concluye que la responsabilidad contractual operaría cuando se autoriza, por medio de un contrato, la utilización de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos conexos, cuya inobservancia podría dar lugar a reclamar, ya sea el cumplimiento o la resolución del contrato, con la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios irrogados, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1505 del Código Civil, que recoge el principio de la condición resolutoria tácita. Respecto de la responsabilidad extracontractual, por su parte, ARGUDO BUSTAMANTE indica que toda utilización no autorizada de una obra o prestación protegida por el derecho de autor o un derecho conexo constituirá una violación a los derechos de sus titulares, puesto que, además de ejecutar un

[179] De acuerdo a Arturo Alessandri, el término daño es sinónimo de detrimento, menoscabo, dolor o molestia que afecta a un tercero, lo cual se podría traducir en todo tipo de consecuencia nociva o perjudicial que afecta a un individuo en concreto. Cfr. Arturo Alessandri Rodríguez, DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL CHILENO TOMO I. Citado por: Enrique Barros Bourie, TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 221

acto prohibido por la ley, el infractor no ha tenido la precaución necesaria para evitar los daños producidos[180].

4.1.1. Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual obliga, a quien ha infringido un daño, a repararlo; de acuerdo a JOSÉ MARÍA PEÑA LÓPEZ, la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social[181]; en otras palabras, cuando se infringe el deber genérico de respetar un interés protegido por el ordenamiento jurídico y se provoca un daño, entra en juego la responsabilidad extracontractual, cuyo fin es solucionar los conflictos entre los individuos, por medio de la reparación; esta figura transfiere los resultados del daño desde aquel que lo sufrió hasta aquel que lo ocasionó, para que este último, en calidad de responsable, los asuma, con el objeto que el perjudicado recupere lo que injustamente le fue arrebatado.[182]

4.1.1.1. Teoría de la responsabilidad subjetiva

De manera tradicional, se ha considerado que el autor del daño debe responder cuando el mismo ha infringido un perjuicio con dolo o culpa, en los términos del artículo 29 del Código Civil; así, encontramos que ante la comisión de actos ilícitos civiles, el mencionado cuerpo normativo, en su artículo 2214, señala que el que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que el impongan las leyes por el delito o cuasidelito cometido. La diferencia entre las mencionadas figuras radica en la intención de provocar un daño; en caso de consumarse un acto ilícito con la intención positiva de causar un perjuicio, se configura un delito civil, en contraposición a la figura del cuasidelito, donde, a falta de la intención positiva en cuestión, se evidencia una falta de diligencia y cuidado en el obrar de un determinado sujeto.

---

[180] Cfr. Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit.., p. 78

[181] José María Peña López, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO DE DAÑOS, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 16

[182] Cfr. Wilfrido Édison Terán Ortega, EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL (TESIS DOCTORAL), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 14

Así, se puede colegir que, tradicionalmente, con el objeto de proceder con la atribución de responsabilidad civil extracontractual, deben concurrir tres elementos esenciales: 1) Un acto unilateral generado por una persona o su propiedad, al cual se lo pueda considerar como causa del daño, el cual se puede producir tanto por acción como por omisión. 2) La comisión de un daño, entendido como la lesión o menoscabo de un bien o de un derecho de una tercera persona; y, 3) La existencia de un nexo causal entre el perjuicio irrogado y el hecho dañoso, cometido con plena intención positiva o generado como consecuencia de la inobservancia de un deber jurídico de cuidado y diligencia.

Los preceptos mencionados en el párrafo anterior se relacionan con la figura de la *responsabilidad subjetiva,* la cual, basada en la idea de la culpabilidad, nace de la actitud dolosa o culposa de un sujeto[183]; así, aquél quedará exento de toda responsabilidad en caso de demostrar que obró con toda la diligencia necesaria para evitar la comisión de un daño. La teoría de la responsabilidad subjetiva considera que las consecuencias económicas del daño deben transponerse solamente a aquel que actuó con dolo, con imprudencia o descuido[184], lo cual conduce a concluir que la conducta irreprochable exime a una determinada persona de la obligación de reparar el daño ocasionado[185].

4.1.1.2. Teoría de la responsabilidad objetiva

Por otro lado, la teoría de la responsabilidad objetiva atribuye responsabilidad a un sujeto prescindiendo del elemento subjetivo de la culpabilidad; es decir, según la mencionada teoría la comisión de un acto con la intención positiva de causar un daño o por

---

[183] A decir de TERÁN ORTEGA, la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que la responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha, de la sentencia dictada por la sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador. Gaceta Judicial serie XVII, N, 10, p. 3024.* Citado por: Terán Ortega, Op. Cit., p. 24

[184] Cfr. Fernando De Trazegnies, LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL TOMO I, Bogotá, Temis, 1999, p. 14

[185] Jorge Peirano Farcio, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, Bogotá, Temis, 1981, p. 132

la inobservancia de un deber jurídico de diligencia y cuidado es irrelevante, imputándose, en consecuencia, la responsabilidad civil por la mera comisión del daño.

En consecuencia, se colige que la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad, atendiendo únicamente al daño producido; es decir, basta la comisión de un daño para que se autor sea responsable, cualquiera que hubiese sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte[186]. Así, el que crea un riesgo, y como consecuencia de su actividad riesgosa se provoca un daño a un tercero, debe responder por él[187].

4.1.1.3. Práctica de pruebas y carga dinámica de la prueba

Según DEVIS ECHANDÍA, probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos[188]; así, diremos que el derecho a probar las argumentaciones esgrimidas en un proceso permite a todo sujeto generar la convicción o certeza del juzgador respecto de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.

De acuerdo a BUSTAMANTE ALARCÓN, uno de los elementos principales que giran en torno a la prueba como tal es la carga de la misma, ya que dicha figura establece lo que cada parte debe demostrar, constituyéndose, en consecuencia, en el fundamento de sus pretensiones o excepciones.[189] A decir de JAIRO PARRA QUIJANO, la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la

---

[186] En la legislación ecuatoriana, a manera de ejemplo, encontramos que se ha establecido, a rango constitucional, la responsabilidad objetiva por daños ambientales (segundo inciso artículo 396 Constitución de la República del Ecuador). En consecuencia, en caso de cometerse un daño ambiental, con prescindencia de la concurrencia de una actitud positiva de hacerlo, negligencia o ausencia de diligencia en el tratamiento del medio ambiente, el agente infractor deberá afrontar la reparación integral de la naturaleza.

[187] Cfr. DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA, Anónimo, página 1 [Internet] (02/11/2013) http://www.captel.com.ar/downloads/1006071952_responsabilidad_civil_responsabilidad_objetiva.pdf

[188] Hernando Devis Echandía, TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL TOMO I, Bogotá, Temis, 2002, p. 25

[189] Cfr. Reynaldo Bustamante Alarcón, EL DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO, ARA Editores, Lima, 2001, p. 79

autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados[190].

Es importante señalar que la carga de la prueba impone una obligación procesal de comprobar y corroborar un hecho alegado. Al respecto, es importante mencionar que el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil establece que es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y obligación del demandado probar su negativa, siempre y cuando la misma contenga afirmación explícita o implícita sobre el hecho, derecho o cantidad de la cosa en litigio; la mencionada disposición conduce a concluir que la negativa pura y simple, por parte del demandado, no acarrea consigo la obligación de aportar pruebas en un proceso. Por su parte, el artículo 114 del mismo cuerpo normativo establece que cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Según TERÁN ORTEGA, se conoce con el nombre de carga probatoria dinámica a la doctrina que intenta doblegar la inflexibilidad de las reglas de la carga de la prueba, las cuales podrían producir problemas en su aplicación a determinados casos[191]. Así, esta figura, de aplicación excepcional, debería operar cuando es preciso hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que esté en mejor situación para aportar una prueba en concreto. De esta forma, según PEYRANO, esta teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos ajenos a su voluntad.[192]

Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba nos dice que la misma es una regla que permite determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a una de ellas le

---

[190] Jairo Manuel Parra Quijano, MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2004, p. 242. Citado por: Juliana Pérez Restrepo, LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA – DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD, 2011, Bogotá., p. 203

[191] Cfr. Wilfrido Édison Terán Ortega, Op. Cit., p. 87

[192] Jorge Peyrano, LINEAMIENTOS DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 22. Citado por: Terán Ortega, Op. Cit., p. 88

resulta más fácil suministrarla[193]. Así, IVANA AIRASCA señala que la regla general (a la cual nuestro ordenamiento jurídico se ha ceñido de acuerdo al artículo 114 del Código de Procedimiento Civil) obliga a quien alega un hecho a probarlo; sin embargo, en determinadas ocasiones acontece que la contraparte se encuentra en una mejor posición de comprobar la existencia o inexistencia de un hecho en concreto, razón por la cual es necesario desplazar el *onus probandi*[194] a la otra parte, al encontrarse aquella en mejores condiciones para hacerlo[195].

Ahora bien, como ya fuese mencionado en líneas anteriores, nuestra jurisprudencia ha concluido que el Código Civil ecuatoriano es seguidor de la teoría de la responsabilidad subjetiva, lo cual se traduce en que, ante un acto unilateral que hubiese provocado un daño a un tercero, será atribuible la responsabilidad civil extracontractual correspondiente solamente frente a actuaciones dolosas o culposas, eximiéndose de responsabilidad a aquellos actos dañosos cometidos por circunstancias ajenas a la concurrencia de la voluntad del sujeto (como acontece, por ejemplo, con las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor).

Así, le correspondería a la parte procesal que reclama la indemnización por la comisión de un daño probar el hecho doloso o culpable de su contraparte; no obstante aquello, en determinados casos, a fin de facilitar la práctica de pruebas, se presume la existencia de la culpa, correspondiéndole al demandado comprobar lo contrario.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia ha concluido que, en los casos de presunción de culpabilidad, el lesionado no debe probar la culpa del presunto responsable, siendo suficiente la acreditación de los hechos de los que la ley hace emanar la presunción; así, determinados los hechos queda determinada la culpa.[196]

---

[193] Martín Bermúdez Muñoz, EL FUTURO DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD: Revista Temas Jurídicos No. 11, 1995, p. 16. Citado por: Juliana Pérez Restrepo, Op. Cit., p. 207

[194] Locución latina relativa a la carga de la prueba

[195] Ivana María Airasca, REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, en Peyrano, Jorge Walter, Op. Cit., p. 136

[196] Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha, de la sentencia dictada por la sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y*

En otras palabras, opera una inversión en la carga de la prueba, toda vez que el demandado, bajo ciertos escenarios, se encontraría en una mejor posición que el actor en cuanto a poder comprobar o desvirtuar un hecho controvertido.

En este caso, le incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la víctima.[197] En consecuencia, se colige que quien quiera exonerarse de cualquier presunción de culpabilidad, debe probar que actuó con toda la diligencia debida, o que el daño provocado respondió a una circunstancia ajena a su voluntad. Es importante señalar que los presupuestos a través de los cuales se presumiría la culpabilidad, en observancia del principio de seguridad jurídica, deberían estar taxativamente establecidos en una norma jurídica, la cual, en atención al numeral 2 del artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador, debería ser una norma con rango de ley.

4.2. Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en línea al amparo de la legislación ecuatoriana

De acuerdo a las conclusiones arribadas en el tercer capítulo de la presente disertación, los proveedores de servicios en línea responden civilmente por las actuaciones infractoras de sus usuarios, directamente responsables de la violación del derecho de autor en el entorno digital. Partiendo del análisis jurídico realizado en los puntos anteriores, diremos que, de acuerdo a los preceptos de la teoría de la responsabilidad subjetiva, los proveedores de servicios en línea responderían ante actuaciones dolosas o culposas, que hubiesen provocado un daño a terceras personas.

En caso que un proveedor de servicios en línea no sea un proveedor de contenidos, la atribución de responsabilidad civil extracontractual, dadas las características del servicio

---

perjuicios, propuso contra Petroecuador. Gaceta Judicial serie XVII, N, 10, p. 3024. Citado por: Terán Ortega, Op. Cit., p. 90

[197] Cfr. Ibídem

prestado, se configuraría mayormente ante actuaciones donde se evidencie una ausencia de diligencia o cuidado; es decir, responderían civilmente por la comisión de un cuasidelito, dada la ausencia de provocar intencionalmente un daño. En primera instancia, de acuerdo a DE LA MAZA GAZMURI, cabría la posibilidad de utilizar el criterio de la culpa *in vigilando,* que frecuentemente ha sido utilizada con el objeto de atribuir la responsabilidad del empresario por el hecho de terceros[198].

La culpa *in vigilando* ha sido reconocida por el artículo 2220 del Código Civil, el cual establece que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado; a su vez, el artículo 2222 del mismo cuerpo normativo indica que los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.

Ahora bien, la culpa *in vigilando* requiere como presupuesto esencial para su configuración que el sujeto directamente infractor tenga una relación de dependencia o un vínculo de subordinación con el sujeto a quien podría atribuírsele la responsabilidad en cuestión; en el tema que nos ocupa, quien ha infringido los derechos de autor a través de los servicios prestados por un proveedor intermediario, no tiene con este último ninguna relación de subordinación o dependencia, razón por la cual se descartaría la aplicación de la culpa *in vigilando.*

Así, encontramos como segunda posibilidad el reconocer que el proveedor de servicios en línea respondería por su propia culpa. En primera instancia, dicha atribución podría derivarse de la omisión de su deber jurídico de vigilar el material almacenado y transmitido a través de sus portales; en un segundo escenario, el proveedor de servicios en línea podría responder civilmente por la falta de adopción de las medidas tendientes a evitar la comisión o continuación de la infracción, únicamente cuando hubiese tenido conocimiento de la actividad ilícita, siempre y cuando exista la infracción directa de sus usuarios.

---

[198] Cfr. Íñigo de la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 54-55

Como fuese mencionado en líneas anteriores, tanto la jurisprudencia como la legislación comparada han concluido que el proveedor de servicios en línea no se encuentra en la obligación de monitorear los contenidos que transitan por sus redes. De esta manera, es preciso determinar si, al amparo de la legislación ecuatoriana, se ha establecido o no la obligación a los proveedores de servicios en línea de controlar periódicamente los contenidos que transitan a través de sus redes, con el objeto de determinar su grado de responsabilidad por la infracción al derecho de autor por parte de sus usuarios.

4.2.1. Regulación de Internet por el Derecho de Telecomunicaciones

El artículo 1 de la Ley Especial de Telecomunicaciones señala que dicha norma jurídica tiene por objeto normar, en el territorio nacional, la instalación, operación, utilización y desarrollo de toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, sonidos e información de cualquier naturaleza; en concordancia con lo mencionado, el glosario de términos del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones define al término *telecomunicación* como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por líneas físicas, medios radioeléctricos, medios ópticos u otros medios electromagnéticos.

Así, en primer lugar, diremos que el derecho de telecomunicaciones regula la transmisión y recepción de contenidos por medios alámbricos como inalámbricos, más no los contenidos como tal.

De acuerdo al artículo 8 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, en concordancia con el artículo 3 de su Reglamento, los servicios de telecomunicaciones de dividen en servicios finales y servicios portadores; los primeros son aquellos que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, como por ejemplo los sistemas de telefonía fija o móvil. Los segundos, por su parte, aluden a los servicios de telecomunicación que proporcionan a terceras personas la capacidad necesaria para la transmisión de contenidos.

En cuanto a la regulación de los proveedores de servicios de Internet, encontramos que la Disposición Transitoria Primera del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones señala que el CONATEL deberá dictar la regulación de acceso a dicho servicio; hasta tanto, el acceso al mismo se podrá realizar a través de servicios finales o portadores.

En consonancia con lo mencionado, el artículo 11 de la mencionada norma jurídica indica que son servicios de valor agregado aquellos que utilizan servicios finales de telecomunicaciones e incorporan aplicaciones que permiten transformar el contenido de la información transmitida. Se puede colegir entonces que los servicios de Internet, al amparo de la legislación ecuatoriana, son considerados como servicios de valor agregado.

Así, encontramos que el artículo tercero del Reglamento para los Abonados/Clientes-Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones y de Valor Agregado, emitido por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones en el año 2012, define como prestador de servicios a toda persona natural o jurídica habilitada legalmente para la prestación y operación de los servicios de telecomunicaciones o de valor agregado (entre ellos, se encontrarían los proveedores de servicios de internet).

En cuanto a los derechos y obligaciones de los proveedores de servicios de internet como prestadores de servicios de valor agregado, el artículo 30 del Reglamento para la Prestación de Servicios de Valor Agregado claramente establece el deber de los mismos de garantizar la privacidad y confidencialidad del contenido de la información cursada a través de sus equipos y sistemas; en la misma línea, el segundo inciso del artículo 39 de la Ley Especial de Telecomunicaciones establece la prohibición expresa de interceptar, interferir, publicar o divulgar, sin consentimiento previo de los usuarios, la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones.

A su vez, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones ha establecido la prohibición a los prestadores de servicios de

interceptar, interferir, divulgar o publicar los contenidos transmitidos a través de sus equipos.

Como corolario del presente punto de desarrollo, se puede colegir que, al amparo del Derecho de Telecomunicaciones del Ecuador, se ha establecido claramente la prohibición a los proveedores de servicios de telecomunicaciones y de servicios de valor agregado (entre los cuales se encuentran los proveedores de servicios de internet), de interceptar o interferir los contenidos transmitidos por sus equipos; en consecuencia, dicha prohibición indicaría que los mismos no se encuentran en la obligación de monitorear los contenidos en cuestión, ya que aquello acarrearía consigo una transgresión al principio de inviolabilidad del secreto y privacidad del contenido de las telecomunicaciones[199].

4.2.2. Regulación de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador

Es válido recordar que, de acuerdo al análisis realizado en el capítulo anterior de la presente disertación, de acuerdo a la regulación normativa comparada, los proveedores de servicios en línea serán civilmente responsables por la infracción al derecho de autor cometida por sus usuarios, siempre y cuando hubiesen tenido conocimiento del acto infractor, tomando en cuenta que no se les ha impuesto a aquellos la obligación de revisar y examinar los contenidos transmitidos por los sujetos directamente infractores.

El legislador ecuatoriano, ha recogido, a breves rasgos, el criterio mencionado en el párrafo anterior, al establecer en el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual lo siguiente:

> *Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o*

[199] El segundo inciso del artículo 39 de la Ley Especial de Telecomunicaciones de la República del Ecuador textualmente establece que *el Estado garantiza el derecho al secreto y a la privacidad del contenido de las telecomunicaciones,* situación que eximiría a los proveedores de servicios en línea de controlar y monitorear periódicamente los contenidos transmitidos por sus usuarios.

jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en ésta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte[200].

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

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

En primer lugar, es necesario aclarar que, el legislador ecuatoriano ha reconocido expresamente la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por la infracción al derecho de autor cometida por sus usuarios. La responsabilidad de los agentes que faciliten o induzcan a la violación al derecho de autor, al ser de carácter *solidaria*, requeriría como presupuesto esencial la infracción directa por parte de un usuario de un proveedor de servicios en línea[201].

La solidaridad reconocida por nuestro legislador permitiría al titular de los derechos afectados iniciar un proceso judicial, tanto en contra del usuario directamente infractor, así como en contra del proveedor de servicios en línea, el cual se vería en la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios irrogados en su totalidad.

Ahora bien, el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual ha reconocido, a favor de los proveedores de servicios intermediarios, una serie de causales eximentes de responsabilidad, siempre y cuando lograsen demostrar que no tenían conocimiento de las

---

[200] Como ejemplo de este último presupuesto DE LA MAZA GAZMURI indica al caso de un proveedor de servicios en línea que aloje páginas que ofrecen archivos MP3; un aumento repentino en el tráfico de una página debería alertar al proveedor de servicios en línea sobre la posibilidad que el suscriptor o alguno de sus clientes esté ofreciendo archivos protegidos por el derecho de autor. Cfr. De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 45.
[201] Esteban Argudo Bustamante, Op. Cit., p. 94

actividades infractoras. A decir de ARGUDO BUSTAMANTE, solamente en el caso que los titulares de los derechos perjudicados hubiesen advertido al proveedor de servicios en línea sobre el carácter ilícito del contenido infractor alojado en su servidor y puesto en circulación a través de la red o cuando existan motivos suficientes para conocer de este hecho y el proveedor intermediario no hubiese tomado las acciones conducentes por eliminar el material infractor de su servidor o para bloquear su circulación, será solidariamente responsable por la comisión de la infracción.[202] En otras palabras, los proveedores de servicios en línea responderían por la ausencia de una diligencia o cuidado en su obrar, sin haber adoptado las medidas necesarias para evitar el daño bajo la condición de conocer que se está cometiendo un acto infractor.

4.2.3. Responsabilidad civil por la infracción del derecho de autor en Internet.

A decir de HERNÁN CORRAL TALCIANI, suele aceptarse en sede civil que las omisiones generan responsabilidad sólo cuando se encuentra legalmente establecido un deber de actuar[203]; como se ha mencionado ya tantas veces a lo largo del presente capítulo, los proveedores de servicios en línea, al amparo del régimen de telecomunicaciones ecuatoriano, debido a la existencia del principio de salvaguardia del secreto y privacidad del contenido de las telecomunicaciones, no se encontraría obligado a monitorear constantemente los materiales transmitidos a través de sus equipos.

No obstante aquello, de acuerdo al artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, una vez que hubiesen tenido conocimiento de la existencia de material infractor al derecho de autor, los proveedores de servicios en línea se encuentran en la obligación de adoptar las medidas necesarias para retirar el material infractor de sus portales, caso contrario podrían afrontar una acción por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su omisión.

---

[202] Cfr. Ibídem

[203] Hernán Corral Talciani, LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2003, p. 113. Citado por: De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 55

Ahora bien, en atención al artículo 1453 del Código Civil, las obligaciones se derivan, entre otros casos, de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como los delitos o los cuasidelitos. Partiendo del último fragmento del primer inciso del artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, se colige que la responsabilidad atribuible a un proveedor de servicios en línea encontraría su fundamento en una omisión en cuanto a su deber jurídico de obrar, más no en la intención positiva de irrogar un perjuicio a los autores de creaciones intelectuales. En consecuencia, con excepción de los casos en donde el proveedor de servicios en línea sea, a su vez, proveedor de contenidos, la acción en cuestión se derivaría por la comisión de un cuasidelito civil, más no por la ejecución de un acto positivo como tal.

De acuerdo al fallo de Casación de la ex Corte Suprema de Justicia mencionado en puntos anteriores, el Código Civil ecuatoriano es seguidor de la teoría de la responsabilidad subjetiva, lo cual implica que, con el objeto de atribuir responsabilidad civil a un proveedor de servicios en línea por la infracción del derecho de autor en Internet, de acuerdo a los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, le correspondería al titular de los derechos supuestamente infringidos probar que el proveedor de servicios intermediarios ha obrado de manera negligente y que, a pesar de tener pleno conocimiento de la actividad infractora (como por ejemplo, a través de una notificación de la existencia del contenido ilegal), con la omisión de su deber de diligencia y cuidado, ha coadyuvado a la infracción de los derechos del titular de una obra en concreto.

Así, considero que la teoría aplicable al caso en cuestión es la teoría de la responsabilidad subjetiva, toda vez que, de acuerdo al artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, se requiere de un obrar negligente por parte del operador intermediario para reconocer su responsabilidad civil.

Defender la teoría contraria (responsabilidad objetiva), implicaría señalar que un proveedor de servicios en línea sería jurídicamente responsable por la mera infracción a los derechos de autor en Internet, sin tomar en consideración la concurrencia del elemento volitivo referido con anterioridad o dejando de lado una serie de causales eximentes o

limitaciones y excepciones reconocidas en el ámbito del Derecho de Autor, como por ejemplo, la aplicación de la regla de los tres pasos, principio consagrado, tanto a nivel internacional como por la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador.

A su vez, considero que los proveedores de servicios en línea, dadas las características y tecnicidades del servicio prestado por aquellos, en un proceso judicial se encontrarían en una posición más favorable que los titulares de los derechos sobre una creación intelectual, respecto a comprobar que aquellos actuaron con la debida diligencia ante la existencia de material infractor almacenado o transmitido a través de sus equipos.

Subsecuentemente, como una excepción al precepto contenido en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, considero que, en aplicación de la teoría de la *carga de la prueba dinámica,* debería incorporarse al artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, la presunción de la culpabilidad de los proveedores de servicios en línea, la cual debería admitir toda prueba en contrario.

Asimismo, y debido a la falta de claridad acerca de las conductas que deberían asumir para evitar su potencial responsabilidad, considero adecuado incorporar una sección regulatoria a la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, que considere las causales de exención correspondientes de acuerdo a la naturaleza de los servicios prestados (como por ejemplo la mera transmisión, el almacenamiento temporal o el *webhousing).*

A su vez, estimo procedente reconocer, de manera clara e inequívoca, que los proveedores de servicios en línea no se encuentran en la obligación de monitorear y vigilar todos los materiales que transitan por sus equipos, con el objeto de verificar una eventual infracción a los derechos de autor; la posición mencionada se fundamenta en los altos costos operacionales que dicha obligación podría acarrear consigo, en detrimento del desarrollo de los portales de Internet.

Asimismo, el régimen de telecomunicaciones ecuatoriano ha reconocido el principio de inviolabilidad de los contenidos transmitidos por redes de telecomunicaciones, razón por

la cual se confirma que los proveedores de servicios intermediarios no se encuentran en la obligación de monitorear los contenidos.

Como se mencionó en el capítulo III de la presente disertación, la DMCA estadounidense ha establecido el procedimiento de notificación, contra-notificación y retiro del material infractor de Internet; la DMCA exige al proveedor de servicios en línea a retirar rápidamente el material una vez que hubiese sido notificado por parte del supuestamente afectado, inclusive antes de avisar a quien proveyó el contenido.[204]

Parecería ser que el legislador ecuatoriano, en el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, se ha decantado por el sistema de notificación estadounidense, sin haberse establecido reglas claras para dicha comunicación, al señalar solamente que un proveedor de servicios en línea *ha sido advertido de la posibilidad de la infracción cuando se le ha dado noticia debidamente fundamentada sobre ella.* Así, como solución alternativa considero adecuado determinar que la notificación debería ser realizada ante una instancia administrativa imparcial (como la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual). Es importante tomar en consideración que la Directiva europea sobre Comercio Electrónico, en lugar del procedimiento recogido por la DMCA ha previsto la figura del conocimiento efectivo de la existencia de un contenido o actividad infractora; a mi modo de ver, dicho conocimiento efectivo operaría cuando una autoridad competente hubiese notificado legalmente al proveedor de servicios en línea acerca de la infracción, con la correspondiente solicitud de retiro o bloqueo de la misma.

[204] De la Maza Gazmuri, Op. Cit., p. 63

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia, se han ido estableciendo una serie de normas sociales dentro de los diferentes grupos humanos, principalmente tendientes a garantizar la convivencia pacífica entre los miembros de los mismos; así, es lógico inferir que las relaciones humanas, constituidas por una serie de factores económicos, políticos y culturales, se han convertido en el principal fundamento del surgimiento del Derecho. Consecuentemente, es unánime la postura de considerar que el mismo tiene un carácter eminentemente social.

En base a la locución latina *ubi societas, ibi ius*[205], se puede manifestar que el Derecho se encuentra íntimamente vinculado con la realidad social. Primeramente, considero que no se podría concebir una sociedad sin un conjunto normativo que establezca un orden social, al limitar la conducta de las personas para garantizar la interrelación entre las mismas; de la misma manera, se puede argumentar que el Derecho es un fenómeno social, inaplicable sin la alteridad característica de las relaciones humanas.

Consecuentemente, al regular la conducta y el comportamiento de los individuos dentro de un grupo social, el Derecho se ha convertido en el principal instrumento de organización social, razón por la cual, se debe propender a adecuar las normas jurídicas a las necesidades surgidas dentro de los diferentes grupos sociales.[206]

Gracias al fenómeno de la globalización, el Derecho ha tenido que adaptarse a un vertiginoso cambio en las relaciones sociales; por tanto, debido al enorme impacto del desarrollo y crecimiento tecnológico, así como con el advenimiento de la revolución digital,

---

[205] Aforismo latino que traducido al español significa: 'Donde hay sociedad, hay Derecho'.

[206] Lo aludido puede ser considerado como el principal fundamento para el surgimiento de todas las ramas del Derecho; así, podemos manifestar que las necesidades sociales han motivado, desde la aparición del *Ius Civile* romano, emergido para regular las relaciones sociales entre los ciudadanos romanos dentro de la *civitas romana,* hasta las más novedosas áreas jurídicas existentes en la actualidad, como el Derecho Minero, Aeronáutico y Espacial.

ha surgido la imperiosa necesidad de regular una serie de realidades, hechos y acontecimientos trascendentales en la actualidad. Dentro de la aldea global actual, el desarrollo de las tecnologías de la información ha dado paso a un nuevo modelo económico, social y cultural, el cual requiere de un régimen jurídico adecuado para su protección. Esto, con el objetivo de garantizar la aplicación del principio de seguridad jurídica a los ciudadanos, reconocido constitucionalmente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El Derecho de Autor es una de las principales ramas jurídicas que se ha visto en la imperiosa necesidad de adecuar sus preceptos a la vertiginosa evolución de la tecnología, toda vez que sus normas tradicionales, surgidas en un contexto muy distinto al actual, han mostrado ser insuficientes en la protección de los autores en el entorno digital.

A su vez, la revolución digital ha generado consigo el surgimiento de nuevos tipos de obras, tales como los programas de ordenador y las obras multimedia. Esta última, a diferencia de la primera, no ha sido objeto de regulación por parte de la Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador.

A diferencia de la tecnología analógica, en donde se requería de un soporte material para difundir las obras surgidas como producto del intelecto de sus autores, la irrupción de la revolución digital ha permitido la difusión de obras a gran escala, siendo las mismas accesibles desde cualquier lugar del planeta. Como ejemplo de lo mencionado, encontramos la difusión de obras a través de los *streaming channels* o en uso de las redes *peer to peer.*

Como consecuencia del creciente desarrollo tecnológico, han surgido una serie de agentes que actúan en calidad de intermediarios en la emisión y recepción de los contenidos transmitidos en Internet; dichos agentes son los proveedores de servicios en línea (ISP por sus siglas en Inglés), quienes muchas veces alojan o permiten la circulación de contenidos que infringen los derechos de autor de terceras personas.

De esta manera, tanto a través de la resolución de conflictos sometidos a instancias judiciales, así como a través de la dictación de legislación particular, a nivel internacional se ha pretendido establecer un régimen de responsabilidad a los proveedores de servicios en línea.

La Jurisprudencia estadounidense, con el objeto de velar por la protección de los derechos derivados de creaciones intelectuales, ha considerado que, más allá de la responsabilidad directa atribuible a los usuarios de los portales intermediarios, estos últimos también podrían ser considerados indirectamente responsables, estando sujetos, en consecuencia, al resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a los autores.

Dicha responsabilidad indirecta encuentra su fundamento en la ausencia de adopción de las medidas correctivas tendientes a evitar el inicio o la continuación de la actividad infractora a los derechos de autor, al *copyright* de los autores.

La responsabilidad vicaria es una especie del género de la responsabilidad indirecta que se produce cuando el proveedor de servicios en línea tiene un interés financiero generado por las acciones violatorias al derecho de autor; además, se requiere que aquél, poseyendo la habilidad de controlar los actos del infractor, hubiese incumplido con su deber jurídico de obrar. Sin verificarse estos dos requisitos, la responsabilidad vicaria no podrá ser atribuible a un ISP

La Responsabilidad Contributiva es otra especie del género de la responsabilidad indirecta, la cual no requiere de la comisión personal de la infracción, aunque sí del conocimiento y la contribución material al tercero infractor. Es decir, se configuraría esta especie de responsabilidad indirecta cuando un proveedor de servicios en línea ha cooperado a la infracción directa de los derechos de autor por parte de sus usuarios finales, solamente si él conocía o debía conocer acerca de la infracción, y no hizo nada al respecto, como sería el caso en que un ISP hubiese recibido una notificación.

La jurisprudencia francesa se ha decantado, en la mayoría de los casos resueltos, por la atribución de responsabilidad a los proveedores intermediarios en base a la falta de

adopción de medidas tendientes a la protección de los derechos sobre materiales protegidos, tales como el retiro del contenido infractor de sus servidores cuando hubiesen tenido conocimiento que los mismos vulneran los derechos de una tercera persona; en consecuencia, la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea según la jurisprudencia francesa es, a su vez, una responsabilidad indirecta, derivada de la falta de cumplimiento de un deber de vigilancia, la cual requiere como presupuesto esencial la infracción directa por parte de uno de sus usuarios.

En el derecho francés no existen aún parámetros claros de evaluación en cuanto a la atribución de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, a diferencia de la regulación estadounidense, donde, inclusive, se ha llegado a establecer una serie de teorías con presupuestos claramente definidos, con el objeto de atribuir responsabilidad a los IPS's por las actuaciones ilícitas de sus usuarios.

Por su parte, a través de la DMCA, la legislación estadounidense ha establecido una serie de causales eximentes de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, atendiendo a la naturaleza y características específicas de los servicios brindados por los proveedores intermediarios. Similar regulación ha sido plasmada en la Directiva europea sobre Comercio Electrónico.

La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea ha sido regulada por el artículo 292 de La Ley de Propiedad Intelectual de la República del Ecuador, señalando que tendrán responsabilidad solidaria los operadores que tengan el control de un sistema informático a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio a los derechos de autor, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte. Los proveedores se eximirán de responsabilidad si hubiesen adoptado las medidas adecuadas para evitar que la infracción se produzca o continúe.

A su vez, con el objeto de atribución de responsabilidad civil extracontractual, nuestra jurisprudencia considera que la negligencia es aquella omisión más o menos

voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo.

Así, aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. En consecuencia, por la omisión a su deber jurídico de obrar, los proveedores de servicios en línea incurrirían en la comisión de un cuasidelito civil, ante la ausencia de adopción de medidas diligentes para impedir el efecto perjudicial a los autores, a pesar de no mediar la intención positiva de causar un daño.

5.2. RECOMENDACIONES

Los proveedores de servicios en línea, dadas las características y tecnicidades del servicio prestado por aquellos, en un proceso judicial se encontrarían en una posición más favorable que los titulares de los derechos sobre una creación intelectual, respecto a comprobar que aquellos actuaron con la debida diligencia ante la existencia de material infractor almacenado o transmitido a través de sus equipos.

Subsecuentemente, como una excepción al precepto contenido en el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, considero que, en aplicación de la teoría de la *carga de la prueba dinámica,* debería incorporarse al artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, la presunción de la culpabilidad de los proveedores de servicios en línea, la cual debería admitir toda prueba en contrario.

Como complemento al proceso de notificación establecido por el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, considero adecuado determinar que la notificación debería ser realizada por una instancia administrativa imparcial (como la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual). Así, el reconocimiento del conocimiento efectivo operaría solamente cuando una autoridad competente hubiese notificado legalmente al proveedor de servicios en línea acerca de la infracción, con la correspondiente solicitud de retiro o bloqueo de la misma.

Asimismo, y debido a la falta de claridad acerca de las conductas que deberían asumir para evitar su potencial responsabilidad, considero adecuado incorporar una sección regulatoria a la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, que considere las causales de exención correspondientes de acuerdo a la naturaleza de los servicios prestados (como por ejemplo la mera transmisión, el almacenamiento temporal o el *webhousing).*

A su vez, estimo procedente el reconocimiento a nivel de la Ley de Propiedad Intelectual, de manera clara e inequívoca, que los proveedores de servicios en línea no se encuentran en la obligación de monitorear y vigilar todos los materiales que transitan por

sus equipos, con el objeto de verificar una eventual infracción a los derechos de autor; la posición mencionada se fundamenta en los altos costos operacionales que dicha obligación podría acarrear consigo, en detrimento del desarrollo de los portales de Internet, así como en el principio de la inviolabilidad de los contenidos transmitidos en uso de las telecomunicaciones, de acuerdo al régimen aplicable en nuestro país.

Para tales efectos, considero que Ecuador debería tomar como fuente a las legislaciones norteamericana y europea, con el objeto de desarrollar un sistema normativo que tenga por objeto establecer un régimen adecuado respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, incluyéndose, además de todos los puntos recomendados en líneas anteriores, la obligación al proveedor de servicios en línea de identificar al infractor directo, con el objeto de responsabilizarlo por sus actividades ilícitas.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía escrita:

Aguilar Jeréz, R, MANUAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS COENXOS, Managua, 2006

Alvarado Baena, Vivian, EL DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS ADMINISTRADOS POR LA OMPI Y EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDOS SOBRE LOS ADPIC). Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual en frontera, Bogotá, 2002.

Antequera Parilli, Ricardo, EL DERECHO DE AUTOR, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1996.

Antequera Parilli, Ricardo, EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL, artículo contenido dentro de la obra: Derecho Informático y Telecomunicaciones. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2002

AntequeraParilli, Ricardo, IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS INCLUIDAS EN EL WCT Y EN EL WPPT, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2002

Antequera Parilli,Ricardo, MANUAL PARA LA ENSEÑANZA VIRTUAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, Santo Domingo, 2001

Argudo Bustamante, Esteban, MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA LOS AUTORES, ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y PRODUCTORES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. Tesis, Universidad de las Américas, 2010

Argudo Carpio, Esteban, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Revista Ruptura No. 49, Quito

Ayllón Santiago, Héctor, EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DIRECTA, Ed. Reus, Madrid, 2011

Barros Bourie, Enrique, TRATADO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2006

Bermúdez Muñoz, Martín, EL FUTURO DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD: Revista Temas Jurídicos No. 11, 1995

Bracamonte Ortiz, Guillermo LOS DERECHOS PATRIMONIALES (PARTE I). EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN. Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A

Bercovitz, Alberto, RIESGOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES, LA QUIEBRA DE LOS CONCEPTOS TRADICIONALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL. SOLUCIONES JURÍDICAS. Artículo publicado en el Libro: "El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías". Ministerio de Cultura, Madrid, p- 71

Bustamante Alarcón,Reynaldo, EL DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DE UN PROCESO JUSTO, ARA Editores, Lima

Caballero Leal, José Luis, ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DISTRIBUCIÓN EN LÍNEA DE OBRAS LITERARIAS, MUSICALES, AUDIOVISUALES, BASES DE DATOS, PRODUCCIONES MULTIMEDIA. Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos. La Propiedad Intelectual, un canal para el Desarrollo, Ciudad de Panamá

Cabanellas, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Tomo I, Bs. As., Heliasta, 2003.

Cerlalc, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, Organización de la UNESCO, 2008

Correa, Hernán, RETOS DEL ENTORNO DIGITAL AL RÉGIMEN DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC, UNESCO, Universidad de los Andes. Bogotá, 2007

De la Maza Gazmuri, Íñigo, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET POR INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

De la Puente, Esteban, EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN, VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Asunción, 1993

De Trazegnies, Fernando, LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL TOMO I, Bogotá, Temis, 1999

Delgado Porras, Antonio, LAS PRODUCCIONES MULTIMEDIA: ¿UN NUEVO GÉNERO DE OBRAS? Ponencia recogida en el Libro Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, Tomo I

DevisEchandía,Hernando, TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL TOMO I, Bogotá, Temis, 2002

Ficsor,Mihály, LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN EL ENTORNO DIGITAL, Ponencia recogida en el Libro de Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2004

Goldstein, M, DERECHO DE AUTOR, PROTECCIÓN JURÍDICA A LA CREATIVIDAD. OBJETOS PROTEGIDOS. SUJETOS DE DERECHO, NEGOCIACIONES PATRIMONIALES. DERECHOS CONEXOS. Unesco, Buenos Aires, 1995

González Gozalo, Alfonso, LA NOCIÓN DE OBRA AUDIOVISUAL EN EL DERECHO DE AUTOR, Revista de Propiedad Intelectual No. 7, Madrid, 2001

Herrera Sierpe, Dina, PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE AUTOR (LEY No. 17.336 y sus modificaciones), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999

Lipzic, Delia, DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Cerlarlc, Zavalia, Buenos Aires, 1993.

Lipzyc, Delia, LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS Y DEL PROVEEDOR DE ACCESO, Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos desde la perspectiva de su Gestión Colectiva, 2000

Lipszyc, Delia, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: El derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, Asunción, 2005

Masaguer, José, LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA, Ponencia recogida en el Libro Memorias del IV Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Panamá, 2004

MEMORIAL DEL X CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES (DEL AUTOR, EL ARTISTA Y EL PRODUCTOR), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A.

MEMORIA DEL SEMINARIO REGIONAL DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PERIODISTAS Y COMUNICADORES SOCIALES DE AMÉRICA LATINA, Bogotá, 1997.

Niño Hernández, Fanny Patricia, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR COMETIDAS POR SUS USUARIOS – TESIS DOCTORAL, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010

Parra Quijano, Jairo Manuel, MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2004, p. 242. Citado por: Juliana Pérez Restrepo, LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA – DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD, 2011, Bogotá

Peyrano,Jorge, LINEAMIENTOS DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2008

Peña López, José María, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO DE DAÑOS, Barcelona, Cálamo, 2004

Piñero Ugarte, Lorena, RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs POR VIOLACIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y CHILE, Revista Chilena de Derecho Informático, Universidad de Chile, Santiago

Plata López, Luis Carlos, RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR, Ed. Uninorte, Bogotá, 2010

Rebello, Catarina, EL DERECHO MORAL EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO, SU NATURALEZA Y CONTENIDO. Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A

Rivera Rivero, Annelise, DERECHOS DE AUTOR EN LOS SERVICIOS DE TRANSMISIÓN POR INTERNET, U.P.R. Business LawJournal, Vol. 4

Santiago, Vanisa, LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS EN LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS. Octavo curso académico regional de la OMPI / SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra, 2001

Santiago, Vanisa, LOS DERECHOS PATRIMONIALES (PARTE I): EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA. Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A., p. 69.

Schuster, Santiago, EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN, Ponencia contenida dentro del Memorial del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), 1995, Quito, Xerox del Ecuador S.A

Schuster, Santiago, EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MUNDO DIGITAL, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos. OMPI, 1997

Schuster, Santiago, LA RESPONSAIBLIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LÍNEA, Ponencia recogida en el Libro Memorias del Congreso Internacional "El

Derecho de Autor ante los desafíos del mundo cambiante: Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc", Lima, 2006

Secretaría del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS ASUNTOS QUE PODRÁN SER OBJETO DE DEBATE EN EL COMITÉ PERMANENTE, Ginebra, 2002

Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador, PLIEGO TARIFARIO QUE CON CARÁCTER OBLIGATORIO ESTABLECE, COMO DERECHOS ECONOMICOS POR DERECHOS DE AUTOR, LA CUANTÍA MÍNIMA LEGAL A PAGARSE POR LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS QUE CONFORMAN SU REPERTORIO; Acápite IV. R.O. 290, del día 22 de marzo del 2001

Terán Ortega, Wilfrido Édison, EL DAÑO EXTRACONTRACTUAL (TESIS DOCTORAL), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009

Ugarteche Villacorta, Rubén,EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA. Congreso Internacional El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la profesora Delia Lipszyc. Lima, 24-27 de abril del 2006. Ed Palestra

Unchtenahgen, Ulrich, EL DERECHO MORAL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre derechos de autor y derechos conexos, Montevideo

Varela Pezzano, Eduardo Secondo, LAS TECNOLOGÍAS PEER TO PEER, LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL COPYRIGHT, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009

Vásquez,Víctor, LA PROHIBICIÓN DE ELUDIR. LOS MEDIOS DE ELUSIÓN", Ponencia recogida en el Libro de Memorias del Congreso Internacional: El Derecho de Autor ante los Desafíos del Mundo Cambiante, Palestra Editores, Lima, 2006

Villalba, Carlos Alberto, EL CONTROL DEL AUTOR SOBRE LA UTILIZACIÓN DE EJEMPLARES DE SU OBRA, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991

Internet

Antequera, Ricardo. PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Internet. http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop.int/curso.htm

Castro Bonilla, Alejandra. Contenido del Derecho de Autor en Internet, Internet. http://www.informaticajuridica.com/trabajos/Contenido_del_derecho_de_Autor_en_Internet.asp

Conde Gutierrez, Carlos Augusto, Copyrights y Derechos Morales de Autor: La Experiencia Del CommonLaw En El Reino Unido (Copyrights and Moral Rights: TheExperience of theCommonLaw in the UK) (November 30, 2011). La Propiedad Inmaterial, No. 15, 2011. Internet.http://ssrn.com/abstract=1966592

Cuadros, Alfonso, Derechos Patrimoniales de Reproducción y Comunicación Pública del Autor en Internet: Intercambio de Archivos Digitales a través de las Redes P2P, Internet, http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/27/27_19a28derechos_patr.pdf

Emery, Miguel Ángel, Usos ilícitos en Internet. Los casos: Napster – EasyCyber Café-Verizon, Internet. http://www.cadra.org.ar/upload/Emery_Usos_Ilicitos_en_Internet.pdf

Fernández Molina, Carlos y Peis, Eduardo, LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN UN ENTORNO ELECTRÓNICO, Fesabid 98, Vi Jornadas Españolas de Documentación. Internet. http://www.ciepi.org/fesabid98/Comunicaciones/jc_fernandez.htm

Gatica Rodríguez, María Paz, LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR EN EL ENTORNO DE LAS REDES DIGITALES.
Internet. http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-gatica_m/html/index-frames.html

Gómez, Andrés, El Delito Informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución. El Convenio de Budapest.
Internet.http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/diaz.pdf.

González Velásquez José Raúl, Responsabilidad Jurídica por la Distribución de Obras a través de Programas P2P y StreamChannels.
Internet.http://www.abogadoraulgonzalez.com/images/stories/Prop-Int/Resp-%20Jca%20Der-Dist-O-Prog-P2P-Stream-Ch-(CNR).pdf

Grijalva, Agustín, Las dos caras de las NTIC y de la Propiedad Intelectual.
Internet. http://www.flacso.org.ec/docs/sfintgrijalva.pdf

Isaksson Nicolás, OrtegaGiancarlos y Velásquez Juan David, LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.
Internet.http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=918382

OMPI, El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el entorno digital.
Internet.http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_13.pdf

Perry Barlow, John THE ECONOMY OF IDEAS: A FRAMEWORK FOR RETHINKING PATENTS AND COPYRIGHTS IN THE DIGITAL AGE (EVERYTHING YOU KNOW ABOUT INTELLECTUAL PROPERTY IS WRONG). RevistaWired, 1994.
Internet http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html

Real Academia de la Lengua, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Internet. http://lema.rae.es/drae/?val=p%C3%Bablico

Rodríguez, Marco, Los nuevos desafíos de los derechos de autor en Ecuador, Internet. http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/214/1/SM78-Rodr%C3%ADguez-Los%20nuevos%20desaf%C3%ADos%20de%20los%20derechos%20de%20autor%20en%20el%20Ecuador.pdf

Supreme Court of the United States, Exp. 04-480, Metro-Goldyn Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd. [Internet] http://www.casebriefs.com/blog/law/property/property-law-keyed-to-singer/intellectual-property/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-mgm-v-grokster-ltd/

United States Court of Appeals fot the Ninth Circuit, No. 00-16401, D.C. No.CV-99-05183-MHP. A&M Records, Inc (Plaintiff) v. Napster, Inc (Defendant-Appellant). [Internet] http://tcotrel.tripod.com/napster1.html

Villalba, Carlos, La propiedad intelectual – El Derecho de Autor- Internet. http://www.cadra.org.ar/upload/Peiretti_Registro_DNDA.pdf

Vega Jaramillo, Alfredo, Manual de Derecho de Autor, Internet.http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones/Cartilla%20derecho%20de%20autor%20(Alfredo%20Vega).pdf

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, PAÚL OSWALDO NOBOA VELASCO, C.I. 171548103-0 autor del trabajo de graduación intitulado: EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ISP'S POR SU INFRACCIÓN EN INTERNET, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** 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, 10 DE FEBRERO DE 2014.

FIRMA Y CÉDULA

171548103-0.



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

CÉDULA DE CIUDADANÍA

171548103-0

APELLIDOS Y NOMBRES
NOBOA VELASCO
PAUL OSWALDO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1990-06-16
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL Soltero



INSTRUCCIÓN
SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

E3343I2244

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
NOBOA LEON PAUL STEFAN

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VELASCO DAVILA NANCY J

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2011-06-28

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-06-28

000682167

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 17-FEB-2013

017

017 - 0229
NÚMERO DE CERTIFICADO

1715481030
CÉDULA

NOBOA VELASCO PAUL OSWALDO

PICHINCHA
PROVINCIA

QUITO
CANTÓN

CIRCUNSCRIPCIÓN 1
BELISARIO QUEVEDO
PARROQUIA

LA GASCA
ZONA

f.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA