PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR ANTE LA CONVERSIÓN MASIVA A PLATAFORMAS DIGITALES DE OBRAS ARTÍSTICAS Y ACADÉMICAS; Y SU RÁPIDA DISTRIBUCIÓN EN INTERNET"

DANIEL ALEJANDRO TROYA SHERDEK

DIRECTOR: DR. ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO, 2017

Quito, D.M. a 3 de julio de 2017

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

De mi consideración:

El trabajo de disertación denominado "Aplicabilidad de los derechos de autor ante la conversión masiva a las plataformas digitales de obras artísticas y académicas; y su rápida distribución en internet", realizado por el señor Alejandro Troya Sherdek, presenta un análisis interesante respecto del derecho de autor frente a las nuevas tecnologías, toda vez que en la sociedad de la información la manera de acceder a las obras ha cambiado profundamente.

En el desarrollo del trabajo de titulación, se hace un análisis descriptivo tanto de ciertas nociones generales de la propiedad intelectual, abordando tanto la normativa nacional como la internacional, sin embargo y considerando la temática de la que trata no se refiere al derecho de puesta a disposición, englobándolo aparentemente dentro del derecho de comunicación pública de las obras.

Por otro lado y si bien resulta interesante e importante el estudio de los casos señalados, durante el desarrollo de la tesina, no se realiza un análisis detenido sobre la nueva normativa nacional. Por las razones expuestas, luego de haber revisado la disertación, la califico con un puntaje de 8/10.

Atentamente,

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

Lcdo: Por favor agregar a la carpeta del postulante. Gracias 04/07/2017

Quito, a 4 de julio de 2017

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 036-SJG-2017 de 12 de mayo de 2017, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada "**APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR ANTE LA CONVERSIÓN MASIVA A PLATAFORMAS DIGITALES DE OBRAS ARTÍSTICAS Y ACADÉMICAS Y SU RÁPIDA DISTRIBUCIÓN EN INTERNET**", elaborada por el señor **ALEJANDRO DANIEL TROYA SHERDEK**, previo a la obtención del título de Abogado, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos formales necesarios en este tipo de investigaciones. La investigación analiza los ciertos aspectos de la normativa nacional de Derechos de Autor vigente hasta el 9 de diciembre del año 2016. El planteamiento desde la óptica de la propiedad intelectual aporta una perspectiva interesante y nos introduce en el debate sobre los diversos mecanismos protección de los Derechos de Autor en Internet.

Si bien la investigación no se acopla a la legislación actual, lo cual resulta relevante respecto de la tesis propuesta, tal hecho no afecta en su conjunto a la investigación que ha sido desarrollada con seriedad, por lo que considero que cumple con los requisitos propios de una investigación de este nivel.

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

Atentamente,

Msc. Byron Robayo Arroyo
PROFESOR INFORMANTE

DEDICATORIA

A todo aquel que se rehúsa a aceptar que algo sea imposible, improbable o inlograble.

A todo aquel que hace de lo imposible algo cierto, de lo improbable un reto, y de lo inlograble una forma de vida.

A todo aquel quien, por lo descrito, considero mi amigo.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por asegurarse que nada me falte a lo largo de mi vida, y por ser mis guías y compañeros en todos mis logros.

A mis compañeros, sobre todo a aquellos que, de ser compañeros, llegaron a ser mis amigos y pelearon a mi lado las incontables batallas de la vida académica.

A Melissa; quien, a pesar de todos los retos académicos, y personales, a los cuales nos hemos enfrentado nunca dejo de demostrarme su cariño y amistad incondicional.

A Vero, por su amor, paciencia y apoyo ilimitado, no solo durante el desarrollo de la presente sino en incontables otras circunstancias.

A mis profesores, por compartir su conocimiento y aportar a mi crecimiento.

Al Dr. Esteban Argudo Carpio, por su tiempo y apoyo en el desarrollo de la presente; por permitirme familiarizarme y encariñarme con una materia tan compleja y fascinante como lo es la propiedad intelectual.

ABSTRACT

This dissertation will lightly analyze some legal institutions regarding author's royalties (copyright understood as the set of rights every author has over his or her creations). Furthermore, this dissertation will study the social phenomena, regarding digitalizing, information exchange in the Internet, and ways to regularize the digital content in the Internet. This analysis will allow authors to set better mechanisms in pursue of their rights. Then it will consider the existing legal precepts around the mentioned subjects; this part will include local and international norms. Finally, we will propose possible solutions to the problems the aforementioned institutions must face, brought by the Digital Era.

RESUMEN

La presente disertación analizará de manera sucinta las instituciones jurídicas del Derecho de Autor. A continuación, se estudiarán los fenómenos sociales como son la digitalización, el intercambio de información en el internet y las formas de regularizar el contenido en dicho medio; análisis que permitiría a los autores planear mecanismos para un ejercicio más eficaz de sus derechos. Posteriormente se hará un estudio de la normatividad vigente alrededor de los temas mencionados, tanto a nivel nacional como internacional. Para así, finalmente, determinar que posibles soluciones podrían proponerse ante los problemas multidisciplinarios a los que se enfrentan los Derechos de Autor en la Era Digital.

NOTA DEL AUTOR

LA PRESENTE DISERTACIÓN FUE DESARROLLADA BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, EN EL TRANSCURSO DEL DESARROLLO FUE APROBADO EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN.

SU CONTENIDO NO ALTERA SUSTANCIALMENTE EL DESARROLLO DE LA PRESENTE DISERTACIÓN POR VERSAR SOBRE TEMAS ESENCIALES E INSTITUCIONES COMUNES EN LO RELATIVO A DERECHOS DE AUTOR.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS iv

TABLA DE CONTENIDOS 1

RESUMEN vi

ABSTRACT v

1. INTRODUCCIÓN 3

2. DESARROLLO DEL CONTENIDO 9

2.1. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 9

2.1.1. DEFINICIÓN 9

2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR 10

2.1.3. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR 13

2.1.3.1. DERECHOS MORALES 13

2.1.3.2. DERECHOS PATRIMONIALES 17

2.1.4. TITULARIDAD Y OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR 18

2.1.4.1. AUTORÍA Y TITULARIDAD 18

2.1.4.2. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR 20

2.1.5. FORMAS DE EXPLOTACIÓN DE LA OBRA 25

2.1.5.1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN 26

2.1.5.2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA 27

2.1.5.3. DERECHO DE DISTRIBUCIÓN 28

2.1.5.4. DERECHO DE TRANSFORMACIÓN 29

2.1.5.5. DERECHO DE IMPORTACIÓN 30

2.1.5.6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN (DROIT DE SUITE) 30

2.1.6. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES DEL DERECHO DE AUTOR 31

2.1.6.1. DURACIÓN 31

2.1.6.2. USO HONRADO 32
2.2. PROBLEMAS EN LA ERA DIGITAL 35
2.2.1. DIGITALIZACIÓN E INTERNET – HISTORIA Y CONCEPTOS 35
2.2.2. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN INTERNET 40
2.2.3. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN EN INTERNET 45
2.3. NORMAS CONTENIDAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR 52
2.3.1. TRATADOS INTERNACIONALES 53
2.3.1.1. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y TRATADO DE LA OMPI SOBRE LA INTERPRETACIÓN o EJECUCIÓN DE FONOGRAMAS 55
2.3.1.2. APORTES DE LA COMUNIDAD EUROPEA 57
2.3.2. MEDIDAS ADOPTADAS EN OTRAS LEGISLACIONES 60
2.3.3. CASOS DE INTERÉS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL 66
MEGAUPLOAD 66
NINTENDO 70
VÉLEZ MURILLO 73
2.4. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS RELATIVAS A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICAS 79
2.4.1. ENTREVISTA A UN ESPECIALISTA EN SEGURIDAD DE LA INFORMACIÒN 79
2.4.2. ENTREVISTA A UN FUNCIONARIO DEL IEPI 83
2.4.3. Entrevista a proveedor no autorizado de contenido 89
3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 94
BIBLIOGRAFÍA 99

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente estudio se tratará sobre la eficacia de la que gozan las instituciones de derechos de autor para precautelar los derechos de autoría y demás derechos vinculados de los autores de obras académicas y artísticas; enfocado alrededor de los problemas de la digitalización masiva de dichas obras, sin importar su soporte original, y las facilidades para compartir la información digitalizada a través del Internet. Se pondrá a consideración del lector posibles soluciones que puedan viabilizar de mejor manera la protección de la autoría en respuesta a los problemas planteados.

Para poder estudiar y entender a cabalidad este problema jurídico, es necesario inmiscuirse en el ámbito social y comprobar cuáles son las tendencias alrededor de la obtención de contenido digital; esto es a través de "piratería"[1] digital o por medios legales propios de la era. Esto no sólo a nivel local, sino regional e inclusive global, teniendo en cuenta que desde la era digital hasta la del conocimiento todo se ha centrado en la distribución y obtención de información de la manera más rápida y accesible posible. (ROEL, 1998)

Como marco normativo, se tendrán en cuenta los tratados internacionales que regulen aspectos jurídicos relativos a los Derechos de Autor, así como legislación comparada de países que admitan diversos tipos de licencias. Sin embargo y por tratarse el problema de la distribución de información por Internet, no se puede delimitar en concreto el alcance espacial que se puede lograr ya que se debe considerar tendencias generales del mundo y la comunidad virtual.

Para fines didácticos, nos remontaremos a la invención del telégrafo y del teléfono ya que estos fueron los primeros medios que permitían transmitir información de manera casi inmediata a través de largas distancias, algo nunca antes pensado.

[1] Para los fines del estudio se considerará como piratería cualquier acto a través del cual se violen los derechos de autor o se distribuya información inobservando las condiciones establecidas por los autores en sus licencias; de igual manera el término podrá usarse como sustantivo para referirse al producto de estos actos.

Las diferentes y nuevas tecnologías se fueron desarrollando con esto en mente: la velocidad y la eficiencia a la que debe ajustarse el manejo de la información. Así fueron surgiendo diferentes inventos que hasta el momento de esta disertación permiten al hombre comunicarse en cuestión de segundos con alguien que está del otro lado del mundo. Usuarios realmente ávidos de conocimiento, ávidos de obtener la mayor cantidad de información en el menor tiempo posible, un fenómeno sobre todo acentuado en las últimas generaciones. Esto, sumado a la accesibilidad de la que goza el internet en la actualidad, permite que personas a lo largo de todo el globo compartan todo tipo de información sin restricciones; o de existir restricciones, estas resulten poco efectivas.

Los fenómenos fácticos que se estudiarán derivan del comportamiento humano y la necesidad de respuesta ante los cambios coyunturales. El principal hito a analizar, y que ha motivado este estudio, es el paso de la era digital a la era de la economía del conocimiento. También, el boom tecnológico de finales del siglo XX y principios del XXI, mismo que ha moldeado el estilo de vida de todas las personas hasta volverse casi indispensable en todos los ámbitos del accionar humano. Se considerará qué cambios se suscitaron y cómo se dio lugar a nuestro siguiente hito sobre el cual ya se estudiará a detalle, refiriéndonos a las tendencias de digitalización masiva de la información. A pesar de que esto no es un problema per se, la mentalidad y el accionar de las nuevas generaciones hacen que sea necesario enfocar de mejor manera los derechos de autor para que puedan responder igual de rápido que los cambios. Se tendrá en cuenta la evolución histórica de los derechos de autor para que sea más factible plantear una solución que satisfaga tanto a autores como a consumidores de contenido digital.

El problema que nos atañe aparece a mediados del siglo XIX, al iniciar lo que ahora se conoce como la Era de la Información; si bien este período de la historia humana inicia con la invención del telégrafo, alcanza su cúspide con el auge del internet a partir de la década de los 90. El valor de la información digital atraviesa

su apogeo cuando la misma empieza a viajar a mayor velocidad que otros medios físicos antes usados.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el acto de digitalizar consiste en expresar datos de manera digital, esto abarca cualquier tipo de información. En la actualidad el proceso se usa para convertir cualquier información analógica en información numérica (entiéndase como código binario, hexadecimal o de cualquier tipo). A través de procesos de digitalización se puede llevar libros, películas, canciones, pinturas o cualquier otra obra a un sistema informático. Una vez digitalizado es realmente simple que la información sea distribuida a través de cualquier medio de intercambio de información digital; esto, sumado a las facilidades que provee el internet para el intercambio de información acaba dando lugar a que los usuarios compartan obras de autoría propia o ajena a velocidades antes impensables.

En base a esta línea de pensamiento, el presente estudio plantea abarcar no solo problemas normativos; sino, que se hará referencia a los problemas social-culturales en torno al Internet. El entorno digital ha ido creciendo de una manera tan descomunal que ha resultado imposible regularlo de alguna manera. Por lo que, a fin de cuentas, el Internet está dominado y regulado por sus usuarios o por proveedores de servicios virtuales que en la práctica no gozan de ningún tipo de autoridad jurisdiccional para limitar el uso del sistema.

Centrando el problema en el tratamiento de contenido artístico y académico, entre la información que fluye por la web podemos encontrar obras digitales o digitalizadas; si bien es cierto que algunos autores comparten sin limitaciones el acceso a la información por ellos producida; existen autores que en realidad están interesados en proteger sus obras y obtener un rédito de ellas. Es en virtud de garantizar el respeto de los derechos de este grupo, y de aquellos autores que ni siquiera conocen que su obra ha sido digitalizada, que resulta necesario buscar soluciones jurídicas que nos permitan regular los problemas sociales y culturales

sin perjuicio de otro tipo de problemas que también aparecen y a los que me referiré oportunamente.

Es importante considerar que, a pesar de existir bloqueos o trabas para pormenorizar la distribución arbitraria, los usuarios siempre encuentran la manera de sobreponerse y buscar "puertas traseras"[2] para no detener la distribución libre de información. Por otro lado, también se debe tomar en cuenta que estas tendencias responden a realidades sociales, resultando llamativo como se pueden encontrar grandes cantidades de obras protegidas siendo distribuidas de forma gratuita y lo fácil que resulta obtenerlas en la práctica; ya que esto evidencia la necesidad de la sociedad de acceder a la información sin importar posibles sanciones, o regulaciones ya existentes.

En cuanto a las posibles soluciones, se ha estudiado la posibilidad de implementar regulaciones en el uso del internet (BROUSSEAU E., MARZOUKI M., & MÉADEL C, 2012), sin embargo, es importante mantener una óptica jurídica que considere no sólo los derechos de los autores sino todas las libertades y derechos de los usuarios de Internet. No se ha desarrollado una propuesta realmente efectiva en torno a la problemática que deben enfrentar los derechos de autor; en relación de las tendencias digitalizadoras.

Resulta imposible pasar por alto el enfoque normativo de lo que se estudiará. En temas relacionados a los Derechos de Autor se debe considerar un sin número de disposiciones normativas; para el estudio de nuestro entorno. Hay que referirse en primer lugar: a la Constitución de la República del Ecuador 2008 y la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante "LPI") las cuales amparan los derechos de propiedad que tienen todas las personas desarrollados a profundidad en materia intelectual en la LPI.

[2] Nota del Autor.- Entendidas como accesos no deseados a puertos o servicios, de los que los usuarios se aprovechan en su beneficio.

Es igual de necesario considerar todos los pactos y tratados internacionales que existen al respecto. En lo que respecta a Derechos de Autor, la comunidad internacional ha profundizado sin miramientos al desarrollar el tema. Por lo cual, considero que si se pudiere tomar acciones internacionales que protejan los derechos de los autores en lo referente al entorno digital, el trabajo se haría mucho más sencillo en la delimitación de problemas y posibles soluciones.

Personalmente, considero que al ser parte de una generación que vio nacer muchos cambios tecnológicos y que pudo observar como las tendencias cambiaban con el paso de los años en cuanto al intercambio de información; puedo entender los problemas que aquejan a la sociedad moderna alrededor de un tema tan bien establecido por múltiples legislaciones como lo es el derecho de autor, y la propiedad intelectual en general.

En cuanto al problema jurídico al que nos enfrentamos, existe controversia con respecto a la aplicación de diversos tipos de licencias o instituciones para salvaguardar los derechos de autor; sin embargo, este problema ha dado un giro radical en lo relacionado a las tendencias digitalizadoras de información. Si bien, han ido apareciendo varios tipos de licencia que lo que buscan es dar facilidades a los usuarios para la transmisión rápida y digital de información; las medidas tecnológicas de protección de las obras se siguen quebrantando a dosis diaria, de manera que resulta aparentemente imposible controlarlas a todas.

No se debe considerar a las instituciones jurídicas de propiedad intelectual como defectuosas al momento de proteger los derechos ya que sería lo equivalente a culpar al derecho penal de la delincuencia. El verdadero problema aparece cuando los usuarios de medios digitales empiezan a distribuir contenido por canales ilegítimos e incluso de manera gratuita cuando dicho contenido se encuentra protegido ante estas eventualidades. Este estudio procurará analizar cómo frenar estas tendencias y cómo hacer que el derecho de propiedad intelectual se ajuste a las necesidades de una sociedad globalizada y con facilidades casi ilimitadas.

En este contexto la investigación se centrará en algunos aspectos esenciales, en primer lugar, determinar las posibles limitaciones a libertades en caso de implementarse un control y hacer una ponderación de los derechos posiblemente afectados. En segundo lugar, establecer mecanismos que permitan esbozar una nueva protección de los derechos de los autores; tema que va ligado a las posibles estrategias para detener prácticas que tienden a menoscabar los derechos de los autores; y, finalmente, buscando darle un buen uso a la digitalización masiva en el entorno ecuatoriano, proponer instituciones jurídicas que permitan ejercer coerción en la comunidad digital, de determinarse necesario y viable.

Estos aspectos serán atendidos en base a tres ejes transversales: el conocimiento de las tendencias de las nuevas generaciones en lo relativo al intercambio de información, la evaluación los diferentes mecanismos de protección de derechos de autor en torno al problema planteado y la proposición de instituciones que permitan precautelar de manera eficaz los derechos de los autores en la era digital.

Para el desarrollo de la investigación se considerará ciertos conceptos doctrinarios que son fundamentales para el análisis en macro del derecho de autor en contraste con los tipos de licencias vigentes en el contexto internacional. En primer lugar, es necesario establecer las posturas de las definiciones del autor según la visión de diversos doctrinarios. En segundo lugar, estudiar los fenómenos sociales que dan lugar al irrespeto de los derechos de los autores. Finalmente, una visión a las tendencias sociales en la era de la información, así como las tendencias en las soluciones jurídicas que se ha buscado aplicar en diversas legislaciones.

2. DESARROLLO DEL CONTENIDO

2.1. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1.1. DEFINICIÓN

Para el estudio de los Derechos de Autor se partirá de la doctrina que nos brinda Delia Lipszyc, en su obra Derechos de Autor y Derechos Conexos, quien define al Derecho de "Autor como la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales." (LIPSZYC D. , 1993)

Con este concepto en mente es necesario hacer una distinción fundamental entre dos tradiciones jurídicas predominantes en la actualidad en torno al Derecho de Autor. La primar es la tendencia latina y la otra es la tendencia anglosajona. La postura latina encuentra su origen en la concepción de que la obra es una mera extensión de la personalidad del autor -basado en las teorías kantianas- por lo cual, el destino de la obra está completamente determinado por el autor. Los derechos patrimoniales y morales, a los que me referiré más adelante, están completamente ligados hasta constituirse casi un único derecho; desde la paternidad hasta la comunicación pública de la obra. Actualmente, gracias a esta tendencia, la protección de los derechos vinculados a la obra existe desde la creación de la misma, sin la necesidad de que exista un registro de ninguna naturaleza; en otras palabras, y como lo plantea nuestra legislación en la actualidad, debe tratarse de una creación intelectual la cual pueda ser reproducida.

Por otro lado, la tendencia anglosajona tiene desde sus inicios un enfoque de carácter mucho más mercantil, dando lugar a la creación de derechos a favor de los autores con el propósito de que estos sean transferidos a editores o comerciantes con fines netamente comerciales. (Ibídem) A diferencia de la postura

latina, en esta tendencia la protección se centra de sobremanera en los derechos patrimoniales, debido a la predominancia comercial ya mencionada, dejando los derechos morales para ser discutidos en ámbitos separados. Bajo esta tendencia, se han creado instituciones jurídicas que necesariamente suponen la prexistencia de un soporte físico para la creación, así como su registro correspondiente según la normativa local.

Ambas instituciones se asemejan en su intención de conceder al autor el derecho exclusivo de utilización y explotación de la obra, facultándolos a autorizar el uso bajo su autorización o de conformidad con las disposiciones legales vigentes de cada localidad.

En el ordenamiento ecuatoriano, las garantías y el reconocimiento de los derechos deben guardar concordancia con la Constitución del Ecuador y el Bloque de Constitucionalidad en todo lo referente a Derechos Humanos. Partiendo de esta conceptualización, es también necesario considerar, el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual; mediante el cual el legislador brinda definiciones a algunos conceptos que serán recurrentes en está disertación y alrededor de las cuales se harán las respectivas apreciaciones de la doctrina.

2.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR

En su libro “El Derecho de Autor, Un Derecho Universal”, el doctor Marco Proaño, sienta las bases de una dualidad conceptual en lo relativo a la naturaleza jurídica de los derechos de autor; la misma que puede ser concebida de dos maneras. La primera, entender a los derechos de autor como un derecho real, como una relación directa existente entre el autor y su obra, como quien tiene dominio exclusivo sobre los objetos materiales; solo que en este caso el bien tiene una característica inmaterial que va más allá del soporte que contiene la obra -consideración importante cuando se debe transportar al entorno digital-. La

segunda postura lo asemeja más bien a un derecho de la personalidad, considerando a la obra o la creación intelectual como una mera prolongación de la personalidad del autor; por lo cual, en caso de que se vulneren estos derechos, el autor puede reclamar su protección como si se vulnerase cualquier otro derecho inherente a su persona. (PROAÑO, 1993) A pesar de ser las dos posturas más relevantes en el contexto actual, es importante considerar que también se han considerado varias otras posturas para explicar la naturaleza de los derechos de autor.

Para poder comprender la pluralidad de posturas con respecto a la naturaleza jurídica del derecho de autor es necesario analizar brevemente su evolución histórica. En primer lugar, se considerará la ley inglesa de 1710, conocida como el Estatuto de la Reina Ana. Dicha norma reconoce la existencia de un derecho individual de propiedad a favor del autor de una obra. En ese punto histórico surge la primera teoría en torno a la naturaleza jurídica, aquella del derecho de autor como derecho de propiedad. Tras las revoluciones francesa y americana, esta postura fue tomando mayor fortaleza jurídica dando lugar a que el derecho de autor se asemeje al derecho de dominio que se tiene sobre las cosas materiales. Sin embargo, esta postura fue rápidamente cuestionada debido entre otras cosas a las formas concebidas de adquisición en contraste con la forma de constituir el derecho de autor que es a través de la creación, la distinción entre bienes materiales e inmateriales, la adquisición por prescripción, la duración del domino en contraste con la duración del derecho patrimonial del autor, la simple consideración del ámbito patrimonial del derecho de autor y su intransferibilidad. (Op. Cit. LIPSZYC, 1993)

Posteriormente, en el siglo XIX, aparecen dos posturas diferentes en Alemania, estas posturas centran su discusión alrededor de la categoría en la cual deben ser clasificados los derechos de autor; una corriente sostiene la pertinencia de ubicarlos dentro de los derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales, teoría

posteriormente desarrollada por Josef Kohler quien explica la existencia del ámbito patrimonial como una consecuencia histórica y “social” de cierta manera, ya que las leyes estaban orientadas a las facultades de difusión de la obra netamente patrimoniales.

La otra corriente alemana, en cambio, propone ubicar a los Derechos de Autor como un derecho de la personalidad. Esta teoría fue desarrollada por Gierke con fundamento en la filosofía kantiana, quien defendía que la obra intelectual constituye una extensión de la personalidad del autor. Fundamentándose en que todas las protecciones patrimoniales derivan accesoriamente del derecho que tiene el autor de hacer su obra pública o mantenerla para sí mismo. Por lo tanto y al ser un derecho de la personalidad es intransferible e imprescriptible. (Ibídem)

Finalmente, surgió una corriente que no defendía ninguna de las posturas como algo separado, sino que pretendía integrar la protección de los ámbitos patrimoniales y morales por igual. De esta corriente también surgen dos corrientes, la dualista y la monista. La teoría dualista separa la existencia de los derechos morales y los derechos patrimoniales, sin confundirlos en su necesaria e inevitable interrelación. La corriente monista defiende que la separación de lo moral y lo patrimonial insostenible por cuanto solo son diversas manifestaciones de un derecho de autor único y uniforme. Begoña Rivera señala acertadamente en su obra “El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual”:

“Los partidarios de la Teoría monista, conciben a la propiedad intelectual como un derecho único y uniforme con facultades tanto personales como patrimoniales. Se trata de un derecho subjetivo único de naturaleza mixta y, por tanto, sui géneris. Mientras que las teorías dualistas discurren que las facultades otorgadas a los autores han de considerarse de forma independiente y no deben confundirse aunque se relacionen, de éste modo el derecho de autor sería doble pues estaría compuesto por dos derechos subjetivos: uno de tipo real, equiparable al derecho de propiedad cuyo contenido vendría determinado por las facultades patrimoniales

que la ley concede a los autores, y otro de tipo personal o moral, equiparable a los derechos de la personalidad(…)" (RIVERA, 2002)

2.1.3. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

En este contexto histórico, procederemos a analizar el contenido del derecho de autor en sus dos ámbitos, el moral y el patrimonial.

2.1.3.1. DERECHOS MORALES

Para el profesor Cruz Parcero, los derechos morales "son aquellos cuya existencia no se deriva de ningún acto de promulgación y no son susceptibles de ser alterados por la voluntad humana, son aquellos derechos que se reconocen, no se inventan ni se crean. Su existencia es independiente de cualquier convención social o de cualquier sistema de reglas organizativas". (CRUZ, 2016)

El ámbito moral es de suma importancia puesto que permite al autor determinar las condiciones que regulan algunos aspectos fundamentales de la obra, así como el reconocimiento de su "paternidad" intelectual. En los países que siguen la tradición jurídica romana el reconocimiento de este derecho suele darse en torno a dos aspectos esenciales, el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra.

Sin embargo, en la legislación ecuatoriana, el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual desglosa aquello que conforma el aspecto moral de la creación intelectual y los clasifica en cuatro derechos concebidos para proteger los derechos morales del autor, de la siguiente manera:

a) Derecho a reivindicar la paternidad de la obra.
b) Derecho a mantener la obra inédita o conservada en el anonimato o a exigir que se mencione su nombre o seudónimo cuando se explote la obra.
c) Derecho a oponerse a todo deformación, mutilación, alteración o modificación que pueda perjudicar el honor o reputación del autor.

d) Derecho a acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar su derecho de publicación o cualquier otro que le corresponda.

Finalmente, el artículo citado, otorga el derecho de accionar por daños y perjuicios contra cualquiera que violase los 4 derechos señalados, sin perjuicio de otras acciones contempladas en el mismo cuerpo normativo.

La paternidad se refiere al derecho moral que tiene el autor para que se reconozca su condición como creador de determinada obra; este derecho pretende proteger el vínculo que existe entre el autor y su creación en todo momento. Al ser la paternidad de la obra un derecho, el autor puede determinar de qué forma quiere que se vincule a la obra con su persona; por ejemplo, si escribió la obra bajo un seudónimo o si lo hizo de manera anónima, el derecho supone el reconocimiento de este vínculo preestablecido. Cuando se trate de anonimato, será la persona física o jurídica que haya divulgado la obra con el consentimiento del titular del derecho. Aparte de la reivindicación de todo lo relacionado a la persona del autor con su obra, este derecho también faculta al autor a defender su titularidad de la autoría de la obra de existir una impugnación.

El derecho a mantener la obra inédita o puesto de otra manera, autorizar su divulgación se refiere al acto mediante el cual el autor toma la decisión de dar a conocer su obra y determinar el medio mediante el cual lo hará; de no divulgarla la obra permanecerá únicamente conocida por el autor y no tiene lugar hablar de derechos patrimoniales. El autor de una obra puede decidir divulgarla por cuantos medios considere sin perder nunca este derecho; por ejemplo, quien escriba una novela literaria también podría decir divulgarla como una serie de televisión o una película. Comunicar una obra de forma privada a terceros, en un ambiente de confianza, y por lo tanto no accesible al público, no hace que la obra deje de considerarse inédita; es necesario, que la obra deje el círculo privado del autor y sea publicada con su consentimiento, salvo en caso de una publicación póstuma.

El derecho relativo a la integridad de la obra permite al autor oponerse a cualquier cambio, mutilación o deformación que pueda llegar sufrir su obra cuando esta sea divulgada; incluyendo cualquier modificación que sea perjudicial para la reputación y la honra del autor. El derecho se encuentra contemplado en el Convenio de Berna; sin embargo, deja el campo abierto para dos vías: la primera permite que las legislaciones otorguen el derecho al autor para oponerse a cualquier modificación sin mayor detalle; la segunda opción, aquella incluida en nuestro ordenamiento jurídico, es la que únicamente contempla la posibilidad de oposición cuando se demuestra fácticamente que ha existido un daño o perjuicio a la honra del autor.

El derecho relativo al acceso de un ejemplar raro o único de la obra faculta al autor a exigir que el ejemplar de una obra, que cumpla con las características descritas y que se encuentre en posesión de un tercero, sea devuelto a su persona con el fin de ejercer cualesquiera otros derechos de los que es titular por haber sido el creador intelectual de una obra.

Consideraremos cuatro características fundamentales al hablar de derechos morales; la esencialidad, la extrapatrimonialidad, la inherencia y la absolutidad. Decir que el derecho moral es esencial se refiere a que la simple condición de autor, le otorga la titularidad de una serie de derechos exigibles que le dan sentido a la figura del autor. También se establece la característica de extrapatrimonial en virtud de que este ámbito de los derechos de autor se encuentra fuera del negocio y no pueden ser valorizados pecuniariamente. Adicionalmente, el derecho moral es inherente a la calidad de autor que ostenta el titular; el autor conserva su derecho de manera vitalicia in perjuicio de la expiración de la protección, e inclusive existen facultades negativas y de divulgación póstumas que son ejercidas por sus sucesores. Finalmente, se debe tomar en cuenta la característica de derecho absoluto; esto implica que el derecho moral es erga omnes, es decir, oponible frente a terceros.

De estas características, se desprende que el derecho moral, por lo tanto, es inalienable, irrenunciable, inembargable, inejecutable, inexpropiable, imprescriptible e insubrrogable.

Los derechos de los autores, en su ámbito moral, son considerados como derechos personalísimos, por lo cual no pueden formar parte de la sociedad conyugal; sin perjuicio de que los frutos de la explotación si pasen a formar parte de la masa de bienes de la sociedad.

Es necesario acotar en este punto, la existencia de un derecho moral adicional no contemplado en la legislación ecuatoriana, el derecho de retracto o arrepentimiento. El retracto otorga al autor la facultad de retirar la obra del comercio cuando así lo decida. Es posible que los derechos patrimoniales ya hayan sido transferidos en el momento en el que el autor decide hacer uso de su facultad de retractarse, por lo cual, el titular de dichos derechos de explotación estará facultado a iniciar una acción de daños y perjuicios contra el autor. Si bien en líneas anteriores se ha tomado al retracto y al arrepentimiento como sinónimos, Delia Lipszyc citando al autor francés Claude Colombet, señala una distinción entre estos dos conceptos. (Op. Cit, LIPSZYC, 1993) El arrepentimiento corresponde al fuero interno, la decisión que toma el autor de no querer que su obra continúe exteriorizada y sea publicada; mientras que, el retracto corresponde al acto de retirar su obra del comercio o el ámbito público en general. Según la legislación de la que se hable, el derecho de retracto está sujeto a ciertas condiciones; por ejemplo, son muy pocas las legislaciones que no establecen como requisito que el autor establezca las razones por las cuales ha decidido retractarse, por lo general en torno a cambios de convicción del autor o afectaciones morales por la publicidad de la obra. Otras condiciones incluyen que: el arrepentimiento sea dado a conocer por medios públicos para que todos los interesados puedan intervenir; obras que no pueden ser retractas por excepciones legales; o el hecho de que si el autor, tras retractar la obra, decide volver a

publicarla, se le dé prioridad y protección a quien estaba realizando la explotación en primer lugar, para evitar abusos del derecho de retracto con fines meramente económicos.

Lo que nos lleva a analizar el contenido económico o comercial de los Derechos de Autor.

2.1.3.2. DERECHOS PATRIMONIALES

“Son aquellos que le permiten al autor, o a cualquier otra persona natural o jurídica que haya adquirido los derechos de autor, un control sobre su obra y beneficiarse en términos económicos o pecuniarios por permitir su utilización o explotación. Son derechos exclusivos de autorizar o de prohibir conductas como: reproducción, traducción, adaptación, modificación, publicación por cualquier medio y distribución de la obra.” (GOMEZ R. & ROBAYO E., 2016)

Los Derechos Patrimoniales derivan del concepto compartido tanto por las corrientes del derecho anglosajón como por las corrientes del derecho latino; esto es, la facultad de la cual debe poder gozar el autor de explotar su obra económicamente. Para establecer de qué forma se percibirán los beneficios económicos, al autor se le otorgan ciertas facultades expresadas a través de condiciones que delimitan las formas de explotación de la obra en relación a terceros. De manera general, los derechos patrimoniales son tan extensos como el número de formas de explotación que existen, o pueden llegar a existir. Al respecto, nuestra Ley de Propiedad Intelectual, al referirse a los Derechos Patrimoniales, emplea de manera recurrente el término de “cualquier forma” al referirse a las formas de explotación. Dejando esta apertura para cualquier método de explotación de creaciones intelectuales que pueda llegar a crearse.

Los derechos patrimoniales cuentan con algunas características comunes, a nivel de institución jurídica, que resaltan su importancia como parte fundamental de los derechos de autor. En primer lugar, los derechos patrimoniales son

independientes entre sí y no se extienden, de tal forma que se pueda afirmar que cuando un autor autoriza la radiodifusión de su obra también no lo está haciendo para que la misma pueda ser fijada en otro medio. En segundo lugar, las formas de explotación de una obra, contempladas en nuestra legislación en el artículo 20, no son las únicas por medio de las cuales un autor podría llegar a explotar sus derechos patrimoniales; tal es así, que de inventarse una nueva forma de reproducir una obra seis días después de su publicación, el autor estaría completamente facultado de acogerse a ella. Adicionalmente, el autor está facultado, al establecer las condiciones de explotación de la obra, a limitar el espacio y tiempo en el cual desea que la obra sea dada a conocer. Por lo expuesto, los derechos de explotación de una obra, solo pueden ser limitados por disposiciones legales expresas. (Op. Cit, LIPSZYC, 1993)

Más adelante, se analizará a mayor detalle los derechos y las instituciones jurídicas mediante las cuales se puede explotar los derechos patrimoniales de las obras.

2.1.4. TITULARIDAD Y OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

2.1.4.1. AUTORÍA Y TITULARIDAD

La legislación ecuatoriana establece que el autor es la persona natural que realiza la creación intelectual; como se analizará en el siguiente acápite, el crear una obra es una forma de manifestar sentimientos o sensaciones a través de la capacidad de raciocinio, algo de lo que solo con capaces las personas naturales. Esta visión es la adoptada por todos aquellos ordenamientos jurídicos que se forjaron en la escuela jurídica latina. De manera general, la titularidad de los Derechos de Autor recae sobre la persona que, a través de su intelecto, crea una obra -a la cual me referiré más adelante-.

Sin perjuicio de lo anotado, el artículo 12 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece una presunción respecto de la autoría de la obra, en la cual se establece que se presume que el autor de una obra es la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, siglas o cualquier otro identificativo individual aparezca marcado en la obra. De conformidad con al artículo 15.1 del Convenio de Berna, según el cual también se presume que el autor de la obra es aquel quien firma la obra, o quien se la atribuye y su nombre consta en la misma – de ser pertinente-; tomando en cuenta que esta presunción es una presunción de hecho y admite prueba en contrario para deslegitimarla.

El fin último de la materia es el de precautelar el derecho que tiene cada autor de explotar su obra según sus intereses, así como, en el área moral, pretender incentivar la actividad creativa de las personas. En este momento, al igual que al hablar de las obras, es necesario hacer una clasificación en virtud de la naturaleza del "autor" o titular en un sentido más amplio.

Se presentará una distinción entre los titulares originarios y los derivados, criterio también considerado en nuestra legislación, pero en torno a la obra. El titular originario es la persona natural que ideó la obra, de quien origina la creación y donde aparece el derecho de autor; no se debe asumir que el autor de una obra derivada es un titular derivado puesto que el mismo puede gozar de la categoría de originario si fue quien ideó o creo la obra derivada.

El titular derivado, en cambio, puede ser una persona natural o jurídica que ha recibido la titularidad de ciertos derechos de autoría, por parte del autor originario. Al escribir "ciertos derechos" me refiero específicamente a los derechos patrimoniales puesto que los derechos morales no son enajenables en ninguna circunstancia -incluso por causa de muerte, los sucesores solo pueden reclamar la paternidad de la obra y el derecho a la conservación íntegra de la misma, o en su defecto, el derecho a la publicación de obras tras la muerte del autor-. Cosa que

no ocurre con los derechos de explotación o netamente patrimoniales, los cuales pueden ser cedidos o transmitidos de acuerdo a cada legislación local.

2.1.4.2. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

La obra es el objeto de protección del derecho de autor; nuestra Ley establece un pequeño glosario en el cual se define a obra como toda creación intelectual que cuenta con dos características; la primera, que debe ser original y la segunda que debe ser susceptible de divulgación o reproducción; sin perjuicio del medio empleado.

En otras palabras, la doctrina define la obra como la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que manifiesta bajo una forma perceptible por los sentidos, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida. (Op. Cit., LIPSZYC, 1993) Desarrollaremos, los conceptos fundamentales comprendidos en este concepto con el fin de entender la naturaleza de la obra como objeto de protección.

En primer lugar, la afirmación de que la obra es un pensamiento perceptible desarrollado por la inteligencia nos lleva a inferir que las instituciones de derecho de autor no pueden proteger meras ideas y buscan la protección de creaciones formales y que puedan ser percibidas por los sentidos. Las ideas simples no pueden ser consideradas obras por lo cual su uso es libre, salvo que se formalicen o exterioricen de alguna manera y que sean susceptibles de explotación. Lo que se protege, son aquellos elementos que dotan de originalidad artística y académica a la obra es lo permite reflejar la individualidad de la misma.

Lo que nos lleva al siguiente punto, la originalidad como condición necesaria para la protección de la obra. La creación del autor no debe ser, necesariamente, absoluta puesto que el elemento de originalidad puede ser desarrollado sobre la base de elementos preexistentes. Lo que da lugar a la existencia de obras

derivadas, es precisamente la idea de que el elemento de originalidad puede aparecer en cualquiera de las etapas de la elaboración de la obra; ya sea la idea, el desarrollo de la idea, o la forma de expresar la idea, sin perjuicio de que sea en esta última instancia en la cual se manifiesta la originalidad.

Adicionalmente, para que opere la protección, no es necesario considerar el contenido de la obra, su propósito o el valor subjetivo que cierta persona le quiera dar a la misma; y, como ya se mencionó en párrafos anteriores, no es necesario el cumplimiento de ninguna formalidad.

En el artículo 8, de la Ley de Propiedad Intelectual, se establece una serie de creaciones intelectuales que comprenden el objeto de protección de los Derechos de Autor para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, este listado es simplemente enunciativo ya que el mismo artículo deja el espacio abierto con la expresión "entre otras".

Para fines didácticos, es necesario mencionar que algunos autores consideran las clasificaciones que ya fueron mencionadas en el acápite de la titularidad como clasificaciones de la obra; por ejemplo, las obras originarias o derivadas, las individuales o colectivas, aquellas hechas por encargo o en relación de dependencia, y las anónimas o seudónimas.

A continuación, esbozaremos simplemente una enunciación de lo que consideramos una clasificación de las obras en virtud de su contenido o su forma de expresión, con breves acotaciones de ser pertinente:

- Obras Originales
    - Obras Literarias
        - Escritas
            - Protegidas.- La regla general, enunciación ejemplificativa en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual.

- No Protegidas.- En este tema, la delimitación que brinda nuestra Ley si es taxativa, y contempla únicamente las disposiciones normativas, resoluciones judiciales, y actuaciones administrativas así como las ideas, procedimientos, métodos, sistemas o contenidos ideológicos o técnicos de obras científicas.

    - Orales
    - Obras Musicales.- se protege únicamente la melodía, entendida como la consecución de notas en un orden determinado.
    - Obras Teatrales.- De acuerdo al artículo 8 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, esto comprende obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías y pantomimas.
    - Obras de Arte Plástico.- Incluyen por ejemplo la escultura, la pintura, el dibujo, el grabado, la litografía, los comics e historietas gráficas.
    - Obras Arquitectónicas.- Proyectos, croquis, planos, maquetas; al momento de la elaboración de la obra, nuestra legislación permite que el autor se oponga la modificación de la obra cuando esta perjudique en el ámbito estético o funcional a su creación.
    - Obras Fotográficas
    - Obras Científicas.- Teniendo en cuenta la salvedad señalada en obras no protegidas.
    - Obras Audiovisuales
    - Programas de Ordenador, Software

- Obras Derivadas.- De acuerdo a nuestra legislación, las adaptaciones y las traducciones requieren autorización expresa del autor de la obra originaria.
    - Adaptaciones.- debe respetar el sentido de la obra adaptada.
    - Traducciones.- transporte de la versión original a otros idiomas distintos al que fue expresado originariamente. Resulta complicado

probar la existencia de plagio frente a otras traducciones de la misma obra a un mismo idioma.

- Compilaciones y bases de datos.- conjunto de obras o fragmentos de obras; conjunto de información organizada de una forma determinada que le dota de originalidad.

El código hace algunas consideraciones en cuanto a las características particulares de algunos tipos de obra; a saber: la anónima, la audiovisual, la de arte aplicado, la obra en colaboración, la colectiva, la obra por encargo, la inédita, la plástica y la póstuma.

En relación a la titularidad que se atribuye en diferentes clases de obras, a continuación, vamos a analizar, de conformidad con la legislación ecuatoriana, como se resuelven algunas clasificaciones; en primer lugar, la que se refiere a las obras en coautoría.

La coautoría se da, según Delia Lipszyc, cuando " […] varios autores contribuyeron a la creación de una obra trabajando juntos, o bien por separado, pero creando sus aportes, del mismo o de diferente género, para que sean explotados en conjunto y formen una unidad […]". (Op. Cit., LIPSZYC, 1993) Es muy común encontrar obras de esta naturaleza y se pueden subdividir en obras en colaboración y obras colectivas, que tienen efectos jurídicos propios.

Las obras en colaboración son aquellas creadas por dos o más personas que en trabajo conjunto, o con aportes y objetivos comunes, alcanzan la creación de una obra única. Doctrinariamente existe la distinción de si las obras en las cuales se puede distinguir el trabajo individualizado de cada uno de los coautores se puede llamar obra en colaboración; para propósitos de la presente disertación, si se tomará a la obra que puede ser individualizada en sus partes como una obra en colaboración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la LPI, el cual

establece otra subclasificación entre obras en colaboración divisible y colaboración indivisible.

Las obras de colaboración divisible, como su nombre lo indica, son aquellas en las que se puede individualizar el aporte de cada uno de los colaboradores y cada uno de ellos es titular de los derechos de la parte de la que es autor. En cambio, las obras de colaboración indivisible, son aquellas en las cuales resulta imposible individualizar el aporte de cada uno de los autores, ergo, los derechos pertenecen a todos proindiviso, salvo pacto en contrario.

Por otro lado, las obras colectivas, son aquellas que se divulgan a nombre de una persona, natural o jurídica; y varias personas la desarrollan bajo la dirección e iniciativa de dicha persona. En esta obra se pierda por completo la posibilidad de individualizar el trabajo de cada una de las personas que aportan al resultado final. Al respecto, el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que se reputará como titular de derechos quien haya organizado y coordinado la elaboración de la obra, sea persona natural o jurídica, cuyo nombre aparezca en la obra en tal calidad.

La siguiente clasificación respecto de la titularidad, la plantearemos en torno a las obras anónimas y seudónimas. Básicamente, la obra anónima es aquella que se publica sin señalar ningún nombre real o falso; la obra seudónima es aquella que se divulga bajo un nombre falso, por lo general artístico, del autor. En los casos en los que se desconozca quién es el autor detrás de determinado seudónimo, el Convenio de Berna establece que será el editor cuyo nombra aparezca en la obra el que estará legitimado para representar al autor, defender y hacer valer sus derechos mientras no haya revelado su identidad.

En materia de titularidad de las obras creadas por encargo y aquellas creadas bajo relación contractual o laboral, la Ley de Propiedad Intelectual también establece algunas diferencias. En las obras creadas por encargo, el autor que realiza la obra

goza completamente de las facultades que comprende el derecho de autor; en los ámbitos morales y patrimoniales. El beneficio que adquiere quien encarga la obra es estipulado contractualmente en materia de explotación. Por otro lado, en cuanto a las obras creadas bajo relación de dependencia, como lo señale anteriormente, nuestra legislación prevé que sea el empleador el titular de los derechos morales.

2.1.5. FORMAS DE EXPLOTACIÓN DE LA OBRA

Si bien se mencionó que los derechos patrimoniales pueden irse creando con la misma facilidad con la que se produzcan avances tecnológicos o se descubran nuevas formas de explotar una creación intelectual, a continuación, se hará un breve análisis de algunas formas de explotación comprendidas dentro de los derechos patrimoniales, que podrían ilustrar de manera general lo que comprenden estos derechos.

En referencia a lo analizado, nuestra Ley de Propiedad Intelectual establece que los Derechos Patrimoniales del autor comprenden:

- La reproducción de la obra independientemente del procedimiento mediante el cual se la reproduzca.
- La comunicación al público de la obra.
- La distribución de los ejemplares mediante títulos onerosos como la venta, el arrendamiento o el alquiler.
- La importación de la obra dentro del territorio ecuatoriano; refiriéndose tanto a copias lícitas como ilícitas.
- Y, su traducción, adaptación, arreglo o transformación. Este último vinculado con los derechos morales de los que goza el autor.

La legislación ecuatoriana, prevé la posibilidad de que los autores concedan únicamente licencias de uso a terceros. Los autores tienen la libertad de establecer cuáles son los términos de estas licencias a los que los adquirentes de

la creación se sujetan al adquirir la obra sin que ello implique transferencia en la titularidad de derechos. En el ámbito internacional existen diversas licencias, reconocidas y aplicadas en el Ecuador.

2.1.5.1. DERECHO DE REPRODUCCIÓN

Nuestra Ley establece que la Reproducción consiste en la fijación de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, y la obtención de copias de toda o parte de ella.

Desarrollando ligeramente el concepto brindado por Ley de Propiedad Intelectual, Delia Lipszyc entiende por reproducción la "realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. También constituyen reproducción la realización de uno o más ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional (y viceversa) […] así como la inclusión de una obra o de parte de ella en un sistema de ordenador." (Op. Cit., LIPSZYC, 1993) (Lo resaltado fuera del texto original.)

Es necesario considerar dos elementos fundamentales en este derecho, el objeto reproducido y el modo de reproducción. El objeto reproducido es la obra en sí, tomando en cuenta todas las distinciones hechas en el acápite del objeto de protección; sin perjuicio de cualquier otra expresión del intelecto humano que pueda crearse a futuro. Por otro lado, el modo de reproducción puede ser cualquier tipo de soporte, desde impresiones hasta grabados magnéticos, por medio del cual se pueda comunicar la obra por medio de una copia que contiene la reproducción de la obra original. Este derecho es tan amplio que contempla las modificaciones que pueda sufrir una obra, a manera de obras derivadas; por lo cual, para llevarse a cabo estas modificaciones es necesario contar con la autorización del autor.

2.1.5.2. DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Entenderemos por comunicación pública todo acto mediante el cual un número, determinado o no, de personas pueda tener acceso a la totalidad de una obra o a parte de ella, originaria o derivada, actos que no consisten en la distribución de ejemplares. La comunicación puede darse de dos maneras, directa (presentaciones en vivo) o indirectamente (mediante algún soporte físico que permita su difusión, incluida la radiodifusión, y las transmisiones satelitales y por cable). Es importante considerar que cada vez que la obra alcanza a un nuevo público o el público original crece producto de algún acto de difusión, se debe considerar que se está dando un nuevo acto de comunicación pública con efectos jurídicos independientes.

Algunas formas de comunicación pública de obras son las siguientes:

Exposición de arte.- comprehende reproducciones, puede hacerse de forma directa a un público presente, o de forma indirecta por otros soportes como películas, diapositivas, etc; si se trata de una obra audiovisual, su proyección entra en otra categoría.

Representación y ejecuciones públicas.- representaciones escénicas de obras creadas para el propósito y adaptaciones de otras obras a este medio; recitales y oratorias, conferencias, alocuciones, discursos, danza. La comunicación al público se hace de manera directa y por artistas en los casos mencionados; sin embargo, también existe la representación indirecta en casos de ejecuciones públicas de obras musicales por medios mecánicos o las emisiones, transmisiones o comunicaciones de obras radiodifundidas o distribuidas por cable. Es decir, requiere de un soporte para la difusión o de un agente de difusión.

Proyecciones y exhibiciones públicas de obras audiovisuales.- se comunica de manera indirecta mediante cualquier medio de proyección de este tipo de obras.

Radiodifusión, comunicación satelital y por cable.- se refiere a la comunicación al público por ondas de radio, radiofonía y televisión. En este tipo de comunicación, por su naturaleza, no se puede contratar por un público determinado. La difusión en todos los casos es indirecta pues presupone la difusión del contenido por ondas radioeléctricas. Comprehende el derecho de retransmisión.

2.1.5.3. DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

El Derecho de Distribución consiste en la facultad que tiene el autor, o quien tenga la titularidad de los derechos, de poner a disposición del público su obra, ya sea contenida en el original o reproducciones autorizadas. El artículo 23 de la Ley de Propiedad intelectual establece que la distribución puede hacerse por medio de la venta, el arrendamiento o alquiler, préstamo público o cualquier otra forma, siendo esta otra muestra de que los derechos patrimoniales contemplados en ley son simplemente ejemplificativos.

La venta se regula estableciendo partiendo del principio de agotamiento del derecho; esto quiere decir que la facultad de explotación de la obra se agota con la primera venta, y respecto de las sucesivas reventas dentro del país. Sin embargo, el titular conserva su derecho de autorizar o prohibir que las reproducciones o el original puedan estar sujetos a las figuras de arrendamiento o préstamo público.

El mismo artículo define al arrendamiento como la puesta a disposición del público de obras originales y[3] copias para que las mismas sean usadas por un tiempo limitado de manera onerosa, generando beneficios económicos o comerciales. No se contemplan en esta forma de explotación la exposición o la consulta in situ de obras.

[3] N.d.A. Personalmente, considero que se debería agregar la disyunción “o” sin perjuicio de que se pueda poner a disposición simultáneamente tanto originales como copias.

El préstamo público, por otro lado, contempla la puesta a disposición del público para su uso por un tiempo limitado en establecimientos de acceso público, sin que ello genere un beneficio económico o comercial, con las mismas salvedades contempladas en la forma de explotación del párrafo precedente.

2.1.5.4. DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

El derecho de transformación permite que el autor explote su obra al autorizar que otras obras sean creadas en base a ella. Incluye las adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, y cualquier otra derivación de la obra original. Haciendo un análisis pormenorizado de algunas de estas figuras tenemos los siguientes ejemplos.

La traducción se refiere a el traslado de la obra de un idioma a otra sin que por ello se altere de ninguna manera su sentido original o se desnaturalice la idea original que fue concebida por el autor.

La adaptación se refiera a los cambios que se realizan a una obra específica para adaptarla a un entorno social o cultural distinto a aquel para el cual fue ideada originalmente la obra por parte del autor.

La antología es la obra en la cual se unifican varias otras obras o partes de obras, sin que hayan sido originalmente creadas de forma colectiva o en colaboración, se distingue de la compilación ya que dicho término se ha usado para definir a la obra que unifica varias obras de un único autor.

La actualización consiste en los cambios que sufre una obra cuando los hechos en los que se basa han cambiado de una u otra manera. Un buen ejemplo de actualización puede darse con una obra científica o académico que tiene

fundamentos en una teoría determinada; cuando, con el paso del tiempo, se descubren nuevas prácticas o contribuciones al conocimiento que alteran el contenido de lo expuesto en la obra en primer lugar.

El resumen es una nueva obra que expone de manera breve los puntos o ideas principales de las ideas contenidas en otra obra.

2.1.5.5. DERECHO DE IMPORTACIÓN

El derecho de importación se refiere a la facultad que tiene el titular de derechos de autor de prohibir u oponerse a que se introduzcan en el territorio ecuatoriano, de forma analógica o digital, ejemplares y/o reproducciones de obras que gozan de protección; de igual forma puede oponerse a la introducción de copias ilícitas de la obra. Este derecho puede impedir tanto el ingreso como retirar de la circulación las obras mencionadas. La única restricción de este derecho en nuestra legislación versa sobre la introducción de obras que formen parte del equipaje personal de un viajero.

2.1.5.6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN (DROIT DE SUITE)

El derecho de participación consiste en el derecho que tienen los artistas de percibir cantidades proporcionales por las ventas sucesivas de sus obras realizadas mediante procedimientos públicos de enajenación, como casas comerciales o subastas públicas. El Convenio de Berna reconoce la existencia de este derecho y deja a facultad de los Estados parte, la fijación de este derecho en cada legislación. (PIERREDON-FAWCETT, 1991) En el Ecuador, se contempla la representación cuando se habla de la reventa de una obra de arte plástico o un manuscrito original por medio de una subasta pública o con la intervención de un comerciante, fijado en el 5% del precio de venta; de igual manera, se contempla el derecho por causa de muerte únicamente para herederos (por omisión).

2.1.6. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES DEL DERECHO DE AUTOR

La Ley de Propiedad Intelectual plantea ciertas limitaciones a los derechos que se han venido analizando en el presente trabajo.

2.1.6.1. DURACIÓN

La primera limitación versa sobre la duración de los derechos relaciones a la creación intelectual. Cuando se trata de derechos morales, estos son imprescriptibles como se mencionó en el acápite correspondiente a la naturaleza jurídica del derecho de autor; por lo tanto, no están sujetos a ninguna condición ni pueden ser transferidos ni embargados de ninguna manera. En tal sentido se concluye que la titularidad de una obra puede ser reivindicada en cualquier momento, o se podría exigir que se mencione el nombre del autor, o evitar mutilaciones, todo esto sin que influya de ninguna manera el paso del tiempo.

Por otro lado, los derechos patrimoniales sí tienen una limitación temporal legal; de manera general, 70 años desde el fallecimiento del autor, sin perjuicio de que la obra sea publicada póstumamente. Existen variaciones en dicha regla según el tipo de obra del que se hable; para las obras elaborados en colaboración el período se cuenta desde la muerte del último coautor. En cuanto a las obras anónimas, los derechos patrimoniales duran 70 años desde la fecha de la primera publicación, mientras no se haya tenido conocimiento del autor en ese lapso de tiempo; lo mismo se aplica para normas en las cuales no se conoce la identidad del autor que ha elegido publicar con un seudónimo. Cuando se trata de una obra colectiva que se da a conocer por partes, el período de protección opera desde la publicación de la última de sus partes. Finalmente, si la titularidad corresponde a una persona jurídica, la protección de 70 años se computa desde la última de las estas actividades: la realización, la divulgación, o la publicación.

El efecto que tiene el cumplimiento de este plazo es que la obra pase a dominio público, esto quiere decir que no es necesario el pago por la ejecución de cualquier tipo de actividad vinculada con la explotación patrimonial de la obra, ya sea la divulgación, la ejecución, etc.

Desde un punto de vista doctrinario, la maestra Lipszyc (LIPSZYC D. , 1993) analiza los fundamentos a favor y en contra de la existencia de una limitación temporal al derecho de autor. El primer argumento a favor de la existencia de la limitación, se centra en que los autores obtienen contenido e incluso inspiración del patrimonio cultural de la sociedad, por lo cual también es necesario que su creación pase a formar parte de este patrimonio eventualmente. El segundo argumento, se refiere a la dificultad que constituirá mantener a todos los herederos, y sus voluntades, armonizados a fin de conceder la explotación patrimonial de la obra. El último de los argumentos mencionados por la autora es el beneficio social que general la libre explotación de una obra para el desarrollo cultural, la limitación temporal facilita la circulación de la obra e incentiva la creatividad en otros autores.

Por otro lado, se consideran dos argumentos en contra; el primero se refiere a la "injusticia" que representa privar a herederos del autor de gozar de derechos patrimoniales de manera permanente, considerando que se le debe considerar como patrimonio del autor en relación a los derechos de propiedad que como tal recaigan. La otra crítica a la limitación de duración consiste en que una vez que la obra se constituye como una obra de dominio público, este hecho no beneficia al público en general, sino solo a aquellos quienes explotan efectivamente la obra, este punto es mucho más discutible en la actualidad.

2.1.6.2. USO HONRADO

La otra limitación que incluye la Ley de Propiedad Intelectual se refiere a los usos honrados, aquellas formas de emplear la obra que no representan un perjuicio para el titular de los derechos de explotación y que son completamente lícitos. Las

formas de uso honrado o uso libre están contempladas en el artículo 83 de la Ley mencionada e incluyen las siguientes.

La inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas, con fines docentes o de investigación, indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada;

La ejecución de obras musicales en actos estatales oficiales o en ceremonias religiosas, de asistencia gratuita, siempre que los comunicantes no perciban una remuneración específica por su intervención en este acto;

La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, difundidos por medios de comunicación social, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el artículo original lo indica, y no se haya hecho constar en primera comunicación la reserva de derechos;

La difusión por la prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general;

La reproducción de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa, publicados por ésta o radiodifundidos, siempre que se indique su origen;

La reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo o cualquier otro procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original y el lugar donde se encuentra; y, que tenga por objeto estrictamente la difusión del arte, la ciencia y la cultura;

La reproducción de un solo ejemplar de una obra que se encuentra en la colección permanente de bibliotecas o archivos, con el fin exclusivo de reemplazarlo en caso necesario, siempre que dicha obra no se encuentre en el comercio;

Las grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión;

La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas;

La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista intérprete o ejecutante, según el caso; y,

Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, escuelas politécnicas e institutos superiores técnicos y tecnológicos, colegios, escuelas y centros de educación y capacitación en general, que podrán ser anotadas y recogidas por aquellos a quienes van dirigidas para su uso personal.

Habiendo analizado las instituciones básicas del derecho de autor, y como se aplican en la realidad legislativa ecuatoriana, se puede pasar a estudiar los problemas fácticos que encontramos en la realidad social y cultural a nivel mundial en torno al manejo de internet y la evolución de los medios de comunicación que han dado lugar a dichos problemas.

2.2. PROBLEMAS EN LA ERA DIGITAL

En la actualidad, nos encontramos con tres problemas principales en lo relacionado al manejo de obras digitalizadas, ya sean académicas o artísticas, a través de medios digitales; principalmente, en lo relacionado al manejo de información a través de Internet.

Dichos problemas han surgido como producto del inminente apogeo de la Sociedad de la Información; inminente debido a que es una consecuencia lógica del desarrollo tecnológico del último siglo en coherencia con la aspiración de reducir distancias y hacer más efectivas las comunicaciones a través del globo. La maestra, Lydia Esteve González, de hecho, define a la Sociedad de la Información como aquella que se caracteriza por el uso masivo y globalizado de nuevas tecnologías de información y comunicación. (ESTEVE GONZÁLEZ, 2006)

El impacto actual de la Sociedad de la Información, así como el contexto social, cultural e histórico de dicha "etapa" de la especie humana se explicará a continuación a medida que se desarrollen los temas concretos, atinentes al presente capítulo.

Los problemas, que serán analizados en este capítulo, son aquellos que se dan en torno a estos tres fenómenos: la digitalización, el intercambio de información por internet y el problema jurídico que representa la regularización de las transacciones, o relaciones interpersonales, que se pueden dar a través de Internet.

2.2.1. DIGITALIZACIÓN E INTERNET – HISTORIA Y CONCEPTOS

Partiremos del concepto de digitalización en el contexto actual; sin embargo, para llegar este punto es necesario hacer un análisis histórico que permita evidenciar los hechos sociales, así como los avances tecnológicos, que dan lugar a las conductas digitalizadoras en las tendencias contemporáneas.

El origen histórico podría ser posicionado en la revolución industrial y su consecuente paso a la era digital. El eje transversal de la revolución y lo que marca un cambio ideológico en la sociedad, es la predominancia del "maquinismo". De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, esto es, el "empleo predominante de las máquinas en la industria moderna". (RAE, 2016) Llevando este principio a la realidad histórica de finales del siglo XIX y principios del XX, notamos un fuerte desplazamiento de la actividad humana, que sería reemplazada por máquinas. La principal razón fue el disminuir costos de producción puesto que el trabajo de personas podía ser reemplazado por una o varias máquinas, que a su vez debían ser mantenidas por un número inferior de personas de las que se usaban en un inicio para la producción global. (IÑIGO, 2012)

La revolución industrial, manifestada a través de este maquinismo, cambio en su totalidad la forma en la que se producían bienes y servicios, y las formas en las que se concebían las relaciones jurídicas de las personas; por lo tanto, cambio también la forma en que la sociedad demandaba la satisfacción de ciertas necesidades al ver la oferta en alza. Sin embargo, este sería tan solo el primero de los cambios que generarían una sociedad mucho más demandante. Debemos considerar, también, la implementación en su totalidad de maquinaria de transporte, sobre todo en la segunda revolución industrial, que permitía a las personas desplazarse grandes distancias en menor tiempo, desde los motores de vapor hasta los de combustión interna, la vida solo fue acelerando su ritmo.

De igual manera, las comunicaciones atravesaron cambios tendientes a la velocidad de la transmisión de la información a partir de 1837, para mantener el ritmo con los innumerables avances tecnológicos. En este año, Samuel Morse diseña el telégrafo, una máquina que permitía enviar señales eléctricas de un emisor a un receptor que a través de electromagnetismo se interpretaba en un sonido; el mismo que a su vez correspondía a letras en base a un código también

diseñado por Morse. Esta fue la primera aplicación de la electricidad a las telecomunicaciones y el primer paso hacia la era digital. Al poco tiempo, aparece el primer concepto de fax, inventado por Alexander Bain. Seguido de la famosa llamada telefónica del 10 de marzo de 1876 entre Graham Bell y Thomas Watson y la posterior implementación a gran escala de las centrales telefónicas. (SZYMANCZYK, 2013)

La siguiente gran innovación se dio con la aplicación práctica de la tecnología inalámbrica a través de radioseñales, seguida algunos años más tarde de la puesta en órbita de los primeros satélites que permitían la retransmisión de ondas de radio. Sin embargo, hasta este momento toda la comunicación era análoga y apenas en 1962 se empiezan a aplicar soluciones digitales para la transmisión de la información, tecnología usada en las primeras computadoras de igual manera. En el año de 1969, entro en funcionamiento la primera red de computadoras que daría paso al Internet, ARPANET; en un inicio, estaba orientada a ser aplicada por los militares financiada por la Agencia de Investigación Avanzada de Proyectos de Defensa del gobierno estadounidense. En los años siguientes se perfeccionó el manejo de fibra óptica para la remisión de información a la velocidad de la luz. El primer llamado desde un teléfono celular en 1973, seguido de la creación de la "world wide web" como un sistema que permita integrar y compartir información. (SZYMANCZYK, Op. Cit.)

En la década de los ochenta se dio inició al desarrollo de sistemas de comunicación más complejos denominados DNS, por sus siglas en inglés. El presupuesto de este sistema era el de asignar a cada terminal un nombre de dominio que le permitiera ser individualizada dentro de una gran red de computadoras. Una vez que se combinaron las DNS y la tecnología TCP/IP (tecnología para la compresión y direccionamiento de información en paquetes, creada en el desarrollo de ARPANET), la tecnología empezó a avanzar exponencialmente en todo el mundo; los usuarios se multiplicaron por millones y el

proyecto trascendió las fronteras de los Estados Unidos de América. (LIPSZYC D. , 2004)

A partir del año 2000 las tendencias actuales empiezan a tomar fuerza, como son el auge del internet en aspectos cotidianos de la sociedad, la predominancia de los computadores portátiles sobre los de escritorio y el surgimiento de la telefonía móvil con miras a convertirse en “asistentes personales”. (JOSKOWICZ, 2013)

Con este breve resumen de los avances tecnológicos de los últimos siglos, podemos esbozar un pequeño panorama de la línea por la cual evoluciona la tecnología de la comunicación y hacia donde apuntan las tendencias y conductas sociales, que de una u otra forma deben ser analizadas y reguladas por el derecho. Claramente, y tal vez por responder al modelo económico predominante que es el capitalismo, la innovación tiende hacia la optimización de tiempos y hacia un acceso a la información instantáneo y en todo lugar.

En medio de los avances, la humanidad inicia un nuevo período de su historia, desarrollado alrededor de la tecnología y del intercambio irrestricto de información, un “período de tiempo durante el cual tiene lugar una innovación de la tecnología de la información” (YONEJI, 1984), en el cual la información como tal es considerada casi tan valiosa como el dinero, e incluso más. Está época ha sido llamada la era de la Sociedad de la Información.

En la Sociedad de la Información en la que vivimos ahora se habla de temas mucho más complejos como el Internet de las Cosas; la idea de que cada objeto de uso cotidiano este integrado a la red de redes, por lo cual los costos para acceder al servicio se han visto notablemente reducidos. El lector, con formación jurídica, podrá notar que esto tiene varios efectos jurídicos relevantes, partiendo desde sus presupuestos como medio de comunicación.

En vista de que el Internet está integrado por todas las computadoras conectadas, el medio de comunicación como tal no se controla desde ningún gobierno o

institución, sin perjuicio de las medidas que serán analizadas más adelante en esta investigación. La libertad de acceso al contenido en Internet, así como lo simple que resulta para cualquier usuario manipular el contenido, genera fuertes debilidades en materia de derechos de autor, muchos de los cuales vienen de la mano de la “desmaterialización” o digitalización.

Es así que llegamos al concepto de digitalización. Personalmente, considero que la digitalización debe ser entendida como cualquier procedimiento que permita transportar cualquier tipo de información constante en medios físicos, es decir información análoga, a un medio digital que no depende más que de un soporte que permita interpretar la información digitalizada; una vez digitalizada, y con los medios actuales, la transmisión de esta información puede hacerse de manera casi inmediata a cualquier punto del mundo. Estos procedimientos, en la actualidad pueden comprender desde una fotografía tomada con el teléfono móvil, hasta grabar un concierto con una grabadora de video; sin embargo, la captura de estos hechos, con los instrumentos tecnológicos del caso, genera problemas jurídicos en cuanto a la protección de la información capturada. (SERRANO, CABRERA, MARTÍNEZ, & GARIBAY, 2010) Y éste no es el único problema puesto que también debemos pensar en la protección que debe darse a las obras que nacen digitalizadas solo para luego ser distribuidas por medios de comunicación modernos, por ejemplo, cualquier compilación de software. (Cornelio, 2008)

Transformar obras en información digital facilita la afectación de los dos ejes centrales de los derechos patrimoniales del derecho de autor, la reproducción de la obra y comunicación al público, es necesario precisar que en estos casos se trata de un público completamente indeterminable. Sin embargo, se pueden originar otro tipo de problemas no solo considerados en el ámbito de los derechos patrimoniales. Por ejemplo, resultaría muy fácil perder por completo el rastro de la paternidad de una obra digitalizada y transmitida a nivel mundial; o que, en medio

de reproducciones digitales, la calidad de la obra se vea deteriorada y el autor no pueda ejercer su derecho a preservarla puesto que resulta imposible determinar al infractor, por un lado, y el órgano de tutela competente, por el otro.

Si lo que se pretende con la presente disertación es presentar propuestas para regular el contenido, es necesario entender a mayor detalle cómo operan las interacciones sociales en el entorno digital, en lo pertinente a la transmisión del contenido y la regulación del mismo en línea.

2.2.2. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN INTERNET

La participación de ciertos actores, en las interacciones sociales, debe ser tomada en cuenta en lo relacionado al intercambio de información, ya que su participación es trascendental al considerar la protección de derechos de autor en el entorno digital. Al respecto, Ariel Vercelli, en su artículo “La Gestión de Derechos en el Entorno Digital” muy acertadamente sienta las bases de las interacciones en torno a tres actores fundamentales: el autor como creador de la obra, los usuarios como el público receptor de la obra, y empresas o corporaciones como el medio de conducción y distribución de la obra hacia los usuarios finales. (VERCELLI, 2016)

En el entorno digital, los autores se enfrentan a un problema que no puede enfrentarse de la misma manera que se enfrentaría un problema de perjuicio de derechos en medios tradicionales de distribución de obras. En el entorno digital resulta imposible, o sumamente difícil, que el autor produzca por sí mismo mecanismos de protección tecnológicos (estos mecanismos serán analizados en el acápite siguiente). Es así que, si los autores deciden digitalizar sus obras, o si las mismas fueron creadas en medios digitales, están a merced de las medidas que ofrecen las compañías intermediarias que se encargan de llevar el contenido al usuario final. Sin embargo, en casos extremos como el de Corea del Norte (ISMAIL, 2016), también se puede considerar que el proveedor de internet juega

un papel fundamental en la regulación del contenido que llega al usuario; no es muy pertinente profundizar en este tema en la presente disertación en virtud de no existir restricciones estatales de acceso a la información digital en nuestro entorno.

Son muy escasos los casos en los que las compañías mencionadas en líneas anteriores son las perpetradoras directas de infracciones a los derechos de autor, y cuando se ha dado se han ejercido normas contempladas en ordenamientos jurídicos locales o en tratados internacionales para detener estas conductas. El verdadero problema se da en las actuaciones de los usuarios finales, a quienes les llega la información y que no enfrentan restricciones o consecuencias directas por el uso que le den a la misma.

Como se mencionó anteriormente, por lo general son los mismos usuarios los que garantizan una mayor responsabilidad en el manejo de la información digital. La regla general es permitir la navegación libre e irrestricta a través de las páginas web creadas por usuarios; sin embargo, el host o anfitrión de un portal web puede determinar ciertas reglas o condiciones que son solo aplicables en su sitio y que son una especie de reglamento con efectos jurídicos válidos mientras se está visitando dicho portal. Por lo tanto, el usuario primero que está navegando puede llegar a encontrarse con contenido protegido por los derechos de autor; pero el hecho de haberse cruzado con ese contenido al navegar y haberlo visto no constituye una falta per se a los derechos de autor de parte del usuario que está viendo el contenido, tal vez si de aquel que publicó el contenido.

Una forma mucho más cotidiana en la cual usuario puede incurrir en infracciones a las normas de derecho de autor se da con la compartición puerto a puerto (P2P), e incluso esta infracción puede darse sin conocimiento del autor de que se encuentra comunicando una obra a un público no autorizado por el autor y por lo tanto abusando los derechos patrimoniales que nunca le fueron concedidos. La comunicación puerto a puerto “es la manera en que distintos usuarios de ordenadores, conectados a través de una misma red de Internet, pueden compartir

archivos informáticos”; e implica una transferencia directa de información entre dos terminales conectadas a internet. Es decir, implica la reproducción y la posterior comunicación al público de las obras publicadas. (OMPI, 2016)

Tomemos por ejemplo a la plataforma de compartición P2P llamada Ares Galaxy (GALAXY, 2016), un software desarrollado en el año 2002 como software libre. Dicho programa permitía a los usuarios buscar en todas las computadoras de otros usuarios de Ares archivos de cualquier naturaleza -canciones, películas, libros, videojuegos, etc.- y descargarlos a su computador personal. Sin embargo, muchos usuarios desconocen que la plataforma además permite que todo lo que un usuario ha adquirido por este medio de transmisión de información, lo comparta para la descarga de futuros usuarios; esparciendo las obras a un ritmo incontrolable. Programas como este abundan en el Internet y basta hacer una búsqueda de software P2P para saber que muchos usuarios tienden al empleo de este medio.

Es tan simple como que un autor haga llegar su obra a tan solo un usuario que tienda a compartir el contenido por estos medios y la obra que pudo haber tomado años en desarrollarse, en cuestión de minutos ya puede ser adquirida en cualquier lugar del mundo sin pagar ningún tipo de reconocimiento al autor de la obra. Cuando millones de usuarios tienen la obra, de la misma fuente, la transferencia P2P adquiere una naturaleza mucho más difícil de regularizar (en cuanto a la responsabilidad) ya que el usuario que descargue la obra estaría descargando una porción diminuta de cada uno de esos millones de usuarios.

Cada usuario puede ser individualizado a través de su dirección IP, sin embargo, resulta una labor titánica para el titular de los derechos lesionados procurar iniciar acciones con finalidades coactivas contra todos y cada uno de los usuarios de internet que, adicionalmente, se podrían encontrar en territorios donde no se encuentran ratificados los tratados internacionales suscritos por el país de origen

del autor; en el acápite correspondiente a la regularización de internet se profundizará en las posibles medidas.

Otra metodología muy usada en la actualidad y que resulta sumamente conveniente para la transmisión de cualquier tipo de información, sin perjuicio de su tamaño, es el Protocolo de Transferencia de Archivos o FTP por sus siglas en ingles. Este sistema también presupone una conexión directa entre un cliente, o usuarios que pretenden adquirir información, y un servidor, terminal que contiene la información que los clientes están buscando. (ANDREU, 2016) Una de las ventajas para la implementación de este sistema como medio de transmisión gira en torno al hecho de que el cliente puede navegar las carpetas compartidas por el servidor como si se tratara de su propia computadora y compartir la información que contiene con muchísima facilidad.

En cuanto a la materia motivo de la presente disertación, el hecho de que el servidor contenga un ejemplar de cualquier obra digitalizada, para empezar, constituye por sí solo un acto en contra de los Derechos de Autor en su ámbito patrimonial, específicamente la reproducción y la comunicación al público de la obra, como ya se mencionó. Al igual que en la transmisión P2P, el usuario que adquiera la obra de cualquier manera estaría incurriendo en la reproducción puesto que lo que queda grabado en su computadora es simplemente una copia de la obra originalmente digitalizada o creada en digital; independientemente de la forma de creación es necesario contar con la autorización del autor.

En concordancia con lo señalado en líneas anteriores, resulta imposible pasar por alto el rol que cumplen los actores que aparecen entre la creación de la obra y la llegada de la misma al usuario final. No son escasas los portales web que dirigen al usuario hacia contenido que puede estar publicado en transgresión a los derechos de autor; anuncios, motores de búsqueda e incluso las mismas compañías que proveen el servicio de Internet facilitan a las personas encontrar contenido “pirata” que de otras maneras no llegaría a su posesión. Lo que se debe

considerar, sin perjuicio de las facilidades brindadas, es el hecho de que existe otro importante actor que es el que publica o “cuelga” las obras digitales o digitalizadas a disposición del público en los dominios web, el proveedor de contenido. Como se indicó en párrafos precedentes, resulta simple para un usuario convertirse en un proveedor de contenido por el simple hecho de haber accedido a un servicio o de buscar “compartir” cierto contenido en el entorno digital. Sin embargo, para que el proveedor de contenido pueda cumplir con su rol en el medio digital necesariamente requiere la intervención de otro actor que será sumamente importante cuando llegue el momento de proponer nuevas formas de protección a los derechos de autor en el contexto del presente estudio, siendo este actor el proveedor de servicios de Internet. (LIPSZYC D. , 2004)

El primer proveedor de servicios que consideraremos es aquel que conserva el medio físico o soporte del contenido. Ya sea por medio de servidores alojados en centros de información o servidores caseros, todo contenido que se encuentra en internet debe estar contenido en un soporte físico, llámese disco duro o cualquier otro medio de almacenamiento de información digital destinado para el propósito, lo llamaremos proveedor de servicio de almacenamiento. Las personas jurídicas o naturales, que prestan este servicio a los usuarios o proveedores de contenido, tienen un rol fundamental en las, generalmente inadvertidas, relaciones jurídicas que se llevan a cabo en el entorno digital pues son las que están brindando el medio para la explotación patrimonial de la obra y su posible transgresión en el ámbito moral. En el último capítulo de la presente se profundizará acerca de cómo su rol podría ser determinante en la protección de los Derechos de Autor.

Otro proveedor de servicios, es aquel que facilita la conexión a internet tanto a los usuarios como a los que están dedicados a la provisión de servicios y contenido, lo llamaremos proveedor de acceso Internet que trabaja de la mano con el proveedor de infraestructura. Este servicio es el que extiende la red de redes hasta terminales individualizados; para motivos de la presente investigación no

resulta pertinente profundizar en los aspectos técnicos relativos al desempeño del rol de este actor.

El rol descrito en el párrafo anterior, puede confundirse con el proveedor de servicios de internet, que es en cambio el que viabiliza la comunicación e intercambio de información por parte de sus usuarios proveyendo algún servicio en línea; foros, noticias, etc. El autor considera que, en primera instancia, estos tres actores no pueden ser responsabilizados por las violaciones que se den en materia de Derechos de Autor salvo que sean ellos los que directamente cometan alguna inobservancia en medios digitales.

2.2.3. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN EN INTERNET

Se podría definir a las medidas tecnológicas de protección como sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual. (FERNÁNDEZ, 2016)

La idea de incluir medidas tecnológicas de protección aparece a partir de la implementación del artículo 11 en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 20 de diciembre de 1996.[4] y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas de la misma fecha, respecto de estos tratados se profundizará más adelante. Dicho artículo, obliga a los estados firmantes a "proporcionar 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 (…) y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley."

[4] Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, texto de 1996, entrada en vigencia 6 de marzo de 2002; Internet: http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740

Al respecto, con el fin de aterrizar dicho artículo en armonía con la realidad social y los ordenamientos jurídicos de cada país, en diciembre de 1999 se llevó un taller en Ginebra con el fin de proponer formas concretas de aplicación a las medidas tecnológicas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que las medidas tecnológicas no solo pueden ir cambiando a medida que se desarrollen e inventen nuevas tecnologías; sino, que deben hacerlo para poder proteger de manera efectiva los derechos de autor ante nuevas formas de ser violados que podrían no estar contemplados en la legislación vigente de determinado Estado. Establecer una lista taxativa de medidas preventivas sería una absoluta falta de visión por parte del legislador.

De acuerdo al taller mencionado (STROWEL & DUSSALIER, 1999) se pueden clasificar las medidas tecnológicas de protección en cuatro categorías: las medidas que protegen efectivamente un acto sujeto al derecho exclusivo del autor, los sistemas de acceso condicionado, los dispositivos de marcado e identificación y los sistemas de gestión electrónica de los derechos. Si bien se realiza esta categorización por motivos académicos, en la práctica es común, y necesario, que las cuatro categorías mencionadas se interrelacionen y se complementen

Las medidas que efectivamente protegen los derechos pueden ser tanto un dispositivo como un sistema creado con la finalidad de evitar reproducciones no autorizadas de la obra; o en general cualquier forma de explotación que no haya sido autorizada por el autor. Lo más común en esta clasificación son los dispositivos o sistemas anti-copia que evitan que un se pueda realizar una copia adicional de una obra, digital o analógica. Este sistema es utilizado en nuestro medio para impedir la copia de DVD’s, Bluerrays, Casetes en su momento, e incluso en consolas de videojuegos, que impiden que copias no autorizadas puedan ser utilizadas. Ejemplos de esta tecnología incluyen los dongles, las tarjetas inteligentes, y el sistema de manejo de copias seriales, en la mayoría de

los casos son restricciones que pesan sobre el hardware o el medio en que contiene la obra.

Los sistemas de acceso condicionado, o restricción de acceso, se refieren al empleo de técnicas que permiten el acceso, respetando la vigencia y titularidad de los derechos patrimoniales; pero que solo lo permite cuando se hayan cumplido con ciertas condiciones acordadas con anterioridad o establecidas en el sistema. Estos mecanismos de protección están diseñados para regular únicamente el acceso a la obra o al sistema que contiene la obra una vez que se verifican las condiciones necesarias para autorizarlo. Entre los ejemplos más notorios de esta medida de protección está la fijación de usuarios y contraseñas para autorizar a aquellos que han pagado por su derecho de acceder a la obra; otro ejemplo es la encriptación de información, en la actualidad es una de las medidas más usadas para la transmisión de información, ya que resulta casi imposible descifrar el contenido sin un desencriptador que únicamente puede ser obtenido del creador del sistema o el titular del derecho patrimonial.

El principal problema de la encriptación, por si sola, es que únicamente previene el acceso a los documentos, pero de ninguna manera evita que los mismos sean copiados o compartidos libremente; si nos enfocamos en el hecho de que el usuario final puede convertirse en un proveedor de contenido en cualquier momento, el hecho de que el usuario tenga tanto la información encriptada, como la clave de desencriptación le faculta para compartir ambos con la misma facilidad. Una alternativa planteada para evitar enviar la clave de desencriptación al usuario, es enviarla directamente a su computadora, también encriptada, a una ubicación diferente del directorio o con un nombre de archivo difícil de individualizar; de esta manera, solo el software de lectura sabría que archivo buscar y donde hacerlo. Sin embargo, esta medida también puede resultar insuficiente por si solo en virtud de que un usuario con el suficiente conocimiento podría ubicar el archivo de acceso y compartirlo junto con la obra encriptada.

La tercera medida, concerniente a los dispositivos de marcado, es una técnica mediante la cual se inserta una marca, visible o no, en la obra de tal forma que permita individualizar ya sea al autor o al titular de derechos patrimoniales. Ya sea en obras analógicas o digitales, la finalidad de esta técnica es la de introducir información relativa a la obra que permita determinar la fuente de la misma de determinarse que está siendo usada ilegítimamente. Si bien la marca de la obra puede ser visible, como es el caso de algunas universidades o editoriales que realizan publicaciones digitales con documentos con marca de agua y que solo permiten acceso al documento tras el pago prestablecido; también existen marcas que no dejan ningún tipo de rastro y se ven grabadas en el código del soporte digital de la obra, volviéndose básicamente indetectables. En caso de obras musicales, también se introducen identificativos en la pista, alterando levemente algunas notas que permitan identificar la procedencia de dicho material.

En base a lo analizado hasta el momento, podemos comprobar que esta técnica también cubre otro derecho del autor, en este caso moral, el de reivindicar la paternidad de la obra y que se publique esta junto con su nombre. En el ámbito digital, existen otras prácticas que se enmarcan en esta categoría, por ejemplo, la inclusión de un número de serie único en cada uno de los ejemplares; así, en caso de encontrarse un ejemplar que se sospecha que fue obtenido por medios ilícitos, se puede rastrear con mayor facilidad cual fue el ejemplar copiado y quizás incluso actuar contra aquel que haya adquirido la obra legítimamente solo para su beneficio económico. Asegurando a su vez el derecho a preservar la integridad de la obra.

La última categoría contemplada en este taller es la que incluye los sistemas de gestiones de derechos digitales. Estas son plataformas digitales a través de las cuales se puede delimitar el uso y difusión de obras protegidas que solo pueden ser accedidas desde dicho sistema. Estas medidas son muy usadas en la actualidad para proporcionar licencias de uso sobre ciertas obras protegidas por

plataformas de gestión de obras, y combinan muchas técnicas para garantizar de manera más fiable la protección de los derechos de autor. Por ejemplo, Steam para videojuegos, Netflix para obras audiovisuales, Kindle para obras literarias, etc. Lo que hacen estas plataformas es conceder acceso a la plataforma con una contraseña, una vez que haya sido verificado el usuario y que este requiera cierta obra, la plataforma envía archivos encriptados al dispositivo que pretenda acceder, el dispositivo responde identificándose a sí mismo con un número único asignado para ese dispositivo, verificando que se trata de un dispositivo autorizado se puede acceder al contenido de la obra adquirida pero únicamente dentro de la misma plataforma. De igual forma, la visualización o el uso de la obra está sujeto a algunas condiciones que garantizan de mejor manera la protección incluso después del acceso a la misma.

Habiendo mencionado brevemente estas medidas, es necesario vincular medidas concretas que se podrían aplicar alrededor de los actores de las relaciones en el entorno digital mencionados en el acápite anterior.

Comenzaremos con el usuario; la autora Esteve González contempla la posibilidad de determinar una responsabilidad del usuario en los casos en los que este acceda con una contraseña que no le corresponda de manera fraudulenta y así realizar actos que resulten lesivos para para los derechos de autor. (ESTEVE, 2016) Otro caso, podría ser el escenario en el cual el usuario ingrese de manera ilegítima a una red privada en la cual repose información protegida, en este escenario el usuario podría difundir esta información o comercializar con ella y con bases de datos de los proveedores de servicio, acceso e incluso contenido. Para procurar actuar en contra de estas conductas podrían establecerse cláusulas contractuales que permitan responsabilizar al usuario; sin embargo, nuestro Código Orgánico Integral Penal en el artículo numerado como 208.A, agregado por el artículo 3 de la ley s/n publicada en el Registro Oficial Nº 598-3S, de 30 de septiembre de 2015, contempla la aplicación de multas para ciertos casos en los

que se usen marcas o se reproduzca o comercialice mercancía pirata que lesione los derechos de los autores, entendiendo mercancía pirata como toda copia de la obra que no ha sido autorizada por el titular de los derechos correspondientes.

El segundo actor que se considera, que a criterio del autor es quien ostenta la mayor responsabilidad, es el proveedor de contenidos. Al ser este actor el que coloca la información u obras a disposición del público, es el que debe ser directamente responsabilizado por publicar contenido que sea violatorio de la protección de derechos de autor. Cuando el autor haya autorizado al proveedor de contenido la difusión de determinada obra, el proveedor debe asegurarse de que la información alcance únicamente al sector poblacional contratado por el autor. Es en esta instancia en la que se debe contemplar la implementación de las medidas de protección tecnológica descritas en líneas anteriores. Por otro lado, es necesario contemplar a los proveedores de internet que no están autorizados para la difusión de contenido, y que lo hacen sin autorización. De ser posible identificarlos, también están sujetos a responsabilidad en orden con las normas internacionales y las disposiciones locales de cada una de los Estados.

A continuación, debemos contemplar la posibilidad de responsabilizar a los proveedores de servicios en línea. Mantener esta hipótesis resulta un poco más difícil, ya que el proveedor de servicios en línea no provee el contenido que puede estar protegido, pero el proveedor está facultado para aportar en gran medida a ofrecer soluciones o medidas que prevenga futuras faltas. La discusión se establece en que este actor facilita el acceso al contenido publicado aportando a su difusión y publicación. La autora Delia Lipszyc, hace una precisión muy importante, señalando que, si el autor o titular de derechos pone en conocimiento al proveedor de servicios que este último está transmitiendo contenido ilícito a través de su servicio, el proveedor estaría obligado a eliminar este contenido de su servidor o impedir su futura circulación. Si, de todas maneras, el proveedor mantiene el contenido, este debe ser plenamente responsabilizado por la

violación, por cuanto se pierde el elemento de ignorancia o buena fe. Debe procederse igual cuando el conocimiento de las condiciones era anterior. (Op. Cit., LIPSZYC D. , 2004)

Al ser el proveedor de servicios el actor más cercano a los usuarios, también se ha procurado conseguir el bloqueo de acceso a páginas dedicas a la piratería de obras protegidas, o la notificación al usuario de que está accediendo a contenido restringido para tratar de frenar las prácticas lesivas. Más adelante, se analizará por ejemplo la eficacia que tuvo solicitar o disponer el bloqueo de ciertos dominios y las medidas jurídicas que se implementaron para garantizarlo, como es el caso de Pirate Bay o de Megaupload.

En nuestra legislación se contempla le responsabilidad del proveedor de servicios de internet, de acuerdo a lo propuesto por Lipszyc, en el siguiente artículo.

“Art. 292.- Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en esta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte.

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

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

Para poder entender de mejor manera las acciones que se han tomado a nivel internacional con respecto a la protección de derechos en el ámbito digital, pasaremos a estudiar disposiciones jurídicas aplicables contenidas en legislación comparada, jurisprudencia y tratados internacionales.

2.3. NORMAS CONTENIDAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

En base a lo estudiado hasta el momento, pasamos a considerar las tendencias hacia la digitalización en un contexto completamente jurídico. Una consecuencia directa del auge del Internet es que la línea que separa las jurisdicciones estatales se vuelve completamente difusa, incluso inexistente. Jurídicamente, esto representa un gran problema.

Cada Estado obedece a un ordenamiento jurídico que rige las relaciones sociales entre sus habitantes; al respecto, debemos recordar los tres elementos básicos del derecho, la validez de la norma, la eficacia de la norma y la vigencia de la norma. Como acertadamente lo señala el profesor Diego Martínez Marulanda (MARTÍNEZ, 2007), la vigencia se puede comprobar a través de la posibilidad que existe de exigir el cumplimiento de una norma válida, y así, hacerla obligatoria para quienes integran la sociedad regida a ese ordenamiento jurídico.

Para poder hablar de que una norma es exigible implica que existe un ente capaz de ejecutar las disposiciones legales a través de la coerción y la coacción y así forzar su cumplimiento. En el contexto de las interacciones sociales por internet se busca establecer más regulaciones que aquellas impuesta por los mismos usuarios en contexto con las medidas tecnológicas de protección ya analizadas.

Al abrir la puerta a distribución y publicación de información en los masivos volúmenes que maneja el internet, se dio paso a que todo tipo de contenido sea publicado; contenido que eventualmente podía no contrariar el ordenamiento

jurídico local, sin embargo, también podía alcanzar usuarios que estaban sujetos a un ordenamiento jurídico en el cual el contenido publicado si resultaba ilícito.

2.3.1. TRATADOS INTERNACIONALES

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como la conocemos hoy en día, es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objetivo es brindar el espacio a sus 189 Estados miembros, para el diálogo en materia de propiedad intelectual con miras al establecimiento de un sistema internacional que motive la creatividad y la innovación de las personas. Los foros gestionados por la OMPI son el espacio en el cual profesionales y expertos en el área de propiedad intelectual han procurado crear y mejorar instituciones jurídicas para permitir que las mismas estén a la misma altura del desarrollo tecnológico. Toda la información relativa a la OMPI se encuentra actualizada a la fecha de elaboración de la presente disertación y ha sido extraída de su página web.

Sin embargo, los primeros tratados internacionales que sirvieron de cimiento para todo el trabajo de esta organizacional mundial fueron celebrados antes de la existencia de la Organización de las Naciones Unidas. Como primer antecedente, tenemos el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; enfocado, como su nombre lo indica, a la protección de invenciones de aplicación comercial e industrial a través de patentes.

En lo referente a Derechos de Autor, es en el año de 1886 cuando se celebra el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, suscrito el 9 de septiembre. La organización que impulso la celebración de este convenio fue la Asociación Literaria y Artística Internacional, “Association littéraire et artistique internationale”, fundada en 1878 por el escritor francés Víctor Hugo, y con una gran presencia internacional hasta el día de hoy. (ALAI, 2016).

En 1893, aparece la entidad internacional precursora de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual o BIRPI por sus siglas en francés.

Producto de los constantes avances tecnológicos, así como de los cambios en las relaciones interpersonales con sus posibles consecuencias jurídicas, este tratado ha sido revisado y actualizado múltiples ocasiones:

- Acta Adicional de París en 1896;
- Acta de Berlín en 1908;
- Protocolo Adicional de Berna en 1914;
- Acta de Roma en 1928;
- Acta de Bruselas en 1948;
- Acta de Estocolmo en 1967;
- Acta de París en 1971, y;
- Enmienda de 1979

Apenas en 1970, casi ochenta años después de su creación, las BIRPI pasaron a ser la OMPI; hasta que en 1974 finalmente se incluye entre las organizaciones de las Naciones Unidas en calidad de organismo especializado en la protección de los derechos intelectuales, por lo cual el margen de influencia de esta organización se vio notablemente beneficiado.

En el transcurso del último cuarto del siglo veinte, la tecnología empezó a evolucionar a un ritmo mucho más rápido, cerrando así un siglo de cambios tecnológicos sin precedentes. Las tecnologías de fotocopiado, las nuevas tecnologías de grabación de video, los sistemas compactos de reproducción de música y video, la radiodifusión, las telecomunicaciones, las computadoras, las bases de datos, la digitalización; estos son solo ejemplos de todos los cambios tecnológicos que hicieron necesaria la elaboración de nuevas normas relativas a la

protección de los derechos de los autores, normas que fueran más fáciles de adaptar a la curva exponencial de desarrollo tecnológico.

Es necesario anotar la Decisión 351 adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina de Naciones; dicho texto no solo tiene un excelente glosario de conceptos fundamentales para la materia de Derechos de Autor, sino también instituciones jurídicas básicas en concordancia con los pronunciamientos emitidos por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en su calidad de organismo técnico de la ONU. La Decisión 351 busca aplicar todos estos preceptos a la realidad social de la Comunidad Andina. Naturalmente, el contenido de la Decisión se encuentra incorporado para su directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía de norma constitucional en virtud del artículo 425 de la Constitución de la República.

2.3.1.1. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y TRATADO DE LA OMPI SOBRE LA INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN DE FONOGRAMAS

Tras discusiones acerca de la aplicación de reformas o de la creación de un nuevo tratado, del 2 al 20 de diciembre de 1996 se llevó a cabo una conferencia diplomática que acabo con la suscripción de dos nuevos tratados; el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF). En el año de 2002, estos tratados pudieron ser finalmente aplicados al conseguir la ratificación o adhesión de 30 países. A continuación, se realizará un breve estudió de las instituciones jurídicas incluidas en estos tratados en base al documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI sobre la Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos y ambos acuerdos como tal.

En primer lugar, en cuestiones terminológicas, ambos tratados pretenden hacer aproximaciones a los problemas del entorno digital, incluyendo las ya analizadas medidas tecnológicas de protección, además de disposiciones relacionadas a los

derechos tradicionales de los autores aplicadas a sistemas digitales, como la reproducción de obras, o las limitaciones al derecho de autor en este mismo contexto.

El TODA, en su artículo 1 establece que el tratado será un simple arreglo y que de ninguna manera deroga las instituciones, derechos y obligaciones existentes entre las partes firmantes del Convenio de Berna y sus actas o protocolos. La primera ventaja que se debe tomar en cuenta, es que no se alteraron las disposiciones relativas a la reproducción de la obra en el entorno digital, haciéndolo aplicable con su estructura establecida en el Convenio de Berna y legislaciones nacionales.

La segunda ventaja, es la facultad que se confiere a autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, y productores de fonogramas[5] a autorizar la transmisión de sus obras, otorgándoles a dichos sujetos la titularidad exclusiva de autorizar la puesta a disposición del público de sus obras, interpretaciones, ejecuciones, etc., ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, dejando a decisión del público el momento en el que pueden acceder a las obras. Aquí es donde intervienen, actualmente, las plataformas de gestión de contenido protegido.

De igual manera, se reconoce la vigencia de los derechos exclusivos de poner a disposición del público las obras, mediante formas de transferencia de propiedad; sin perjuicio de las condiciones que establezcan los titulares de derechos para el efecto. Se faculta además a la autorización de alquiler comercial respecto de software, obras audiovisuales o cinematográficas, y musicales (fonogramas), de conformidad con las legislaciones nacionales preexistentes. Adicionalmente, se incluye la disposición de que las partes incorporen excepciones y limitaciones al derecho de autor en el contexto digital, cuando los intereses del autor no se vean perjudicados o exista un perjuicio patrimonial real; de la mano de estas excepciones los Estados se obligan a incorporar medidas tecnológicas de protección para evitar actos no autorizados por el autor en el entorno digital.

[5] Es importante mencionar que el TODA únicamente hace referencia a los autores.

Otra obligación adquirida, materia del tratado, es que las partes deberán disponer de recursos jurídicos efectivos para actuar en contra de cualquier persona que suprima o altere, sin autorización del titular de los derechos, cualquier información digital sobre la gestión de derechos; el alcance de estos recursos jurídicos, sin embargo, no puede acabar en las acciones tomadas contra el que altere dicha información, sino que también debe evitar la distribución y comunicación de la información comunicada.

Como queda anotado, el tratado no delimita con precisión cuáles son las acciones que deben adoptar los Estados a fin de garantizar la aplicación del mismo, sobre todo en cuanto a la implementación de medidas tecnológicas que permitan combatir las infracciones que busquen transgredir la protección brindada por los derechos de autor en el ámbito digital.

El segundo tratado, el TOIEF, delimita los beneficiarios en dos grupos, los artistas intérpretes o ejecutantes de las creaciones y los productores de las obras fonográficas. Distinto de lo analizado con el TODA, el TOIEF no se vincula a si mismo al acuerdo preexistente en materia de protección de fonogramas. Sin perjuicio de la aplicación directa del artículo 2 de este tratado, que establece como sujetos de protecciones a los intérpretes folclóricos, en el Ecuador ya se está planteando la protección expresa de estas manifestaciones en la Asamblea al momento del desarrollo de la presente disertación. El TOIEF también contempla la obligatoriedad de adoptar instituciones jurídicas suficientes para garantizar el cumplimiento cabal del acuerdo en las legislaciones de los estados firmantes.

2.3.1.2. APORTES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

También a nivel internacional, el Parlamento Europeo ha tomado ciertas acciones que ayudan a garantizar la protección de contenido digital; medidas con efectos jurídicos tomadas para detener esta distribución irrestricta de información. Tenemos, por ejemplo, la Decisión Nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, se procuró establecer ciertas restricciones para

impedir la circulación de contenido nocivo o ilícito por el entonces naciente medio audiovisual.

Con mayor pertinencia, podemos considerar la Directiva 2001/29/CP del Parlamento Europeo, concerniente a la armonización de determinados aspectos de los derechos y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información.

La Directiva, al igual que los Tratados descritos, menciona en líneas generales la obligación que tienen, los Estados miembros, de establecer mecanismos jurídicos adecuados para evitar la elusión de medidas tecnológicas y respetar los Derechos de Autor en el entorno digital, además de medidas en contra de dispositivos que busquen eludir dichas medidas, cuyo uso comercial sea limitado aparte de los fines elusivos.

De hecho, el artículo 1 de la Directiva, estable que la misma trata de la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en el mercado interior, con particular atención a la Sociedad de la Información.

Adicionalmente, la Directiva brinda una definición de medidas tecnológicas entendidas como *"toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley (…) Las medidas tecnológicas se considerarán 'eficaces' cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección."*

En cuanto al derecho de reproducción, se establece que los países instituirán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte, a las siguientes personas: a los autores, del original y las copias de sus obras; a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que estas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

En cuanto al derecho de comunicación al público, los países sujetos a la normativa europea se comprometen a establecer el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de las obras de los autores, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, en concordancia con la normativa de la OMPI.

En cuanto al derecho de distribución, se agotará en la toda la Unión Europea cuando se realice en cualquier país de dicha Comunidad, la primera venta u otro tipo de primera cesión de propiedad del objeto, por el titular del derecho o con su consentimiento.

Al desarrollar las excepciones, se incluyen algunos actos de reproducción provisionales que forman parte integrante de un proceso tecnológico cuya finalidad consista en facilitar la utilización lícita o la transmisión en una red entre terceros a través de un intermediario de una obra.

Las demás excepciones y limitaciones relativas a los derechos de reproducción y comunicación son facultativas (los países de la UE deciden si las aplican o no) y se refieren, en particular, al dominio «público». Para tres de estas excepciones —

la reprografía, el uso privado y las radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales—, los titulares de los derechos deben recibir una compensación equitativa.

En cuanto a las medidas de protección jurídica efectiva, en primera instancia se deja la misma apertura para los países de la Unión que en el tratado de la OMPI. El texto, en su artículo 48, establece se deben incluir las medidas tecnológicas que restrinjan de manera efectiva actos ilícitos que no han sido autorizados por los titulares de derechos, medidas que no deben intervenir el funcionamiento de los aparatos electrónicos; protección garantizada sin perjuicio de las normas nacionales específicas que puedan llegar a implementarse.

Finalmente, por ser de interés para el presente estudio, al hablar acerca de las obligaciones relativas a la información de gestión de derechos, se establece la obligación de tomar acciones contra las personas que lleven a cabo la supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos; y/o la distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido la información para la gestión electrónica de derechos.

Habiendo analizado algunas disposiciones internacionales relevantes al tema que se trata, podemos considerar las medidas legislativas concretas que han adoptado ciertos sistemas en relación a los tratados de la OMPI y las medidas tecnológicas de protección.

2.3.2. MEDIDAS ADOPTADAS EN OTRAS LEGISLACIONES

Entre las medidas estudiadas que planteó el Parlamento Europeo a fin de que sean aplicadas en los países miembros, se establece la obligación que tienen los estados de impedir la circulación o el uso de dispositivos y/o sistemas que tengan como objetivo facilitar la supresión o elusión de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor.

Al respecto, tenemos el ejemplo de Alemania, Estado en el cual se hizo una interpretación extensiva para sostener la postura de que basta con que una sola aplicación de un programa o dispositivo tenga como fin eludir la protección creada por una medida tecnológica, para que dichos programas en su totalidad sean prohibidos; sin perjuicio de cualquiera de las otras aplicaciones o los usos que tenga el programa de manera general. El resto de naciones de la Unión procuran mantenerse fieles a la norma del tratado, dando facultades de actuar contra aquellos que pongan en circulación o posean con fines comerciales programas cuyo único propósito es el de vulnerar medidas tecnológicas, limitando de mayor manera el universo de sistemas lesivos.

Entre las medidas comunes a los países europeos, están tendiendo a abarcar temas más allá de acciones ex – post contra sistemas o dispositivos tecnológicos de protección. De la directiva descrita en el párrafo anterior, por ejemplo, se desprenden disposiciones que obligan a los Estados a tomar acciones jurídicas contra todas las actividades, de fabricación o distribución de dispositivos, productos o servicios no autorizados que sean promocionados con el fin de eludir protección, tengan como razón comercial o de uso limitado la elusión de la protección, o que estén concebidos para facilitar la elusión de cualquier medida tecnológica con el fin de proteger el derecho de autor. Así ya no solo se castigan la utilización de sistemas de elusión sino la fabricación de dispositivos que podrían ser usados para ello.

Procurando reducir las brechas de la inseguridad jurídica ante términos tan amplios como lo fueron las medidas tecnológicas en un inicio, la Unión Europea ha elaborado una definición de medidas tecnológicas “efectivas”:

“Las medidas tecnológicas sólo se considerarán “efectivas” cuando el acceso a la obra o su uso o el de otro trabajo protegido esté controlado por mediante de la aplicación de un código de acceso o de cualquier otro tipo de procedimiento de protección destinado a realizar este objetivo de protección de manera operativa y

fiable, con la autorización de los derechohabientes. Estas medidas incluyen la descodificación, la desaleatorización u otra transformación de la obra". (Op. Cit. OMPI, 2016)

Las consideraciones específicas para que esta definición opere en la realidad, implican que la obra debe estar contenida necesariamente en un soporte electrónico, digital, o que solo sea posible acceder a ella por este medio. La definición también resulta insuficiente cuando se considera la clasificación de las medidas tecnológicas que estudiamos con anterioridad, ya que conocemos que estas no consisten únicamente en la protección de acceso al sistema sino en su uso y gestión.

Por otro lado, le definición incluye el texto "con la autorización de los derechohabientes"; lo que nos lleva a pensar que es necesaria la existencia del consentimiento expreso de los autores de las obras, artistas intérpretes, productores o distribuidores, vendedores, etc. Por la naturaleza jurídica y la dualidad de contenido de los derechos de autor es necesario contemplar si esta disposición alcanza a todo aquel que sea titular de alguna facultad de explotación de las obras. Esto podría dar lugar a que obras adquiridas de una manera completamente legal, pero en la cual no se trata del único titular de derechos, queden desprotegidos ante violaciones claras.

Otra especificación que nos permite darnos cuenta de la limitada visión de esta definición, es el hecho de que solo se reconozcan como procedimientos de protección la descodificación, la desaleatorización u otras formas de transformación de la obra. Me refiero a una falta de visión únicamente por la orientación, que se puede inferir a partir de las enunciaciones ejemplificativas, que se centra en las medidas de acceso condicionado, pero el planteamiento si da lugar a otros mecanismos que impidan la reproducción de la obra.

Cambiando un poco el entorno social del análisis, pasemos a considerar las disposiciones de protección de las normas de relativas a Derechos de Autor en Estados Unidos. Históricamente, Estados Unidos ha sido una de las naciones que responde de mejor manera a los cambios tecnológicos, y prevé las medidas más arduas de control. Tomemos, por ejemplo, el nacimiento de las cintas sonoras; poco después de que la tecnología paso a usarse ampliamente como un método de distribución de contenido musical, se notó la tendencia de crear copias ilícitas no autorizadas por el autor y comercializarlas. Cabe notar que esta tecnología fue introducida en 1987 y para 1992 se aprobó el Acta de Grabación Casera de Sonido que reformaba las Leyes de Propiedad Intelectual estadounidense, permitiendo la generación de copias sin autorización, moderada y únicamente por ciertos dispositivos. La moderación se hizo a través de la obligatoria inserción de una medida tecnológica de protección, un sistema de manejo de copiado serial. Cabe recalcar que la implementación de esta medida fue un mandato legal, y no quedaba a facultad del autor o del productor decidir su uso.

Además, se estableció la prohibición de importar, o facilitar de cualquier forma, dispositivos o sistemas que permitiesen la elusión de la medida de protección concebida. La obligatoriedad de la inclusión de medidas anti piratería también alcanzó a productores de discos compactos, haciendo que la protección de derechos sea más efectiva.

Eventualmente, en el año de 1998, se revisa nuevamente las disposiciones contenidas en la legislación de Derechos de Autor, incorporando a la normativa nacional los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y otros aspectos relaciones al ejercicio de los derechos de autor en un entorno digital; las reformas e incorporación se incluyeron en el Acta del Milenio Digital de Derechos de Autor, DMCA por sus siglas en inglés. Entre las prohibiciones relacionadas a la elusión de medidas tecnológicas de protección se contempló:

- Que nadie pueda importar, publicar, proveer o traficar ninguna tecnología, servicio, dispositivo o componente que haya sido diseñado con el fin de eludir medidas tecnológicas que controlen el acceso a obras protegidas, de igual manera el diseño o creación de estas tecnologías constituye una violación.
- La misma prohibición respecto de cualquier tecnología o dispositivo que, teniendo funciones limitadas, sirva para eludir medidas de protección.
- O cualquier otra tecnología o dispositivo que sea publicitado con el fin de promocionar la elusión de medidas tecnológicas de protección.

Se puede notar la distinción con las medidas europeas, por cuanto, como se señaló anteriormente, las medidas europeas prohibían la creación, promoción o importación de dispositivos cuyo único fin sea la elusión de medidas de protección; salvo el caso de Alemania.

Adicionalmente, la DMCA prevé la posibilidad de liberar de responsabilidad a los proveedores de servicio cuando este no tenga conocimiento de la infracción a los derechos, no esté consciente de hechos o circunstancias que le permitirían notar la infracción o que en cuanto adquiera conocimiento de que tiene bajo su servicio material infractor, tome acciones inmediatas para evitar que el mismo sea explotado sin consentimiento.

La norma, en la sección 512, establece procedimientos para que los proveedores de servicios sean debidamente notificaciones, así como los efectos de esta notificación. Esta figura es conocida como “notice and takedown”, y consiste en que el titular de un derecho de autor realice una notificación jurada, bajo pena de perjurio, al proveedor de servicios detallando los elementos que estarían afectando sus intereses directamente. Una notificación remitida sin cumplir con las formalidades señaladas en el acta no obliga al proveedor a eliminar de su servicio la información que se encuentra en violación. Si, por el contrario, recibe una notificación que cumple con todas las formalidades y ha sido debidamente

remitida, el proveedor deberá eliminar el contenido perjudicial lo cual le libera de cualquier tipo de responsabilidad pecuniaria por la infracción o por haber removido la información (responsabilidad frente al proveedor de contenido).

En la misma sección se contemplan medidas de seguridad para evitar que se realicen notificaciones fraudulentas o erróneas, aparte de la responsabilidad por perjurio del notificante. Por ejemplo, el proveedor del contenido respecto del cual pesa la notificación está facultado a realizar una “contra notificación” justificando que cuenta con la autorización necesaria para haber publicado dicho material; para lo cual, a su vez, el proveedor de servicio deberá notificar al proveedor de contenido que el mismo ha sido eliminado en cuanto ocurra. Si de la contra notificación se deprende que aquel que publicó el contenido a través del servicio web estaba legalmente facultado para hacerlo, de acuerdo a las disposiciones del acta, el proveedor de servicios esta igualmente obligado a volver a publicar o levantar el bloqueo que haya establecido sobre el contenido disputado. Sin perjuicio de acciones en vía judicial que quiera emprender el titular del derecho de autor.

Con estas disposiciones de los mayores productores de contenido intelectual de occidente, también podemos mencionar que múltiples otras naciones a lo largo del mundo han optado por ratificar el contenido de los tratados de la OMPI, con el fin de garantizar la protección y vigencia internacional de los derechos exclusivos de sus autores nacionales. Entre ellos Japón (2002), China (2007), Rusia (2009), Australia (2007), etc.

2.3.3. CASOS DE INTERÉS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Habiendo estudiado, las instituciones de derecho de autor y las medidas tecnológicas de protección aplicadas a un contexto internacional, a continuación, analizaremos desde un punto de vista jurídico tres casos relevantes para los derechos de autor en el entorno digital.

MEGAUPLOAD

El primer caso que será analizado, se hará en base a la acusación presentada por el gobierno estadounidense en contra de Megaupload, y las personas naturales que ostentaban cargos administrativos en la compañía en enero del 2012.[6]

Megaupload era un portal web con fines comerciales que se dedicaba al almacenamiento de archivos, de acuerdo a las categorías antes analizadas en cuanto a los actores, trataríamos con un proveedor de servicios en línea. El sitio fue fundado en el año 2005 y formaba parte de un conjunto de dominios llamado Megaworld. De acuerdo al documento que se estudia, Megaupload llegó a ser el décimo tercer portal web más visitado.

El dominio permitía a los usuarios publicar o almacenar documentos, fotos, videos o cualquier otro tipo de archivo en los servidores de Megaupload, y esta información podía ser accedida y descargada por otros usuarios con total libertad. El servicio recompensaba a los usuarios que subían archivos, que resultaban ser los más frecuentados, otorgándoles puntos que podían ser canjeados por el servicio Premium de la misma página que ofrecía algunas ventajas a estos usuarios frente a los usuarios gratuitos.

Como se mencionó, el análisis legal que se hará del caso se hará en base la acusación presentada por el gobierno estadounidense, ya que resulta imposible

[6] Documento que puede ser encontrado en línea; Internet: https://drive.google.com/file/d/0B68Ng1Dxmta_ZGZmNTQzNTEtZjllNi00MjVjLTg1ODgtZTkzZGUxN2VhNDI4/view

para el autor acceder a los procesos judiciales llevados internacionalmente en varias jurisdicciones; sin embargo, para motivos de la presente tesina, el análisis de los hechos denunciados resulta suficiente.

La acusación sostenía que las personas acusadas formaban parte de una red de conspiración que reproducía y distribuía millones de copias de contenido popular protegido por los derechos de autor que incluía películas, programas de televisión, obras musicales, libros electrónicos, imágenes, videojuegos, y software en general. El perjuicio reclamado por los acusadores alcanzaba los $500.000.000,00 en daños patrimoniales directos y $175.000.000,00 en lucro cesante para los titulares de los derechos.

Megaupload percibía ganancia de dos maneras, en primer lugar, por la venta de cuentas “Premium”; y, en segundo lugar, por la publicidad en línea en su portal. Los costos por acceder a cuentas Premium no alcanzaban valores muy altos ($260 por una suscripción vitalicia), y permitían a los usuarios acceso ilimitado, así como la capacidad de reproducir, a millones de obras protegidas por Derechos de Autor a nivel de legislaciones nacionales e incluso en el ámbito internacional. Las ganancias millonarias percibidas producto de la existencia de Megaupload, eran posteriormente invertidas en el crecimiento de la red Megaworld, que incluía Megavideo, Megaclick, Megaporn, Megapix y otros proyectos con la misma finalidad de distribución irrestricta de información; crecimiento que se daba tanto en el entorno digital como físicamente a través de arrendamiento, almacenamiento, hospedaje, compra de banda ancha, etc.

Con esta figura, los usuarios del servicio en Internet acaban transformándose tanto en proveedores de contenido, por alojar material en los servidores puestos a su alcance, como en reproductores no autorizados, en algunos casos, de obras protegidas y amparadas por las nomas locales e internacionales de Derechos de Autor.

El portal se describía a sí mismo como un servicio de almacenamiento de información privada, sin embargo, la información podía ser puesta a disposición del público. Además, si consideramos que una de las fuentes de ganancias era la publicidad y que se premiaba a los usuarios cuyos archivos sean descargados, esto desnaturaliza por completo la idea de almacenamiento de “información privada”.

Los documentos no eran nombrados por su contenido para permanecer escondidos de las normas de protección de derechos de autor, por lo cual resultaba muy difícil ubicar una obra determinada buscándola simplemente por su nombre. Así, valiéndose del sistema de incentivos descrito, los mismos usuarios promulgaban los hipervínculos de accesos en servicios de internet administrados por terceros para captar usuarios de mejor manera.

Un punto jurídicamente relevante, es que los administradores de Megaupload interactuaban con sus usuarios, se identificaban a sí mismos, e incluso redirigían a los usuarios hacia las obras protegidas que estos últimos buscaban en el portal; anotando, además, que los desarrolladores del servicio si contaban con acceso detallado a todos los archivos subidos a su plataforma. La sección 512.c del Acta del Milenio, que reforma la Ley de Propiedad Intelectual en Estados Unidos, como se mencionó en el acápite anterior, establece que los proveedores de servicio son directamente responsables de contenido que infrinja derechos de autor cuando tenga conocimiento de dicho contenido.

La investigación del departamento de justicia, analizando las medidas de protección supuestamente brindadas por Megaupload, determinó que el supuesto “notice and takedown” no resultaba como una medida efectiva ya que se centraba únicamente en la dirección web del documento denunciado y no en su contenido; permitiendo que otras reproducciones continúen en circulación en el mismo portal, únicamente con una diferente dirección de acceso. La acusación incluye afirmaciones de que Megaupload y sus redes, además facilitaban acceso a otro

tipo de contenido ilícito, como pornografía infantil o propaganda terrorista. La defensa de Megaupload en este sentido se limitaba a afirmar que el mismo sistema que generaba las direcciones de acceso registraba el contenido y evitaba su publicación, o lo eliminaba. Esto también demuestra una actitud dolosa de parte de los administradores, ya que los mismos medios podían ser empleados una vez que se reciba una denuncia o se detecte contenido infractor.

En cuanto a otros actores además del proveedor de servicios, la acusación también está dirigida con las siguientes "terceras partes", que pueden ser coaccionadas por encontrarse dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos:

- Carpathia Hosting.- Se trata de un proveedor de servicios de Internet que se encuentra domiciliado en Virginia. Esta compañía no solo proveía de acceso a internet a Megaupload, sino que alquilaba 25 petabytes distribuido en aproximadamente 1000 computadores que servían como servidores localizados en centros de información en varios estados.
- Cogent Communications.- Proveedora de alojamiento de información con domicilio en la ciudad de Washington, alquilando 36 servidores del centro de información en dicha ciudad a Megaupload.
- Leaseweb.- Proveedora de alojamiento, vendió 60 servidores a Megaupload en el año 2011.
- PayPal, Inc./ Moneybookers Limited- Proveedoras de servicio de comercio electrónico de Estados Unidos y Reino Unido correspondientemente; los pagos realizados a algunas compañías que alojaban información se realizaban por este medio, así como la interacción financiera con los usuarios que querían acceder a otros beneficios.
- AdBrite, Inc.- proveedor de servicios de internet, compañía dedicada a la publicidad en el entorno digital; pagaba a Megaupload por publicidad.

Como medida para cesar la afectación de derechos, el FBI, por orden del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, clausuro el portal web

Megaupload, en conjunto con todos los dominios relacionados a la red MegaWorld directamente. Se produjeron arrestos de administradores y personas vinculadas con altos cargos de las compañías detrás de los dominios web y se levantaron medidas cautelares sobre algunos bienes.

En cuanto a los temas de responsabilidad de los terceros mencionados, serán desarrollados a profundidad en el último capítulo de la presente disertación, al proponer soluciones aplicables a nuestra legislación.

NINTENDO

El siguiente caso que analizaremos es una consulta realizada para obtener una decisión prejudicial, a la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de Italia. La resolución fue expedida el 23 de enero de 2014 y signada con el número de asunto C-355/12.[7]

La cuestión aparece dentro de un litigio trabado entre Nintendo Co. Ltd, Nintendo de América y Nintendo de Europa, por una parte, y PC Box Srl por la otra. Nintendo es una compañía dedicada a la creación de entretenimiento interactivo en medios digitales, fabrican y distribuyen consolas y videojuegos que se reproducen a través de dichas consolas. PC Box, de acuerdo a sus propias actuaciones procesales, se dedica a la elaboración, instalación y mantenimiento de “chips” que modifican las consolas.

La consulta planteó la inquietud respecto de si en aplicación de la normativa que regula a la Unión Europea, se encuentran también protegidos los sistemas de soporte mediante los cuales se reproducen los videojuegos, o el hardware. Considerando además que; en vista de que ni la consola puede reproducir obras

[7]Sentencia del Tribunal de Justicia / Asunto C-355/12 / Acceso 09/09/2016 Internet: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db0c9253b30e8c4b7b83c5d5b1ab3af2b1.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbxf0?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=146686&occ=first&dir=&cid=606382

que no sean de Nintendo, ni las obras de Nintendo pueden ser reproducidas en otros soportes; hay que considerar la interoperabilidad.

La primera consideración realizada por el Tribunal, es el determinar si los videojuegos pueden considerarse objeto de protección por el derecho de autor. Para lo cual cita el Convenio de Berna, específicamente con la actualización de 1971, norma que comprende obras literarias y artísticas como toda producción en campos literarios, científicos y artísticos sin perjuicio de su forma de expresión. Los videojuegos resultan de una mezcla de programación, animación, modelado, guiones, etc., que en su conjunto son creaciones del intelecto humano, originales y susceptibles de ser protegidas.

Nintendo, para procurar proteger sus obras de la piratería ha implementado principalmente dos medidas tecnológicas de protección, que son objeto de la decisión. La primera, un código encriptado en el disco que solo puede ser descifrado por la segunda medida, un dispositivo incorporado en las consolas que permite que se reproduzcan únicamente los juegos originales que incluyen el código serial de encriptación, propio de los productos de Nintendo. De acuerdo a lo estudiado en capítulos anteriores, estas medidas están comprendidas dentro de aquellas que regulan el acceso condicionado al sistema.

Por otro lado, los chips fabricados y distribuidos por PC Box, son instalados en la consola y permiten que el hardware lea otros productos aparte de los fabricados por Nintendo. Esta última compañía, afirma que los chips están diseñados para elusión de la protección incluida por Nintendo en sus dispositivos; sin embargo, PC Box afirma que el propósito principal de los chips es el de permitir a los usuarios acceder libremente a otro tipo de contenido, sin perjuicio de que la instalación si permita el uso de reproducciones no autorizadas de obras de Nintendo.

Con estos antecedentes es necesario hacer un par de precisiones basados en la antes mencionada Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo, recordando que la decisión se lleva en un Tribunal italiano. El artículo 6 de dicha norma establece la obligación para los Estados parte de establecer medidas de protección jurídica ante los siguientes supuestos:

- Contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, con el propósito de eludir la medida o con suficientes motivos para saber que está cometiendo la elusión.
- Contra la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad, etc., de dispositivos, productos o componentes que sean promocionados o comercializados con la finalidad de eludir protecciones; que su uso comercial sea limitado aparte de la elusión; y, que sea un dispositivo principalmente concebido con la finalidad de permitir o facilitar la violación de una medida tecnológica.

La Corte realiza un ejercicio sumamente interesante, ya que de los considerandos que se exponen en la resolución, se desprende que contempla a la consola como una parte integral de la obra que protegen al proveer la originalidad, que es un elemento necesario para gozar de la protección de Derechos de Autor.

Profundizando un poco el sistema de desencriptación y seguridad incorporado en la consola, el Tribunal determina que si constituye una “medida tecnológica eficaz” de conformidad con lo señalado en el artículo 6 antes mencionado; ya que, el sistema incluido tanto en los soportes de los videojuegos como en las consolas pretende únicamente impedir actos que puedan derivar en la violación de derechos morales y patrimoniales, impedir o restringir actos lesivos, en palabras de la misma norma.

Para poder finalmente entender si los dispositivos de PC Box deben ser prohibidos, es necesario analizar si se cumple la condición de que los mismos no

estén únicamente diseñados con el fin de transgredir los derechos de los titulares de las obras; en contexto con el segundo punto de los supuestos considerados en líneas anteriores cuando se analizaba la Directiva 2001/29. Así, examinando la frecuencia con la que estos aparatos son usados específicamente para la elusión de medidas tecnológicas, el juez puede delimitar con un mayor apego a la realidad si dichos dispositivos se subsumen a lo considerado en la Directiva Europea.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal resuelve que el concepto "medida tecnológica eficaz" no solo comprende a los dispositivos de reconocimiento que se incluyen en los soportes de la obra, sino que se extienden a los aparatos portátiles o consolas destinados para reproducir los juegos.

La resolución establece, además, la facultad jurisdiccional para hacer un ejercicio "ponderativo" y establecer si existen otras medidas o dispositivos que podrían causar menor interferencia en las actividades de terceros, sin descuidar la protección de los Derechos de Autor. Los criterios que deben ser tomados en cuenta al realizar este ejercicio técnico-jurídico son: los costos de las otras medidas que se planteen, los aspectos técnicos y prácticos de estas medidas, y la comparación en cuanto a la eficacia de la protección sin que esta sea absoluta.

Tras realizar este ejercicio, también se debe sopesar la finalidad de los dispositivos o sistemas que se encuentren en controversia judicial por aportar a la elusión de medidas de protección. Determinando, como se señaló, factores como el uso cotidiano en estos dispositivos por parte de los usuarios en el mercado.

VÉLEZ MURILLO

El último caso que vamos a analizar es uno mucho más cercano a nuestra realidad, el recurso extraordinario de casación presentado por Guillermo Vélez Murillo en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 04 de septiembre de 2007, la cual a su vez confirma la providencia resolutoria dictada por el juzgado Nº 21 de lo Penal de Bogotá. Dicha sentencia lo declaró culpable

del delito de violación de derechos de autor, contemplado en la legislación colombiana, y lo condena a 24 meses de prisión y una multa de 5 salarios mínimos, privándolo de derechos políticos por la duración de la pena.[8]

Producto de una denuncia realizada por la Asociación Colombiana de Productores de Fonogramas, se realizó un allanamiento a un inmueble propiedad y domicilio del señor Vélez en el año de 1999. En el interior de dicho inmueble se encontraron cuatro computadoras que contaban con el hardware y software necesario para copiar el contenido de discos compactos. Tras el proceso investigativo y judicial correspondiente, en junio de 2006, se dicta la sentencia antes referida por parte del juzgado Nº 21, también ratificada en segunda instancia.

El señor Vélez Murillo fundamenta su recurso de casación en 3 normas, la Convención de Berna, la Decisión 351 de la Comunidad Andina y la Ley 23 de 1982. En su primer punto, sostiene que, al condenarlo en aplicación de la norma correspondiente del Código Penal, defraudación de derechos patrimoniales del autor, no se delimitó el bien jurídico protegido ni el titular del mismo; ya que el fallo no contiene el monto del perjuicio económico que representó su conducta contra una persona específica, elemento necesario en para la configuración del delito en el derecho penal. Resulta innecesario profundizar mucho en este punto por no ser muy relacionado al objeto de estudio, basta decir que la Corte analizó este tema y determinó que la sentencia impugnada no señalaba los discos que fueron reproducidos, no individualizaba a los titulares de Derechos de Autor perjudicados y no especificaba si las obras reproducidas fueron comercializadas.

Como segundo punto, invoca una limitación del Derecho de Autor, contenida en el Decreto 1360 de 1989; dicha norma establece que es lícito reproducir una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar

[8] Sentencia de la Corte Nacional; Acceso: 24/10/2016; Internet: https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjP9aWfjvXPAhXGTSYKHT5OB1IQFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fkarisma.org.co%2Fcarolina_publico%2FSentencia%2520CSJ.rtf&usg=AFQjCNEl6z8blgOUCZUPEc3ol3stz6h6UA&sig2=5qyxZ5K0bLor22mQeFnefg

para su uso privado y con fines no lucrativos. Dicha fundamentación la realiza en virtud de que Vélez afirmaba que el solo se dedicaba a transportar contenido de acetatos u otros soportes a medios digitales; aquel que solicitaba la digitalización debía proveer la obra objeto de la misma. Respecto de otros ejemplares o reproducciones no autorizadas que hayan sido encontradas en el domicilio, la conducta tipificada no tiene como verbo rector “poseer” material pirateado; por lo cual no se subsume al tipo. La Corte considera que, a pesar de tratarse de un tipo penal compuesto, el verbo determinante es “reproducir” siendo las demás acciones únicamente complementarias al espíritu de la norma, que es sancionar la piratería como práctica ilícita de comercialización.

Adicionalmente, el bien jurídico protegido es el derecho patrimonial, lo cual a su vez me define como sujeto pasivo a aquel que tenga la titularidad del derecho patrimonial; sin perjuicio que mediante el Código Penal del año 2000 se tipifique también violación a derechos morales, conexos y a mecanismos de protección. Una vez más, la Corte valora que al no precisarse los discos que estaban siendo reproducidos, resulta imposible establecer con claridad un perjuicio económico para el Juez; al menos, sin que Fiscalía ponga en su conocimiento de la autoridad quienes son los directamente perjudicados.

Como tercer punto, el recurrente invoca la ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor, la cual en su artículo 44 faculta el uso de obras cuando este se hace en domicilios privados y sin ánimo de lucro. Personalmente, el autor considera esto un punto débil en la defensa, sin embargo, se hace completamente sostenible ya que la Fiscalía no fue capaz de demostrar que existió una comercialización de reproducciones no autorizadas. La Corte valora esta afirmación al considerar las excepciones al Derecho de Autor, aplicables al presente caso.

El siguiente punto del recurrente, invoca la Decisión 351 de la Comunidad Andina, específicamente las disposiciones relativas a “usos honrados” y “uso personal”, así como limitaciones y excepciones que tienen los Derechos de Autor cuando las

acciones de terceros, no afecte el curso normal de explotación de la obra ni perjudique a los titulares del derecho. En cuanto al uso honrado, la Corte cita “La Biblioteca Electrónica de Google, ¿Alejandría en Llamas?”:

*“Bajo el concepto del fair use o uso justo se permite que terceras personas distintas a los titulares del derecho de autor utilicen en ciertos casos partes de una obra sin necesidad de autorización de dichos titulares. Las situaciones para hacer uso de dichas obras no están enumeradas en forma taxativa como sí ocurre en la mayoría de los sistemas legales de tradición latina, sino que por el contrario, para determinar si existe un uso justo o una infracción de derechos de autor un juez frente a una disputa legal de esta naturaleza, debe tener en cuenta cuatro factores a saber: 1**) El propósito y carácter del uso**, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos de carácter educativo y sin ánimo de lucro; 2**) La natura de la obra protegida** con derechos de autor; 3) **la cantidad y sustancialidad de la porción usada** en relación con la obra protegida considerada como un todo, y 4) **El efecto del uso sobre el mercado potencial** o el valor de la obra protegida.”*

De conformidad con lo señalado por la Corte, dichas medidas perjudiciales pueden ser clasificadas en tres, de acuerdo lo mencionado en líneas anteriores:

- Las conductas que perjudican los intereses morales del autor son aquellas que se relacionan con actos que pretenden desconocer la verdadera paternidad de una obra cuando se quiere protegerla bajo un nombre distinto de su único autor; así como, los actos que pretendan oponerse a la voluntad del autor de hacer que su obra permanezca inédita; y, aquellos actos que atenten contra la integridad de la obra. Como el lector podrá evidenciar, estas categorías establecidas por la Corte, responden directamente a los derechos morales contemplados en Ley y doctrina.
- Las conductas que perjudican los derechos patrimoniales del autor son aquellas relacionadas a la explotación o utilización no autorizadas de la obra y que no se encuentren comprendidas entre las limitaciones y excepciones de la protección que otorga a sus autores el Derecho de Autor.

El autor es el que debe determinar de qué forma su obra será reproducida, comunicada, cedida, etc., ya que, como se analizó en el primer capítulo, se trata de un derecho exclusivo del autor sobre su creación.

- La tercera categoría, se refiere a aquellas conductas que afecten los mecanismos de protección; en concordancia con las disposiciones internacionales y nacionales específicas que se han analizado en la presente disertación, estos actos incluyen la elusión de medidas tecnológicas cuyo fin es impedir usos no autorizados, alterar o eliminar información que permita la gestión electrónica de derechos, o comercializar sistemas que permitan la elusión de medidas tecnológicas de protección.

Finalmente, como quinto punto, el señor Vélez Murillo ataca al proceso penal en su elemento de la tipicidad, estableciendo que su conducta no se ajustaba de manera clara y precisa a aquella descrita en el Código Penal.

La Corte, además plantea el ejemplo de que no puede ser considerado punible el hecho de que alguien realice copias de discos compactos legalmente adquiridos para ser usados en un vehículo, o para que quien los copia, los almacene en aparatos de uso personal como un reproductor de música o en su misma computadora; es importante señalar en este punto que debe considerarse de forma transversal al momento de hacer esta valoración el fin que se tiene al realizar la copia. A pesar de ello, la Corte extiende el ejemplo y considera que no puede considerarse punible, según los preceptos legales apreciados, la conducta de publicar libremente canciones en Internet, suponiendo que se actúa sin ánimo de lucro. Personalmente considero que este razonamiento de la Corte es errado en cierto punto; si bien resultaría difícil, quizás imposible, darles una carga penal a estas acciones, se debe considerar el hecho de que, de una u otra forma, si se produce un perjuicio a los intereses del autor por lo cual si se deben determinar responsabilidades de otra naturaleza. Al respecto se profundizará en el acápite final de la presente disertación.

Finalmente, la Corte resuelve casar la sentencia y absolver de cargos penales al señor Vélez Murillo considerando que, por lo expuesto, la conducta por él llevada a cabo no puede ser sancionada por el artículo relativo a las conductas que perjudican los Derechos de Autor. Centrándose principalmente en el elemento de la antijuridicidad, ya que existen disposiciones en Ley y Tratados Internacionales (incluidos en el Bloque de Constitucionalidad), que autorizan este tipo de conductas fundamentándose en el uso honrado y el uso personal, entendidos como aquellos actos que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Así, cerramos el capítulo atinente a consideraciones internacionales respecto de los Derechos de Autor y podemos pasar a considerar la postura que tienen algunos de los principales actores en lo respecta al manejo de obras en el contexto de la presente disertación, en consonancia con nuestra realidad.

2.4. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS RELATIVAS A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICAS

Como parte de las consideraciones necesarias para tender hacia soluciones aplicables en el entorno ecuatoriano se consultó la opinión y experiencias en temas relacionados al manejo de los derechos de autor en el entorno digital a ciertas directamente relacionadas con el objeto de la presente investigación. El producto de estas entrevistas nos permite aterrizar, la normativa y la doctrina analizadas, en nuestra realidad social para de allí poder plantear soluciones que puedan ser ajustadas al marco normativo ecuatoriano y así regular de manera más eficaz relaciones, de naturaleza indiscutiblemente jurídicas, entre los principales actores del entorno digital.

2.4.1. ENTREVISTA A UN ESPECIALISTA EN SEGURIDAD DE LA INFORMACIÒN

La entrevista que a continuación se transcribe fue otorgada el jueves 27 de octubre en horas de la mañana por Eduardo Freire, Jefe de Servicio de la Empresa Grupo MicroSistemas Ecuador, respondiendo a las siguientes preguntas. En cada una de las preguntas se transcribe y confronta lo pertinente.

¿Qué servicios de seguridad ofrece su empresa y cómo se vinculan a las medidas de protección tecnológicas?

Nosotros trabajamos en tres áreas: consultoría, quienes se encargan de reunirse con las empresas y decirles en qué punto se encuentran, qué grado de seguridad tienen, o qué les falta.

La seguridad interna, aquí por ejemplo tenemos temas de fuga información es decir qué sale de los servidores de la empresa por dispositivos móviles o en envíos por correo, se puede filtrar por palabras claves el tipo de contenido que sale de la red interna o el que se maneja en la red interna; adicionalmente se

manejan mecanismos de encriptación con una consultoría previa para poder determinar cuál es la información crítica de la empresa y que debe ser protegida. La encriptación maneja mecanismos técnicos que permiten extraer los archivos, pero impide que sean usados fuera de la empresa, ya que las claves se manejan en las computadoras locales. La encriptación que manejamos se basa en los tipos de archivos que requiera el cliente, o incluso toda la información del disco duro que evita que el mismo sea extraído. Las claves se pueden manejar por máquina o claves generales en todo el sistema interno, e incluso por perfiles, entre gerentes, especialistas o información pública para clientes o empleados.

Y, la seguridad perimetral, que se encarga de analizar que paquetes van desde la red interna hacia el mundo y que del mundo va hacia la empresa.

¿Cuentan con mecanismos para la protección de obras digitales o digitalizadas? ¿En qué consisten?

Hay varios tipos de aplicaciones, gratuitas y pagadas; para encriptación, por ejemplo, no recomiendo personalmente las gratuitas ya que las mismas claves de desencriptación pueden ser encontradas con mucha facilidad. Hay otro tipo de aplicaciones que te dan licencias temporales, por ejemplo, te dan acceso por una semana a un PDF puedes usarlo, leerlo, pero pasada esa semana pierdes acceso porque tiene restricciones, de esta forma puedes manejar este control para documentos u obras con derechos de autor, pero si lo quieres compartir como autor, por cierto tiempo, puedes hacerlo. Los usuarios lo pueden usar, pero no lo pueden copiar o transmitir. Lo que no se puede controlar es el Print Screen, la gran mayoría de dispositivos tienen un botón o una función para hacer una captura de la pantalla lo que podría permitir guardar o copiar imágenes o texto protegidos por Derechos de Autor. (Mecanismos de elusión.)

Un ejemplo de esto es Netflix, la plataforma te da 30 días gratis para que puedas acceder al contenido, pero no permite copiarlo, si quieres seguir usando el servicio

tienes que pagar por él. En plataformas de este tipo la protección está en los servidores del proveedor del servicio, porque se basa en algunas seguridades como el usuario y la contraseña, llamadas credenciales, pero hay formas de eludir esta seguridad. Por ejemplo, el Phising, a través del cual un usuario malicioso envía un correo fingiendo otra identidad, incluso aquella del proveedor de un servicio solicitando que el usuario final proporcione sus credenciales a través de engaños; el usuario solo suele ver los logotipos o que las direcciones de correo se parecen a aquellas oficiales y así el usuario provee sus credenciales. (Medidas de elusión.)

Otro mecanismo que se usa para seguridad de información son los certificados digitales, como las páginas de los bancos cuya dirección empieza con “https” o programas en línea que manejan algoritmos de encriptación que utilizan puertos distintos de aquel que se usa para la navegación por defecto. Las empresas que se dedican a otorgar certificados digitales se contactan con los proveedores de servicio y piden datos de la empresa, quienes son los administradores, datos de contactos, estatutos; así se garantiza que el dominio se relacione con la empresa y permite a los usuarios estar seguros que se puede individualizar a dicha empresa.

¿Existen formas de eludir las medidas tecnológicas más usadas en el mercado? ¿Cuán fácil es acceder a estás por el público?

En primer lugar, es importante que la página que contiene la información esté bien diseñada; por ejemplo, si accedes a través de ciertos comandos especiales en google tu puedes hacer una extracción de todos los “PDF” de una página universitaria a través del motor de búsqueda sin acceder necesariamente a la página que pretende protegerlos a través de credenciales. A veces la ingenuidad de las personas que manejan la información es un riesgo para la misma información y si resulta necesario pedir ayuda a expertos; algunas empresas

ofrecen recompensas a hackers que encuentren debilidades en sus sistemas, en este momento nada es difícil de hackear.

Otro de los mecanismos más usados es la ingeniería social, en esta misma empresa se hizo una prueba y cuatro o cinco personas enviaron su información de la cuenta de correo, siendo una empresa de seguridad el personal estaba bastante sorprendido. Depende mucho en qué tipo de Phising se esté haciendo y que mecanismos se estén usando para robar la información.

En los “https” que te comentaba también existe una vulnerabilidad cuando existe un usuario en el medio. Por lo general el tráfico es de un punto a otro, pero un usuario puede conectarse en el medio del tráfico para extraer la información, copiarla y devolverla sin que sea posible notar que esto está pasando. Depende mucho de cómo está estructurada la seguridad y las medidas que tomen los usuarios porque hay veces que uno se conecta a una red Wireless sin notar que quién ofrece el servicio no tiene ninguna relación con ninguna institución y puede estar robando contraseñas o cualquier otro dato que pase por su punto de acceso usando programas de “Sniffing”.

Por poner otro ejemplo, hablemos de cómo se debe estructurar una red interna. Si no se segmenta la red de visitantes de aquella que usan los empleados de una empresa, es posible que un visitante que solicita conectar al Wireless pueda acceder a las máquinas y la información de los empleados por medio de un virus plantado en carpetas compartidas o ejecutables llamativos. Ya siendo parte de la red resulta fácil acceder al resto de terminales e infectarlas; depende mucho de la ingenuidad de las personas.

Cuando se trata de ingresar a un data center, depende mucho de quien provea el servicio y las medidas de seguridad que tenga implementadas en el lugar. Los más exigentes programan las visitas y acompañan al cliente a su servidor, supervisando sus actividades; sin embargo, hay otros que dejan solos a los

visitantes y dependen de cómo se manejan dichas personas para poder acceder a servidores ajenos.

Desde su profesión, ¿Qué cambios considera que deberían aplicarse en la Ley Ecuatoriana en torno a la seguridad de la información?

No hay leyes que garanticen la seguridad, las leyes son ambiguas y depende de quien las lea y como las interprete. La forma en la que nosotros nos manejamos es por medio de contratos entre nuestros clientes y sus empleados; es decir, dejando claro que son implementos de la oficina que están siendo prestados para desarrollar actividades profesionales. Si los empleados se dedican a jugar o actividades ajenas al trabajo se trata entonces de un incumplimiento del contrato. De igual forma, los empleados pueden defender que son cosas privadas y que la empresa no debería estarlo revisando.

Existen muchas formas de hacer ataques informáticos, ya sea por medio de gusanos que infectan progresivamente varias máquinas a lo largo de los años y luego estas máquinas infectadas se pueden usar para hacer ataques a terceros, aparentando que el ataque salió de una persona o empresa que es completamente inocente; y se podría demandar a dicha persona por el daño que pueda ocasionar. Es necesario regular estos temas específicos.

2.4.2. ENTREVISTA A UN FUNCIONARIO DEL IEPI

La entrevista que a continuación se transcribe fue otorgada el jueves 10 de noviembre en horas de la mañana por Karin Jaramillo, Directora Nacional de Derechos de Autor, respondiendo a las siguientes preguntas. En cada una de las preguntas se transcribe y confronta lo pertinente.

¿De qué forma la Ley de Propiedad Intelectual vigente ofrece una protección cabal de derechos en el entorno digital?

Hace la definición de lo que implican ciertos derechos, como los patrimoniales, y establece que se consideran aptos o conducentes cuando utilizan procedimientos conocidos o por conocerse y deja una clausula abierta la norma para que puedan adecuarse a cualquier desarrollo tecnológico y que pueda alterar prácticas de los usuarios frente a los derechos de autor. No hay una protección cabal o específica porque estamos hablando de una norma que se gestó en la última década del siglo pasado cuando el acceso al internet era privilegiado. La protección es general y está dada por un marco normativo internacional, con normas específicas en algunos casos para el entorno digital.

Tenemos la cláusula abierta, donde es el juzgador o la autoridad administrativa, quien pondera ciertos derechos en un momento dado; el Código Ingenios si contempla esta ponderación. Una regulación explícita si es necesaria porque se dan ciertas prácticas basadas en comportamientos éticos de manejo de la información en el entorno digital. Es necesario remitirse a los usos honrados entendidos en sus 3 niveles: el uso que no afecte la explotación normal de la obra, los derechos legítimos del autor y no vulnere los derechos morales del autor, de forma general. Los usos honrados son altamente restrictivos, y al confrontarse con la cláusula abierta antes referida, se debe hacer una interpretación literal de la norma y siempre prevalece la restricción expresa respecto del uso honrado de las obras; la norma de clausula abierta queda casi insubsistente. Para evitar lesiones a derechos, se buscará mecanismos alternativos ya sea en licencias más permisivas o en obras de dominio público.

Si la misma norma no da solución, o una norma secundaria, respecto de estos accesos que pueden resultar lesivos a contenido protegido es posible que los usuarios crucen la línea. Se necesita una regulación mayor a través de una norma nacional que vaya regulando las cosas con tanta claridad, que los usuarios no lo vean como una excusa para irrespetar los derechos de autor y conexos.

¿De qué forma el llamado Código Ingenios podría brindar una mejor protección?

El Código Ingenios cubre la necesidad de cubrir la variable que constituye el desarrollo tecnológico, a pesar de las clausulas abiertas que también posee, y llena los vacíos que nos deja la Ley de Propiedad Intelectual. Así, se ofrecen otro tipo de licencias para que se vayan desarrollando dirección que incentiven la innovación; abriendo un abanico de posibilidades que tienden hacia un desarrollo integral de la creatividad a todo nivel.

En derechos de autor tú tienes un proceso de desprecarización del sector cultural, otorgando a los autores una base porcentual sustentada en la experiencia y estudios internacionales. Por ejemplo, un autor e interprete musical, puede acercarse a una radiodifusora buscando darse a conocer; el impacto en primera instancia es indeterminable y solo lo puede determinar el mercado, pero supongamos que la composición tiene buena acogida que genera grandes ingresos a la radio. Ingenios prevé la posibilidad de una línea base para que el autor pueda exigir un 10% de reconocimiento por la explotación de derechos patrimoniales de la obra. Asemejable , incluso, al derecho a trabajo; recibir lo que le corresponde al autor por el fruto de su esfuerzo y dedicación, un trabajador autónomo de tipo creativo. Volviendo al ejemplo, se puede aplicar una metodología de protección en base a la observancia de las ganancias percibidas por la radiodifusora, una vez más con tendencia a la desprecarización.

Otra figura que establece el Código Ingenios y que resulta transversal en todo el texto, es el pacto en contrario; el principio de voluntad de las partes. Esto también permite empoderar a los creadores en el manejo de sus derechos sin tener un conocimiento a profundidad de todo aquello que les corresponde legalmente y exigirlo a quienes exploten los derechos patrimoniales. Se trata de un reconocimiento, no solo del Derecho Constitucional a la Propiedad Intelectual, sino

del resto de derechos económicos y sociales y es uno de los logros a los que apunta el Código en mención.

Adicionalmente, podemos analizar el tema de las licencias obligatorias que pueden aplicarse al derecho de autor con la misma facilidad que a la propiedad industrial. El código incluye disposiciones específicas que regulen tiempos en los que se pueden activar las licencias obligatorias. El tiempo que tiene que transcurrir desde que la obra se pone a disposición y se aplica la licencia obligatoria, es un tiempo en el cual el Estado tiene que definir cuáles son las necesidades sociales de acceder a la obra sin que ello constituya una práctica expropiadora; razones como la enseñanza o la conciencia específica de un tema concreto. Sin esta figura de licencias obligatorias, resulta difícil proteger el contenido ecuatoriano, nuestra creación, al suscribir tratados de comercio con otras naciones, y para que se activen estas licencias es necesario informar y notificar a las organizaciones mundiales para garantizar el respeto del derecho humano involucrado.

¿Quiénes considera que son los principales actores de la violación de derechos en el entorno digital? Y, ¿de qué maneras?

Puedes tener varios actores e incluso cómplices, desde las personas o compañías que proveen los servicios e incluso los servidores. La legislación colombiana habla acerca de que aquellos que proveen el uso de servidores no pueden ser responsabilizados, al contrario de lo que ocurre en el sistema estadounidense, por dar un ejemplo. En el contexto anglosajón, se toman medidas que pueden resultar difíciles de entender desde nuestra perspectiva; pensemos en el usuario que accede a una página conocida por tener contenido infractor, al momento que el usuario ingresa le notifica que está accediendo a contenido ilícito, y las notificaciones incluso llegan por boletas al domicilio, cuando el usuario reincide en la conducta; previniéndole de la posibilidad de privar a la persona de su libertad.

¿Qué instituciones jurídicas propondría para frenar la distribución no autorizada de obras digitales o digitalizadas?

Tenemos las medidas de observancia a través de peritos institucionales de manera remota que permiten determinar infracciones en temas digitales; por ejemplo, el uso inadecuado o no autorizado de software. Existen también las medidas cautelares que dan lugar a coactivas; pero, creo que la medida más importante puede ser aplicada en el ámbito cultural. Cómo los titulares de derechos protegen sus creaciones al momento de ponerlas a disposición del público.

En el entorno digital tienes también medidas de monitoreo en el entorno digital del uso de las obras a través de la gestión colectiva. De esta manera se identifican usuarios nacionales y extranjeros para posteriormente implementar procesos de observancia que garanticen una protección efectiva de derechos. El Código Ingenios también prevé la implementación de observatorios estatales para, a través de políticas públicas, proponer mecanismos de acceso al conocimiento, a incentivar la creatividad al entretenimiento, etc.

¿Considera que las medidas propuestas podrían ser aplicables en la realidad ecuatoriana?

Aquí hay que hacer una ponderación de derechos, considerando el hecho de que se propone el acceso a la Internet como un servicio básico. En este sentido, es importante considerar que, al momento de aplicar cualquier tipo de medidas para buscar responsabilizar a los actores de una infracción, no se vulneren otro tipo de derechos como el de propiedad privada, confidencialidad e incluso acceso al conocimiento. El Código Ingenios deja abierta la posibilidad de implementar medidas de protección que no vulneren derechos de acuerdo al espíritu con el que fue concebido dicho código. Sería también necesario determinar quiénes serían las autoridades competentes para determinar la existencia de una infracción ante

cada conducta particular que se suscite. Incluir medidas de protección concretas no ayudaría a posicionarnos como país en el ámbito internacional de la propiedad intelectual y también aportaría a incrementar la calidad de la producción de contenido digital.

¿Qué programas ofrece el IEPI, como institución, para difundir el acceso legal a las obras y producciones protegidas por los Derechos de Autor?

El IEPI hace capacitaciones constantes a nivel nacional que parten del desconocimiento por parte de la ciudadanía respecto de los derechos de los que gozan los autores, como son las regalías, remuneraciones, gestión colectiva, etc. En estos espacios el IEPI funge como mediador entre el usuario y el titular de derechos para cubrir los intereses de ambas partes sin vulnerar los derechos específicos de los creadores. De igual manera la ciudadanía debe entender cuáles son los procesos que deben asumir y poner en práctica no solo el conocimiento, sino el reconocimiento de que todos son potenciales generadores de activos intangibles; y que dichos activos lleguen al mercado. Estas capacitaciones buscan incentivar el desarrollo creativo en el Ecuador sin perjuicio de que existen sectores que están a un nivel casi industrial. El campo de acción del IEPI es bastante amplio pero los recursos son limitados; entonces, el IEPI procura articularse con otras instituciones del Estado lo cual lleva a la generación multidisciplinaria de políticas públicas sin perder de cabeza la desprecarización. Culturalmente, lo que se busca es generar capacidades en la población, haciendo ver al público que lo que buscan y debe reconocerse es algo legal y algo norma que solo busca motivar el desarrollo creativo.

Otro programa que se maneja con la sociedad de gestión colectiva consiste en el manejo de autorizaciones previas a espectáculos públicos para que pueda llevarse sin ningún tipo de transgresión u ofensa al contenido protegido o a los titulares de derechos. Es decir, la implementación de sanciones o medidas cautelares de ser el caso.

Otros proyectos que se están lanzando son, la academia de propiedad intelectual con el apoyo de organismos internacionales; el apoyo a productores creativos de todos los ámbitos que buscan ofrecer su producto en el mercado internacional; un sistema de publicaciones enfocado en la ciudadanía, empresarios, artesanos y en sectores creativos complejos que se resisten a ingresar en la dinámica de protección ofertada por el IEPI de manera preventiva.

2.4.3. ENTREVISTA A PROVEEDOR NO AUTORIZADO DE CONTENIDO

La entrevista que a continuación se transcribe fue otorgada el jueves 27 de octubre en horas de la noche por quién comparece con el seudónimo de Luis Pérez, proveedor no autorizado de contenido, respondiendo a las siguientes preguntas. En cada una de las preguntas se transcribe y confronta lo pertinente.

¿En qué consisten las actividades a las que se dedica?

Soy lo que se conoce como un pirata informático, me dedico a la piratería, a distribuir copias, programas, películas, música, libros, principalmente entre mi círculo de amigos, foros de internet, a través de WhatsApp, es como una cadena de gente que solicita contenido y les ayudo con eso porque, uno de joven aprendió cómo programar y cómo hackear los programas, entonces uno saca un dinero de ahí.

¿Cuál es su principal fuente de contendido, de dónde obtiene el material que distribuye?

Bueno el material que distribuyo lo consigo en bastantes lugares, tengo gente que a veces me pasa lo que ya ha conseguido, entonces yo lo que hago es volver a copiar y volver a vender, muchas veces me bajo los programas de páginas de internet de gente especializada en esto y lo que hago es cambiar los generados de código, o sea de las claves, crackearles, para que varios usuarios puedan utilizar conectados a internet, sin que haya muchas interferencias en programas como los ADOBE o juegos. Las películas por lo general no es necesario hacer esto, la

música muchas veces me bajo de YOUTUBE y simplemente les mejoro un poco la calidad, hago un CD y vendo todo lo que me pidan porque eso toma un poco de tiempo. Los libros, aunque no me han pedido mucho, una vez me pidieron un libro específico de matemáticas que querían en digital y no lo habían conseguido, entonces lo que hice fue ir a una librería, conseguí el libro, lo escanee y lo vendí en formato PDF ya escaneado al chico.

¿Tiene alguna formación en ingeniería informática o algo que te permita conocer cómo hacer esto?

No, realmente lo que hice fue aprender por mi propia cuenta con un amigo que ya sabía de esto, no es realmente tan complicado simplemente se tiene que cambiar un poco del código y hay cosas y videos en internet que enseñan cómo hacer algunos ajustes, digámoslo así, para poder vender estas cosas.

¿Considera que las actividades a las que se dedica, a pesar de ser ilegales tienen una justificación?

Bueno es una historia un poco larga, digamos que esto aprendí en el colegio, mi hermana tenía un novio que era igual programador, no había estudiado pero igual aprendió por su cuenta; me interesó el tema, le dije que me enseñe; por ejemplo, la primera vez que aprendí a crackear algo fue un juego entonces lo que él me enseñó fue cómo cambiarle el código y cómo utilizar un keygen, que es un generador de código, entonces uso un programa que se llama PYTON este programa lo que hace es abrir todo el código inicial que es el que arranca el juego, hace que todo funcione. Entonces, justamente en la parte del arranque de la instalación hay una pequeña parte que se debe arreglar para hacerle duplicable sino no se puede hacer eso, teníamos el juego original. Esto ocurrió cuando tenía 16 o 17 años más o menos y aprendí digamos de esa forma con el ex novio de mi hermana, y lo hice por necesidad y tener un dinero extra para las novias, para salir a farrear, gastos personales.

¿Alguna vez ha tenido problema en los portales web en lo que publica el contenido?

Problemas legales nunca he tenido, pero digamos que al comienzo como uno es inexperto y trata de conseguir cosas y venderlas lo más rápido posibles, publicaba cosas en muchos lugares y una que otra vez me borraban las publicaciones, digamos que en foros o en ciertas páginas; pero, uno después va encontrando ciertos lugares que son confiables de lo que recuerdo por ejemplo hace unos años, una página donde subía la mayoría de cosas esa MEGAUPLOAD, era una página muy buena por que subía bastante rápido y también conseguía algunas cosas pero lastimosamente esa página cerro hace un par de años. Las cosas que subía se perdieron entonces no siempre uno tiene eso guardado, así que no hay mucho problema. En páginas como TARINGA, como esto es un tipo de comunidad uno pide y da cosas que tiene, entonces uno así va aumentando la mercancía que se tiene.

Sé que estos tipos de foros tienen ciertas reglas para evitar que se publique contenido pirata, ¿qué acciones toma en esos casos?

Simplemente cambias el nombre o publicas bajo un nombre que le dé a las personas lo que quieren pero no específico, o te pones en contacto directo con las personas y le digo que voy subir en esta página y va a estar con tal nombre. Problemas no, simplemente me borran por ejemplo en FACEBOOK sé publicar algunas cosas y tendrá sus políticas, igual en mercado libre no he tenido problemas.

¿Qué tan buena es su ganancia ya sea financiera o de cualquier naturaleza?

Bueno, la ganancia digamos que hay temporadas buenas y temporadas malas, a veces gano 20 dólares una semana o 100 dólares, lo máximo que he llegado a ganar es 150 o 200 más o menos en un mes, digamos que depende da la suerte que se tenga digamos, es más para necesidades personales que se tiene,

comprarme cosas; por ejemplo, una vez necesitaba una copiadora de CD's para poder aumentar las copias de CD's que hacía porque tomaba su tiempo. También es dar y compartir, yo también aporto con lo que tengo por ejemplo libros que no están escaneados, digamos yo los subo a un portal web. Es como un intercambio porque los libros, las películas, la música, son extremadamente caros y muchas veces las personas no pueden comprar eso, entonces digamos que somos un grupo que da un servicio a la gente, que da un contenido con un costo más barato. Muchas veces los programas como los ADOBE cuestan como 500 dólares, libros cuestan 200 dólares y nosotros los vendemos en 10, 15 o 20 dólares, es un ahorro bastante grande.

¿Ha tenido algún tipo de denuncia tratando de vender contenido en formato físico, los CD's o programas?

No la verdad, hay tanta gente en el país que lo hace normal, así haya leyes que dicen que es ilegal y notificaciones en los programas mismos, o sea no estamos en Estados Unidos donde crackear o piratear cosas es bastante complicado, de todas formas lo que consigo es de portales o de gente que está en USA o Europa donde tienen un tema legal más duro contra esto de la piratería, pero en el país no he visto que alguna amiga o amigo tengan problemas.

(En la siguiente pregunta, expliqué las medidas de protección tecnológicas analizadas en la disertación y pregunté como las elude o si resulta difícil llevar a cabo la elusión)

Por ejemplo hay algunos juegos que cuando les cambias los seriales funcionan una vez y dejan de funcionar porque vienen con un tipo de protección especial o parches entonces esos juegos ya no los vendo, otra limitante que puede entrar en esta categoría puede ser dentro de los programas ADOBE, el Photoshop o Ilustrator, que no están conectados a internet entonces muchas veces dentro del internet hay actualizaciones hay parches, brochas o algunas cosas que se utilizan,

entonces si se quiere utilizar tienen que instalarlos aparte porque no pueden estar estos programas conectados a internet porque justamente ahí dejan de funcionar.

En cuanto a la encriptación, cuando uno abre el código de los crackeos ellos vienen encriptados entonces uno tiene que desencriptar y ver la parte del código que es el arranque y esas cosas entonces los problemas se dan más bien cuando hay otro tipo de seguridades como actualizaciones que están conectadas a internet, pero uno simplemente busca y se consigue los parches aparte.

Cuando los programas requieren conexión a internet muchas veces los distribuyo únicamente para que jueguen en campaña y no en modo multijugador, uno tiene que saber qué tipo de juegos puede vender o se puede jugar solo la campaña o cuáles no.

Respecto a las marcas de agua, la verdad es que no me complico porque a pagar por un libro 500 dólares o 200 dólares o tener el PDF que tenga una marca de agua que diga Universidad de Cataluña en cada página igual se venda. Mientras la persona pueda leer el libro y utilizarlo a un precio accesible, no he recibido quejas, preferible tenerlo a no tenerlo.

Respecto a los sistemas informáticos de protección como Netflix o Steam, realmente no me involucro porque estos sistemas son bastante grandes y tienen sus propias plataformas por ejemplo NETFLIX tiene series pero dadas por Fox entonces no podría entrar ahí, para Kindle se necesita estar registrado como autor y tener todas las firmas hechas entonces no me he metido en esas plataformas porque son compañías grandes entonces no he tenido la necesidad de hacer porque lo que yo hago es a pequeña escala.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En base a todo lo estudiado, se puede llegar a ciertas conclusiones en lo que respecta a la aplicación de las instituciones de Derechos de Autor en el entorno digital.

Es seguro afirmar que, en virtud del constante desarrollo tecnológico y las nuevas formas de intercambio masivo de contenido digital, las relaciones sociales que tienen consecuencias jurídicas también están evolucionando a pasos agigantados; yendo más allá de los supuestos normativos diseñados para regular dichas interacciones. Ante este hecho, el derecho no se puede quedar atrás y es obligación de profesionales, académicos e investigadores de las ciencias jurídicas, ayudar a evolucionar a las normas a fin de mantenerse a la par de los cambios.

La globalización ha traído consigo una serie de ventajas y desventajas que deben ser asimiladas de la mejor manera para que no se vean afectados derechos fundamentales de ninguna persona o grupo de personas. Sin embargo, el principal problema responde a tendencias culturales por las cuales se ha ido perdiendo, u olvidando, el respeto a los derechos de autor o su misma existencia. El hecho de que determinado contenido pueda ser encontrado en línea no quiere decir que dicho contenido no goce de protección; mucho menos que su autor no busque cualquier tipo de reconocimiento por su creación.

Resultaba completamente imprevisible el crecimiento desmesurado del Internet, tanto en sus funciones como en su llegada a usuarios; por lo cual, a su vez, resulta difícil plantear soluciones jurídicas que no corran el riesgo de caer en la ineficacia en poco tiempo; no obstante, esto no es razón suficiente para dejar de implementar instituciones jurídicas que podrían solucionar el problema en el lugar y bajo las circunstancias para las que fueron planteadas, aunque sea temporalmente.

Como se analizó oportunamente, el Internet como un medio de comunicación, no puede ser regulado por un solo Estado ya que está compuesto por un sin número de redes intercomunicadas a nivel mundial. Los usuarios tienen la libertad de ampliar estas redes, de generar contenido y de promulgar dicho contenido, sin ninguna restricción más que la existente en cada legislación o más que aquellas limitaciones creadas por otros actores del entorno digital; en este sentido, el Internet no puede ser sometido a ninguna jurisdicción tradicional, o límites marcados por instituciones jurídicas tradicionales.

Es necesario hacer una valoración de la realidad en lo que respecta al intercambio de información digital y la digitalización como fenómeno social-cultural. Conforme lo estudiado, y de las entrevistas realizadas, se puede concluir que resulta sumamente sencillo llevar una obra que no estaba destinada al entorno digital a dicho plano; y resulta igual de sencillo compartir esta obra a un sin número de usuarios a nivel mundial. Como respuesta a estos traspasos, se crearon las medidas de protección tecnológicas para tratar de frenar el irrespeto a derechos morales y patrimoniales de los autores; sin embargo, de la entrevista realizada a un especialista de seguridad de la información, se desprende que es factible violentar cualquier medida de protección, con técnicas sumamente diversas que van desde el hackeo hasta la ingeniería social.

De la entrevista realizada al distribuidor no autorizado de contenido, se desprende también la existencia de impunidad ante la violación de los derechos de los autores. Para poder establecer en qué medida debería responder cada uno de los actores del entorno digital, es necesario establecer las responsabilidades de dichos sujetos en base a lo analizado en el segundo capítulo de la presente investigación.

Partiremos entonces de la responsabilidad del usuario final, quien busca descargar o acceder a contenido que se encuentra protegido sin reconocer ningún tipo de valor por dicho acceso, violentando las instituciones jurídicas que protegen la obra. En este sentido es un fenómeno social que puede ser asemejado a la cachinería y frenado de la misma manera; la razón por la que existen personas que venden objetos robados es porque tienen un mercado al cual vendérselos, siguiendo principios de las normas de mercado, si no existiese demanda del producto tampoco existiría oferta. En nuestro caso en concreto, cada vez que un usuario final accede a páginas que publican contenido protegido está

generando ganancias para los publicadores, ya sea por publicidad o por pagar directamente a quien no ostenta la titularidad de derechos patrimoniales.

El autor no recomienda tratar de implementar regulaciones jurídicas sobre estos actores del entorno digital ya que resultaría ineficaces por la dificultad de individualizar e identificar a cada uno de los usuarios finales que se encuentran violando disposiciones que protegen los derechos de autor en el entorno digital.

Pasamos entonces a considerar la responsabilidad de los proveedores de almacenamiento, aquellos actores del entorno digital que ponen a disposición de los proveedores de contenido espacio físico para que puedan almacenar el contenido que están poniendo al alcance del público. Es importante considerar que lo mínimo que se esperaría de un proveedor de almacenamiento es que no tenga ningún tipo de influencia sobre el contenido que deba almacenar ya que podría llegar a afectar el giro de negocios completamente lícitos y violentar otro tipo de derechos esenciales para el correcto funcionamiento de un negocio o de derechos fundamentales de personas que tan solo buscan almacenar contenido de índole privada. A criterio del autor, el único escenario en el que un proveedor de almacenamiento debería intervenir contra el contenido que almacena, es cuando ha sido notificado por una autoridad competente que en sus servidores se almacena contenido ilícito o si dentro de un proceso judicial se solicita que se investigue dicha posibilidad.

En tal virtud, el autor recomendaría la implementación de instituciones jurídicas que obliguen a estos actores a cooperar judicial y administrativamente a fin de determinar la responsabilidad de otros actores; sin que se les genere una responsabilidad propia necesariamente, respetando por supuesto sus actividades propias y el contenido almacenado por terceros.

Llegamos al proveedor de servicios de internet, aquel actor que permite a usuarios finales y otros actores entablar comunicación con el resto del mundo. El autor concluye que este actor no puede ser responsabilizado de ninguna manera por el contenido que terceros publican en internet; no obstante, es el actor que podría ayudar a regular de mejor manera el acceso a contenido ilícito.

Se recomienda que la investigación y determinación de portales web que publican contenido ilícito este a cargo de la institución estatal que regule los derechos inmateriales, en nuestro caso el IEPI. Una vez que el IEPI haya identificado e individualizado un portal web cuya finalidad es la difusión de contenido y que no cuente con ningún tipo de regulación cuando el contenido que se publica sea ilícito; se debería poner en conocimiento a los proveedores a internet a fin de que restrinjan el acceso a la dirección de ese portal a todos sus usuarios. De esta forma resultaría mucho más fácil hacer un seguimiento cercano por medio de los proveedores de servicio y así resultaría sumamente difícil acceder a contenido digital o digitalizado que debía encontrarse protegido desde un inicio.

El siguiente actor sobre el que se puede concluir responsabilidad es el proveedor de servicios, aquel actor que presta las facilidades en su portal para que los proveedores de contenido puedan publicar. Resulta difícil procurar establecer regulaciones que pesen sobre los proveedores de servicios que no tengan sus servidores o su personalidad jurídica constituida dentro del estado, por las obvias razones de la territorialidad y la soberanía estatal. En este sentido, se recomendaría buscar cooperación internacional a fin de obligar a los estados adheridos a la OMPI, implementar instituciones jurídicas que obliguen a los proveedores de servicios dar de baja el contenido lesivo tras haber sido notificados del mismo -aplicando a gran escala la figura del *notice and takedown*. Para proveedores alojados dentro de la jurisdicción, la medida podría ser incluida en nuestro ordenamiento jurídico y aplicada directamente.

Finalmente, llegamos al actor que ostenta la mayor responsabilidad pero que a la vez resulta más difícil hacer responder, el proveedor de contenido. El proveedor de contenido es quien tiene acceso a la obra protegida y que ejerce derechos patrimoniales sin ser necesariamente el titular. Su individualización y responsabilidad es difícil de normar ya que puede encontrarse en cualquier parte del mundo, sin embargo, se recomienda que no se descarte la posibilidad de implementar normas -incluso penales- que generen responsabilidad de quien violenta las medidas de protección tecnológica, o directamente derechos de autor, para beneficio propio o de terceros cuando esta persona pueda ser individualizada. El rehusarse a crear la norma por lo difícil que pueda resultar su

implementación es aceptar directamente la impunidad de un hecho completamente ilegal que afecta un bien jurídico protegido.

Por otro lado, es necesario considerar que puede darse una aparente contraposición de derechos; por un lado, tenemos los derechos de propiedad de los autores, y por el otro tenemos los derechos de libertad de acceso a la información y al conocimiento por parte de los usuarios finales. No resulta necesario hacer un ejercicio formal de ponderación, ya que, a criterio del autor, esta contraposición no es real. La existencia de los derechos de autor no excluye de ninguna manera las libertades de los usuarios y responde más bien a la necesidad de crear instituciones jurídicas y administrativas que garanticen esencialmente dos cosas: la existencia de reconocimiento patrimonial y moral respecto de las creaciones intelectuales; y, fomentar e incentivar que las creaciones intelectuales no dejen de darse y constituirse como el patrimonio cultural de un Estado.

Se analizó que, cuando las creaciones son completamente indispensables para fomentar y fortalecer derechos en sectores estratégicos, como salud o educación, existen en norma excepciones claras al derecho de autor que conceden el uso lícito y legítimo de ciertas obras para fines concretos. De tal forma no se puede afirmar que se está dejando de lado el bien común para favorecer los intereses personales de los autores, o los intereses privados de los titulares de los derechos patrimoniales.

En virtud de lo mencionado, y los temas desarrollados en la presente disertación, no tiene cabida aseverar que las instituciones jurídicas de derechos de autor son lesivas de ninguna manera a otros derechos; mucho menos a derechos fundamentales de los seres humanos. Así, tampoco se puede afirmar que son deficientes per se para proteger los derechos de autor en el entorno digital; simplemente, se debe crear nuevas instituciones jurídicas o mejorar las existentes en cada estado a fin de que puedan responder de mejor manera a los cambios sociales y tecnológicos y las amenazas jurídicas que estas acarrean.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU, JOAQUIN. (03 de 08 de 2016). SERVICIOS EN RED. Obtenido de GOOGLE E-BOOKS: https://books.google.com.ec/books?id=JsfTAwAAQBAJ&pg=PA85&dq=FTP&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjN6tLw_fTPAhUIdz4KHa9bCpoQ6AEIHzAA#v=onepage&q=FTP&f=false

BROUSSEAU, MARZOUKI, & MÉADEL (2012). GOVERNANCE, REGULATIONS AND POWERS ON THE INTERNET. Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press.

Creative Commons Organization. (02 de 07 de 2016). SHARE YOUR WORK. Obtenido de CREATIVE COMMONS: https://creativecommons.org/share-your-work/

CRUZ, JUAN. (20 de Junio de 2016). DERECHOS MORALES: CONCEPTO Y RELEVANCIA. Obtenido de Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM: http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/dmcr.pdf

ESTEVE, LYDIA. (2006). ASPECTOS INTERNACIONALES DE LAS INFRACCIONES DE DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET. Granada, España: Editorial COMARES.

ESTEVE, LYDIA. (10 de 08 de 2016). LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL CONTEXTO DIGITAL. Obtenido de UNIVERSIDAD DE ALICANTE: http://www.uaipit.com/files/congresos/doclydia.pdf

FERNÁNDEZ, HORACIO. (12 de 08 de 2016). MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS - LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN. Obtenido de HFERNÁNDEZDELPECH:

http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf

FSF, FREE SOFTWARE FOUNDATION INC. (25 de 06 de 2016). ¿QUÉ ES EL COPYLEFT? Obtenido de EL SISTEMA OPERATIVO GNU: www.gnu.org/copyleft

GALAXY, A. (22 de 07 de 2016). Obtenido de ARES GALAXY: https://aresgalaxy.io/

GOMEZ RODRIGO. & ROBAYO ELSA. (2016). LOS DERECHOS DE AUTOR. Bogotá, Colombia: Universidad de la Sabana.

IÑIGO, LUIS (2012). BREVE HISTORIA DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL. Madrid, España: Nowtilus.

ISMAIL, BENJAMIN. (22 de 07 de 2016). NORTH KOREA FRONTIERS OF CENSORSHIP. Obtenido de REPORTERS WITHOUT BORDERS: https://rsf.org/sites/default/files/rsf_north-korea_2011.pdf

JOSKOWICZ, JOSÉ. (2013). BREVE HISTORIA DE LAS TELECOMUNICACIONES. Montevideo, Uruguay: Universidad de la República.

LIPSZYC, DELIA. (1993). DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Bogotá, Colombia: CERLALC.

LIPSZYC, DELIA. (2004). NUEVOS TEMAS DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Buenos Aires, Argentina: UNESCO.

MARTÍNEZ, DIEGO (2007). FUNDAMENTOS PARA UNA INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Medellín, Colombia: Editorial Universidad de Antioquía.

OMPI. (29 de 07 de 2016). LAS CREACIONES ARTÍSTICAS Y EL DERECHO DE AUTOR. Obtenido de WIPO.INT: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/935/wipo_pub_935.pdf

PIERREDON-FAWCETT, L. (1991). THE DROIT DE SUITE IN LITERARY AND ARTISTIC PROPERTY. Nueva York, Estados Unidos: Columbia School of Law.

PROAÑO, MARCO. (1993). EL DERECHO DE AUTOR, UN DERECHO UNIVERSAL. Quito, Ecuador: Editorial El Gran Libro.

RAE, R. A. (10 de Julio de 2016). RAE. Obtenido de DLE: http://dle.rae.es/?w=novedad

RIVERA, BERENICE. (2002). EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Madrid, España: Editorial DYKINSON S.L.

ROEL, VIRGILIO. (1998). TERCERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y LA ERA DEL CONOCMIENTO. Lima, Perú: Fondo Editorial UNMSM.

ROSE, MARK. (2002). AUTHORS AND OWNERS, THE INVENTION OF COPYRIGHT. Londres, Inglaterra: Harvard Press University.

SAN CORNELIO, GEMMA. (2008). Arte e Identidad en Internet. Barcelona: España.

SERRANO, CABRERA, MARTÍNEZ, & GARIBAY. (2010). DIGITALIZACIÓN Y CONVERGENCIA GLOBAL. Ensenada, México: Conver-Gente.

STROWEL, ALAIN, & DUSSELIER, SEVERINE. (1999). TALLER SOBRE CUESTIONES DE APLICACIÓN DEL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR Y EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS. Ginebra: OMPI.

SZYMANCZYK, OSCAR. (2013). HISTORIA DE LAS TELECOMUNICACIONES MUNDIALES. Buenos Aires, Argentina: Editoriales Dunken.

VERCELLI, ARIEL. (13 de 07 de 2016). LA GESTIÓN DE DERECHO EN EL ENTORNO DIGITAL. Obtenido de ARIELVERCELLI: http://www.arielvercelli.org/lgddeeed1-1.pdf

YONEJI, MASUDA. (1984). LA SOCIEDAD INFORMATIZADA COMO SOCIEDAD POST-INDUSTRIAL. Tokyo: Fundación FUNDESCO.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

Yo, Daniel Alejandro Troya Sherdek, C.I. 1719125401, autor del trabajo de graduación intitulado: "APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR ANTE LA CONVERSIÓN MASIVA A PLATAFORMAS DIGITALES DE OBRAS ARTÍSTICAS Y ACADÉMICAS Y SU RÁPIDA DISTRIBUCIÓN EN INTERNET", previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultada 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, 07 de julio de 2017



Daniel Alejandro Troya Sherdek
171912540-1



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

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 171912540-1

APELLIDOS Y NOMBRES
TROYA SHERDEK
DANIEL ALEJANDRO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ

FECHA DE NACIMIENTO 1993-06-10
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL SOLTERO



IGM 16 05 486 19

INSTRUCCIÓN
BASICA

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V3344V2444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
TROYA PASQUEL CESAR VINICIO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
SHERDEK EVANS SONIA VERONICA

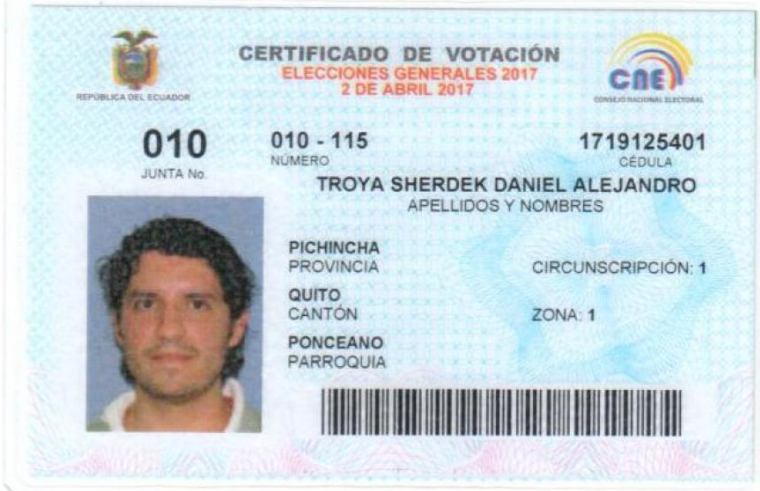
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2016-07-06

FECHA DE EXPIRACIÓN
2026-07-06

001116643

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

010
JUNTA No.

010 - 115
NÚMERO

1719125401
CÉDULA

TROYA SHERDEK DANIEL ALEJANDRO
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

QUITO
CANTÓN

ZONA: 1

PONCEANO
PARROQUIA