



FACULTAD DERECHO
CARRERA CIENCIAS JURIDICAS

TEMA: “LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS DERECHOS DE AUTOR DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTOR: Erika Yadira Egas Pauta

TUTOR: Dr. Teodomiro Ribadeneira

QUITO, MARZO, 2020

Declaración de Aceptación de Norma Ética y Derechos

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios. De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Erika Yadira Egas Pauta

CC: 1722485529

Dedicatoria

Este Trabajo de Titulación se lo dedico a mi familia, especialmente a mis padres por su apoyo incondicional en el desarrollo y culminación de mis estudios. A mi padre, Galo Egas, quien me incentivó constantemente a seguir adelante.

A mi madre, Jenny Pauta, por su amor, sabios consejos, ayuda y comprensión en todos los momentos de mi vida, lo que permitió que cumpliera esta importante meta.

De igual manera a mis hermanos: Leidy y Patricio Egas, quienes me han brindado la fuerza y la motivación necesaria para convertirme en una profesional del Derecho.

Índice de Contenidos

Introducción	1
Capítulo I	3
El derecho de autor. Limitaciones y excepciones a este derecho en el contexto internacional	3
1.1. Consideraciones acerca de la Propiedad Intelectual	3
1.2. Derechos de autor: morales y patrimoniales	5
1.3. Limitaciones y excepciones	9
1.4. Estudio de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en Instrumentos Internacionales.....	12
1.4.1. Convenio de Berna.....	12
1.4.2. Convención de Roma.....	14
1.4.3. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).....	15
1.4.4. Tratado de la OMPI sobre derecho de autor	17
Capítulo II.....	19
Las limitaciones y excepciones al derecho de autor en la normativa ecuatoriana y en la Comunidad Andina.....	19
2.1. Revisión de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del derecho de autor y derechos conexos en la normativa ecuatoriana.....	19
2.2. Las limitaciones y excepciones en la Decisión 351 de la Comunidad Andina	30
2.3. El “ <i>fair use</i> ”. Generalidades	33
2.4. Efectos de la figura del <i>fair use</i> sobre el derecho de autor y los derechos conexos.....	36
Capítulo III.....	39
El derecho de autor en el medio digital	39
3.1. El medio digital	39
3.2. Las limitaciones del derecho de autor en el medio digital	42
3.3. La educación en el medio digital.....	45
Conclusiones	50
Recomendaciones	52
Bibliografía	53

Resumen

La Propiedad Intelectual está reconocida tanto en la norma constitucional como en Instrumentos Internacionales. La investigación está dirigida a estudiar la limitación de los derechos patrimoniales de los derechos de autor, dentro de la legislación ecuatoriana. Su objetivo fundamental es analizar los efectos que generan las limitaciones y excepciones sobre los derechos patrimoniales de los titulares del derecho de autor reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para lograrlo, se realiza un estudio doctrinal, partiendo del análisis general de la Propiedad Intelectual, el derecho de autor y los derechos tanto morales como patrimoniales. Se estudian cuestiones relacionadas con la definición de las limitaciones y excepciones, así como su regulación en Instrumentos Internacionales de la materia vinculados al derecho de autor y los derechos conexos, entre los que se destacan: la Convención de Roma, el Convenio de Berna, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, entre otros. Igualmente se examinan las limitaciones y excepciones al derecho de autor previstas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y de la Comunidad Andina, específicamente en la Decisión 351 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Se reconocen aspectos relacionados con el “*fair use*” y las consecuencias que ocasiona para los titulares de los derechos de autor. De igual forma, se analiza el medio digital, las limitaciones establecidas en la normativa para ello y la educación en este entorno.

Palabras Claves: derecho de autor, Propiedad Intelectual, limitaciones y excepciones, derechos patrimoniales.

Abstract

Intellectual Property is recognized both in the constitutional norm and in International Instruments. The research is aimed at studying the limitation of the economic rights of copyright, within Ecuadorian legislation. Its main objective is to analyze the effects generated by the limitations and exceptions on the economic rights of the copyright holders recognized in the Ecuadorian legal system. To achieve this, a doctrinal study is carried out, based on the general analysis of Intellectual Property, copyright and both moral and economic rights. Issues related to the definition of limitations and exceptions, as well as its regulation in International Instruments related to copyright and related rights are studied, among which are: the Rome Convention, the Berne Convention, the WIPO Copyright Treaty, among others. The limitations and exceptions to copyright provided for in the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation and of the Andean Community are also examined, specifically in Decision 351 of the Andean Community that establishes the Common Regime on Copyright Law Author and Related Rights. Aspects related to fair use and the consequences it causes for copyright holders are recognized. In the same way, the digital medium, the limitations established in the regulations for it and the education in this environment are analyzed.

Keywords: copyright, Intellectual Property, limitations and exceptions, economic rights.

Introducción

La Propiedad Intelectual es muy amplia y protege la titularidad de bienes intangibles como el derecho de autor y los derechos conexos, del que se generan derechos tanto morales como patrimoniales. Estos últimos vinculados a la facultad de los creadores de autorizar el empleo de sus obras con el fin de lucrar o no con ello. Sin embargo, actualmente en el Ecuador, de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación estos pueden verse afectados ante las limitaciones y excepciones previstas dentro de los actos que no requieren autorización para su uso.

La investigación tiene como objetivo principal el análisis de los efectos que producen las limitaciones y excepciones sobre los derechos patrimoniales de los titulares del derecho de autor reconocidas en la normativa interna. También está dirigida específicamente a analizar doctrinalmente las instituciones jurídicas de Propiedad Intelectual destinadas a la protección de los derechos de autor; revisar la regulación jurídica de las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores en Instrumentos Internacionales, Regionales y en la normativa interna, así como a analizar el medio digital y las limitaciones del derecho de autor en el ámbito de la educación.

El trabajo está estructurado en tres capítulos. El primero estudia el derecho de autor y las Limitaciones y excepciones a este derecho en el contexto internacional, en el que se estudian aspectos generales sobre la Propiedad Intelectual, los derechos de autor, los derechos tanto morales como patrimoniales. Además, estudia las definiciones de limitaciones y excepciones y su regulación en Instrumentos Internacionales como el Convenio de Berna, la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Por su lado, el Capítulo II se analizan las limitaciones y excepciones al derecho de autor en la normativa ecuatoriana y de la Comunidad Andina mediante la revisión de estas figuras específicamente su incidencia en los derechos patrimoniales en los derechos de autor y derechos conexos. Además, su regulación en el Código Ingenios y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina. Se estudia la institución legal del “*fair use*” y sus efectos sobre los derechos objeto de investigación.

Finalmente, el tercer Capítulo se dedica a estudiar por su importancia actual, el medio digital, las limitaciones y excepciones previstas dentro de este y especialmente el contexto educativo en este entorno, haciendo énfasis en las bibliotecas, archivos e investigaciones. La investigación tiene como conclusión fundamental que las limitaciones y excepciones reconocidas en la legislación ecuatoriana, afectan de forma negativa los derechos patrimoniales de los titulares del derecho de autor ante la inexistencia de un equilibrio entre la satisfacción de determinados derechos fundamentales y los derechos de los titulares del derecho de autor y derechos conexos.

Capítulo I

El derecho de autor. Limitaciones y excepciones a este derecho en el contexto internacional

1.1. Consideraciones acerca de la Propiedad Intelectual

La propiedad en general es definida por Cabanellas (2005) en el “Diccionario Jurídico Elemental” como algo propio, lo considera un derecho real que posee una persona sobre determinada cosa. Un derecho real es, tal como plasma Navas (2011) en su obra “Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce” , aquel derecho de tipo absoluto con un contenido eminentemente patrimonial que surge entre una persona y un objeto, es una relación que obliga a terceros a no ejecutar actos que resulten contrarios al mismo.

Con respecto al derecho real, Flores (2008) en su obra “Los Derechos Reales” asevera que: “Derecho Real es aquel que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos.” (p.22). Esta clase de derechos se ejerce tanto sobre los bienes tanto, muebles, inmuebles como inmateriales e incorpóreos. Para Ripert y Baulanger (2003) “Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol” el poder que genera el derecho real va más allá de lo material porque está presente en lo espiritual, en lo incorpóreo y puede ser reclamado contra cualquier clase de afectación que sufra. Dentro del derecho real está ubicada, la Propiedad Intelectual, especialmente el Derecho de Autor, el que trae consigo derechos patrimoniales y morales.

Por su lado, Alonzo (2004, p.4), en su obra “Protección Jurídica de la Información no Divulgada en Guatemala”, asevera que “la Propiedad Intelectual es el conjunto de derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el

aspecto del provecho material que de ellos puede resultar”. La Propiedad Intelectual incluye todas aquellas obras realizadas que nazcan de la creación humana.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (1999), afirma que la Propiedad Intelectual debe verse dentro la propiedad en general, como un derecho real cuya particularidad fundamental es que la persona que goce de su titularidad, pueda hacer empleo de ella como desee, que nadie puede utilizarla legítimamente, sin su autorización.

El derecho de autor es parte de la Propiedad Intelectual y surge a partir de la creación de la obra. Lipszyc (2013) en su obra “Derecho de Autor y derechos conexos”, expone que este derecho lo forman otros derechos de carácter subjetivos, de los que goza el autor por su creación, que se puede presentar mediante obras que pueden ser: plásticas, artísticas, científicas, musicales y literarias, entre otras.

En ese sentido, Ducci (1994) en su obra “Derecho Civil, Parte General” expone que la Propiedad Intelectual de forma general, es el conjunto de derechos del que puede ser titular una persona natural o jurídica sobre su creación. Bolaños (2007) en su libro “Los derechos de propiedad intelectual” plantea que dicho derecho, debe verse desde dos puntos de vista: el derecho a utilizar la creación y el derecho de prohibir que un tercero la utilice.

Teniendo en cuenta los criterios doctrinales señalados, se puede decir, que la Propiedad Intelectual goza de amplitud, y está enfocada en la protección de la propiedad sobre bienes intangibles como: obras de arte y creaciones artísticas en todas las disciplinas, al igual que de productos de naturaleza técnica y científica, entre otros. Esta clase de propiedad está ligada a la creación, a las ideas que pueden ser plasmadas soportes de cualquier tipo: digital, verbal, papel y en cualquier otro que el autor considere en su obra creadora. De este derecho nacen derechos morales y patrimoniales para los autores.

1.2. Derechos de autor: morales y patrimoniales

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2005), define el Derecho de Autor como aquel que incluye tanto la protección de los derechos sobre las obras y los derechos conexos que está dirigido hacia los intérpretes, productores medios de comunicación y de otras formas en que se ejecuten las obras, cuyos titulares de derechos desarrollan actividades de manera conexa empleando las creaciones para difundirlas y que están son protegidos jurídicamente, por ello gozan también de protección desde el punto de vista legal. Este al igual que el Derecho de Autor están vinculados mediante la normativa común.

Por su lado, en el Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) en el artículo 102 establece que los derechos de autor aparecen y se salvaguardan por el hecho de la creación de una obra. El Derecho de Autor tiene un nexo con la creación en todas sus formas y como resultado produce efectos que pueden manifestarse en los derechos patrimoniales y morales.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el artículo 22 consagra el derecho de las personas a la creación al igual que a ejercitar de forma digno actividades de carácter cultural y artísticas, y a recibir los beneficios de la protección de los derechos sus derechos tanto morales como patrimoniales como resultado de sus producciones artísticas, literarias y científicas.

Mediante el Derecho de Autor, los creadores, buscan ser reconocidos como autores de sus creaciones y obtener por ella, beneficios económicos, adquirir derechos patrimoniales. Sobre ello, Salazar (2013) en su artículo “Derechos de Autor: Derechos Morales y Derechos Patrimoniales”, analiza que el Derecho de Autor genera tanto derechos morales como patrimoniales. Los primeros, constituyen el grupo de facultades que se vinculan de forma directa entre el autor y la creación;

mientras que los patrimoniales, conciernen a la explotación de la obra, ya sea por el autor o un tercero debidamente autorizado.

En esa línea, es importante destacar que los derechos morales, según plasma Gamba (2013) en el artículo “Protección Legal del Software en las Tecnologías de la Información por Medio de la Propiedad Intelectual”, precautelan la personalidad del autor con respecto a su obra y generan facultades encaminadas a dicha finalidad. Entre el contenido de estos derechos están: el derecho de paternidad, divulgación o comunicación de la obra, modificación e integridad, entre otros. Sobre estos derechos se asevera que:

“son aquellos derechos que nacen en el acto de creación de una obra, son de carácter personalísimo, inherentes al autor, siendo por ende inalienables, intransmisibles, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Con este derecho se protege el intelecto y personalidad del autor.” (Barreda, 2004,p.15)

Los derechos morales reconocidos en la normativa ecuatoriana están previstos en el artículo 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016), ellos son:

- La conservación de la creación inédita o divulgarla;
- Poder reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, y exigir que sea mencionado o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que la obra sea utilizada o cuando lo permita su uso normal;
- Tener acceso al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte esté en posesión de un tercero o sea de su propiedad con la finalidad de ejercitar el derecho de comunicación o cualquier otro que resulte pertinente; y

- Oponerse a cualquier clase de deformación, modificación, alteración o mutilación que pueda afectar la obra y a su vez, dañe su reputación, honor o decoro de la obra.

Tal como se ha estado revisando, los derechos morales se enfocan en proteger directamente al autor y su vínculo con la creación, implica que este pueda ser reconocido como su creador, responde a intereses relacionados con su prestigio, honor y reputación de su obra, además el hecho de poder disponer de ella con respecto a la comunicación, reivindicación desde un sentido, que no genera relación económica de ningún tipo.

Por otro lado, como se ha expuesto anteriormente, otros de los derechos generados por el Derecho de Autor, son los derechos patrimoniales, los que se analizarán a continuación. Para ello se debe tener en cuenta que para Ducci (1994) , tal como explica en su obra “Derecho Civil, Parte General”, están divididos en: derechos reales, personales e intelectuales. Como argumenta Reinoso (2008) en su libro “Derecho Patrimonial”, son derechos subjetivos, porque otorgan a las personas facultades legales para poder reclamar este derecho ante el poder público. Esta clase de derechos conforman el patrimonio de los creadores y están presentes en comercio jurídico a los tienen acceso y son objeto de prescripción.

Por su lado, Salazar (2013) en su estudio acerca de los “Derechos de Autor: Derechos Morales y Derechos Patrimoniales”, define los derechos patrimoniales como “todos aquellos actos de disposición exclusiva de una obra, que son dejados a su autor con el fin de resarcirse económicamente del esfuerzo necesario para llegar a materializar la obra.” (p.5)

Corresponde plantear que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016), reconoce en el artículo 120 el carácter exclusivo de los derechos patrimoniales, ellos son:

- La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- La comunicación pública de la obra mediante cualquier vía que difunda palabras, los sonidos, signos e imágenes;
- La realización de distribución pública de ejemplares o copias de la creación mediante el empleo de arrendamiento, alquiler la venta;
- La importación de copias realizadas sin autorización del titular; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y
- La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Como se puede apreciar, los derechos patrimoniales se relacionan con la explotación de la obra por parte del autor o de un tercero que ha sido autorizado por este, además con las prestaciones económicas que se obtienen por ser titular de derecho de propiedad intelectual de determinada obra.

Se debe señalar que los derechos patrimoniales están sujetos a cierto plazo de duración. La norma estipula en el artículo 201 que la protección de esta clase de derechos incluye toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, en el caso de las personas jurídicas, el término antes señalado, se cuenta a partir que se divulgue o publique la obra. De no haberse divulgado o publicado dentro de dicho plazo, se cuenta a partir de la realización de la obra.

Con respecto a las obras póstumas, de conformidad con el artículo 202 del Código mencionado, el plazo de protección de los derechos patrimoniales del autor es de setenta años que se cuentan a partir del fallecimiento del autor. Por su lado, cuando la obra es anónima o seudónima, se protege por setenta años a partir de que esta haya sido lícitamente hecha accesible al público. Si el autor

da a conocer su identidad, durante el tiempo de protección antes mencionado o el seudónimo adoptado por el autor saca a la luz su identidad, el plazo de protección es igual al dicho anteriormente.

1.3. Limitaciones y excepciones

Luego de analizadas algunas cuestiones generales de la Propiedad Intelectual, específicamente los derechos que se generan del Derecho de autor corresponden estudiar las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales, a los que, puede estar sujeto este derecho. Al respecto Christie (2011) en su libro “Maximizar las excepciones permitidas a los derechos de Propiedad Intelectual”, plantea que las limitaciones, son una restricción general en materia la materia de estudio y regulan el objeto de una determinada protección de acuerdo con la normativa.

Por su parte, sobre las excepciones, Geiger (2004) expone en su obra “Derechos fundamentales, una salvaguardia para la coherencia del derecho de Propiedad Intelectual”, las vincula a la jerarquía, es el derecho exclusivo sobre la obra lo tiene el autor para su explotación y que estos derechos, con respecto a la creación, predominan sobre los de las restantes personas para hacer uso de ellas.

En el orden de lo antes expuesto, se puede afirmar que la determinación de los límites y excepciones en esta materia, es complicado por el vínculo que existe y que nacen según Christie (2011) plasma en la obra antes mencionada, de los elementos que influyen al definirse jurídicamente como: los culturales, económicos, sociales y políticos, puesto que su determinación, se realiza bajo la concepción de que la creación debe colocarse al alcance de las personas bajo la función del interés general. Jessen (1989) en el texto “Derechos Intelectuales” analiza que determinar los límites y excepciones se relaciona con los derechos humanos, teniendo en cuenta

que las personas tienen el derecho a participar y disfrutar del arte, la cultura, los avances de la ciencia, etcétera.

Corresponde mencionar que Ricketson (2003) en su obra “Derechos de Autor” clasifica las limitaciones y excepciones en:

- Disposiciones que excluyen, de la salvaguarda a ciertas clases de obras o materiales, entre ellos: documentos oficiales y discursos políticos;
- Disposiciones que se consideran inmunes en los procedimientos de infracción acerca de ciertas formas de empleo como: las informaciones procedentes de la prensa o la enseñanza entre las que están: la reproducción de conferencias y existen excepciones de reproducción, citas cuyo objetivo es la educación y la enseñanza en general, entre otras; y
- Las Disposiciones que facilitan y permiten acceder al empleo de las obras protegidas por el Derecho de Autor realizando el pago que corresponde al titular de este derecho y que se conocen como “licencias obligatorias.”

En base a lo antes citado, se debe decir que el delimitar límites y excepciones en esta materia, lo cual es complejo por el vínculo existente entre ambas figuras, porque sobre ellas impactan varios elementos como los sociales, culturales, políticos y económicos. La determinación de los limitaciones y excepciones está justificada en el hecho de que toda la sociedad pueda tener a su alcance las creaciones como respuesta al interés general.

De lo antes manifestado, se puede decir que la definición en la normativa en materia de Propiedad Intelectual, de los límites y excepciones están vinculados a los derechos humanos. Al respecto, Vega (2010) en su “Manual de Derecho de Autor” argumenta lo expuesto, en que todas las personas cuentan con el derecho de disfrutar y participar en la cultura, recibir los beneficios de

los avances científicos y tecnológicos; mientras que, de otro lado, están los creadores que tiene reconocidos derechos morales y patrimoniales por sus obras.

Con relación a lo anterior, se debe señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce en el artículo 27 tanto el Derecho de Autor como el de la sociedad de conocer y disfrutar de las obras, esto se logra mediante la determinación de limitaciones y excepciones. Ello implica que debe existir una armonía entre ambos derechos.

Igualmente, Barrenechea (2017) en su artículo titulado “Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor”, explica que las figuras estudiadas, son importantes, de aplicarse de forma adecuada, porque mediante ellas, se precautelan las obras. Se asegura la remuneración económica de los creadores, por su explotación y comercialización, su difusión y a su vez, se difunden y brindan la posibilidad al público de apreciarlas, facilitando el vínculo del autor con las personas.

Las limitaciones y excepciones dan la posibilidad en ciertos casos, de que las obras objeto de protección por el Derecho de Autor, puedan ser utilizadas sin necesidad de que se necesite la autorización del creador. Esto debe estar recogido por la normativa y tiene un carácter excepcionalidad, como por ejemplo a la muerte del autor luego de cierto tiempo, las obras pasan a ser de dominio público. Por otro lado, hay limitaciones al Derecho de Autor, que pueden tener lugar por licencias jurídicas y obligatorias que restringen al autor con respecto al derecho patrimonial al igual que a su reproducción y distribución por medio de la prensa u otro medio de comunicación de artículos acerca de temas actuales, polémicos, en el orden político, económico o religioso.

Barrenechea (2017) en su artículo antes citado, analiza que entre las excepciones a los derechos patrimoniales de los titulares de Derecho de Autor están el empleo de la obra, vinculado a la

educación, la investigación y el disfrute de la cultura, ejemplo de ello, es cuando se cita en estudios científicos y de investigación, el uso de fotografías, obras de arte, entre otras. Cuando se utilicen dichas creaciones con los fines mencionados, deben señalarse siempre el nombre del autor y la fuente de origen. Igual ocurre con las reproducciones y uso público de obras que utilizan museos, centros culturales e instituciones educativas.

De lo antes planteado, se puede resumir que las limitaciones y excepciones son necesarias e importantes, tanto para los autores como para la sociedad en general, implican el conocimiento de las obras, de sus creadores y a la vez, el acceso a ellos y su empleo por parte de las personas, permitiendo que ejerciten derechos fundamentales como a la información, a la educación y a la cultura.

1.4. Estudio de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los derechos conexos en Instrumentos Internacionales

Los límites y excepciones del Derecho de Autor son figuras de la Propiedad Intelectual que existen a escala internacional, las que como se ha visto, se relacionan con los derechos fundamentales. Existen varios Instrumentos Internacionales que los regulan y que constituyen el soporte a la normativa interna de los países suscriptores de estos. A continuación, el examen de algunos de ellos:

1.4.1. Convenio de Berna de 1886

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) es un instrumento clásico en materia de Propiedad Intelectual, donde se establecen los límites y excepciones a los derechos de autor, prevé en el artículo 1, que los países de la Unión son parte de este Convenio, para salvaguardar los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas

y en el artículo 2 determina su alcance hacia: aquellas obras literarias y artísticas en todas sus maneras de producción dentro de la literatura, el campo artístico y científico y artístico en sus diferentes modalidades ya sean como folletos, conferencias, escritos, obras de las artes plásticas, fotografías, geografía, arquitectura, y otras especialidades científicas.

Igualmente, este Instrumento (1886), sirve de base a los países firmantes para que definan en sus territorios las obras literarias y artísticas u otros géneros que serán objeto de protección, considera como obras originales, las adaptaciones, traducciones u otra manera en que se haya modificado la creación artística o literaria. También, faculta a los Estados a delimitar en su ordenamiento interno, la manera en que salvaguardan los documentos oficiales de tipo judicial, legislativo y administrativo y sus traducciones, entre otros.

Entre las limitaciones reguladas por el Convenio (1886) están las previstas en el artículo 2 bis relacionadas con discursos; empleos de conferencias y alocuciones. Reserva a la normativa interna de los países firmantes, la facultad de poder excluir de forma total o parcial, los discursos políticos y los dictados en procesos legales. Así como regular las condiciones y formas en que las alocuciones, conferencias y otras obras que se expongan en público, pueden ser reproducidas por los medios de difusión masiva y la forma de comunicación pública.

Este Convenio (1886) concede la facultad a los países firmantes, a que determinen cuales obras pueden considerarse de dominio público, las que no estarían protegidas por el Derecho de Autor, y cuales serían objeto de salvaguarda total o parcial. Entre los límites reconocidos por este instrumento, están los relacionados con el derecho a la información y la prensa. Ello pone de manifiesto el nexo existente entre las limitaciones y los derechos fundamentales como el de la información.

El citado artículo 2 bis del Convenio de Berna (1886) se refiere a la limitación encaminada a proteger determinadas conferencias y discursos y deja a la potestad de cada Estado firmante, decidir acerca de la exclusión de obras literarias, discursos políticos, alegatos y decisiones judiciales al igual que pueden definir límites a los derechos exclusivos vinculados tanto con la reproducción como con la comunicación pública con fines informativos. Su artículo 10 regula el libre empleo de obras y reserva al ordenamiento jurídico interno de los países firmante la facultad de autorizar la reproducción y transmisión de determinados artículos de distintas temáticas, siempre que se cite la fuente de donde se obtuvo la idea.

El Convenio (1886) establece límites para el empleo de citas e ilustraciones con fines educativos. Como se aprecia el Instrumento es general, porque recoge varios límites, sin embargo, faculta a los Estados firmante a que decidan en sus disposiciones internas como regularlos e implementarlos desde sus propia realidad, necesidades e intereses.

Ecuador realizó su adhesión a este Convenio en fecha 8 de julio de 1991, por lo que se aplica en el territorio nacional y resulta de vital importancia al constituir la base para determinar los límites y excepciones a los derechos de autor, las que deben aplicarse según las condiciones y necesidades del país, enfocadas siempre, en la protección de las obras y los derechos de los autores.

1.4.2. Convención de Roma de 1961

La Convención de Roma (1961) está dirigida a proteger los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como a los productores de fonogramas y a aquellos organismos de radiodifusión, sin afectar los derechos de autor. Los derechos conexos, como expone Sánchez (2016), en su estudio "Derechos de autor, conexos y nuevas tecnologías", están enfocados en brindar protección a las actividades que permiten que las obras lleguen al público.

El Instrumento (1961), objeto de revisión está sustentado en el principio del trato nacional y otorga la potestad a los Estados Contratantes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 15.1, para que determinen en su normativa interna las excepciones a la protección del Derecho de Autor ante las siguientes condiciones: cuando el empleo de la obra sea en privado; cuando se empleen partes determinadas de las informaciones sobre hechos actuales; cuando debe ser una determinación efímera dispuesta por una entidad de radiodifusión, ya sea tanto por sus propios medios como para sus emisiones propias y cuando se trate de un empleo con objetivos exclusivos de carácter docente o relacionados con la investigación científica.

Ecuador, se adhiere a esta Convención en el año 1963, ya que cumplía con el requisito de ser parte del Convenio de Berna. Es importante esta Convención para el país en el orden de la protección y aplicación del trato nacional, regula lo concerniente al alcance y tiempo de la salvaguarda protección y deja en libertad del Ecuador, y los restantes Estados contratantes, la manera de definir las excepciones.

Lo antes planteado, implica que cada país contratante puede atemperar estas normas y regularlas según su situación y características. Como se aprecia, se establecen con la finalidad de precautelar el Derecho de Autor, especialmente los derechos conexos, tomando en cuenta, el empleo público e interés social que se le dará a la creación en el ordenamiento interno de cada Estado.

1.4.3. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de 1994

El Acuerdo ADPIC sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (1994) trae consigo obligaciones para los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuya entidad es la encargada de administrar este Instrumento Internacional.

El Acuerdo (1994) es de carácter comercial y precautela los derechos morales consagrados en los ordenamientos jurídicos internos de los países partes. Sin embargo, no ejerce obligación sobre los Estados, sobre los que no estén reconocidos por la normativa o solo estén previstos parcialmente. Restringe la salvaguarda del Derecho de Autor y los derechos conexos en lo concerniente a las expresiones en sí y sus límites no se aplican a las ideas, procedimiento o métodos de operación.

El Instrumento (1994) regula en el artículo 9.1, lo relacionado con las limitaciones y excepciones, estableciendo que los Estados miembros de ADPIC pueden aplicar los establecidos en el Convenio de Berna. Ello adquiere obligatoriedad para los países suscriptores y permite que estos, en determinados casos puedan definir los requisitos necesarios para su aplicación. El artículo 13 del acuerdo se refiere a la Regla de los Tres Pasos, que se revisará posteriormente, al establecer que “los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos” (Acuerdo ADPIC, 1995,p.7).

El artículo antes citado, amplía la aplicación de la mencionada Regla de los Tres Pasos, a los derechos vinculados a la explotación, sin restringir los de reproducción. Ello implica que los países parte del Acuerdo, deben aplicar y establecer de manera armónica, las limitaciones o excepciones, sin extralimitarse.

Ecuador realizó su adhesión a este Acuerdo en fecha 21 de enero de 1996, lo que resulta importante teniendo en cuenta que este instrumento (1994) es uno de los más completos dentro de las regulaciones de Propiedad Intelectual porque determina aspectos relacionados con la protección, los derechos, así como de las límites y excepciones. También determina el tiempo

máximo de duración de la protección, al igual que define procedimientos de solución de controversias y principios encaminados a cumplir con sus disposiciones.

1.4.4. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996

El Tratado de la OMPI (1996) sobre derechos de autor, busca la aceptación e interpretación adecuada de las disposiciones internacionales vigentes en materia de Propiedad Intelectual. Su fin es encontrar soluciones a las nuevas condiciones y retos que van apareciendo en los órdenes tecnológicos, económicos y sociales, entre otros. Al respecto prevé en su preámbulo que es necesario mantener una armonía entre los derechos de los autores y los intereses de la sociedad en general, en esferas como la educación, la información y la investigación tal como ocurre en el Convenio de Berna.

El Tratado (1996) está estrechamente vinculado al Convenio de Berna, recoge las disposiciones previstas en los artículos del 1 al 21 de dicho Convenio de Berna, así como lo referente a los derechos morales, establecidos en el artículo 6bis de este Instrumento. Por otro lado, sobre los límites y excepciones el Instrumento, preceptúa en el artículo 10 numeral 1 que: las Partes Contratantes pueden disponer en sus ordenamientos jurídicos internos, las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos reconocidos a los autores de obras artísticas y literarias de conformidad con el Tratado, en aquellos casos determinados que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni generen un perjuicio no justificado a los intereses legales del creador.

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 10 del Tratado (1996) regula que al cuando se aplique el Convenio de Berna, las Partes Contratantes deben definir cualquier tipo de limitación o excepción que se determine a los derechos reconocidos en el citado Convenio a determinados

casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni atenten de manera injustificado a los intereses jurídicos del autor.

Como se puede observar, de la revisión se concluye que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor permite que los Estados discrecionalmente, determinen los límites y excepciones a los derechos de los autores de obras artísticas y literarias, de acuerdo con la Regla de los Tres Pasos y pretende atemperar las normas en materia de Propiedad Intelectual al desarrollo de la tecnología. Ecuador se adhirió a este tratado en fecha 6 de marzo de 2002.

Capítulo II

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en la normativa ecuatoriana y en la Comunidad Andina de Naciones

2.1. Revisión de las limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos en la normativa ecuatoriana

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación está en consonancia con el artículo 22 de la norma constitucional, puesto que reconoce el derecho que poseen los autores sobre sus creaciones, al igual que a sus derechos morales y patrimoniales. Esta disposición (2016) tiene como objeto en su artículo 1 reconocer el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales de conformidad con la Constitución y las medidas legales provenientes tanto del Sistema Nacional de Cultura como de los Sistemas de Educación y de Educación Superior a nivel de país. Este se dirige a establecer un marco legal que de manera ordenada organice lo referente a la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación.

Corresponde apuntar que el Código Ingenios, no establece un concepto de Derecho de Autor, según Zurita (2015) plasma en su obra “Los derechos de propiedad intelectual, situación actual en el Ecuador”, que su finalidad está dirigida a que el acceso a los conocimientos predomine y se precautelen adecuadamente. No se enfoca directamente en la protección de los derechos nacidos del Derecho de Autor como los morales y patrimoniales.

Por su lado, en el artículo 121 del mencionado Código (2016) prevé el derecho de remuneración equitativa con carácter irrenunciable que actúan como compensación sobre el empleo y ciertas maneras de explotar las obras, tal como se regulada en esta norma. El artículo define como

derechos de remuneración equitativa, los relacionados con el derecho de compensación por concepto de reventa de obras de las artes plásticas, los que además serán de gestión colectiva obligatoria.

Por otra parte, el artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016), determina los actos que no necesitan ser autorizados para su uso y, en consecuencia, no traen consigo el reconocimiento de los derechos patrimoniales. Estos proceden, siempre que no afecten la normal explotación de las obras y no perjudiquen de forma injustificada, los intereses legítimos del titular de los derechos de autor. Entre ellos están:

- Cuando se incluyen en una creación propia parte de obras de otros autores que pueden ser de tipo escrita, sonora, figurativa, fotografías u otras similares cuando dichas obras hayan sido divulgadas, ello obliga a que al emplearlas se deben citar cuando se usa con objetivos de investigación o docentes, al igual que atendiendo al fin que se pretenda, debe exponerse la fuente y autoría para asegurar que no se manifieste una explotación encubierta de la obra, de igual manera debe realizarse cuando se trata de recopilaciones periódicas ya sean tipo reseñas o revista de prensa;
- Cuando se hace uso de la creación en procedimientos oficiales de la administración pública, la administración de justicia y en la legislatura;
- Al realizarse en motivo de actos oficiales organizados entidades estatales con objetivos conmemorativos, educativos, científicos y culturales, la exhibición, comunicación, ejecución e interpretación pública de obras. En este caso la asistencia debe gozar de gratuidad y los participantes no deben recibir remuneración alguna por ello.
- Cuando se proceda a reproducir, distribuir, comunicar y traducir con fines encaminados a la información de ilustraciones, artículos, fotografías y obras vinculadas a hechos actuales

sean del tengan interés colectivo. En este supuesto debe señalarse la fuente y el autor, si el original lo indica y debe cumplirse el requisito de que no conste reserva de derechos en origen;

- El caso de que, con objetivos informativos, ya sea a través de discursos, conferencias y otras obras de semejante naturaleza, divulgada en debates públicos, reuniones o asambleas de interés general, se proceda a la reproducción, traducción y comunicación pública de la obra.

- En el supuesto de que, con fines informativos, se proceda a reproducir, adaptar, distribuir y realizar la comunicación al público de las noticias diarias o de los distintos hechos acaecidos que son de carácter periodístico y se difunden a través de los diversos medios o procedimientos.

- La reproducción, adaptación, distribución o comunicación pública con una finalidad de carácter científico o educativa y para asegurar que las personas con discapacidad puedan tener acceso a las obras de tipo: arquitectónico, fotos, de arte aplicado, de bellas artes u otras semejantes que están emplazadas permanentemente en lugares abiertos al público, a través del dibujo, la pintura, la fotografía, la filmación u otra clase de técnica o procedimiento de esta naturaleza, cuando se señale el autor original, si ello es conocido, y el sitio en que se encuentra;

- Cuando se reproduzca y comunique públicamente con objetivos informativos las obras visualizadas o escuchadas a raíz de acontecimientos actuales mediante el uso de la radiodifusión, la fotografía, la cinematografía o transmisión pública empleando medios alámbricos o inalámbricos;

- La reproducción individual de una obra por parte de una biblioteca, museo o archivo, en el caso que el ejemplar correspondiente sea parte de la colección ya sea del museo, biblioteca o archivo y su reproducción tenga lugar dirigida a los fines detallados a continuación: conservar el ejemplar y reemplazarlo ante extravío, destrucción o inutilización; cuando se

entrega a otro archivo o biblioteca el ejemplar reproducido para ser prestado a los usuarios de estas instituciones; cuando las mismas reciban el ejemplar pueden hacer una copia de este, de resultar necesario, para su conservación y destinar la copia al uso por los usuarios y para reemplazar, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, aquel ejemplar que haya sido objeto de extravío, destrucción o inutilización.

En el caso de las bibliotecas y los archivos, además de los antes mencionados, según el Código (2016) pueden ejecutar los actos siguientes: la reproducción de partes de obras que estén presentes en su colección, a petición de un usuario, pero limitado al uso personal; reproducir electrónicamente y comunicar públicamente las obras de su colección para que sean objeto de consulta gratuita y simultánea que llegue a una cantidad razonable de usuarios, sólo en las redes de la institución y bajo su control de forma tal, que se garantice no realizar copias. También podrán traducirse obras que hayan sido escritas originalmente en idioma extranjero y que hayan sido adquiridas legalmente, ello procede cuando estas tengan tres años y no se hayan publicado en el país por el autor.

Otros de los actos autorizados a realizar por los archivos y bibliotecas son: traducciones con fines investigativos, o estudio para los usuarios y solo podrán emplearse en citas parciales en las publicaciones traducidas; suministrar temporalmente a los usuarios obras protegidas por derechos de autor o derechos conexos que estén en soporte digital u otra forma intangible. De igual forma, podrán reproducir y suministrar copias de las obras protegidas por derechos de autor o derechos conexos a otros archivos o bibliotecas, pueden reproducir, traducir, adaptar, modificar, realizar arreglos, distribuir y comunicar una obra salvaguardada por derechos de autor o una prestación amparada por derechos conexos, para que se empleen en formatos que sean accesibles para personas discapacitadas, entre otras.

Igualmente, el mencionado artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) recoge, entre otros de los actos que no requieren autorización para su empleo: la realización de préstamos públicos individuales de obras audiovisuales por parte de una videoteca u otra colección de esta clase de creaciones siempre que ese ejemplar esté en manos de estas instituciones; la realización, por parte de una entidad dedicada a la radiodifusión y a través de sus equipos y para ser empleadas en las emisiones propias, en este caso, a los cinco años esta entidad debe destruir la grabación, salvo aquellas de alto valor cultural e histórico.

Por otro lado, los organismos de radiodifusión pueden transmitir o retransmitir una creación que ha sido originalmente radiodifundida por él, que se realice de forma simultánea con su difusión por radio originalmente y que la obra se emita por este medio o se transmita de manera pública, sin cambio alguno. Pueden emplearse todo pastiche, sátira o parodia de una obra que ha sido divulgada, cuando responda a dichos géneros, de manera tal que no genere confusión, ni afecte al autor, ejecutante o artista intérprete o ejecutante, esta clase de empleo no constituye explotación encubierta de la obra.

Otra clase de autorizaciones previstas en el artículo examinado, son las vinculadas a la anotación y registro, de cualquier tipo, incluyendo medios técnicos no audiovisuales, con el objetivo de darle un empleo personal a clases y conferencias dictadas ya sea por colegios, universidades, escuelas politécnicas, escuelas, centros de educación, institutos superiores técnicos y capacitación en general. Dichas notas y registros no se pueden comercializar o usar públicamente sin autorización del titular de los derechos. También con fines de enseñanza o para realizar exámenes, se pueden realizar reproducciones de artículos que se hayan publicado lícitamente, ya sea en periódicos, fragmentos, extractos de obras lícitamente publicadas al igual que de obras

plásticas siempre que su empleo no genere transacciones onerosas o sean objeto de ventas. Estas obras pueden ser empleadas en procesos de estudio o aprendizaje de cualquier clase, cuando se destine solo a estudiantes que pertenecen a esos sistemas de estudio.

Se debe señalar que dicho artículo 212 en su numeral 16 se refiere a las obras huérfanas (autores no contactados) en dicho supuesto o de obras que no estén disponibles de manera legal en el comercio del país por un término superior a un año contado desde la primera publicación, y mientras estén bajo este estatus, las instituciones de enseñanza pueden emplear dichas obras, debiendo previamente ser solicitadas por la autoridad educativa pertinente.

También, pueden emplearse las obras en actividades de una institución educativa tanto por el personal como por los estudiantes a través de la representación, ejecución y comunicación pública, de forma gratis y que el público este formado por trabajadores de la institución educativa, alumnos, padres u otros relacionados con esta clase de entidad. Igualmente, con fines académicos se puede traducir o adaptar una obra, siempre que no se distribuyan con posterioridad

En el orden comercial el Código Ingenios (2016), reconoce el empleo de software para demostrar ciertos productos a las clientela en aquellos locales comerciales donde se exhiban o comercialicen, realicen reparaciones de equipos o programas de computación, bajo la obligación de que ello tenga lugar en el propio establecimiento y que no se divulguen al exterior. También pueden emplearse obras de las artes plásticas con la finalidad de convocar su exposición pública o su comercialización. Con respecto a estas, el numeral 21 se refiere a la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones que se ejecuten para difundir la cultura cuando no se cobre la entrada o no exista un beneficio económico directo para su organizador.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) en el artículo 212 objeto de revisión prevé en los numerales 22 y 23 respectivamente, lo concerniente a que aquellas interpretaciones, ejecuciones y comunicación de obras de tipo musical o audiovisual en el interior de establecimientos pertenecientes a los sectores de educación, salud y centros de rehabilitación social. Además, cuando se realice para los internos y para los que estén en dichas instituciones sin que medie pago para quien las administra, por tener acceso a dichas actividades. Igualmente, por la reproducción provisional de una obra que tanto de forma transitoria o accesoria, sea parte de un proceso tecnológico y que su fin sea transmitir de manera lícita en una red entre terceros por un intermediario, sin que reciba beneficio económico por ello.

Corresponde mencionar la regulación existente con respecto al empleo no autorizado de la referencia o enlace de sitios *on line* y de otras actividades lícitas semejantes, al igual que la reproducción y el almacenamiento que resulta necesario, para que funciones un motor de búsqueda de internet. Ello procede cuando se vulneren los contenidos protegidos. También se incluyen aquellos actos que traigan consigo tanto la comunicación pública como la reproducción de textos, figuras, dibujos otros que estén englobados dentro de una petición o registro de propiedad industrial o solicitud o certificado de obtentor a través de bases que se encuentren abiertas al público. Las solicitudes deben tener carácter público.

Por otra parte, la norma (2016) establece que la comunicación pública de obras que se ejecuten en aquellos locales abiertos al público cuyos titulares sean un microempresario, artesanos calificados o pequeños empresarios mediante un aparato casero único que la actividad principal no sea la comunicación pública o que el empleo no esté destinado a la ambientación. En este tipo de comunicación se incluyen los derechos conexos que estén presentes sobre las prestaciones involucradas. También procede la aplicación del artículo 212, tal como se regula en el numeral 27

la comunicación pública de obras que tiene lugar en unidades de transporte público cuyo fin no sea, el turismo o el entretenimiento.

Se prevé en el mencionado artículo de la disposición vigente (2016) que la ejecución o comunicación pública de obras destinadas a la educación y sin lucro. Se define que no procede el empleo de dicha excepción cuando: las entidades privadas con fines de lucro no son microempresas; para aquellas entidades privadas que no tengan un fin lucrativo que tengan, relación con una entidad privada que si tenga fin de lucro y aquellas entidades sin fines lucrativos extranjeras y venta de estas.

Por otro lado, aplican al artículo analizado, aquellas entidades que sin fines lucrativos y las que reciben apoyo en el orden financiero y debidamente reconocidas por el Estado brindan servicios de educativos, de formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a información a personas discapacitadas, pueden, de las obras que han adquirido legalmente, realizar su reproducción, distribución así como ponerlas a disposición del público, en aquellos formatos mediante los cuales puedan acceder las personas con discapacidad.

El acceso a dichas obras incluirá la posibilidad de representarlas y ejecutarlas públicamente, con el fin de que puedan ser accesibles a personas con discapacidad. Estas personas o su representante pueden desarrollar las actividades antes expuestas, cuando las han adquirido legalmente para su uso personal. De igual manera, se podrá realizar la comunicación pública, transmisión y retransmisión por una entidad de radiodifusión perteneciente a una comunidad, la que debe respetar la lo establecido en las normas de la materia.

El artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) define que se está ante un fin lucrativo cuando se genere un beneficio

económico ya sea directo o indirecto para quien emplea la creación o para un tercero que facilita el empleo de esta. Ante este supuesto, se deben aplicar las normas generales para la autorización de uso o explotación de obras por parte de terceros establecidas en la norma. Además, que todo lo regulado en el mencionado artículo aplica a las prestaciones y resulta improcedente la aplicación de las limitaciones y excepciones, antes expuestas, cuando se emplee con objetivos de proselitismo político o religiosos, las que no serán consideradas dentro del uso justo de la obra.

Por lo antes expuesto, la norma estudiada prevé las limitaciones y excepciones de forma muy amplia, tanto al Derecho de Autor como a los derechos conexos, ello puede resultar contrario a los derechos patrimoniales de los autores. Por otro lado, el artículo 213 del Código (2016) establece la existencia de otros actos comprendidos dentro de las limitaciones y excepciones entre los que están: la reproducción de cierta obra, la traducción en caso de estar escrita en un idioma extranjero y la venta de ejemplares, cuando la reproducción haya sido autorizada. A dichos actos le resultan aplicables los Tratados Internacionales de los que el país es parte.

En el mismo sentido, se debe analizar lo concerniente a las obras publicitarias, previstas en el artículo 215 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) en el que se regula que no se aplicará a las obras audiovisuales publicitarias la obligación de señalar tanto los nombres del autor como de los artistas intérpretes. De igual manera ocurre con el nombre del autor en el caso de las fotografías publicitarias. Al respecto el artículo 216 de la norma (2016) regula, que estas limitaciones y excepciones, resultan aplicables además a aquellas prestaciones que reciben protección por derechos conexos, en lo que corresponda.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) recoge lo referente a las licencias obligatorias, estas son consideradas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI (2017) como un acuerdo que se suscribe por el titular de los derechos de autor, llamado licenciante y una persona a la que se le autoriza el empleo de la obra, llamada licenciatario. Este último debe pagar al licenciante una tasa o regalía.

Corresponde plantear que la licencia no es una cesión, sino solo se refiere a la utilización de la obra. Estas se otorgan por el órgano competente en la materia de nivel nacional y para emitirse se comprueba el cumplimiento de los requerimientos necesarios para su empleo y explotación de forma lícita y adecuada.

El artículo 217 del Código Ingenios (2016) se regula en lo concerniente a las licencias obligatorias, que la autoridad en materia de derechos intelectuales, es la autorizada para otorgarla y autorizar licencias que correspondan sobre los derechos exclusivos del creador en lo vinculado a obras artísticas o literarias, de la música o audiovisuales bajos los requisitos que se exponen a continuación:

1. Se debe acreditar que las prácticas declaradas por la autoridad competente en materia de control de poder del mercado resultan contrarias a la libre competencia, e implican un abuso de la posición dominante en el mercado por el titular del Derecho de Autor o derechos conexos.
2. Cuando el titular de una obra musical ha otorgado la autorización con la finalidad de que sea objeto de interpretación o grabación a una persona y no sea posible obtener otra autorización para realizar una nueva interpretación o grabación por un tercero. No procede la aplicación de esta licencia de tipo obligatoria cuando su titular haya expresado su negativa para ello;

3. Cuando una obra literaria o artística no esté traducida al castellano, a uno de los idiomas oficiales de vinculo intercultural o a los idiomas oficiales en los territorios que correspondan y esta traducción no esté disponible en el mercado nacional;

4. Cuando una obra literaria o artística no esté disponible en el mercado nacional y hayan pasado desde su publicación en cualquier de sus formas: tres años para las obras científicas o tecnológicas; cinco años para las obras de contenido general; y, siete años para aquellas obras como: libros de arte, poesías y novelas; y,

5. Cuando una obra consistente en videograma o de carácter audiovisual, u otra clase de fijación audiovisual no esté disponible o accesible en el mercado nacional y haya transcurrido el término de un año a partir de su difusión en cualquier formato o medio.

Acerca de los derechos conexos, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) regula en el artículo 221 que la protección de estos no genera afectaciones algunas al Derecho de Autor, al igual que no causa menoscabo alguno a dicha salvaguarda y en caso de conflictos, se debe responder de forma que se beneficie al autor.

Del estudio de las regulaciones se resume que la norma vigente, establece de forma amplia y general las limitaciones y excepciones. Ello afecta los derechos patrimoniales de los autores, porque resultan muy abiertas, bajo el concepto de emplear las obras por interés público. Implica un uso excesivo de estas, creando un desequilibrio entre los derechos del autor y los usuarios.

Lo antes expuesto, obliga a que, para asegurar los derechos patrimoniales de los autores, deben existir controles adecuados sobre el empleo de las obras. Ello permitirá dos aspectos: primero asegurar los derechos reconocidos por la normativa a los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos. En segundo lugar, asegurar que las personas puedan acceder a las obras de forma adecuada. Esto permitirá lograr un empleo armónico del sistema de Propiedad Intelectual.

Una de las cuestiones, que, a la luz del Código, influye en que exista una afectación a los derechos patrimoniales del autor, motivado por la existencia de excesivas limitaciones y excepciones, es la figura del *fair use* o el llamado uso justo. Esta será objeto de estudio más adelante en la investigación.

2.2. Las limitaciones y excepciones en la Decisión 351 de la Comunidad Andina

Ecuador pertenece a la Comunidad Andina de Naciones y está vigente para sus miembros, la Decisión 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (1993), la cual tiene como objeto salvaguardar los derechos tanto de los autores, artistas como productores e instituciones relacionadas con la radiodifusión. La Decisión salvaguarda las obras y prestaciones que se divulguen mediante medios tecnológicos, entre ellos por internet.

La Decisión 351 es una manifestación de la integridad de los países de la región. Al respecto se analiza por Antequera (1998) en su obra “Derecho de Autor”, que es el reflejo de un proceso de concurrencia en materia de derechos de autor para contribuir a que exista una normativa equilibrada y única para los países que conforman dicha comunidad.

La Decisión 351 (1993), en el artículo 18, define como término de duración de los derechos de autor, el cual está definido que no será menor a la vida del autor y estará vigente por cincuenta años después de su fallecimiento. Para los titulares que son personas jurídicas el término es de cincuenta años que se cuenta a partir de que la obra se divulga al público. Dicha disposición salvaguarda los derechos de autor y derechos conexos.

Se debe plantear que el artículo 21 de la Decisión 351 (1993) otorga la potestad a los países que la integran a que determinen las limitaciones y excepciones del Derecho de Autor que aplicarán, respetando la Regla de los Tres Pasos. También establece que las obras pueden ser empleadas

cuando su finalidad sea la educación, investigación e información siempre que no generen afectaciones a los intereses y al derecho del autor.

Por otra parte, el artículo 22 de la Decisión (1993) regula las siguientes limitaciones y excepciones, las que implican no remuneración, ni contar con la autorización del autor: cuando se cita en una obra, otras creaciones ya publicadas. Esta debe indicar la fuente y autoría de acuerdo con los usos honrados y en la medida justificada por el objetivo que persiga; la reproducción a través de medios reprográficos para la enseñanza o para realizar exámenes en centros educativos, siempre que esté justificado su fin. De la misma forma, los artículos que hayan sido publicados tanto en periódicos o colecciones periódicas, o extractos pequeños de obras que han sido publicadas lícitamente, bajo los usos honrados y que esta no se comercialice o se realice cualquier otra clase transacción a título oneroso, ni tenga fines de lucro directos o indirectamente.

Otras de las limitaciones y excepciones previstas por la Decisión (1993) son: la reproducción individual, de una obra por una biblioteca o archivo siempre que sus actividades tengan fines de lucro de ninguna clase. De la misma forma, cuando el ejemplar es parte de la colección permanente de una biblioteca o archivo, y la reproducción tenga lugar para preservar el ejemplar y reemplazarlo ante si extravió, destrucción o inutilización; o, para sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que esté extraviado, destruido o inutilizado.

También, se puede realizar la reproducción de una obra, cuando sea para actuaciones en el orden administrativo o judicial, en la medida justificada por el objetivo que se persiga; reproducir y distribuir ya sea mediante la prensa, por radiodifusión o transmisión pública mediante cable, artículos actuales de contenido económico, político o religioso que se publiquen en periódicos o colecciones periódicas, así como creaciones radiodifundidas que tengan esta misma naturaleza,

cuando la reproducción, radiodifusión y la transmisión pública no haya sido reservada de manera expresa.

Igualmente, resulta procedente en virtud del artículo 22 de la Decisión (1993) la reproducción y puesta al alcance del público, de las informaciones relacionadas con hechos de actualidad mediante el empleo de la fotografía de obras que pueden ser vistas o escuchadas durante los acontecimientos, obras cinematográficas, la radiodifusión o transmisión pública a través del cable. Todo esto se produce siempre que esté justificado el fin de la información; aquellas reproducciones que se realicen por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, alocuciones, disertaciones, discursos políticos o aquellos que tengan lugar como parte de actuaciones judiciales u otras obras semejantes pronunciadas en público, con el objetivo de brindar información acerca de hechos actuales, conservando los creadores sus derechos a la publicación de colecciones de estas obras. Todo ello siempre que los fines que se persiguen estén justificados.

Se debe señalar que, se pueden reproducir, emitir ya sea por radiodifusión o transmisión pública por cable, la imagen de obras de las bellas artes, de la fotografía, arquitectónicas y de las artes aplicadas, que estén emplazadas permanentemente en un lugar abierto al público. Igualmente, la realización, por las instituciones de la radiodifusión, de grabaciones efímeras a través de sus propios equipos y para su empleo en sus emisiones propias de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. La institución de radiodifusión queda obligada a realizar la destrucción de la grabación según establezca el ordenamiento jurídico de cada país.

Se podrán en virtud del artículo 22 de la Decisión (1993) realizar la representación o ejecución de una creación en las actividades de una institución educativa, tanto por el personal y los estudiantes de esta, cuando su entrada sea gratis y no tenga fin lucrativo ni directo, ni indirecto y cuando su público sean los alumnos, padres, personal de la entidad y otras personas relacionadas

con las actividades de este centro educativo; realizar una transmisión o retransmisión, por instituciones de radiodifusión, de una obra que hay radiodifundido originalmente, cuando sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin cambio alguno.

Como se deriva de esta norma, se respeta la Regla de los Tres Pasos y queda a disposición de cada país, según sus propias condiciones, definir la forma en que regulará estas limitaciones y excepciones en su normativa interna. Esta regla es fundamental para el Estado ecuatoriano, ya que según Geiger (2007) limita las acciones del legislador y coadyuva a la formación de opiniones que permiten emitir una norma respetuosa que conlleve la toma de decisiones acertadas en el orden judicial. Constituye una manera de limitar las clases de usos justos permitidos en las normas de la materia en el contexto nacional para salvaguardar los derechos de los titulares del Derecho de Autor.

2.3. El “*fair use*”. Generalidades

El “*fair use*” es una figura jurídica que surge tal como indican Halpern, Seymore, & Port (2012), en su texto “Fundamentos de la Ley de Propiedad Intelectual de los Estados Unidos”, es una doctrina procedente del derecho anglosajón que pone de manifiesta las características y condiciones de estos países y en esta responde a sus realidades y niveles de desarrollo en todos los ámbitos. Este es por su naturaleza, amplio y abierto, se sustenta en el uso justo, y por tanto la utilización de las obras puede ampararse en este criterio. Bajos estos postulados se establecen las limitaciones a los derechos de autor. No existe una definición específica de esta institución legal, al respecto se afirma por la Corte Suprema de los Estados Unidos (1985,p.6) que “ninguna definición generalmente aplicable (de justo uso) es posible, y cada caso que plantea la pregunta debe decidirse por sus propios hechos.”

Por lo antes expuesto, es difícil establecer un concepto sobre el “*fair use*”, es una doctrina, puesto que hay que examinar cada caso en concreto partiendo de experiencias y de los parámetros establecidos para ello y que se revisarán más adelante. Acerca de esta figura se analiza por Alderfer (2014) en artículo titulado “Análisis en avisos de eliminación de DMCA” que es un instrumento que facilita que una creación protegida por el Derecho de Autor pueda ser empleada por un tercero sin necesidad de contar con la autorización del creador de la obra original. Por tal motivo, se considera por Herrera (2015) en el artículo “La doctrina del “*fair use*” frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso “*google books*” que este se dirige, bajo el criterio del uso justo, a agotar los derechos de autor.

El “*fair use*” constituye para Herrera (2015) un mecanismo que sirve para defenderse de procesos judiciales que nacen por infringir las normas relativas al Derecho de Autor como reproducir, interpretar, copiar obras legalmente protegidas. Es muy amplio y flexible, ello se puede ver en la actualidad con el desarrollo tecnológico alcanzado. Sin embargo, a su vez, permite que las personas puedan acceder a información y desarrollar conocimientos. Por ello es necesario que las limitaciones establecidas por la normativa en materia de Propiedad Intelectual deben ser razonables y no ampliarse de forma deliberada. Patterson (1998) en su artículo “Folsom v. Marsh y su legado” analizó como una excepción dentro de la normativa, el uso de una obra sin autorización de su autor, ya que es ilegítimo, con la excepción de que se considere como “*fair use*” o sea, que se le ha dado una utilización justa.

Por su lado, Tehranian (2005) en su obra “Et Tu Uso justo: el triunfo del Derecho de Autor natural”, considera que el “*fair use*” representa una derrota para el uso público y es una traición a la legislación de copyright, representando una visión monopolística y desnaturalizada del Derecho

de Autor. Este análisis conduce a reflexionar que, con la figura estudiada, se amplía tanto el abanico de usos de las obras, que daña al autor en sus derechos, especialmente los patrimoniales.

Se debe señalar que se considera el “*fair use*” una figura legal que responde al desarrollo alcanzado por la tecnología, sin embargo, suele ser muy ambigua al interpretarse el uso justo, cuestión en la que se basa. Esto afecta el Derecho de Autor puesto que bajo esta condición las obras de su titularidad pueden ser objeto de reproducción, interpretación y copias.

La jurisprudencia estadounidense, basada en la Ley de Copyright (1978) para determinar si el uso de la obra es justo o no, tiene en cuenta los siguientes aspectos:

- Determinar si el objeto y la naturaleza del uso es comercial, tiene fines educativos sin ánimo de lucro;
- Definir la naturaleza de la obra protegida;
- Determinar la cantidad y sustancialidad de la parte de la obra utilizada tomando como base la obra protegida la que es considerada como un todo; y
- Valorar el efecto que produce su uso sobre el mercado o con respecto al valor de la obra protegida.

Se debe apuntar que se considera que los elementos mencionados, permiten dejar abierto el análisis para examinar cada asunto tomando como base el análisis integral de cada uno de ellos para llegar a la convicción del uso justo o legítimo de una obra, lo que depende de la apreciación que los jueces tengan en concreto sobre el caso y luego de ello, haciendo uso de su arbitrio, deciden sobre el asunto puesto a su conocimiento y resolución. Esta institución legal es contraria, a la mencionada Regla de los Tres pasos, en la cual quedan delimitadas taxativamente excepciones y limitaciones que permiten al juez poder decidir objetivamente al respecto.

Corresponde plantear, que la normativa ecuatoriana reconoce el “*fair use*”, ello implica que se han ampliado las posibilidades de la libre explotación y utilización de las obras. Esto afecta al autor en sus derechos patrimoniales. El artículo 211 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) prevé bajo el concepto de uso justo, la explotación o empleo de la obra cuando no se afecte su normal explotación, para determinar si se está ante este supuesto, según la norma se deben tener en cuenta los siguientes parámetros:

- Los objetivos que se persigue con el uso y la naturaleza de este;
- La naturaleza de la creación;
- La cantidad e importancia que tiene el segmento empleado en relación con la obra en su totalidad, de ser el caso;
- El efecto que genera el uso en el valor tanto en el mercado actual como potencial de la obra; y,
- El goce y el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.

Luego de revisados estos elementos, se debe exponer que sus parámetros, permiten analizar de manera amplia y general el uso justo. Esto atenta contra los derechos patrimoniales del autor, porque es difícil determinar cuando no se cumplen estos, teniendo en cuenta el valor y el uso que puede dársele a la creación en varios ámbitos y en beneficio de la sociedad en general, más aún en países subdesarrollados como el Ecuador, si se tiene en cuenta que esta figura surge en un sistema de derecho propio de países más desarrollados. Por ello es importante analizar sus efectos.

2.4. Efectos de la figura del *fair use* sobre el Derecho de Autor y los derechos conexos

Acerca de los efectos que genera el *fair use* sobre el derecho de autor y los derechos conexos, Cetina (2014) en su estudio “Límites al Derecho de Autor y el uso de contenidos protegidos”

considera que esta figura es vista por muchos, como especie de panacea precisamente por los problemas que genera con respecto a las limitaciones al Derecho de Autor . Por tanto, proponer su incorporación al Derecho de Autor en la legislación interna, resulta complejo y debe analizarse cuidadosamente, sobre todo si se tiene en cuenta, que en el país donde nació y donde más se aplica, es en Estados Unidos, que es diferente en todos los aspectos al Ecuador.

Lo antes expresado por el autor, permite corroborar, que a pesar de considerarse el “*fair use*”, una tendencia vanguardista y actualizada sobre el uso de las obras, puede resultar ambigua su aplicación. Por lo que, al no estar establecidas limitaciones y excepciones taxativamente, no existe una armonía de criterios en su aplicación y a su vez, impide precautelar totalmente los derechos de los autores.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se debe plantear que la aplicación del “*fair use*” en el contexto de la legislación ecuatoriana trae contradicciones. La primera está dada en que es una figura propia de las peculiaridades del derecho anglosajón y responde a países de un alto desarrollo en la tecnología. Ello ha motivado una ampliación en la normativa, de las excepciones y limitaciones del Derecho de Autor y derechos conexos, lo que resulta excesivo, afecta los derechos patrimoniales de los autores. Son muchos los supuestos, bajo los que, se pueden emplear las obras sin realizar pago alguno, ni necesitar con la autorización del autor para ello bajo el uso justo.

Por otro lado, la Regla de los Tres pasos establecida en los Tratados Internacionales, de los que el país es parte, como el Convenio de Berna. Esta le sirve de base al juez para definir los requerimientos en los que debe sustentarse para limitar los derechos de autor, específicamente que no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio de carácter injustificado a los intereses legítimos del titular del Derecho de Autor.

Sin embargo, el “*fair use*”, resulta contrario a lo antes expuesto, ya que, bajo el uso justo, el operador de justicia goza de la facultad de analizar discrecionalmente cada caso determinado, desechando lo establecido en dicha regla. Ello implica que queda al arbitrio judicial la decisión de aprobar las limitaciones a los derechos de autor, sin que exista una clara delimitación sobre los aspectos a tomar en cuenta, basta con una valoración subjetiva del asunto para considerar su existencia o no el uso razonable o justo de la obra.

Se debe considerar lo antes expuesto y debe ser revisado, primero, porque la figura como se dijo pertenece a otro sistema de derechos y resulta peligroso en materia de protección de derechos de autor. El denominado uso razonable o justo que sustenta la figura jurídica del “*fair use*”, trae consigo que las decisiones judiciales dependan del criterio de los jueces, los que en muchas ocasiones pueden estar permeadas de subjetividad y tomarse con ligereza. En consecuencia, puede afectar los derechos patrimoniales de los titulares del Derecho de Autor.

Para lograr hacer una aplicación adecuada del “*fair use*” se debe analizar holísticamente cada caso, determinando si realmente procede reconocer el uso justo o legítimo de una obra, si realmente su empleo responde al ejercicio de derechos fundamentales como la educación, la información, entre otros. Para que no exista un análisis a la ligera del empleo de las obras y con ello no lesionar los derechos patrimoniales de los autores. Se considera que no ha sido adecuada la inclusión del “*fair use*” en la normativa ecuatoriana al igual que se consideran excesivas las limitaciones y excepciones definidas por la norma vigente, lo que afecta los derechos patrimoniales de los titulares del Derecho de Autor.

Capítulo III

El Derecho de Autor en el medio digital

3.1. El medio digital

Para estudiar el Derecho de Autor en el medio digital, es importante destacar que la vida actual y la sociedad va a la par del progreso tecnológico y así debe estar recogido en el ordenamiento jurídico, desde la propia realidad de cada país. Este medio impacta en la creación y en los derechos de los titulares del Derecho de Autor. Acerca del tema, Schuster (2012) en su obra “El Derecho de Autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías”, expone que el medio digital, representa una transformación en la manera de distribuir las obras por las diferentes formas en que esta puede comunicarse y llegar a millones de personas, dejando a tras la distribución física de las obras.

En el entorno de carácter digital, la única forma de asegurar los derechos patrimoniales de los autores, según Straumann (2012) reflexiona en su libro “El Derecho de Autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?” es determinando un valor económico, ya que es a través de la autorización de uso, la forma de asegurar su ganancia por concepto de Derecho de Autor.

Por su lado, Schuster (2012) en el libro mencionado anteriormente, asevera que este medio, no genera intercambio monetario, además que existen muchos intermediarios dentro de la red, que obstaculizan el establecimiento de un valor económico real por la obra. El medio digital ha modificado tanto la producción, distribución como el consumo de las obras protegidas.

Corresponde decir que Schuster (2012) en su obra “El Derecho de Autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías” reconoce las diferencias entre el sistema clásico y el medio digital sobre los derechos patrimoniales de titulares del Derecho de Autor, entre los que menciona: la

extensa frontera en cuanto a las maneras de explotar la obra, motivado por el desarrollo tecnológico. Otra opción es la falta de mecanismos de control sobre el empleo de las obras y producciones ante la desmaterialización de los contenidos; y el comportamiento del público frente a las obras marcadas fuertemente por las maneras de interactividad en el medio digital.

Tal como se ha expuesto es muy diferente el medio digital que el sistema tradicional empleado para acceder a las obras protegidas por el Derecho de Autor y su causa fundamental está en el progreso tecnológico que abre el acceso ilimitado a las obras. Lo que vulnera los derechos patrimoniales de los autores. Por ello queda mucho por hacer a efectos de implementar instrumentos tecnológicos y jurídicos que permitan un adecuado control sobre el uso y explotación de las creaciones, ya que las personas mediante la red pueden copiar las obras, circularlas y manipularlas, también tienen acceso a información científica, documentos bibliográficos, películas y musicales, entre otros.

En esa línea, Lypzsysc (2004) en su texto “Nuevos Temas de Derecho de Autor y derechos conexos” determina como particularidades del medio digital, las siguientes: que la información que se almacena en la red, no es material, solo está en la memoria del equipo que se emplee; las copias que se hacen de las obras son de tipo intangibles y todos tenemos acceso a esa información ilimitadamente desde cualquier sitio. Acerca de ello se afirma:

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

Teniendo en cuenta lo complejo del medio digital, debe existir una armonía entre los derechos de los usuarios de las redes y los de los autores, para evitar que se afecten los derechos patrimoniales de estos. Se debe toma en cuenta la manera en que se realiza, como por ejemplo si el individuo recibe algún pago por el uso de las creaciones. Por otro lado, el acceso, uso, reproducción y movimiento de las obras mediante internet, es sencillo; no obstante, se presume que los autores deben ser remunerados siempre y no es así.

Acerca de lo antes planteado, se expone por Nimmer (2003) en la obra “Copyright, texto sagrado, tecnología y DMCA” que el medio digital constituye una amenaza para los autores y por ello, necesitan protección ante cualquier dispositivo que pueda minar sus intereses. Es contraria a los medios analógicos, porque la tecnología de tipo digital facilita que los piratas puedan realizar la reproducción y distribución de copias de las creaciones virtualmente, sin costo alguno para ellos.

Tal como se desarrolla la tecnología, deben adaptarse a las normativas para proteger el Derecho de Autor, puesto que al ser tan amplio este contexto, las disposiciones jurídicas no gozan de la efectividad necesaria para proteger este derecho. Para garantizar su salvaguarda a sus titulares, es necesario delimitar con ellos, de manera estricta que obras deben ser protegidas y cuáles no. Lo que obliga a que las creaciones no queden abiertas al acceso, que hoy en día, tienen las personas a la tecnología y a la información en general.

Lo analizado anteriormente saca a la luz, las dificultades a que están sometidos los titulares del Derecho de Autor en la actualidad, las limitaciones y excepciones establecidas por la normativa para este medio inciden negativamente en sus derechos patrimoniales, unido a que las normas jurídicas no se enfocan en ello y no cuentan con mecanismos claros que permitan proteger los derechos de autor.

3.2. Las limitaciones del Derecho de Autor en el medio digital

Anteriormente se analizaron algunos aspectos doctrinales relacionados con el medio digital, corresponde analizar las regulaciones recogidas para dicho entorno en el Código Orgánico de la Economía Social de los conocimientos, Creatividad e Innovación (2016). El artículo 39 del esta norma (2016) consagra el acceso y la soberanía que debe gozar el conocimiento en el medio digital, teniendo en cuenta el acceso libre, universal y seguro a este mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a través de las vías para ello. Se reconoce que el entorno, objeto de estudio, contribuye significativamente a adquirir conocimientos, incentivando la innovación y la creación.

El citado artículo 39 del Código vigente (2016), prevé que el Estado, debe asegurar las condiciones necesarias para llevar a la universalización del acceso a las tecnologías de la información y comunicación, mediante el empleo libre de las tecnologías, soportados en los principios de: seguridad, de poder acceder de forma libre y sin limitaciones a la información. Además, se debe proteger la privacidad, soberanía tecnológica y neutralidad de la red.

Las disposiciones expuestas, amparan el empleo y explotación de la creación en el medio digital, sustentado y justificado en el uso de las obras para la adquisición de conocimientos. Sin embargo, resulta ambiguo e implica que no es necesaria la autorización de los autores para ejercer el uso de su obra. La naturaleza y alcance del medio digital afecta los derechos patrimoniales del titular del Derecho de Autor, ya que no hay coherencia entre el uso racional de la obra y los derechos en el entorno universal.

Igualmente, en el artículo 142 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) regula lo referente a los términos vinculados con

las tecnologías libres y formatos abiertos, entre ellos están: el hardware, toda clase de software y otros elementos de este tipo que portan un código libre, sin restricciones y que da acceso a los usuarios de la red y entre sus libertades, están: poder ejecutar el software de manera libre con cualquier objetivo; estudiar el funcionamiento del software, modificarlo y adaptarlo a sus necesidades, redistribuir libremente las copias y distribuir copias de las versiones de dichos programas transformados a terceros.

Por otro lado, se dispone acerca del hardware libre y las libertades que poseen los usuarios sobre el empleo de las tecnologías digitales libres en el contexto educativo en el que se pueden emplear dichos recursos tecnológicos, con fines investigativos para garantizar una enseñanza holística. Para el uso y adquisición de software. El sector público para el proceso de contratación presenta un orden de prelación según lo establecido en la normativa para adquirirlo.

A pesar de lo antes expuesto, se considera deben ser revisadas las disposiciones legales con respecto al empleo y explotación de la creación en el medio digital, ya que atendiendo a su amplitud, pueden darse varias circunstancias en las que las personas, estén empleando y explotando una obra y no siempre responda al ejercicio de un derecho humano, o al interés común de la sociedad, como en el caso, de cuando una persona hace una copia de un documento, software para su uso privado, sin que le sea retribuido nada al autor por ello. Esto ocurre, porque a los titulares del Derecho de Autor en este contexto tecnológico, les resulta imposible ante las limitaciones reconocidas, tener el control sobre la reproducción masiva de sus creaciones por parte del público y se ven afectado en sus derechos patrimoniales.

También el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) en el artículo 188 se establece todo lo referente a los contratos de inclusión fonográfica a través del que los autores de una creación de tipo musical o su derechohabiente. De

la misma forma que el editor o la sociedad de gestión colectiva, autoriza a que un productor de fonogramas lleve a cabo una grabación de cierta obra para realizar su reproducción mediante un disco, otro medio digital o cualquier otro similar con el fin de realizar la reproducción o distribución de los ejemplares. Establece que para la comunicación pública de la obra no es necesario tener autorización por parte del productor, ello afecta los derechos patrimoniales de los autores.

Igualmente, el artículo 197 de la disposición revisada (2016) prevé que es necesaria la autorización, ya sea del titular del Derecho de Autor o derechohabiente para que se pueda transmitir la obra, tanto hacia como en el medio exterior, salvo cuando esta transmisión se ejecute empleando el medio digital.

Las normas examinadas, reflejan la expansión y poder de los medios digitales en la época actual, así como su utilización y reproducción de las creaciones está debidamente autorizada. Como se revisó en el capítulo anterior, en el artículo 212 del Código Ingenios (2016) se determinan los actos que no necesitan autorización del titular del Derecho de Autor, para su uso. Ello implica no remuneración para los autores.

Es necesario tener en cuenta, según lo planteado, que el empleo de una obra en el medio digital y las limitaciones reconocidas por la norma, de no revisarse y aplicarse adecuadamente, ponen en peligro el Derecho de Autor, justamente por el libre acceso que tienen las personas a esta creación sin que exista control del empleo y de las copias que puedan realizársele. Por otra parte, se coincide con que las personas puedan acceder a la información y ejercitar sus derechos fundamentales, pero de forma controlada para asegurar acceso a las obras y a su vez, respetar los derechos patrimoniales de los autores.

De lo antes expuesto se puede plantear que el medio digital, es reflejo del desarrollo tecnológico actual y permite la adquisición de información y conocimiento para los usuarios de las redes, esto permite efectivizar los derechos fundamentales como: a la información, la cultura, la educación y otros. Sin embargo, al ser excesivas las limitaciones y excepciones establecidas resultan desfavorables para los derechos patrimoniales del autor.

3.3. La educación en el medio digital

“La educación es un derecho humano reconocido en Instrumentos Internacionales y en el artículo 26 de la norma constitucional (2008) como aquel que poseen las personas durante toda su vida y es un deber primordial del Estado asegurarlo.”(p.27) Constituye un sector prioritario de la política pública al igual que garantía de igualdad e inclusión social y una condición fundamental para el buen vivir. Una de las formas de materializarlo, es permitiendo el acceso de las personas a la información y a la adquisición de conocimientos empleando el entorno digital.

En ese orden, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) tiene como objeto claro definido en el artículo 1 que pretende articular el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales con el Sistema Nacional de Educación para lograr un marco jurídico que permita estructurar la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación, ello refleja el respeto y reconocimiento al derecho constitucional a la educación reconociendo a las instituciones de este carácter como generadores y gestores del conocimiento. Tal como lo dispone el artículo 4 de esta norma que recoge los principios sobre los que se sustenta el régimen jurídico de los derechos de Autor en el país, reconoce expresamente en el numeral 2 que las limitaciones y excepciones son una herramienta para la adecuada gestión de los conocimientos.

Por lo expuesto, los derechos de autor juegan un rol fundamental en el ejercicio del mencionado derecho a la educación y este no puede constituir un obstáculo para el desarrollo de este. Por tal motivo la aplicación de límites y excepciones del Derecho de Autor, aplicables al ámbito educativo, están justificadas por el objetivo de difundir y lograr la adquisición de conocimientos por la sociedad. No obstante, el hecho de que, para el uso de las obras no requiera solicitar autorización a los autores, ni que estos reciban remuneración alguna por el uso y explotación de ella, obliga a estudiantes, docentes y al Estado a asegurar el uso de la información de forma adecuada y legítima para no afectar a los titulares de estos derechos.

Entre las instituciones de mayor importancia dentro del contexto educativo están los archivos y bibliotecas, que responden al interés público. En ellas se pueden obtener catálogos de tipo digital, acceder a bibliotecas virtuales, audiolibros, textos, revistas e investigaciones empleando recursos tecnológicos como teléfonos inteligentes, máquinas computadoras, tablets, entre otras. De ahí que, en el uso de las obras, en estas instituciones educativas, es necesario que se produzca una congruencia que permita preservar los intereses de los usuarios y los titulares de los derechos de autor.

Para el desarrollo de la educación, las bibliotecas y los archivos desarrollan actividades como copias, préstamos, distribución y comunicación pública de obras que gozan de la salvaguarda del Derecho de Autor. Realizan dentro de sus servicios electrónicos la entrega de documentos, que se eligen por los usuarios de bases de datos bibliográficas. Tal como indica Guibault (2003) en su artículo “Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión de conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital” son pedidos electrónicamente, se

escanean o copian de los archivos, los que pueden ser transmitidos por las redes digitales y se cargan posteriormente.

Tanto la actividad de las bibliotecas como de los archivos, trajo consigo el establecimiento de limitaciones y excepciones a los derechos de autor, de acuerdo con las disposiciones previstas en Instrumentos Internacionales sobre la materia como el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que establece los derechos de autor en el medio digital. Este Tratado sirve de soporte a las normas nacionales sobre Derecho de Autor manteniendo las mismas limitaciones y excepciones, bajo el nuevo contexto.

Las bibliotecas, digitalizan las obras, tomando en cuenta que es una manera de conservar y hacer la renovación de las colecciones. Para ello no necesitan autorización de los autores y, por ende, sus derechos patrimoniales no son satisfechos. Igualmente, instituciones educativas y de investigación, emplean la tecnología digital en el proceso de enseñanza-aprendizaje, sin que medien fronteras geográficas, por la naturaleza del medio digital, con respecto al material que usan. La utilización del contenido digital en las esferas de la educación y la investigación es común, así como digitalizar y comunicar obras al público, crea situaciones desfavorables para el Derecho de Autor, por la extensión que tienen las limitaciones en este sector.

Las bibliotecas y en especial, las de tipo virtual, son favorables para acceder a la educación, información y disminuye el tiempo. Sin embargo, colocan en riesgo a los titulares de las obras, teniendo en cuenta que, si no se aplican de forma adecuada las limitaciones y excepciones, pueden aparecer violaciones a los derechos del autor por la naturaleza del entorno digital y lo complejo que resulta controlar el empleo de la creación.

Las actividades de investigación en el contexto educativo empleando medios digitales, de no supervisarse adecuadamente afectan los derechos patrimoniales de los autores. Se debe tomar en cuenta que existen editoriales de corte científico que brindan muchos materiales *online*, a textos, tablas de contenido que quienes se suscriben a través del correo electrónico. Además, reciben esta información de forma gratuita, al igual que pueden utilizar enlaces y servicios interactivos, bajo la autorización de los autores, de hacerlo, no reciben remuneración alguna.

Como se analizó en el capítulo anterior, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016) en el artículo 212 regula las limitaciones y excepciones a los derechos de autor para las bibliotecas, archivos y el contexto educativo, las que como se ha manifestado son demasiado amplias y gozan de mayor flexibilidad ante el reconocimiento del “*fair use*” por la normativa ecuatoriana.

En el Ecuador el ordenamiento jurídico protege el derecho a la educación y especialmente a las bibliotecas y archivos, por lo que existen varios actos que pueden realizarse en el medio digital que no necesitan autorización de los titulares del Derecho de Autor, ni pago alguno por ello, tal como lo indica el artículo 212 en varios supuestos. Entre ellos se puede mencionar la regulación del numeral quinto de dicho artículo, referido al acceso de carácter temporal a los usuarios de la biblioteca o archivo, a las obras protegidas por derechos de autor o prestaciones protegidas por derechos conexos que estén en soporte digital o en otro medio inmaterial que es parte de las colecciones de estas instituciones.

Como se puede apreciar, en resumen, por medio de las bibliotecas o archivos, al estar en función del interés público, concretamente al servicio de la educación, investigación y la cultura, poseen ciertas prerrogativas, teniendo en cuenta que la actividad principal de estas instituciones permite la realización de copias, distribución y comunicación pública de las creaciones salvaguardadas por

el Derecho de Autor. Sin embargo, en virtud del artículo 212 del Código Ingenios (2016), no es necesaria la autorización de los autores para su uso y estos reciben no remuneración alguna por ello. Esto constituye una franca vulneración a los derechos patrimoniales de los titulares del Derecho de Autor.

Conclusiones

Luego de la revisión de la doctrina y de la normativa jurídica nacional en materia de Derechos de Autor, al igual que las regulaciones legales, prevista en Instrumentos Internacionales de la materia relacionadas con los derechos patrimoniales de los derechos de autor, se concluye que:

Que la Propiedad Intelectual está reconocida constitucionalmente y en Instrumentos Internacionales de la materia. Esta engloba las obras que surgen de la creación humana y dentro de ella, el Derecho de Autor y los derechos conexos, generan derechos para sus titulares tanto morales como patrimoniales, relacionados con el uso y explotación de las obras y beneficios de carácter económico para sus creadores. Estos no pueden afectarse por ser inalienables, irrenunciables e intransferibles.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, al igual que Instrumentos Internacionales en materia de Propiedad Intelectual. Determinan las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores enfocados, fundamentalmente en beneficio de la educación, la investigación, la información y la cultura, entre otros. Ello implica que, para el empleo de las obras, no es necesaria la autorización del autor, ni recibe remuneración alguna por ello. Por tal motivo, no existe un equilibrio entre la satisfacción de los derechos fundamentales relacionados con los sectores mencionados y los derechos de los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos.

Ecuador es parte de varios Instrumentos Internacionales en materia de Propiedad Intelectual, al igual que de instrumentos Regionales como la Decisión 351. Estos otorgan la potestad de que cada Estado decida las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores, según sus interés, necesidades y realidad, aplicando la Regla de los Tres Pasos. Sin embargo, la normativa

ecuatoriana vigente, es demasiado amplia y flexible con respecto a ello, contraria a dicha regla y aplica la figura anglosajona del “*fair use*” basada en el uso justo, lo que genera ambigüedad sobre estos derechos y afectaciones patrimoniales, al justificar el empleo y explotación de las obras sin autorización de los titulares de derechos de autor y derechos conexos y sin que reciban remuneración alguna.

En la actualidad, la tecnología resulta fundamental y el empleo de las obras debidamente protegidas sin necesidad de autorización en el medio digital, causa afectaciones a los derechos de los titulares del Derecho de Autor y derechos conexos en el orden patrimonial, especialmente en el contexto educativo en el que un sinnúmero de obras son empleadas por los usuarios en las redes, sin que los autores de estas reciban retribución alguna por este concepto.

Con respecto a los actos del entorno digital que no necesitan de la autorización de los autores y por los que no reciben remuneración, están los que se derivan de la actividad de las bibliotecas o archivos, concretamente en lo que concierne al suministro de acceso de forma temporal por los usuarios de las obras que se encuentren protegidas por los Derechos de Autor o derechos conexos que estén en soporte de tipo digital o inmaterial, que son parte de estas entidades. Lo que produce una afectación a los derechos patrimoniales de los autores.

Recomendaciones

El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales debe realizar debates y encuentros con los titulares de los derechos de autor y conexos para intercambiar y receptor opiniones sobre la aplicación de las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales previstos en el Código Orgánico de la Economía Social de los conocimientos, Creatividad e Innovación a cuatro años de su vigencia para poder conocer si han resultado efectivos y si han generado afectaciones a sus derechos.

El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, el Consejo de la Judicatura y el Colegio de Abogados deben convocar de manera conjunta a un encuentro con especialistas de esta institución pública, profesionales del derecho dedicados a la Propiedad Intelectual y jueces, a los efectos de estudiar la doctrina relacionada con las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales y analizar la aplicación de la normativa vigente en la materia en el contexto ecuatoriano

Debe evaluarse por los entes antes mencionados, la posibilidad de proponer una reforma al Código Ingenios en lo concerniente a las limitaciones y excepciones, en el sentido de restringirlas, ya que están reguladas de manera muy amplia. Esto se debe realizar con la finalidad de asegurar la protección de los derechos patrimoniales de los titulares de los Derechos de Autor y derechos conexos.

Bibliografía

- Alderfer, R. (2014). Análisis en avisos de eliminación de DMCA. *Ley del Templo*, 6-31.
- Alonzo, R. (2004). *Protección Jurídica de la Información no Divulgada en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Antequera, R. (1998). *Derecho de Autor, 2ª Edición*. Caracas: Dirección Nacional del Derecho de Autor.
- Asamblea General Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris: ONU.
- Asamblea Nacional . (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos*. Quito: Asamblea Nacional.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos. Creatividad e Innovación*. Quito: Asamblea Nacional.
- Barreda, Y. (2004). El Agotamiento del Derecho de Distribución en el Derecho de Autor. *Revista Jurídica. Número VIII*, 10-26.
- Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor. *Derecho y Sociedad*, 12-22.
- Bolaños, J. (2007). *Los derechos de propiedad intelectual*. Guayaquil: Andaluz.
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Carlos, D. (1994). *Derecho Civil, Parte General. tercera edición*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Cetina, R. (2014). *Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos* . Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- Christie, A. (2011). *Maximizar las excepciones permitidas a los derechos de Propiedad Intelectual*. Sidney: Edward Elgar Publishing.
- Comisión del Acuerdo de Cartagena. (1993). *Decision 351*. Lima: OMPI.
- Conferencia de Estocolmo. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Berna: OMPI.
- Ficsor, M. (2000). *Modelos jurídicos y organizativos, principios operativos de gestión colectiva en el entorno digital*. Lisboa: Évora.
- Flores, J. F. (2008). *Los Derechos Reales*. Ciudad de Guatemala: Praxis.
- Flores, J. F. (p.22). *Los Derechos Reales*. Ciudad de Guatemala: Praxis.
- Gamba Segovia, R. A. (2013). Protección Legal del Software en las Tecnologías de la Información por Medio de la Propiedad Intelectual. *Revista de Derecho, Comunicaciones y tecnología. Volumen 9*, 8-15.
- Geiger, C. (2004). *Derechos fundamentales, una salvaguardia para la coherencia del derecho de Propiedad Intelectual*. Nueva York: International Review of Intellectual Property and Competence Law.
- Guibault, L. (2003). Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión de conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital. *Boletín de derecho de autor* , 1-85.
- Halpern, S., Seymore, S., & Port, K. (2012). *Fundamentos de la Ley de Propiedad Intelectual de los Estados Unidos. Cuarta edición* . Londres: Wolters Kluwer.
- Harper y Row vs. Nation Enterprises, s/n (Corte Suprema de los Estados Unidos 20 de mayo de 1985).

- Herrera, L. (2015). La doctrina del fair use frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 57-83.
- Jessen, H. (1989). *Derechos Intelectuales*. Santiago de Chile: :Editorial Jurídica de Chile.
- LIPSZYC, D. (2004). *Nuevos Temas de derecho de autor y derechos conexos*. . Paris: Unesco.
- Lipszyc, D. (2013). *Derecho de Autor y derechos conexos. 3era edición*. Bogotá: UNESCO.
- Navas, R. (2011). *Derechos Reales de Propiedad, Uso y Goce. Segunda edición*. Buenos Aires: Oxford University Press.
- Nimmer, D. (2003). *Copyright, texto sagrado, tecnología y DMCA*. La Haya: Kluwer Law International.
- OMC. (1995). *Acuerdo ADPIC*. Ginebra: OMC.
- OMPI. (1996). *Tratado de la OMPI sobre derechos de autor* . Ginebra: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (8 de noviembre de 2017). *www.wipo.int*.
Obtenido de www.wipo.int: <http://www.wipo.int/portal/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1999). *La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina*. Ciudad de Guatemala: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2005). *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital* . Asunción: OMPI.
- Patterson, R. (1998). Folsom v. Marsh and its Legacy. *Journal of Intellectual Property*. *Journal of Intellectual Property*, 429-431.

- Reinoso, F. (2008). *Derecho Patrimonial*. Madrid: S.L. - DYKINSON.
- Ricketson. (2003). *Derechos de Autor*. Sidney: OMPI.
- Ripert, G., & Boulanger, J. (2003). *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. tercera edición* . Madrid: Espasa.
- Salazar, G. (2013). Derechos de Autor: Derechos Morales y Derechos Patrimoniales. *Boletín legal* , 1-36.
- Sánchez, S. (2016). *Derechos de autor, conexos y nuevas tecnologías*. Tarragona: Universidad Rovira i Virgili.
- Schuster, S. (2012). *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías*. Lima: APDAYC-IIDA-AISGE.
- Senado. (1978). *Ley de Copyright* . Nueva York: Oficina de Derechos del Autor de los Estados Unidos.
- Straumann, d. F. (2012). *El derecho de Autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?* Lima: APDAYC-IIDA-AISGE.
- Tehranián, J. (2005). *Et Tu Fair Use: The triumph of natural law copyright*. California: Universidad de California.
- UNESCO. (1961). *Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*. Roma: UNESCO.
- UNESCO. (1994). *ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. Nueva York: UNESCO.
- Vega, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Zurita, R. (2015). *Los derechos de propiedad intelectual, situación actual en el Ecuador* .

Guayaquil: UEES.